

Licitações e contratos administrativos

Perguntas e respostas



Controladoria-Geral da União - CGU
Secretaria Federal de Controle Interno

Licitações e Contratos Administrativos

Perguntas e respostas

Controladoria-Geral da União

Brasília, 2011

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU

SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília/DF
cgu@cgu.gov.br

JORGE HAGE SOBRINHO

Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União

LUIZ AUGUSTO FRAGA NAVARRO DE BRITTO FILHO

Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

VALDIR AGAPITO TEIXEIRA

Secretário Federal de Controle Interno

MARCELO NUNES NEVES DA ROCHA

Corregedor-Geral da União

JOSÉ EDUARDO ROMÃO

Ouvidor-Geral da União

MÁRIO VINÍCIUS CLAUSSEN SPINELLI

Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

COORDENAÇÃO DOS TRABALHOS

Ronald da Silva Balbe
Eveline Martins Brito

EQUIPE TÉCNICA RESPONSÁVEL

Cristiane Araújo da Silva
Marcio Almeida do Amaral
Marcus Vinicius Barros da Silva
Patricia Alvares de Azevedo Oliveira
Saulo José Gomes

Tiragem: 5000 exemplares
Capa e editoração: Ascom/CGU
Disponível no sítio www.cgu.gov.br

Permitida a reprodução parcial ou total desde que indicada a fonte.

Introdução

O aprimoramento da gestão pública é um requisito essencial à garantia de atingimento dos objetivos e resultados dos programas e ações governamentais. Amparada neste enfoque, a Controladoria-Geral da União visa com esta publicação, apresentar aos gestores e servidores públicos federais uma abordagem mais amigável sobre um tema que é considerado normalmente árido, em seus aspectos operacionais: Licitações e Contratos Administrativos.

Na medida em que os assuntos forem sendo abordados, serão mostrados exemplos de situações ocorridas na prática, tendo em vista a experiência da Controladoria-Geral da União – CGU na condução de auditorias e fiscalizações em órgãos e entidades da Administração Pública, quando aplicados recursos federais. Os valores envolvidos em alguns exemplos são fictícios e nomes de órgãos/entidades/empresas não foram mencionados neste trabalho.

Cabe salientar que o tema Licitações e Contratos é vasto e abrangente, não sendo exaurido pelas obras doutrinárias existentes. Este material não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas constitui-se numa fonte de consulta rápida e simplificada sobre o tema, de apoio aos gestores e servidores da Administração Pública Federal.

Nesta publicação, o tema é apresentado em sessenta questões sobre licitações e vinte e seis sobre contratos administrativos. Quando adequado e conveniente, as respostas a algumas perguntas são ilustradas com exemplos e casos práticos, para maior clareza e entendimento dos assuntos tratados.

Ressalta-se que a Lei nº 8.666/93 foi alterada pela Lei nº 12.349/2010, de 15/12/2010, cujas principais modificações estão inseridas neste material.

Algumas das principais regras dispostas na Lei Nº 12.462/2011, que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), foram colocadas neste material.

A CGU tem a expectativa de que esta publicação possa ser utilizada como material de apoio e consulta, em suporte a todos que trabalham com a operacionalização das licitações e contratos administrativos no seu dia-a-dia.

Índice das perguntas e respostas

Parte I - Licitações

1. O que é licitação?
2. O gestor público está obrigado a licitar?
3. Quais são as disposições constitucionais relevantes a respeito de licitações e contratos?
4. Atualmente, quais leis regulamentam o art. 37, XXI, da CF?
5. Quais são os princípios aplicáveis às licitações?
6. Qual a diferença entre modalidades de licitação e tipos de licitação?
7. Quais são as modalidades de licitação previstas na legislação brasileira?
8. Como escolher a modalidade de licitação adequada?
9. Quais são os tipos de licitação previstos na legislação brasileira?
10. Podem ser utilizados outros tipos de licitação diversos dos anteriormente enumerados?
11. O que é fracionamento de despesa?
12. O parcelamento do objeto da licitação é o mesmo que fracionamento da despesa?
13. Quais são as condições a serem obedecidas para a contratação de obras e serviços?
14. O que é projeto básico?

15. O projeto básico substitui o projeto executivo?
16. Por que se deve realizar orçamento prévio daquilo que se pretende contratar?
17. Qual a definição de compras segundo a legislação brasileira?
18. O que é Sistema de Registro de Preços - SRP?
19. Quais as modalidades adequadas para a realização do SRP?
20. Quais as principais funções do edital de licitação?
21. Quais são os prazos a serem seguidos pela Administração Pública para publicação do aviso contendo os resumos dos editais das diversas modalidades de licitação?
22. Existem vedações à participação na licitação de determinados interessados?
23. Há restrições para a participação de cooperativas nas licitações?
24. Há previsão na legislação vigente de tratamento diferenciado, quanto ao momento da comprovação de regularidade fiscal, para microempresa/empresa de pequeno porte nas licitações públicas?
25. Caso a ME ou EPP não providencie a regularização da documentação, qual o procedimento a ser tomado pela Administração?
26. O que é considerado empate numa licitação para a LC nº 123/2006?
27. O que significa o “tratamento diferenciado e simplificado” concedido às ME e EPP a fim de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, previsto no art. 47 da LC 123/2006?
28. Quais são os requisitos quanto à habilitação, passíveis de serem exigidos dos licitantes interessados em participar de um procedimento licitatório?
29. O que é habilitação jurídica e quais são os documentos que a constituem?

30. O que representa a regularidade fiscal e quais são as exigências que a compõem?
31. O que compreende a qualificação técnica e quais são as exigências legais a ela relacionadas?
32. O que compreende a qualificação econômico-financeira e quais as exigências legais a ela relacionadas?
33. Em relação aos índices, existe um padrão rígido que deva ser utilizado?
34. Quais situações devem ser evitadas a fim de não caracterizar restrição à competitividade, quanto à qualificação econômico-financeira?
35. O que é o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF?
36. Como se inicia o procedimento da licitação?
37. Como se desenvolvem os procedimentos na sessão pública de exame da documentação (habilitação) e julgamento das propostas?
38. Quais são os critérios para desclassificação de propostas?
39. Quais as definições de homologação e de adjudicação?
40. Quais são os casos de anulação e revogação do procedimento licitatório?
41. Como é composta a Comissão de Licitação?
42. É necessário possuir habilitação específica para compor comissão de licitação?
43. Qual a distinção entre as Comissões Permanentes e as Especiais?
44. É possível a recondução dos membros de uma comissão de licitação?
45. Há responsabilidade solidária dos membros da comissão?
46. Quais são as hipóteses de inexigibilidade de licitação?

47. *Quais são as hipóteses de dispensa de licitação?*
48. *O que significam licitação deserta e licitação fracassada?*
49. *Podem ser admitidas condições diferenciadas nas licitações que envolvam recursos externos?*
50. *Há o mesmo tratamento dado na resposta à pergunta anterior quando se tratar de recursos nacionais administrados por entidade internacional?*
51. *Quais as modificações na Lei nº 8.666/93, trazidas pela Lei nº 12.349/2010?*
52. *Qual a hipótese de dispensa de licitação incluída pela Lei nº 12.349/2010?*
53. *Já existe conceito de margem de preferência?*
54. *O que vem a ser produtos manufaturados e serviços nacionais?*
55. *Quais observações foram inseridas pela Lei nº 12.349/2010, no que diz respeito aos sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos?*
56. *Em quais licitações e contratos se aplica Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído pela Lei nº 12.462/2011 ?*
57. *Quais as principais regras aplicadas no âmbito do RDC?*
58. *O que significa inversão de fases no RDC?*
59. *Quais são os procedimentos auxiliares aos processos de licitação estabelecidos pela Lei nº 12.462/2011?*
60. *As previsões de dispensa e inexigibilidade são diferenciadas nas licitações realizadas no âmbito do RDC?*

61. *O que são contratos administrativos?*
62. *Quais são as características dos contratos administrativos?*
63. *Quais são as prerrogativas que a Administração Pública detém em relação aos particulares que com ela contratam?*
64. *É permitida a celebração de contratos verbais pela Administração Pública?*
65. *Quais são as cláusulas essenciais dos contratos administrativos?*
66. *É possível a assinatura de contratos do tipo “guarda-chuva” pela Administração Pública?*
67. *Quais são as situações em que os contratos são facultativos ou obrigatórios?*
68. *Qual a natureza da garantia que pode ser exigida nos contratos pela Administração Pública?*
69. *Os contratos administrativos podem ser prorrogados?*
70. *Os contratos administrativos devem ser publicados?*
71. *Os contratos administrativos podem ser alterados?*
72. *O que é o chamado jogo de preços ou jogo de planilhas?*
73. *O que é reajustamento de preços?*
74. *O que é recomposição de preços?*
75. *O que é repactuação de preços?*
76. *Quais são as atribuições da Administração na fiscalização dos contratos?*

77. Quem é o responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato?

78. É possível ocorrer a subcontratação do objeto do contrato pelo particular contratado pela Administração?

79. Quais são as principais considerações sobre o recebimento do objeto do contrato pela Administração?

80. Quais são os prazos envolvidos nos recebimentos provisório e definitivo?

81. Há situações em que o recebimento provisório poderá ser dispensado?

82. O que significa inexecução do contrato?

83. Quais são os motivos para rescisão dos contratos administrativos?

84. Quais são as possíveis sanções que a lei permite à Administração aplicar aos contratados, no caso de inadimplemento ou irregularidades cometidas durante a execução contratual?

85. Quais são os tipos de recursos administrativos cabíveis contra os atos promovidos pela Administração Pública em se tratando de licitações e contratos?

86. A Lei nº 12.349/2010 trouxe alguma alteração em relação aos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93?

Parte I - Licitações

1. O que é licitação?

Licitação é um *procedimento administrativo formal*, isonômico, de observância obrigatória pelos órgãos/entidades governamentais, realizado anteriormente à contratação, que, obedecendo à igualdade entre os participantes interessados, visa escolher a proposta mais vantajosa à Administração, com base em parâmetros e critérios antecipadamente definidos em ato próprio (instrumento convocatório). Ao fim do procedimento, a Administração em regra celebrará um contrato administrativo com o particular vencedor da disputa, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações.

O procedimento administrativo licitatório é integrado por atos e fatos da Administração e dos licitantes que se propõem a participar da competição. Exemplos destes atos e fatos por parte da Administração: o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas, etc. Por parte dos particulares licitantes, podem ser citadas: a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos e as impugnações.

2. O gestor público está obrigado a licitar?

A obrigatoriedade do procedimento licitatório está fundada no art. 37, XXI, da Constituição Federal (CF), que fixou o procedimento como obrigatório para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos especificados na legislação. A Lei nº 8.666/1993, no art. 2º, exige licitação para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

A Constituição Federal em seu art. 175 obriga a realização de licitação para concessão e/ou permissão de serviços públicos, que teve sua regulamentação estabelecida pela Lei

nº 8.987/1995. Isto significa que, por haver norma específica tratando das concessões e permissões de serviços públicos, a Lei 8.666/93 tem aplicação subsidiária.

Todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão obrigados à licitação.

Existem, entretanto, determinadas situações em que, legitimamente, são feitas contratações sem a realização de licitação. O art. 37, XXI, da CF, ao exigir licitação para os objetos ali mencionados, ressalva “os casos especificados na legislação”, permitindo que norma infraconstitucional estabeleça hipóteses em que a licitação deixe de ser obrigatória. São os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação previstos na Lei nº 8.666/1993. É importante notar que a mesma ressalva não está prevista no art. 175 da Constituição Federal em relação às concessões e permissões de serviços públicos. Neste caso, exige-se que a execução se faça sempre por meio de licitação.

Situação real

Em auditoria realizada por servidores da CGU em órgão federal, foram detectadas falhas em contrato que tinha como objeto a prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva de aparelhos de ar condicionado, tais como: valor contratado superior ao da proposta vencedora no prego, orçamentos viciados, pagamento de notas fiscais sem atesto e falta de nomeação de fiscal do contrato.

Na mesma auditoria, também foi verificada a ocorrência de contratação de serviços sem licitação, quando a mesma deveria ter acontecido, o que contraria a obrigação de licitar imposta pela CF, além de não proporcionar a devida competição entre prováveis licitantes que se habilitariam na disputa, caso esta ocorresse. É importante ressaltar que uma competição ampla entre licitantes proporcio-

na, em regra, a obtenção de preços mais vantajosos para a Administração, favorecendo o alcance do interesse público, o que deve ser sempre o objetivo central a ser buscado pelo gestor público. A falta de licitação e a consequente contratação direta que, no caso em tela, ocorreu a preço superior ao de mercado, trouxe prejuízos à Administração.

Quanto a esse aspecto, cabe mencionar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello que cita a competitividade como um dos princípios norteadores das licitações públicas. Tal autor afirma ser a competitividade um princípio essencial e inerente ao procedimento licitatório. Em regra, o procedimento em que haja efetiva competição entre os participantes será capaz de assegurar a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

3. Quais são as disposições constitucionais relevantes a respeito de licitações e contratos?

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

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

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

(...)

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

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

4. Atualmente, quais leis regulamentam o art. 37, XXI, da CF?

A União detém competência para editar normas gerais a respeito de licitações e contratos (art. 22, XXVII, CF). Nesse sentido, foram editadas as Leis nº 8.666/1993 (que é a Lei Geral de Licitações e Contratos válida para toda a Administração Pública) e a Lei nº 10.520/2002 (que criou o pregão, modalidade aplicável à Administração Direta e Indireta de todos os entes federativos, e de quaisquer dos Poderes).

Portanto, podemos afirmar que hoje há duas leis de normas gerais regulamentando o artigo 37 da CF: a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 10.520/2002, a segunda acrescentando normas à regulamentação inicial.

Ressalta-se que a Lei nº 8.666/93 foi alterada pela Lei nº 12.349/2010. As alterações realizadas aplicam-se, da mesma forma, à Lei nº 10.520/2002.

Há a previsão na Lei nº 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações, que criou a ANATEL, da modalidade de licitação denominada consulta. Para as demais agências reguladoras, a possibilidade de uso desta modalidade está prevista no art. 37 da Lei 9.986/2000. A consulta destina-se à aquisição de bens e serviços não comuns, excetuadas obras e serviços de engenharia civil. Há, nesta modalidade, critérios específicos de julgamento, como a existência de um júri e a ponderação de variáveis como custo e benefício.

Já a Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS segue um procedimento licitatório simplificado constante de regulamento aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. A previsão para este procedimento simplificado está no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

O Sistema “S” compreende várias entidades de natureza privada que desempenham funções de natureza pública, no interesse de categorias profissionais, como o SESC, o Sesi e o SENAI, dentre outras. As entidades do denominado Sistema “S” não estão obrigadas a seguir as disposições da Lei nº 8.666/93, devendo observar, no entanto, em seus regulamentos próprios, os princípios da Administração Pública. As normas gerais sobre licitações serão observadas pelas entidades do Sistema “S” quando houver ausência de regra específica no regulamento próprio da entidade, ou quando este mesmo regulamento contrariar os princípios gerais da Administração Pública ou os princípios específicos relativos a licitações.

5. Quais são os princípios aplicáveis às licitações?

A CF define, no art. 37, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como aplicáveis a toda a administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Já a Lei nº 8.666/1993, no seu art. 3º, estabelece que a licitação destina-se a garantir o princípio constitucional da isonomia e enumera os princípios básicos que regem o procedimento administrativo de licitação. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Também a Lei nº 9.784/1999, no seu art. 2º, afirma que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos seguintes princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Entre os doutrinadores, não há uniformidade na indicação dos princípios da licitação. São normalmente citados: a livre concorrência, a igualdade entre os concorrentes, a igualdade de todos frente à Administração, o estrito cumprimento do edital, e a possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios da igualdade, publicidade e da rigorosa observância das condições do edital, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Hely Lopes Meirelles cita ainda outros: procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória.

Todos os princípios enumerados são aplicáveis à licitação.

6. Qual a diferença entre modalidades de licitação e tipos de licitação?

As denominadas modalidades de licitação representam o conjunto de regras que devem ser observadas na realização de um determinado procedimento licitatório. Já os tipos de licitação são os critérios utilizados para o julgamento da licitação.

7. Quais são as modalidades de licitação previstas na legislação brasileira?

São modalidades de licitação previstas legalmente: convite, tomada de preços, concorrência, concurso e leilão, todas previstas na Lei nº 8.666/1993. Também há o pregão, que é previsto na Lei nº 10.520/2002.

Além destas, como já visto na pergunta 4, existe a modalidade consulta, somente aplicável às agências reguladoras.

8. Como escolher a modalidade de licitação adequada?

Dois critérios são utilizados na definição da modalidade de licitação, um quantitativo e outro qualitativo. De acordo com o critério qualitativo, a modalidade de licitação deverá ser definida em função das características do objeto licitado, independentemente do valor estimado para a contratação. Já pelo critério quantitativo, a modalidade será definida em função do valor estimado para a contratação, se não houver dispositivo obrigando a utilização do critério qualitativo.

Um exemplo de uso do critério qualitativo são as licitações que visem promover concessões de direito real de uso, nas quais é obrigatório o uso da modalidade concorrência. Já um exemplo do uso do critério quantitativo é a utilização da modalidade convite para obras e serviços de engenharia de até R\$ 150 mil.

De acordo com o art. 23 da Lei nº 8.666/1993, assim são definidos os valores limites para cada modalidade de licitação:

- 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);
- para compras e serviços não referidos acima:
 - 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).

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

9. Quais são os tipos de licitação previstos na legislação brasileira?

São tipos de licitação definidos nos incisos do §1º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

O tipo menor preço deve ser a regra geral nas licitações para contratação de obras, serviços, compras, locações e fornecimento. Os tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, de acordo com o art. 46, da Lei nº 8.666/1993. A modalidade pregão somente admite o tipo menor preço, de acordo com o art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002.

Os tipos melhor técnica e técnica e preço definem o vencedor em função de uma ponderação a ser feita entre os critérios técnicos e os valores das propostas.

O tipo maior lance ou oferta define como vencedor o licitante que apresentar a proposta ou lance com o maior preço, dentre os licitantes qualificados. É o tipo de licitação utilizado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

10. Podem ser utilizados outros tipos de licitação diversos dos anteriormente enumerados?

Não. A Lei nº 8.666/1993 definiu taxativamente os tipos de licitação, proibindo, por força do seu art. 45, § 5º, a criação ou utilização de outros tipos.

A Lei nº 8.987/1995, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, estabelece critérios de julgamento, e não tipos de licitação, que são diferentes dos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993.

II. O que é fracionamento de despesa?

Fracionar a despesa consiste em dividir as contratações sem obedecer à modalidade cabível para o objeto como um todo, ou contratar diretamente, sem licitação, nos casos em que o procedimento é obrigatório.

A Lei nº 8.666/1993, nos §§ 2º e § 5º, do art. 23, e nos incisos I e II, do art. 24, veda tal procedimento. A estimativa do valor que se pretende contratar, para efeito de enquadramento na modalidade licitatória adequada, sempre deverá ser feita observando-se a integralidade do objeto a ser contratado.

Um dos fatores que pode levar o gestor público a fracionar a despesa é a falta de planejamento adequado sobre quantitativos físicos e valores financeiros envolvidos na execução de determinada obra, contratação de determinado serviço ou compra de determinado produto. E planejamento inadequado ou deficiente não serve como justificativa para a ocorrência do fracionamento de despesa.

Cumprе destacar que o uso do pregão, por envolver um critério qualitativo (aquisição de bens e serviços comuns) e não quantitativo (valor do objeto a ser contratado), tem a vantagem de afastar a preocupação quanto ao fracionamento de despesa em virtude de uma possível escolha indevida da modalidade licitatória.

Situação real

I) Em consulta realizada no Siafi, a CGU verificou que durante o exercício “X” foram emitidos, por determinado órgão federal, empenhos no montante de R\$ 160 mil a determinada empresa, na modalidade convite, contrariando a alínea “a”, inc. I, art. 23 da Lei nº 8.666/1993. Ressalta-se que no exercício “X+1” foram feitos pagamentos no valor total de R\$ 190 mil à mesma empresa. Foi verificado também que foram feitos pagamentos, ao longo do exercício “X” no montante de R\$ 1 milhão a outra empresa, sendo constatado que os pagamentos se re-

feriam a dois processos na modalidade tomada de preços, contrariando a alínea “b”, inc. II, art. 23 da Lei nº 8.666/1993: para um processo foram feitos pagamentos no valor total de R\$ 200 mil e para o outro processo no valor total de R\$ 800 mil. Em que pesem as considerações que foram feitas pelo órgão, ressalta-se que, na hora de definir a modalidade licitatória, é necessário que se faça a estimativa da contratação considerando todo o período de vigência do contrato a ser firmado, incluindo-se as possíveis e as prováveis prorrogações.

2) A CGU apontou em Relatório de Auditoria da Gestão de entidade federal irregularidades referentes à “aquisição de bens e serviços por meio de processos de dispensa de

licitação, em detrimento do desenvolvimento de procedimentos licitatórios” e “sistemática de aquisições indevidas por dispensa de licitação com fracionamento de despesas”.

12. O parcelamento do objeto da licitação é o mesmo que fracionamento da despesa?

Não. Enquanto o fracionamento da despesa é uma ilegalidade, o parcelamento do objeto a ser licitado, quando houver viabilidade técnica e/ou econômica, é *determinado* pela lei. De acordo com a Lei nº 8.666/1993, é *obrigatório* que seja feito parcelamento quando o objeto da contratação tiver natureza divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto a ser licitado. Cada etapa a ser licitada deverá corresponder a uma licitação distinta, respeitada a modalidade aplicável à integralidade do objeto.

O parcelamento possibilita a participação de empresas de menor porte nas licitações, amplia a competitividade e contribui para a obtenção de menor preço para a Administração Pública.

Situação real

Neste sentido é a orientação da CGU diante de contratação de empresa para prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva de sistemas de abastecimento. A execução do contrato deveria ser feita numa área territorial extensa, com abrangência superior a 320.000 km². A empresa contratada deveria manter pelo menos um técnico capacitado para atendimento em cada Pólo Base, conforme definido em contrato. A dimensão da área geográfica e a necessidade de cada pólo ser amparado por pelo menos um técnico da contratada eram fatores que por si só justificavam o parcelamento do ob-

jeto da licitação que, no caso, era uma medida necessária e obrigatória, como estabelecido pela Lei de Licitações.

O que ocorreu na situação concreta relatada foi o descumprimento da Lei nº 8.666/1993, pois era evidente que razões de ordem técnica (extensão do objeto) e econômica (ampliação da competitividade na fase de licitação, com redução do preço, além de uso produtivo e racional dos recursos empregados durante a execução do contrato) indicavam que o melhor para a Administração Pública era o parcelamento. Na prática,

ocorreram problemas na execução do contrato, com descumprimento da obrigação da manutenção de pelo menos um técnico por pólo. Como o objeto foi demasiadamente extenso, a fiscalização da execução do contrato ficou prejudicada, o que deu margem às irregularidades verificadas. O parcelamento do objeto poderia trazer benefícios tanto de ordem técnica quanto de ordem

econômica, com consequente redução dos preços contratados, além da melhor execução do objeto.

Nesse sentido, o parcelamento não se confunde com fracionamento e é benéfico para o atingimento dos fins almejados pela Administração, quando conveniente e amparado por razões de ordem técnica e/ou econômica.

I 3. Quais são as condições a serem obedecidas para a contratação de obras e serviços?

O art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, enumera condições a serem obedecidas para a contratação de obras e serviços:

- a) existir *projeto básico* aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
- b) existir *orçamento detalhado* em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
- c) haver *previsão de recursos orçamentários* que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; e
- d) o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no *Plano Plurianual* de que trata o art. 165 da CF, *quando for o caso*.

I 4. O que é projeto básico?

De acordo com o art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993, projeto básico é o conjunto de elementos necessários e suficientes, *com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técni-*

ca e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

Entende-se que o projeto básico é documento primordial na licitação de obras e serviços e que nele devem estar definidos todos os elementos necessários e suficientes à plena identificação da obra ou serviço, a fim de possibilitar aos licitantes a formulação de suas propostas em igualdade de condições. A descrição detalhada do objeto a ser contratado, dos serviços a serem executados, sua frequência e periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidados, deveres, disciplina, gestão da qualidade, informações a serem prestadas e controles a serem adotados são exemplos de conteúdo de um projeto básico.

No caso de *pregão*, presencial ou eletrônico, *a exemplo de projeto básico*, o setor requisitante deve elaborar *termo de referência*, com indicação precisa, suficiente e clara do objeto, sendo vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização.

Situação real

Em relação ao tema projeto básico/termo de referência inadequado, em auditoria efetuada pela CGU em entidade pública federal, foi analisada a contratação de serviços de limpeza para uma área interna com determinada metragem quadrada. Tal metragem fora considerada em duplicidade nos cálculos, o que ocasionou um acréscimo desnecessário ao valor do contrato, emergencial, de R\$ 80 mil.

Também foram analisadas as especificações do objeto dessa dispensa concomitante com o termo de referência do *pregão* eletrônico, aberto à época para a regular contratação dos serviços de limpeza. Na comparação dos documentos, foi constatada uma divergência no total da metragem fornecida para a área interna a

ser atendida pelo serviço, a qual influenciou no cálculo da proposta apresentada para a contratação emergencial. O chefe do setor responsável elaborou termo de referência com falhas na especificação da área interna e permitiu a realização de serviços não previstos no contrato.

O correto planejamento das aquisições, com a elaboração adequada dos projetos básicos/termos de referência, minimiza as chances de ocorrências de irregularidades como a que foi verificada no caso em tela. Houve, devido a um termo de referência mal elaborado, prejuízo à Administração Pública, que poderia ter sido evitado, caso houvesse mais cuidado e zelo na sua elaboração.

15. O projeto básico substitui o projeto executivo?

Não. O projeto executivo, de acordo com o disposto no art. 6º, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, é o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

Enquanto o projeto básico é necessário para a caracterização do objeto a ser contratado, o projeto executivo é necessário para a execução do objeto.

Não há a necessidade da elaboração do projeto executivo, ao contrário do que ocorre em relação ao projeto básico, antes da realização da licitação, uma vez que este poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que autorizado pela Administração. Neste caso, a licitação deverá prever a elaboração do competente projeto executivo por parte da contratada ou por preço previamente fixado pela Administração.

16. Por que se deve realizar orçamento prévio daquilo que se pretende contratar?

Na Administração Pública as contratações somente poderão ser efetivadas após estimativa prévia do seu valor, que deve obrigatoriamente ser juntada ao processo de contratação e, quando for o caso, ao edital ou convite. A Lei 8.666/1993 traz uma série de disposições ao longo do seu texto que tratam da exigência do orçamento, dentre elas a prevista no art. 40, §2º, II, que determina como anexo do edital o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

A adequada formulação de um orçamento do que se pretende contratar é primordial para caracterizar a real demanda da Administração. Ademais, um orçamento bem feito permite um correto enquadramento da modalidade de licitação, minimizando as possibilidades de nulidade ou fracasso da licitação. E o mais importante de tudo: um orçamento detalhado, consistente e fidedigno é fundamental para que a Administração realize obras, adquira produtos ou contrate serviços a preços de mercado e, portanto, de forma econômica, eficiente e vantajosa.

17. Qual a definição de compras segundo a legislação brasileira?

De acordo com o art. 6º, inciso III, da Lei 8.666/93, compra é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.

Alguns princípios são recomendados para a execução de uma licitação para compras. Neste sentido, sempre que possível, as compras deverão atender ao princípio da correta *padronização*, ser processadas através de sistema de registro de preços, ser subdivididas em parcelas visando a economicidade, balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades e submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado. Deverão ser observadas nas compras a especificação completa do bem sem a indicação de marca, a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas, assim como também a definição de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material a ser adquirido.

18. O que é Sistema de Registro de Preços - SRP?

Regulamentado pelo Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, o SRP está previsto no art. 15 da Lei nº 8.666/1993. Quando realizadas no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, as contratações pelo SRP sujeitam-se às disposições de tal Decreto.

De acordo com o Decreto, SRP é um conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras.

O Sistema de Registro de Preços (SRP) permite redução de custos operacionais e otimização dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração. Será sempre precedido de ampla pesquisa de mercado. Serve para compras e contratação de serviços preferencialmente quando:

- houver necessidade de contratações frequentes;
- for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

- não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração; e
- for conveniente contratar o objeto para atender a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo.

19. Quais as modalidades adequadas para a realização do SRP?

O SRP será realizado na modalidade de *concorrência* ou de *pregão*, do *tipo menor preço*, precedido de ampla pesquisa de mercado. Excepcionalmente, poderá ser adotado o tipo *técnica e preço*, na modalidade *concorrência*, a critério do órgão gerenciador e mediante despacho fundamentado da autoridade máxima do órgão/entidade.

20. Quais as principais funções do edital de licitação?

O edital é o instrumento por meio do qual a Administração torna pública a realização de uma licitação. É o meio utilizado para todas as modalidades de licitação, exceto a modalidade *convite*, que utiliza a denominação de *carta-convite*. Nele, a Administração fixa os requisitos para a participação, define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas. A principal função do edital, então, é *estabelecer as regras* definidas para a realização do procedimento, as quais são de observância obrigatória, tanto pela Administração, quanto pelos licitantes. Após a publicação do edital, qualquer falha ou irregularidade constatada, se *insanável*, levará à anulação do procedimento.

Costuma-se dizer que o edital é a lei interna da licitação. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, é preferível dizer que é a “lei da licitação e do contrato”, pois o que nele estiver contido deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade, dado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º, da Lei nº 8.666/1993.

O conteúdo do edital está definido no art. 40, da Lei nº 8.666/1993. O edital deve ser claro, preciso e fácil de ser consultado. É importante salientar que os anexos do edital fazem parte dele e são os seguintes:

- projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;
- orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;
- a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor; e
- as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

21. Quais são os prazos a serem seguidos pela Administração Pública para publicação do aviso contendo os resumos dos editais das diversas modalidades de licitação?

Para as modalidades concurso e concorrência para empreitada integral ou do tipo melhor técnica ou técnica e preço, o Regulamento do concurso ou o Aviso contendo o resumo do edital deverá obedecer ao prazo mínimo de 45 dias corridos, até o recebimento das propostas ou realização do evento.

Para as modalidades tomada de preços, do tipo melhor técnica ou técnica e preço, e concorrência, quando não for empreitada integral ou do tipo melhor técnica ou técnica e preço, o prazo mínimo será de 30 dias corridos, para publicação do Aviso contendo o resumo do edital.

Para a modalidade leilão e tomada de preços, quando não for técnica ou técnica e preço, o prazo mínimo será de 15 dias corridos.

Já para as modalidades pregão e convite, os prazos mínimos serão, respectivamente de 8 e 5 dias úteis.

22. Existem vedações à participação na licitação de determinados interessados?

Sim. Tais vedações constam do art. 9º da Lei nº 8.666/1993. Não poderá participar da licitação, direta ou indiretamente, ou da execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

- o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; e
- servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, *exclusivamente* a serviço da Administração interessada.

23. Há restrições para a participação de cooperativas nas licitações?

De acordo com a cláusula primeira do Termo de Conciliação Judicial, de 05 de junho de 2003, firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, a última *abster-se-á de contratar* trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços.

24. Há previsão na legislação vigente de tratamento diferenciado, quanto ao momento da comprovação de regularidade fiscal, para microempresa/empresa de pequeno porte nas licitações públicas?

A Lei Complementar (LC) nº 123/2006, que trata do Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), estabeleceu um tratamento diferenciado para tais empresas, inclusive quando forem participantes de procedimentos licitatórios.

De acordo com o art. 42 da citada lei, a comprovação de regularidade fiscal das ME e EPP somente será exigida para efeito de assinatura do contrato. Mesmo que a documentação

apresente alguma restrição, essas empresas, por ocasião da participação no certame, *deverão* apresentar toda a documentação comprobatória de regularidade fiscal. É importante notar que isso não significa que elas não devam apresentar a documentação fiscal durante o procedimento competitivo. Na prática, caso venha a vencer a licitação e haja restrição na comprovação de sua regularidade fiscal, a ME ou EPP terá 2 dias úteis, a partir do momento em que tenha sido declarada vencedora, *prorrogáveis* por igual período, *a critério da Administração*, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa, de acordo com o § 1º, do art. 43 da Lei Complementar nº 123/2006.

25. Caso a ME ou EPP não providencie a regularização da documentação, qual o procedimento a ser tomado pela Administração?

A falta de regularização da documentação da empresa vencedora no prazo previsto implicará a decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções legalmente previstas, sendo *facultado* à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou, ainda, revogar a licitação, de acordo com o disposto no § 2º, do art. 43 da LC nº 123/2006.

26. O que é considerado empate numa licitação para a LC nº 123/2006?

O art. 44 desta Lei Complementar assegura, nas licitações, como critério de desempate, a preferência de contratação para as ME e EPP. A definição de empate, para tais fins, corresponde às situações em que as propostas apresentadas pelas ME e EPP sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada, ou, em se tratando da modalidade de pregão, até 5% superior ao melhor preço. A título de exemplo, isso significa que, numa tomada de preços, se a proposta da empresa vencedora for de R\$ 100.000 e a de uma microempresa que tenha participado do certame for de R\$ 110.000, as duas propostas deverão ser consideradas empatadas.

Contudo, ocorrendo o empate acima exemplificado, determina o art. 45 da lei que o objeto da contratação não será adjudicado imediatamente à ME ou EPP. A ME ou EPP mais bem classificada, dentre as que se enquadrem nas condições descritas no art. 45

(propostas até 10% – ou até 5%, no pregão – superiores à mais bem classificada) poderá apresentar proposta de preço inferior ao da oferta considerada vencedora do certame. Somente neste caso – ou seja, se ela ofertar um preço menor - é que será adjudicado em seu favor o objeto licitado.

Não ocorrendo a contratação da ME ou EPP que tinha o direito de fazer a oferta em primeiro lugar, serão convocadas as remanescentes que se enquadrem na situação de empate com a vencedora, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito. Se houver equivalência dos valores apresentados pelas ME e EPP, a determinação da LC é que se realize sorteio para que se identifique a que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

Não havendo contratação de ME ou EPP conforme descrito, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta que originalmente seria a vencedora do certame. Observe-se, ainda, que essas regras somente se aplicarão quando a melhor oferta inicial já não tiver sido apresentada por ME ou EPP.

27. O que significa o “tratamento diferenciado e simplificado” concedido às ME e EPP a fim de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, previsto no art. 47 da LC 123/2006?

Significa que a Administração poderá realizar processo licitatório:

- destinado exclusivamente à participação de ME e EPP, quando a contratação for de valor até R\$ 80.000,00;
- em que se exija dos licitantes a subcontratação de ME ou EPP, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% do total licitado; e
- em que se estabeleça cota de até 25% do objeto para a contratação de ME e EPP, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Contudo, o valor a ser licitado nessas condições não poderá exceder 25% do total licitado em cada ano civil. Além disso, os processos licitatórios não poderão conceder os privilégios acima descritos quando:

- não houver previsão expressa no instrumento convocatório;

- não houver um mínimo de 3 fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências do instrumento convocatório;
- o tratamento diferenciado e simplificado não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao objeto a ser contratado; e
- a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993.

Cabe destacar que a condição estabelecida na LC é que tal tratamento esteja previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente federativo.

28. Quais são os requisitos quanto à habilitação, passíveis de serem exigidos dos licitantes interessados em participar de um procedimento licitatório?

Segundo a Lei nº 8.666/1993, somente poderá ser exigida dos interessados documentação relativa a:

- habilitação jurídica;
- regularidade fiscal;
- qualificação técnica;
- qualificação econômico-financeira; e
- cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF (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).

29. O que é habilitação jurídica e quais são os documentos que a constituem?

A habilitação jurídica representa a aptidão efetiva para exercer direitos e contrair obrigações. De acordo com o art. 28, da Lei nº 8.666/1993, os documentos são os seguintes:

- cédula de identidade;
- registro comercial, no caso de empresa individual;
- 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;
- inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício; e
- 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.

30. O que representa a regularidade fiscal e quais são as exigências que a compõem?

A regularidade fiscal representa o cumprimento das exigências relacionadas a aspectos fiscais. Segundo o art. 29, da Lei nº 8.666/1993, consiste, conforme o caso, de:

- prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
- prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver,

Situação real

Em auditoria realizada em órgão federal, a CGU constatou que o órgão realizou contratação por meio de dispensa de licitação para aquisição de combustíveis, aquisição de material de expediente e serviço de manutenção de equipamento de informática e rede sem verificar a regularidade das empresas contratadas junto ao INSS e ao FGTS, com risco de contratar empresa irregular. Concluiu-se que

houve risco de desrespeito ao parágrafo 3º do art. 195 da Constituição, que proíbe qualquer empresa em débito com a seguridade social contratar com o Poder Público. Sem apresentar nenhuma comprovação à equipe de auditoria, o gestor argumentou que as empresas estavam regulares ao contratarem com a Administração, apesar de não constarem dos processos provas dessas regularidades.

relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

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

31. O que compreende a qualificação técnica e quais são as exigências legais a ela relacionadas?

A qualificação técnica compreende a verificação do atendimento de exigências relativas à capacidade técnica de cumprimento do objeto licitado. O art. 30 da Lei nº 8.666/1993 limita tais exigências aos seguintes itens:

- 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.

Não é adequada a exigência de itens relacionados à qualificação técnica que poderão caracterizar restrição à competitividade no processo licitatório. São exemplos destas exigências:

- comprovação de aptidão para execução dos serviços em um único contrato, sem que haja interdependência dos mesmos;
- fixação de quantidades mínimas e prazos máximos para a capacitação técnico-profissional;

- exigência de itens irrelevantes e sem valor significativo em relação ao objeto em licitação para efeito de capacitação técnico-profissional ou técnico-operacional; e
- exigência de itens que, no decorrer do contrato, acabam não sendo executados.

Ressalta-se que a capacitação técnico-profissional trata de comprovação fornecida pelo licitante de que possui, 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 serviços de características semelhantes às do objeto licitado. Em linhas gerais, refere-se à qualificação dos profissionais que integram os quadros da sociedade empresarial que executarão o objeto licitado.

Já a capacitação técnico-operacional envolve comprovação de que a empresa licitante, como unidade econômica agrupadora de bens e pessoas, já executou, de modo satisfatório, atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Situação real

Exemplo de exorbitância da Administração quanto à exigência de itens sobre a qualificação técnica de particular participante de licitação pôde ser observada pela CGU em verificação efetuada em processo licitatório de órgão federal, referente a serviços de manutenção de veículos. Detectou-se a existência no edital de cláusulas restritivas para contratação, relativas à qualificação

técnica da empresa contratada, tais como atestado de capacidade técnica em nome da empresa, que comprovasse a prestação de serviços há mais de 2 anos; apresentação de contratos de trabalho e certificados prévios dos profissionais a serem contratados e apresentação de atestados prévios de visita técnica do setor responsável pela licitação do órgão.

32. O que compreende a qualificação econômico-financeira e quais as exigências legais a ela relacionadas?

A qualificação econômico-financeira compreende o atendimento de exigências relativas à capacidade econômico-financeira de cumprimento do objeto que está sendo licitado. O art. 31 da Lei nº 8.666/1993 limita a documentação relativa à qualificação econômico-financeira a:

- *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;
- *certidão negativa de falência ou concordata* expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; e
- *garantia*, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/1993 (caução em dinheiro, caução em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária), *limitada a 1%* (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Situação real

Em verificação efetuada pela CGU em processo licitatório promovido por entidade federal, ficou constatada a exigência cumulativa, como condição de qualificação econômico-financeira, de apresentação de *garantia de proposta* e de capital social mínimo. Tal exigência está em desacordo com o previsto no art 31, §2º, da Lei nº 8.666/1993. De fato, a critério da autoridade competente poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. No entanto, o gestor

não poderá nesse caso cumulá-la com as exigências previstas no art. 31, §2º, que dispõe que a Administração 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 da Lei de Licitações, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.

Nos termos do §1º, do art. 31 da Lei nº 8.666/1993, 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*.

O cálculo de tais índices, desde que previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, será feito de

forma objetiva, sendo vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, nos termos do § 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/1993.

33. Em relação aos índices, existe um padrão rígido que deva ser utilizado?

Uma boa exemplificação de índices está contida na Instrução Normativa MARE-GM nº 5, de 21 de julho de 1995. Tal instrução estabeleceu procedimentos destinados à implantação e operacionalização do Sistema de Cadastramento Unificado de Serviços Gerais – SICAF, definindo que o fornecedor teria sua boa situação financeira avaliada com base na obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), com fórmulas de cálculo definidas na própria instrução.

A Lei nº 8.666/1993 não deu maior detalhamento sobre o assunto, não havendo, portanto, como definir um critério rígido para avaliação da conveniência e adequação dos índices exigidos. Por este motivo, as exigências devem sempre limitar-se a situações em que forem convenientes e em limites justificáveis, sob pena de restringir o caráter competitivo do certame.

Cumprе enfatizar que tanto a escolha quanto os valores dos índices devem estar bem fundamentados no processo licitatório.

34. Quais situações devem ser evitadas a fim de não caracterizar restrição à competitividade, quanto à qualificação econômico-financeira?

A título de exemplo, podemos enumerar as seguintes situações, que deverão ser evitadas:

- exigência de demonstrativos contábeis não usuais e que não sejam regulados pela legislação pertinente;
- exigência de índices contábeis e valores não usuais;
- exigência de índices contábeis sem a devida justificativa; e
- exigência simultânea de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo e garantia de proposta.

35. O que é o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF?

No âmbito federal, o Decreto nº 3.722, de 09 de janeiro de 2001, alterado pelo Decreto nº 4.485, de 25 de dezembro de 2002, dispôs sobre o SICAF, sistema de registro cadastral do Poder Executivo Federal mantido pelos órgãos e entidades que compõem o Sistema de Serviços Gerais – SISG. No normativo, há a previsão de que a habilitação dos fornecedores em processos licitatórios, dispensas, inexigibilidades e nos contratos administrativos pertinentes à aquisição de bens e serviços e a alienação e locação *pode ser* comprovada por meio de prévia e regular inscrição cadastral no SICAF. Além disso, conforme o art. 1º, § 1º, II, do referido Decreto, nos casos em que houver necessidade de assinatura de contrato e o licitante para o qual foi adjudicado o objeto da licitação não estiver inscrito no SICAF, o seu cadastramento deverá ser feito pela Administração, sem ônus para o proponente, antes da contratação, com base no reexame da documentação apresentada para habilitação, devidamente atualizada.

36. Como se inicia o procedimento da licitação?

De acordo com o art. 38, da Lei nº 8.666/1993, o procedimento da licitação *será iniciado com a abertura de processo administrativo (fase interna)*, 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:

- edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
- comprovante das publicações do edital resumido, ou da entrega do convite;
- ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
- original das propostas e dos documentos que as instruírem;
- atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
- pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
- atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;

- recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
- despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
- termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
- outros comprovantes de publicações; e
- demais documentos relativos à licitação.

37. Como se desenvolvem os procedimentos na sessão pública de exame da documentação (habilitação) e julgamento das propostas?

Nas modalidades de licitação *convite*, *tomada de preços* e *concorrência* a licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

- abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;
- devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;
- abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;
- verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;
- julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; e
- deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

Na modalidade *pregão*, na forma *presencial*, os procedimentos são os seguintes:

- credenciamento dos licitantes, incluindo identificação do representante legal;
- entrega dos envelopes de propostas e de documentação pelos licitantes, além da declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação;
- abertura do envelope das propostas e a verificação de sua conformidade com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;
- seleção das propostas para a fase de lances verbais;
- fase de lances verbais;
- exame da aceitabilidade da oferta do menor lance obtido e negociação com o licitante vencedor da fase de lances;
- abertura do envelope contendo a documentação de habilitação do licitante vencedor da fase de lances;
- declaração do vencedor;
- fase de interposição de recursos; e
- adjudicação e homologação.

Na modalidade *pregão*, na forma *eletrônica*, os procedimentos e forma de realização são os seguintes:

- após a divulgação do edital no endereço eletrônico e do envio das propostas pelos licitantes até a data e hora marcadas, exclusivamente por meio eletrônico, ocorre a abertura da sessão, por meio de comando do pregoeiro, com a utilização de sua chave de acesso e senha;
- verificação das propostas pelo pregoeiro e desclassificação daquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital;
- ordenação, pelo sistema, das propostas classificadas pelo pregoeiro, sendo que somente estas participarão da fase de lances;
- início à fase competitiva, com envio de lances pelos licitantes, exclusivamente por meio do sistema eletrônico. O licitante somente poderá oferecer lance inferior ao

último por ele ofertado e registrado pelo sistema e, durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante;

- encerramento da etapa de lances por decisão do pregoeiro, ocasião em que o sistema eletrônico encaminha aviso de fechamento iminente dos lances. Após o comando do pregoeiro, transcorre período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual é automaticamente encerrada a recepção de lances;
- fase de negociação, mediante encaminhamento, a critério do pregoeiro, pelo sistema eletrônico, de contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital;
- exame da proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação;
- verificação da habilitação do licitante conforme disposições do edital. Há a possibilidade de envio de documentos e anexos via fax, com a posterior remessa dos originais;
- declaração do vencedor;
- fase de interposição de recursos, exclusivamente por meio do sistema eletrônico;
- adjudicação; e
- homologação.

38. Quais são os critérios para desclassificação de propostas?

Conforme o art. 48, da Lei nº 8.666/1993, serão *desclassificadas*:

- a) as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação; e
- b) propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis

com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

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.

Dos licitantes classificados cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as duas opções acima, será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de *garantia adicional*, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, da Lei nº 8.666/1993, igual à diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.

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 que não contenham os equívocos ora referidos. É *facultada*, no caso de *convite*, a redução deste prazo para três dias úteis.

39. Quais as definições de homologação e de adjudicação?

A homologação significa a aprovação dos atos praticados e o consequente reconhecimento da licitude do procedimento pela autoridade responsável. Se o procedimento estiver em ordem, será homologado. É nesse instante que a responsabilidade pelos fatos ocorridos no decorrer do procedimento passa a ser compartilhada pelo gestor.

Já a adjudicação é o ato pelo qual a Administração, através da autoridade competente, atribui o objeto da licitação ao vencedor do certame. É o ato final do procedimento. Não se confunde com a celebração do contrato. Após praticada a adjudicação é que a Administração vai convocar o vencedor do certame para a assinatura do contrato.

Ambas são compulsórias, excetuando-se os casos que demandem revogação ou anulação do procedimento licitatório.

Em todas as modalidades licitatórias, com exceção do pregão, adjudicação é de competência da autoridade e deve ser realizada após a homologação.

40. Quais são os casos de anulação e revogação do procedimento licitatório?

A licitação é um procedimento administrativo composto por uma sequência encadeada de atos administrativos visando à futura contratação com o licitante vencedor do certame.

Se ocorrer vício de ilegalidade insanável na prática de algum ato do procedimento licitatório, esse ato deverá ser anulado, e sua anulação conduzirá à nulidade de todas as etapas posteriores do procedimento, dependentes ou consequentes daquele ato. Se for detectada alguma ilegalidade no edital, por exemplo, os atos anteriores à sua edição poderão ser aproveitados, ao passo que os posteriores deverão ser anulados. Em determinadas situações, a depender do caso concreto, o ato viciado ou defeituoso poderá ser saneado ou corrigido, evitando com isso a sua anulação.

É importante lembrar que a Administração Pública, no exercício do seu poder de autotutela, tem o poder/dever de anular os atos eivados de vícios de ilegalidade, uma vez que deles tome conhecimento. Naturalmente, isso não afasta a eventual apreciação e julgamento desses atos pelo Poder Judiciário.

O art. 38, IX, da Lei nº 8.666/1993, determina que o despacho de anulação da licitação seja fundamentado circunstanciadamente. A anulação por motivo de ilegalidade deve ser efetuada pela autoridade competente para a aprovação do procedimento, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. O art. 49, § 2º, da mesma lei, assevera que a nulidade do processo licitatório leva à nulidade do contrato. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, conforme o art. 49, § 1º, da Lei de Licitações, justamente porque do ato ilegal não surgem direitos.

A possibilidade de revogação da licitação sofreu considerável restrição com a edição da Lei nº 8.666/1993, pois esta permite a revogação somente em duas hipóteses, devendo o despacho revogatório ser devidamente motivado, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa aos prejudicados. As hipóteses de revogação facultadas à Administração são as seguintes:

- por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta; e
- quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos no instrumento convocatório.

O interesse público invocado para a revogação da licitação deve ser bem explicado e fundamentado nos autos do processo licitatório.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “diversamente do que ocorre com a anulação, que pode ser total ou parcial, não é possível a revogação de um simples ato do procedimento licitatório, como o julgamento, por exemplo. Ocorrendo motivo de interesse público que de-saconselhe a contratação do objeto da licitação, é todo o procedimento que se revoga”.

4.1. Como é composta a Comissão de Licitação?

A Lei nº 8.666/1993 estabelece número mínimo de membros para a comissão. Contudo, não há número máximo. A pluralidade de membros, segundo Marçal Justen Filho, visa a reduzir a arbitrariedade e os juízos subjetivos.

O número mínimo de membros de uma comissão de licitação definido pela Lei nº 8.666/1993 é de três, sendo pelo menos dois deles servidores pertencentes aos quadros permanentes do órgão realizador da licitação. Nos casos de convite, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, a comissão de licitação poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente. No caso do pregão, a licitação será conduzida pelo pregoeiro, devidamente capacitado, designado pela Administração, com o auxílio de equipe de apoio.

Sobre a condição pessoal dos membros da comissão, como regra, deverão ser agentes públicos, integrados na estrutura da Administração Pública. Excepcionalmente e tendo em vista peculiaridades especiais do objeto licitado, como no caso da modalidade concurso, poderão ser convidados terceiros para compor a comissão. Contudo, a Administração será responsável pelos atos praticados por esse terceiro, motivo pelo qual este deverá ser formalmente alertado para a responsabilidade envolvida na sua atuação. a na sua atuação.

42. É necessário possuir habilitação específica para compor comissão de licitação?

O § 2º do art. 51 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que a Comissão encarregada de julgar os pedidos de inscrição, alteração ou cancelamento de registro cadastral, no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos, deverá ser integrada por profissionais legalmente habilitados. Marçal Justen Filho entende que esta regra deve ser interpretada de forma ampliada.

De fato, a absoluta ausência de capacitação técnica dos membros da comissão quando o objeto licitado envolver requisitos específicos ou especiais não é desejável ou mesmo concebível. Ainda quando os membros da comissão não necessitem ser especialistas, é necessário que detenham conhecimentos compatíveis com as regras e exigências previstas no ato convocatório.

43. Qual a distinção entre as Comissões Permanentes e as Especiais?

A diferença reside nas peculiaridades que as licitações podem apresentar. A princípio, as atribuições das comissões permanentes são genéricas. Ficam a cargo destas as licitações que versem sobre objetos não especializados ou que se insiram na atividade normal e usual do órgão licitante. Em situações especiais, devido às peculiaridades do objeto a ser licitado ou por outras circunstâncias, a Administração constituirá comissão especial. Os membros de uma comissão especial devem apresentar condições para enfrentar e superar as dificuldades envolvidas no caso.

44. É possível a recondução dos membros de uma comissão de licitação?

Conforme previsto no § 4º do art. 51 da Lei nº 8.666/1993, a investidura dos membros das comissões permanentes está limitada a um ano, sendo vedada a recondução da *totalidade* de seus membros para a mesma comissão no período subsequente. Portanto, há a possibilidade da recondução de um membro ou parte dos membros da comissão, mas não de todos os membros.

45. Há responsabilidade solidária dos membros da comissão?

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

Portanto, a lei determina que a discordância conste de ata. Segundo Marçal Justen Filho, dependendo da gravidade do vício, a mera ressalva na ata não é suficiente. Caso o vício caracterizar ilícito administrativo ou penal, o agente terá o dever de adotar outras providências, inclusive levando-o ao conhecimento das autoridades competentes. Havendo recusa da maioria em inserir a ressalva no corpo da ata, o agente deverá comunicar a ocorrência às autoridades superiores.

46. Quais são as hipóteses de inexigibilidade de licitação?

Na resposta à pergunta nº 2, esclarecemos que a regra geral em nosso ordenamento jurídico, imposta diretamente pela CF, é a exigência de que a celebração de contratos de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública seja precedida de licitação.

Contudo, existem determinadas situações, permitidas em lei, **em que são celebrados** contratos sem a realização de licitação. São as hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação.

A inexigibilidade de licitação se verifica sempre que houver impossibilidade *jurídica de competição*. O art. 25 da Lei nº 8.666/1993 reúne situações descritas genericamente como de inviabilidade de competição de forma *exemplificativa*:

- para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que *só possam ser fornecidos por* produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca;
- para a contratação de *serviços técnicos, de natureza singular*, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; e
- para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário *exclusivo*, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A própria lei traz no seu art. 13 a enumeração dos serviços técnicos especializados diferenciados no seu art. 25. Dentre tais serviços não estão inclusos os serviços de publicidade. Contudo, é importante ressaltar que não é todo e qualquer serviço técnico enumerado no art. 13 que poderá ser caracterizado como hipótese de inexigibilidade de licitação.

Situação real

1) Ao analisar contrato firmado por entidade pública com empresa especializada em combate a incêndio, a CGU verificou a ocorrência de contratação direta indevida, com utilização de inexigibilidade de licitação, sob a alegação de fornecedor exclusivo. No caso em tela, a documentação apresentada pela contratada não era hábil para comprovar a sua exclusividade como prestadora de tais serviços, sendo constatada, portanto, fuga do processo licitatório em virtude da contratação por inexigibilidade de licitação.

2) Em outro caso, em órgão público federal, a CGU constatou celebração de contrato, cujo objeto era o desenvolvimento de um módulo de colheita de cana-de-açúcar, por inexigibilidade de licitação com base no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, sem que houvesse justificativa para a singularidade do serviço contratado. Há de se observar que a notória especialização não é suficiente para que seja realizada uma contratação por inexigibilidade de licitação, sendo necessário que também fique caracterizada a singularidade da natureza do serviço.

Para que incida a inexigibilidade, além de estar mencionado no art. 13 da lei, é necessário que o serviço possua natureza singular, isto é, seja visivelmente diferenciado em relação aos serviços de mesma natureza prestados por outros profissionais do ramo, e que seja prestado por profissional ou empresa de notória especialização.

Ressalta-se que a inexigibilidade da licitação deverá ser expressamente motivada, apontando-se as causas que levaram a Administração a concluir pela impossibilidade jurídica de competição. Os elementos que deverão instruir tal justificativa, conforme o caso, estão enumerados no parágrafo único do art. 26, da Lei nº 8.666/1993.

Segundo o art. 25, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, na hipótese de inexigibilidade e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

47. Quais são as hipóteses de dispensa de licitação?

Genericamente, a dispensa de licitação abrange hipóteses em que, embora haja viabilidade de competição, a realização de um certame, com observância de todas as formalidades e ritos procedimentais, não seria conveniente ao alcance do interesse público. A dispensa de licitação decorre do próprio texto constitucional que dispõe, em seu art. 37, XXI, sobre a obrigatoriedade de realização de uma licitação pública, “ressalvados os casos especificados na legislação.” Esses casos excepcionais (que englobam também as situações de inexigibilidade) foram regulados pela Lei 8.666/1993.

Nos casos em que a lei autoriza a não realização da licitação, diz-se ser a mesma dispensável. Em outros casos a própria lei, diretamente, dispensa a realização da licitação, não cabendo à Administração, discricionariamente, decidir ou não sobre a realização da licitação.

As hipóteses de licitação dispensável estão enumeradas taxativamente no art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Não existem outras além destas contidas no referido artigo, cabendo lembrar que a Lei nº 12.188, de 11/01/2010, e a Lei nº 12.349, de 15/12/2010, acrescentaram os incisos XXX e XXXI, respectivamente, instituindo novas hipóteses de licitação dispensável. Houve também uma modificação na redação do inciso XXI trazida pela Lei nº 12.349/2010.

As hipóteses de licitação dispensada estão enumeradas no art. 17 da Lei nº 8.666/1993, também de forma taxativa e fechada. Tais situações referem-se à alienação de bens, imóveis e móveis, pela Administração.

Situação real

Exemplo de caso concreto de descumprimento da determinação legal quanto à dispensa de licitação foi o verificado pela CGU em entidade pública federal quando os gestores não promoveram o cumprimento às recomendações da CGU e às determinações do TCU, contratando por meio de dispensa de licitação, quando havia a obrigatoriedade de se licitar. Os objetos contratados não se referiam a situações vinculadas às atividades finalísticas da entidade, o que era permitido. Os serviços contratados eram a execução de serviços técnicos

de consultoria, contrariando o disposto no regulamento interno da entidade sobre licitações e contratos. Cabe também ressaltar que a entidade não poderia (mas o fez), abster-se de realizar pesquisa de preço previamente às contratações, inclusive, nas contratações por dispensa ou inexigibilidade, de tal forma que essa pesquisa fosse utilizada na estimativa do custo do objeto a ser contratado, na definição dos recursos necessários para a cobertura das despesas contratuais e na análise da adequabilidade das propostas ofertadas.

48. O que significam licitação deserta e licitação fracassada?

Temos uma licitação deserta quando, após a devida divulgação e convocação de interessados, nenhum deles se apresenta para a disputa. Consoante o inciso V do art. 24 da Lei nº 8.666/93, a licitação deserta pode ensejar uma dispensa, desde que:

- de forma fundamentada e motivada, seja demonstrado, nos autos do procedimento, que a realização de uma nova licitação poderá causar prejuízos à Administração Pública; e
- sejam mantidas as condições constantes do instrumento convocatório.

Não existe limite de valor do contrato para que se decida pela contratação direta em razão de licitação deserta.

A licitação fracassada acontece quando aparecem interessados, mas nenhum é selecionado devido à inabilitação ou desclassificação das propostas. Ao contrário da licitação deserta, a licitação fracassada não é hipótese de licitação dispensável. Neste caso, aplica-se o disposto no § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993:

“§ 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.”

Interessante observar que quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, haverá a concessão de prazo para apresentação de nova documentação ou de outras propostas. Caso persista a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços.

49. Podem ser admitidas condições diferenciadas nas licitações que envolvam recursos externos?

Sim. Conforme disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro

multilateral de que o Brasil seja parte, *poderão ser admitidas*, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Neste caso, o processo de julgamento das propostas poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que sejam exigidos pelo organismo internacional como condição 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.

Nesse sentido, em virtude da publicação do Acórdão TCU-Plenário n.º 1718/2009, foi expedido o Ofício-Circular n.º 55/COFEX-MP, de 09/11/2009, no qual a Secretaria de Assuntos Internacionais (SEAIN/MP) orientou os executores de projetos a cumprirem as seguintes determinações quanto aos processos licitatórios futuros, cujos recursos de financiamento sejam total ou parcialmente oriundos de empréstimos internacionais:

- a) a observação do disposto no art. 42, § 5º, da Lei n.º 8.666/93, bem como a Decisão n.º 245/92 TCU/Plenário, quanto à adoção das normas da instituição financeira internacional, caso haja conflito entre tais normas e a legislação brasileira;
- b) a adoção dos parâmetros estabelecidos na norma vigente no País, caso não haja conflito entre as normas da instituição financeira internacional e a legislação brasileira;
- c) a inserção dos editais de cláusula prevendo a interposição de recursos por parte dos licitantes ao julgamento da comissão, nos termos do art. 109, inciso I, da Lei n.º 8.666/93; e
- d) a existência prévia dos orçamentos-base dos certames, expressos por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários, nos termos do art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93, em respeito aos princípios da publicidade e da eficiência, constantes do caput do art. 37 da Constituição Federal.

50. Há o mesmo tratamento dado na resposta à pergunta anterior quando se tratar de recursos nacionais administrados por entidade internacional?

Não. O disposto no art. 42, § 5º, da Lei n.º 8.666/1993 não se aplica a este caso. O dispositivo somente é aplicável quando os recursos forem oriundos do estrangeiro. Por exem-

plo, contratações realizadas pelo Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD) que utilizam exclusivamente recursos provenientes do governo brasileiro não estão alcançadas pelo dispositivo mencionado. É essa a orientação do TCU, de acordo com a Decisão nº 178/2001. Em seguimento, o Tribunal, por intermédio do Acórdão TCU-Plenário nº 946/2004, resolveu “9.1 considerar que a versão final do Manual de Convergência de Normas Licitatórias elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD atende à determinação firmada pelo Tribunal no subitem 8.4.1 da Decisão nº 178/2001 - Plenário, estando, de conseguinte, em condição de ser aplicado por aquele organismo internacional no âmbito dos acordos ou projetos de cooperação técnica firmados com a União em que haja repasse de recursos nacionais”.

51. Quais as modificações na Lei nº 8.666/93, trazidas pela Lei nº 12.349/2010?

Em relação às modificações trazidas pela Lei nº 12.349/2010 na Lei nº 8.666/93, destacam-se a previsão de outra finalidade a ser buscada pelo administrador ao fazer uma licitação (promover o desenvolvimento nacional sustentável), a inclusão de mais uma hipótese de dispensa de licitação (art. 24, XXXI) e as regras sobre a possibilidade de estabelecimento de uma margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras.

Há de se ressaltar que as alterações da referida Lei aplicam-se, também, à modalidade licitatória pregão, de que trata a Lei nº 10.520/2002.

52. Qual a hipótese de dispensa de licitação incluída pela Lei nº 12.349/2010?

O inciso XXXI incluiu no art. 24 da Lei nº 8666/93 a seguinte possibilidade de dispensa de licitação:

“Nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/ 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.”

A Lei nº 10.973/2004, denominada Lei de Inovação, dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

53. Já existe conceito de margem de preferência?

Ainda não. A margem de preferência será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração (art. 3º, § 6º da Lei nº 12.349/2010):

“I- geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV – custo adicional dos produtos e serviços; e

V – em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.”

Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecida margem de preferência adicional à prevista (art.3º, §7º).

As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, serão definidas pelo Poder Executivo Federal, não podendo a soma ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros. (art. 3º § 8º)

Idêntica preferência poderá ser estendida total ou parcialmente aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul (art. 3º, § 10).

54. O que vem a ser produtos manufaturados e serviços nacionais?

A própria Lei nº 12.349/2010, ao acrescentar os incisos XVII e XVIII ao art. 6º da Lei nº 8.666/93, definiu o que são produtos manufaturados e serviços nacionais:

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

XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo Federal.”

55. Quais observações foram inseridas pela Lei nº 12.349/2010, no que diz respeito aos sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos?

A referida Lei acrescenta que nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo Federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001 (art. 3º, § 12). São sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos, segundo o inciso XIX do art. 6º da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 12.349/2010, os bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade.

56. Em quais licitações e contratos se aplica Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído pela Lei nº 12.462/2011 ?

O RDC é aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013, e da Copa do Mundo Fifa 2014, bem como às obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais citados.

57. Quais as principais regras aplicadas no âmbito do RDC?

A Seção II da Lei nº 12.462/2011 estabelece regras específicas quanto ao objeto da licitação, que deverá ser definido de forma clara e precisa, bem como o momento de divulgação do orçamento estimado pela Administração, que somente será divulgado após o encerramento da licitação. Além disso, a referida Lei traz a previsão de contratação integrada, desde que tecnicamente e economicamente justificada. Para a realização da

contratação integrada, o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço

58. O que significa inversão de fases no RDC?

De forma distinta às licitações realizadas no âmbito da Lei nº 8666/1993, a fase de habilitação deve ser realizada após o julgamento das propostas, em que pese a Lei prever a possibilidade de realização desta fase antes da apresentação de propostas ou lances e do julgamento, desde que motivada. As licitações devem também ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, ainda que seja admitida a forma presencial.

59. Quais são os procedimentos auxiliares aos processos de licitação estabelecidos pela Lei nº 12.462/2011?

São procedimentos auxiliares previstos para as licitações no âmbito Regime Diferenciado de Contratações a pré-qualificação permanente, o cadastramento, o sistema de registro de preços e o catálogo eletrônico de padronização.

60. As previsões de dispensa e inexigibilidade são diferenciadas nas licitações realizadas no âmbito do RDC?

Não. As hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação estabelecidas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, aplicam-se às contratações realizadas com base no RDC. O processo de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação deverá seguir o mesmo procedimento previsto no artigo 26 da Lei de Licitações.

Parte II - Contratos

61. O que são contratos administrativos?

Segundo a Lei de Licitações e Contratos, art. 2º, parágrafo único, contrato administrativo é todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas.

Apesar da denominação de contrato, nos contratos administrativos não prevalece o princípio da autonomia das vontades dos contratos em geral. Nos contratos administrativos existem as chamadas cláusulas exorbitantes, que são prerrogativas que o Poder Público detém perante o particular que com ele contrata. Esta é uma característica marcante dos contratos administrativos, além da presença da Administração Pública como uma das partes da relação contratual.

62. Quais são as características dos contratos administrativos?

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, os contratos em que a Administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum, possuem as seguintes características:

- *presença da administração pública como poder público* - a Administração possui uma série de prerrogativas não extensíveis ao contratado.
- *finalidade pública* - está presente em todos os atos e contratos da Administração Pública.
- *obediência à forma prescrita em lei* - a forma é essencial, para benefício tanto da Administração quanto do contratado, para fins de controle da legalidade.
- *procedimento legal* - a lei estabelece uma série de procedimentos obrigatórios para a celebração dos contratos como autorização legislativa, avaliação, motivação, auto-

rização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.

- *natureza de contrato de adesão* - todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração, fixando as condições em que pretende contratar com o particular. A apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração.
- *natureza intuito personae* - a condição pessoal do contratado, apurada em procedimento licitatório, é essencial na relação contratual Administração-particular. A Lei nº 8.666/1993 admite que a Administração subcontrate partes de obra, serviço, ou fornecimento, desde que essa possibilidade e os limites da subcontratação estejam previstos no edital e no contrato. (obs.: a Lei não veda, ela admite a possibilidade, dentro de certos limites. Pelo texto legal, o que é vedado é a subcontratação integral)
- *presença de cláusulas exorbitantes* - tais como exigência de garantia, alteração/rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de penalidades, anulação e retomada do objeto.
- *mutabilidade* - decorre do poder de alteração unilateral que possui a Administração e também de outras circunstâncias, como a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

63. Quais são as prerrogativas que a Administração Pública detém em relação aos particulares que com ela contratam?

No que concerne às prerrogativas, os contratos administrativos diferenciam-se dos contratos particulares por meio das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio ou de prerrogativa. Essas cláusulas podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas se estivessem previstas nos contratos entre particulares, por conterem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra. É justamente o que ocorre nos contratos administrativos. Neles, a Administração está em posição de supremacia em relação ao particular que com ela contrata.

A Lei 8.666/93 define, nos incisos do art. 58, as prerrogativas que a Administração Pública detém em relação aos contratados:

- modificar os contratos, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

- rescindir os contratos, unilateralmente, nos casos especificados nos incisos I a XII e XVII do art. 78 da Lei;
- fiscalizar a execução do acordo;
- aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Contudo, há contratos celebrados pela Administração Pública que são regidos, predominantemente, por normas de direito privado. Como exemplos há os contratos de financiamentos, seguros e locações em que o Poder Público seja locatário. Além destes, a Administração também atua como usuária de serviços públicos. Nestes casos existe legislação própria que trata do assunto, a Lei nº 8.987/1995, ficando a Lei nº 8.666/1993 limitada a pontos que não conflitem com tal legislação.

64. É permitida a celebração de contratos verbais pela Administração Pública?

Não. 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 para a modalidade convite no caso de compras e serviços (R\$ 80 mil), feitas em regime de adiantamento (suprimento de fundos). Portanto, para pequenas compras de pronto pagamento que envolvam valores não superiores a R\$ 4 mil, feitas em regime de adiantamento, admite-se o contrato verbal.

Situação real

Em auditoria efetuada pela CGU em órgão federal, foi constatada ocorrência de contrato verbal para cessão de imóvel. O órgão possuía um terreno devidamente cadastrado no Sistema de Gerenciamento de

Imóveis de Uso Especial da União - SPIUnet, o qual foi cedido a uma empresa local, sem a formalização do competente termo legal autorizativo, para colocação de placas de propagandas, os denominados “outdo-

ors”. Havia como contrapartida, segundo o órgão, a limpeza e conservação do terreno. Verificou-se que o gestor somente submeteu o caso a sua assessoria jurídica, por meio do Núcleo de Assessoramento Jurídico da AGU no Estado, após o imóvel já estar ocupado pelos painéis de propa-

ganda, em decorrência de provocação da CGU, por meio de Solicitação de Auditoria.

O órgão foi orientado a obedecer a legislação pertinente, abstendo-se de celebrar contratos sem a devida formalização legal.

65. Quais são as cláusulas essenciais dos contratos administrativos?

São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- o objeto e seus elementos característicos;
- o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- os casos de rescisão;
- o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 da Lei de Licitações;
- as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

- a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação; e
- o foro da sede da Administração como competente para dirimir qualquer questão contratual, nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro.

Situação real

1) Em verificação efetuada pela CGU em órgão federal, constatou-se que determinado contrato deixou de fazer menção sobre a obrigatoriedade do contratado manter durante a execução do mesmo todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. A falha apontada pela equipe de auditoria referiu-se ao prazo de validade das certidões contidas no SICAF. Ficou demonstrada a falta de padronização nos editais e contratos elaborados pelo órgão. O gestor foi orientado a adotar medidas para que deles constem, no mínimo, as cláusulas necessárias, de acordo com o disposto nos arts. 40 e 55 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 6º da Lei nº 10.522/2002.

2) Em outra oportunidade, ainda em relação às cláusulas necessárias dos contratos administrativos, a CGU constatou, em outro órgão federal, reincidência quanto à falta de comprovação de recursos orçamentários nos contratos. Tal exigência visa a garantir o pagamento de obrigações, tanto em relação ao contratado, quanto às obrigações legais tributárias pertinentes. Não havia informações quanto à existência de créditos para suportar as despesas a serem assumidas com o respectivo termo aditivo do contrato.

66. É possível a assinatura de contratos do tipo “guarda-chuva” pela Administração Pública?

Não. Contrato do tipo “guarda-chuva” é o contrato com objeto amplo e indefinido, ou que contenha vários objetos. Nestes casos, a orientação dos órgãos de controle é no sentido de que a assinatura desses tipos de contratos seja vedada.

67. Quais são as situações em que os contratos são facultativos ou obrigatórios?

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, *observadas as disposições da lei quanto às cláusulas necessárias aos contratos*.

É dispensável o “termo de contrato” e facultada a substituição citada acima, a critério da Administração e *independentemente de seu valor*, nos casos de compra com *entrega imediata* (até 30 dias da proposta) e *integral* dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

68. Qual a natureza da garantia que pode ser exigida nos contratos pela Administração Pública?

Inicialmente, cabe observar que o valor percentual da garantia que pode ser exigida nos contratos não é o mesmo daquela que pode ser exigida quando da qualificação econômico-financeira, mencionada na pergunta nº 32.

A garantia exigida durante a qualificação econômico-financeira está limitada ao valor percentual de 1% (um por cento) *do valor estimado do objeto da contratação*. Já a garantia que a Administração pode exigir nas contratações de obras, serviços e compras, *desde que exista previsão para tanto no instrumento convocatório*, está limitada a 5% (cinco por cento) *do valor do contrato*. Nos casos de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis esta garantia poderá ser elevada para o percentual de 10% (dez por cento) *do valor do contrato* – aumento que deve ser devidamente motivado/fundamentado no processo.

Cabe observar que é o *contratado* quem escolhe uma das *quatro* modalidades previstas na lei para tal garantia, a saber: caução em dinheiro, caução em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

69. Os contratos administrativos podem ser prorrogados?

De início, cabe observar que a duração dos contratos regidos pela Lei 8.666/93 ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Contudo, a própria lei comporta exceções quanto aos seguintes casos:

- aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano *Plurianual*, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;
- à *prestação de serviços a serem executados de forma contínua*, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a 60 meses. Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, este prazo poderá ser prorrogado por até 12 meses meses); e
- ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

- alteração do projeto ou especificações, pela Administração;
- superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;
- interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;
- aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos pela Lei nº 8.666/1993;
- impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; e
- omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos

pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

É importante salientar que toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato e que a lei veda expressamente o contrato com prazo de vigência indeterminado.

Situação real

A CGU constatou em auditoria realizada em órgão federal que houve a prorrogação de contrato celebrado, após o término da sua vigência, em caráter emergencial, sem a devida formalização do respectivo Termo Aditivo. Também ocorreram falhas na contratação de empresa para prestar serviço de limpeza e manutenção nas dependências do órgão, tais como a execução de despesas durante o ano sem respaldo contratual, além da prorrogação de contrato em caráter emergencial, sem justificativa plausível. Ficou constatada na auditoria a falha nos controles internos e a falta de

planejamento, além da morosidade na realização de procedimento licitatório.

O órgão foi orientado a planejar melhor suas necessidades, antecipando-se aos termos de prazos contratuais. Um adequado planejamento anual das necessidades, acompanhado de um procedimento de controle efetivo dos prazos de vigência dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres celebrados pelo órgão minimizariam a probabilidade de ocorrência das irregularidades identificadas.

70. Os contratos administrativos devem ser publicados?

Sim. 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. Ressalte-se que, mesmo que não haja ônus para a Administração, deverá ser observada a publicação do instrumento do contrato/aditamentos na imprensa oficial.

Quando o caso for de contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, excluídas as situações indicadas no art. 26 da Lei nº 8.666/1993, a contratação somente produzirá efeitos jurídicos (eficácia) após a publicação do ato. Quanto as exceções, o próprio art.

26 traz a necessidade da ratificação pela autoridade superior à autoridade instauradora do processo de inexigibilidade/dispensa antes da assinatura do termo de contrato. Com isto, bastará uma única publicação, desde que ratificado o ato pela autoridade superior.

71. Os contratos administrativos podem ser alterados?

Sim, há situações em que os contratos administrativos podem ser alterados. A prerrogativa de alteração unilateral do contrato, aplicável somente à Administração, está expressa no art. 58, I, da Lei nº 8.666/1993. Diferentemente dos contratos privados, em que se aplica o princípio do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser respeitados), nos contratos administrativos há uma *atenuação* deste princípio, em virtude, justamente, da possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração. Os casos em que há possibilidade de alteração unilateral são os seguintes:

- quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; e
- quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de alteração quantitativa de seu objeto, nos seguintes limites: *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*.

Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos anteriormente, salvo as *supressões* resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. Trata-se, neste caso, de alteração *consensual* e não de alteração unilateral.

Há ainda outras possibilidades de alteração do contrato por acordo entre as partes, definidas no art. 65, II, da Lei nº 8.666/1993:

- quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- 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;
- quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação

do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; e

- 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.

As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. Portanto, a possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração somente abrange as cláusulas regulamentares ou de serviço, ou seja, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e sua execução.

Situação real

Em caso concreto verificado pela CGU, foi constatado que uma entidade federal não vinha observando, nas contratações originárias de licitação na modalidade de pregão eletrônico, o limite máximo de 25% de acréscimos quantitativos permitido em relação ao valor inicial (art. 65, inciso I, “b”, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993). Assim, a aquisição de bens e o fornecimento de serviços comuns devem observar os

acréscimos e as supressões, qualitativas e quantitativas, fixados pelo art. 65 da Lei de Licitação. Cumpre ainda consignar que os acréscimos e as supressões expressos na norma citada, quando o objeto da licitação está subdividido em itens, deverão observar a proporcionalidade em relação a cada item de produto ou de serviço licitado. Interpretação contrária violaria o princípio da isonomia.

72. O que é o chamado jogo de preços ou jogo de planilhas?

É a denominação utilizada para a prática ilegal de se efetivar contratação de proposta de menor preço global, mas com grandes disparidades nos preços unitários, de forma a possibilitar aditamentos ao contrato com o aumento dos quantitativos dos itens de preços unitários elevados e redução dos quantitativos dos itens de preços inferiores.

Segundo a lei, o critério de aceitabilidade dos preços *unitário* e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedada a fixação de preços mínimos, deve ser um item de conteúdo *obrigatório* do edital.

A ausência de tais critérios de aceitabilidade de preços unitários, devido à omissão da previsão em edital, pode dar margem ao que é chamado de jogo de planilhas. Neste caso, pode ocorrer, inicialmente, a contratação de proposta de menor preço global, contudo, com grandes disparidades nos preços unitários. Com isso, durante a vigência contratual, existe a possibilidade de aditamento do contrato com o aumento dos quantitativos dos itens de preços unitários elevados e redução dos quantitativos dos itens de preços inferiores. Neste caso, a proposta, que aparentemente parecia ser a melhor, acaba sendo mais onerosa para a Administração, ocorrendo um superfaturamento no valor final do contrato. Deve-se atentar, quando da elaboração do edital, para o cumprimento do disposto no art. 40, X, da Lei 8.666/93 a fim de se evitar tal prática.

A disparidade nos preços unitários pode ocorrer também em relação ao momento de realização dos serviços. Tal prática pode dar margem ao jogo de planilha e se caracteriza pela contratação de serviços iniciais (que serão executados no começo do contrato) com preços unitários elevados e de serviços finais com preços reduzidos, em relação aos de mercado. Isso poderá ocasionar prejuízos à Administração, pois ao pagar por serviços iniciais superfaturados é como se estivesse ocorrendo uma antecipação de pagamentos. Também poderá ocasionar a paralisação da obra pelo desinteresse da empresa em sua conclusão (em que pesem as penalidades previstas em lei), tendo em vista o desequilíbrio criado no valor do saldo dos serviços que ainda serão realizados.

Situação real

1) Em auditoria realizada pela CGU, observou-se que houve ausência de definição de critérios de aceitabilidade de preços unitário e global em editais de licitações, permitindo, com isso, a contratação de proposta de menor preço global, compatível com a estimativa da Administração, mas com grandes disparidades nos preços unitários. Com isso, poderia ocorrer aditamentos de contrato com o aumento dos

quantitativos dos itens de preços unitários elevados e a diminuição dos quantitativos dos itens de preços inferiores, o que lesaria a Administração.

2) A CGU em fiscalização numa determinada empresa pública observou que no julgamento das propostas de preços da licitação, a empresa vencedora do certame apresentou planilha com preços fictícios, o

que permitiu que a mesma ganhasse a disputa, com desconto de 23,63% em relação ao preço total orçado.

De todo o desconto da proposta da empresa vencedora em relação à Planilha Orçamentária Base, 99,67% desse valor referia-se à redução de preços de apenas 4% dos itens.

Os referidos itens apresentaram redução individualmente de seus preços unitários em percentuais de 79,29% até 90,58%, tornando-os inexequíveis, a não ser que posteriormente os mesmos fossem suprimidos ou substituídos por outros tipos de serviço, o que beneficiaria a empresa contratada durante a execução da avença com a Administração.

Para evitar fatos como esse, conhecidos como “jogo de planilha”, o entendimento do Tribunal de Contas da União, manifestado na Decisão/TCU nº 820/97 - Plenário - Ata 48/97 (Processo nº TC 525.127/96-8), é no sentido de que devem ser analisados individualmente os preços unitários de propostas apresentadas em licitações realizadas na modalidade de preço global a fim de que, ao verificar-se a ocorrência de itens com preços manifestadamente superiores aos praticados no mercado, estabeleçam-se, por meio de acordo com a empresa vencedora do certame, novas bases condizentes com os custos envolvidos, ou, na impossibilidade de assim agir e desde que não haja prejuízo para a consecução do restante do objeto, procedendo-se às devidas análises de custo/benefício com relação à realização de nova contratação para execução do item.

73. O que é reajustamento de preços?

O reajustamento é a alteração de valores pactuados em um contrato decorrente da *previsível perda de valor da moeda*. Isto ocorre devido a variações inflacionárias que podem ocorrer no período de vigência de um contrato. Se houver a previsão de índices específicos no termo de contrato para reajustamento, tal alteração poderá ser executada por simples apostilamento, sem a necessidade de celebração de termos aditivos, de acordo com o disposto no art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/1993.

O reajustamento dos contratos administrativos firmados pela Administração Pública direta ou indireta da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderá ser realizado *em periodicidade igual ou superior a um ano*, contado a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir, de acordo com a Lei nº 10.192/2001, que dispôs sobre medidas complementares ao Plano Real.

74. O que é recomposição de preços?

Em decorrência de eventos extraordinários, em função de sua *imprevisibilidade*, poderá ocorrer a recomposição de preços através da celebração de termo aditivo ao contrato. A recomposição poderá ocorrer durante a execução do contrato, *a qualquer tempo*, em função da sua imprevisibilidade.

Não há que se confundir a recomposição de preços com o reajustamento de preços, pois cada qual opera em campos diferentes. A seguir, a distinção segundo Marçal Justen Filho:

“A recomposição é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original. Já o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independentemente de averiguação efetiva do desequilíbrio.”

Portanto, a recomposição de preço ocorre quando houver alteração extraordinária de preços, independentemente do processo inflacionário. Situação prevista no art. 65, inciso II, alínea d, da lei nº 8.666/93.

75. O que é repactuação de preços?

A repactuação tem sido utilizada, principalmente, para contratos de natureza continuada, em função de modificações nos custos do contratado ocasionadas por acordos, convenções e dissídios coletivos de trabalho. Tais mudanças são *previsíveis*, ocorrendo quase todos os anos, porém incalculáveis (não se pode saber *a priori*, por exemplo, qual será o valor do índice de reajuste salarial negociado no âmbito de uma convenção coletiva de trabalho entre o sindicato patronal e o sindicato de trabalhadores de determinada categoria profissional). Portanto, ao contrário do que ocorre na recomposição, a característica da imprevisibilidade não está presente no caso da repactuação.

Nesse contexto, a Instrução Normativa MPOG nº 2, de 30/04/2008, que disciplina a contratação de serviços contínuos, estabelece o interregno mínimo de um ano, a contar “da data limite para a apresentação das propostas constante do instrumento convocatório” ou “da data do orçamento a que a proposta se referir, admitindo-se, como termo inicial, a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a maior parcela

do custo da contratação for decorrente de mão-de-obra e estiver vinculado às datas-base destes instrumentos”.

76. Quais são as atribuições da Administração na fiscalização dos contratos?

Dado o princípio da supremacia do interesse público, a Administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular contratado durante a execução dos contratos administrativos. Essa atuação revestida de caráter fiscalizatório tem por fim, de forma preventiva, evitar práticas irregulares ou defeituosas, por parte do contratado. Atuando desta maneira, a Administração resguarda o chamado interesse público, zelando para a boa aplicação dos recursos públicos, cada vez mais escassos.

Nesse sentido existe a figura do *fiscal do contrato*, um representante da Administração especialmente designado, que é o responsável direto pela fiscalização e acompanhamento da execução do contrato pelo particular contratado. Segundo a Lei nº 8.666/1993, o representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. A fiscalização dos contratos deve providenciar para que conste, nos processos de pagamentos, informações específicas acerca da execução dos serviços contratados.

As regras contratuais acerca da atividade de fiscalização visam a evitar que a mesma seja desenvolvida de modo não sistemático. Contudo, tais regras não constituem um limite às prerrogativas da Administração, podendo ser promovida a fiscalização além e diversamente do previsto no contrato. Apesar disto, não poderá a Administração usar desta faculdade a fim de causar prejuízo ao contratado. A fiscalização deverá ser feita sempre de modo suficientemente necessário e razoável para a verificação dos deveres do particular.

Um ponto importante a ressaltar sobre a fiscalização da execução contratual é a necessidade do estabelecimento de rotinas/controles que evitem o pagamento de serviços/despesas que não tenham sido executados dentro do período de vigência do instrumento.

Situação real

Exemplo de fiscalização de contrato executada de forma inadequada foi verificada pela CGU em análise de contrato firmado entre entidade pública e determinada empresa, no qual as folhas de ponto do pessoal da contratada não eram adequadamente verificadas pelo fiscal do contrato. Na análise das referidas folhas de ponto, pela CGU, foram verificadas diversas irregularidades como ausências, sem a devida substituição, de 25% da força de trabalho contratada. Em razão de deficiência na fiscalização do contrato, ocorreram prejuízos, de caráter continuado, em função da falta de reposição do

pessoal da empresa contratada, que se encontrava em período de férias, além de prejuízos resultantes de deficiências na execução contratual, de caráter técnico-operacional, em função do preenchimento dos postos de trabalho em desacordo com as necessidades da administração.

A entidade foi orientada no sentido de promover adequada capacitação técnica aos servidores que fossem designados para a função de fiscal de contratos, além de melhorar a qualidade dos controles internos afetos à atividade, a fim de evitar prejuízos decorrentes de uma fiscalização deficiente.

77. Quem é o responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato?

A Lei nº 8.666/1993 trata sobre o assunto no art. 71, afirmando que é o contratado o responsável por tais encargos. Essa é a regra geral, contida no caput do artigo. No §1º, a lei diz que eventual inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Embora haja a previsão legal da não responsabilização da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) dispõe que, em relação a estes encargos, o descumprimento das obrigações por parte do contratado implica responsabilidade *subsidiária* do tomador dos serviços, inclusive relacionando a Administração Pública dentre os possíveis responsáveis subsidiários. Como exemplo de encargo trabalhista temos o FGTS.

Em relação aos encargos previdenciários, a Administração Pública responde *solidariamente* com o contratado por tais encargos resultantes da execução do contrato.

A obrigação *solidária* ocorre quando há pluralidade de credores ou devedores (ou de ambos), sendo que eles têm direitos ou obrigações pela totalidade da dívida. Neste caso, havendo mais de um devedor, cada um responde pela dívida inteira, como se fosse um único devedor. O credor pode escolher se vai demandar judicialmente contra um devedor ou os demais simultaneamente, ou ainda escolher livremente, dentre os devedores, aquele que será executado. Com a responsabilidade *subsidiária*, o funcionamento é diferente, pois o credor tem que respeitar a ordem de preferência imposta de acordo com a lei ou decisão judicial, uma vez que só poderá requerer a execução contra o responsável subsidiário se o devedor principal não honrar sua dívida.

78. É possível ocorrer a subcontratação do objeto do contrato pelo particular contratado pela Administração?

Em princípio, o contratado não pode cometer a terceiros a execução do objeto contratado. Portanto, a regra é a impossibilidade de o contratado transferir a terceiros a execução do contrato que lhe foi incumbido. Contudo, a lei autoriza que a Administração, em cada caso, avalie a possibilidade e conveniência de permitir a subcontratação, desde que respeitados os limites admitidos.

Portanto, os contratos administrativos, em regra, são contratos pessoais, celebrados *intuitu personae*, devendo ser levados a termo pela mesma pessoa que com a Administração assumiu a obrigação. O que ocorre é que a Lei nº 8.666/1993 admitiu a possibilidade de subcontratação parcial, desde que prevista no instrumento convocatório e no contrato e devidamente autorizada, em cada caso, pela Administração. A relação entre a empresa que ganhou a licitação e a subcontratada é de direito civil, não tendo a Administração qualquer parte na mesma.

É importante observar que a própria lei veda expressamente, de forma absoluta, que 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.

79. Quais são as principais considerações sobre o recebimento do objeto do contrato pela Administração?

A Lei nº 8.666/1993 diferencia o recebimento provisório e o definitivo. Isto se deve ao fato de que incumbe à Administração adotar todas as cautelas necessárias para evitar o recebimento de objetos defeituosos.

O recebimento provisório consiste na simples transferência da posse do bem ou dos resultados do serviço para a Administração. O particular não fica liberado integralmente e nem a Administração assume que o objeto recebido é adequado ou que o serviço prestado foi executado corretamente. A partir deste recebimento, a Administração deverá examinar mais detalhadamente o objeto e verificar sua adequação à luz das exigências legais, contratuais e técnicas. O recebimento provisório do objeto do contrato pela Administração libera o particular dos riscos a partir da transferência da posse, assumindo a Administração, a partir deste momento, a responsabilidade por eventuais consequências decorrentes de perda ou deterioração do objeto. A entrega provisória deverá ser documentada mediante termo circunstanciado.

Após o recebimento provisório e promovidos os devidos exames e verificações mais detalhadas pela Administração, o objeto será recebido definitivamente ou será rejeitado pela Administração. Dado o princípio do contraditório, a Administração deverá, inclusive fazendo constar as regras a serem seguidas no termo do contrato, permitir ao contratado o acompanhamento das verificações e exames efetuados assim como também a sua manifestação sobre o procedimento.

Em sendo rejeitado o objeto, o particular deverá adotar as medidas cabíveis à sua reparação ou substituição, ou à repetição da prestação do serviço. Em sendo recebido o objeto, também deverá ser lavrado termo circunstanciado documentando o recebimento definitivo.

Há prazo máximo estabelecido em lei para recebimento definitivo do objeto e que deverá ser definido no instrumento convocatório. Isto decorre da idéia de que o particular não é obrigado a aguardar indefinidamente pela manifestação da Administração. Ocorrendo a omissão da Administração, há a obrigatoriedade de o contratado provocá-la a se manifestar sobre o recebimento, tendo a Administração o prazo de quinze dias para praticar os atos (termo circunstanciado ou vistoria), sob pena de presumir-se ocorrida a aceitação definitiva.

Mesmo após o recebimento definitivo, não fica o particular dispensado de responder pela integridade do objeto. Podem ocorrer vícios que se revelam em momento posterior, sen-

do impossível a sua detecção na ocasião do recebimento. Neste caso, o particular deverá responder por eles, sendo aplicáveis regras específicas disciplinadoras de casos especiais.

É importante observar que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, no tocante à responsabilidade por vício do produto ou do serviço. A matéria submete-se à Lei nº 8.666/1993. Isso não significa que o contratado está livre da responsabilidade por tais vícios. Pelo contrário, ele é responsável até mesmo por vícios que se revelem em momento posterior ao recebimento, como visto no parágrafo anterior.

80. Quais são os prazos envolvidos nos recebimentos provisório e definitivo?

Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

- em se tratando de obras e serviços:
 - a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado; e
 - b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais. Este prazo **não** poderá ser superior a 90 (noventa) dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital.
- em se tratando de compras ou de locação de equipamentos:
 - a) provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação; e
 - b) definitivamente, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação.

O recebimento do objeto será feito por meio de termo circunstanciado quanto à aquisição de equipamentos de grande vulto, ou seja, de valor superior a R\$ 37.500.000,00. Para as demais aquisições, o recebimento será feito mediante recibo.

O recebimento de material de valor superior ao limite estabelecido para modalidade convite (R\$ 80.000,00) deve ser confiado a comissão de, no mínimo, três membros.

81. Há situações em que o recebimento provisório poderá ser dispensado?

Sim. Estas situações estão enumeradas nos incisos do art. 74 da Lei de Licitações e, nestes casos, o recebimento será feito mediante recibo. São as seguintes:

- gêneros perecíveis e alimentação preparada;
- serviços profissionais; e
- obras e serviços de valor até R\$ 80 mil, desde que não se componham de aparelhos, equipamentos e instalações sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade.

82. O que significa inexecução do contrato?

É o inadimplemento do contrato administrativo pelo descumprimento total ou parcial de suas cláusulas, seja pela Administração seja pelo contratado. Tal inadimplemento poderá dar-se tanto por inexecução quanto por execução imperfeita do contrato, com ou sem culpa.

Quando o inadimplemento ocorre sem culpa, o inadimplente fica liberado de responsabilidade. É a chamada Teoria da Imprevisão, que ocorre quando sobrevêm fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado.

Quando o inadimplemento ocorre com culpa (em razão de ação ou omissão culposa ou dolosa da Administração ou do contratado), acarreta a aplicação das sanções legais e contratuais. Devido às chamadas cláusulas exorbitantes, poderá a Administração aplicar diretamente tais sanções abrangendo advertência, a multa de mora, a multa pela inexecução, a suspensão temporária da possibilidade de participação em licitação, o impedimento de contratar com a Administração ou a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

O inadimplemento por culpa do contratado também dá a prerrogativa à Administração de rescindir unilateralmente o contrato, com a consequente execução da garantia contratual para ressarcimento da Administração e execução automática dos valores de eventuais multas e indenizações a ela devidos. Também poderá a Administração reter créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos que lhe forem causados pelo contratado.

O inadimplemento por culpa da Administração possibilita ao contratado pleitear a rescisão, por via judicial ou por acordo. Ressarcimento quanto a prejuízos comprovados que houver sofrido, direito à devolução da garantia prestada, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e recebimento do custo de desmobilização são direitos do contratado, neste caso.

83. Quais são os motivos para rescisão dos contratos administrativos?

A rescisão do contrato poderá ser determinada *por ato unilateral* e escrito da Administração, pelos seguintes motivos:

- o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
- 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;
- o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

- o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas em registro próprio;
- a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
- a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
- a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
- 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; e
- a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

A rescisão do contrato poderá ser determinada pela via judicial ou de forma amigável, nos casos provocados pelo chamado Fato da Administração. O Fato da Administração ocorre toda vez que o Poder Público comete uma ação ou se omite, especificamente em relação ao contrato, de forma a impedir ou retardar sua execução. As situações elencadas na Lei de Licitações em relação a este tipo de rescisão são as seguintes:

- a suspensão da execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, *assegurado ao contratado*, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;
- 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; e
- 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.

Existe ainda a hipótese de rescisão prevista no inciso XIII do art. 78 da Lei 8.666/93 que trata da situação em que a Administração suprime partes de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 da Lei (que dispõe sobre os limites máximos para acréscimos ou supressões nos contratos).

O inciso XVIII do art. 78 da Lei refere-se à possibilidade de rescisão do contrato por motivo de descumprimento, por parte da contratada, da proibição de empregar menores de dezoito anos de idade em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, ou menores de dezesesseis anos (salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos de idade) em qualquer trabalho. Tal possibilidade somente pode ser aplicada quando se verificar conduta efetivamente reprovável, em que haja exploração insensível e cruel do trabalho de menores. Não sendo este o caso, no entendimento de Marçal Justen Filho, a sanção tem que se restringir à pessoa do contratado, sem afetar os interesses da comunidade e de outros trabalhadores. Contudo, não podemos ignorar o comando legal previsto.

84. Quais são as possíveis sanções que a lei permite à Administração aplicar aos contratados, no caso de inadimplemento ou irregularidades cometidas durante a execução contratual?

Como citado na resposta à pergunta nº 70, pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração *tem o poder*, garantida a prévia defesa, de aplicar ao contratado as seguintes sanções:

- advertência;
- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos. Caso o licitante promova o ressarcimento dos prejuízos derivados de sua conduta, cessa a suspensão; e
- declaração de inidoneidade para licitar *ou contratar* (no caso da dispensa ou inexigibilidade também) com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição *ou* até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo de 2

(dois) anos. Mesmo promovendo o ressarcimento dos prejuízos causados, persistirá a inidoneidade até 2 (dois) anos.

Além das penalidades citadas, o contratado fica sujeito às demais sanções civis e penais previstas em lei.

Quanto à cobrança de multas, o contrato deve especificar, no mínimo, o seguinte:

- condições e valores;
- percentuais e base de cálculo;
- prazo máximo para recolhimento, após ciência oficial.

85. Quais são os tipos de recursos administrativos cabíveis contra os atos promovidos pela Administração Pública em se tratando de licitações e contratos?

O assunto é tratado no art. 109 da Lei 8.666/93, cabendo:

- *recurso*, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:
 - a) habilitação ou inabilitação do licitante;
 - b) julgamento das propostas;
 - c) anulação ou revogação da licitação;
 - d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
 - e) rescisão do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração; e
 - f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;
- g) *representação*, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

h) pedido de *reconsideração*, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese de o contratado ser declarado inidôneo para licitar ou contratar com a administração pública, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

Há de se ressaltar que a abertura de prazo recursal é essencial como meio capaz de sanar a suposta falha, além de assegurar à defesa ou contraditório do licitante. Nesse sentido, o edital não pode conter exigências em que o licitante abra mão do direito de interpor recurso. No entanto, os licitantes podem desistir expressamente da interposição do recurso, conforme determina o art. 43, inciso III da Lei das Licitações.

A intimação dos atos referidos ao recurso (com exceção do caso de indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento e dos relativos a advertência e multa de mora), assim como no *pedido de reconsideração*, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos de habilitação/inabilitação de licitante e de julgamento das propostas, se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

O *recurso* contra o ato de habilitação/inabilitação de licitante e o julgamento das propostas terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

Interposto, o *recurso* será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

O *recurso* será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade convite, os prazos estabelecidos para recurso e representação serão de dois dias úteis.

O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

Neste sentido, dispõe a lei que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da Lei nº 8.666/1993.

86. A Lei nº 12.349/2010 trouxe alguma alteração em relação aos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93?

Sim. A alteração trazida pela Lei em relação aos contratos é que nas hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, os contratos poderão ter vigência por até cento e vinte meses, caso haja interesse da administração.

“Art. 24. É dispensável a licitação:

...

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão;

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.”

Principais fontes e bibliografia consultadas

JUSTEN FILHO, Marçal: Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 10^a ed. – São Paulo: Dialética, 2004.

ALEXANDRINO, Marcelo: Direito Administrativo descomplicado/ Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo – 16^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: Direito Administrativo/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro – 17^a ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

Direito – Licitações e Contratos, Mário Vinícius Claussen Spinelli e Vagner de Souza Luciano: Controladoria-Geral da União – CGU, Brasília/DF, 2009.

Manual de Licitações, site do Tribunal de Contas da União – TCU.

Manual de Obras, site do Tribunal de Contas da União – TCU.

Situações e casos concretos ocorridos em auditorias e fiscalizações realizadas pela Controladoria- Geral da União – CGU, Sistema ATIVA – CGU.

Legislação pertinente

Constituição Federal de 1988.

Lei nº 8.666/1993.

Lei nº 10.520/2002.

Lei nº 9.472/1997.

Lei nº 9.784/1999.

Lei Complementar nº 123/2006.

Lei nº 8.987/1995.

Decreto nº 3.555/2000.

Decreto nº 3.931/2001.

Decreto nº 5.450/2005.

Decreto nº 3.722/2001 e

Decreto nº 4.485/2002.

Lei nº 12.349/2010.

Lei nº 12.462/2011.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional

SIG, quadra 6, lote 800

70610-460 - Brasília-DF