



CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

ADRIANO DE SOUSA MALTAROLLO

**DIREITO PÚBLICO E LICITAÇÕES:
ESTUDOS DE CASOS**

BRASÍLIA-DF
2008

ADRIANO DE SOUSA MALTAROLLO

**DIREITO PÚBLICO E LICITAÇÕES:
ESTUDOS DE CASOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Augusto Sherman Cavalcanti

**BRASÍLIA-DF
2008**

ADRIANO DE SOUSA MALTAROLLO

DIREITO PÚBLICO E LICITAÇÕES: ESTUDOS DE CASOS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovada pelos membros da comissão examinadora em
___/___/2008, com menção ____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

FICHA CATALOGRÁFICA

M261s Maltarollo, Adriano de Sousa.
Direito Público e Licitações: Estudos de Casos / Adriano de Sousa
Maltarollo ; Augusto Sherman Cavalcanti, orientador. – Brasília, 2008.
112 f. : il. ; 30 cm.

Monografia (Pós-Graduação) – Instituto Brasiliense de Direito
Público, 2008.

1. Direito. 2. Direito Público. 3. Licitações. I. Cavalcanti, Augusto
Sherman (orient.) II. Título.

CDU 351.712.2.032.3(81)

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra à minha filhinha **PIETRA**, cuja serenidade e meigo semblante transmitiram-me a paz necessária para realizar este trabalho, ressuscitando em mim a esperança de ainda poder contribuir para uma sociedade mais justa e um mundo mais digno.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, que não sei definir, mas que posso sentir em cada sorriso das minhas filhas *Antonella & Pietra*.

À minha mulher *Monique*, este ser tão belo e singular que Deus colocou no mundo, generosa, companheira, compreensiva e carinhosa, o único e verdadeiro amor da minha vida.

Ao meu orientador e amigo, Ministro *Sherman*, pela confiança, pelas oportunas e enriquecedoras intervenções neste trabalho e por quem tenho grande admiração pelo exemplo de profissional e de homem público.

Ao meu amigo e tutor, *Luiz Felipe Simões*, com quem tanto aprendi sobre o tema deste trabalho e com quem tive o privilégio de assinar, em co-autoria, artigos versando sobre os casos aqui abordados.

Ao Dr. *Lucas Rocha Furtado*, pelas brilhantes explanações em sala de aula, pelo constante otimismo demonstrado em sua marcante atuação profissional e pela força surpreendentemente demonstrada ante o grave estado de saúde que tão precocemente o acometeu.

Aos meus amigos Mauro e Marcius, com os quais, à distância, travei efusivos embates sobre os mais diversos temas e assuntos, inspirando minha visão de mundo e aguçando meu senso crítico, mantendo minha mente sempre atenta e vigilante.

Agradeço aos meus familiares, em especial à minha eterna tia *Haydée*, que Deus, provavelmente com ciúmes, levou pra perto dele mais cedo que o esperado.

EPÍGRAFE

“O **bom senso** é a coisa mais bem distribuída do mundo: pois cada um pensa estar tão bem provido dele que mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer outra coisa não costumam desejar mais bom senso do que têm.”

René Descartes (1596-1650), filósofo francês.

RESUMO

No Estado Democrático de Direito, um dos alicerces é a supremacia do interesse público, princípio constitucional atrelado à efetividade da Administração Pública. Dado que não se pode admitir a morosidade e a burocracia excessiva do Governo – críticas comuns em diversas nações democráticas –, é necessário que as amarras da lei tenham flexibilidade em relação às situações cotidianas. Espera-se que a máquina estatal funcione de maneira ágil, célere e dinâmica, características que o tempo moderno das inovações tecnológicas e a era da informação demandam. Entretanto, a sociedade não está interessada em que o gestor público paute sua atuação em formalismos exagerados – sob o manto protetor e ético do combate à corrupção –, mas que os serviços públicos sejam, na ponta da prestação, ofertados com padrões de excelência e qualidade. Não há espaço para que o excesso de controle de gastos prejudique a boa prestação de serviços, mas é inerente que os desvios e malversações de verbas públicas sejam compelidos. É na esteira desse dilema entre controle jurídico e anseios da sociedade que se justifica investigar questões de Direito Público ligadas a licitações. A obrigatoriedade do instrumento contratual e as situações em que seu uso é facultativo; as formas de provisionamento de recursos em contratos administrativos, que permitem ao Estado operar unilateralmente; os limites legais que viabilizam a contratação direta e agilizam a gestão pública; e o alcance da modalidade de pregão para obras e serviços de engenharia são situações que merecem análise percutiente. Para o contribuinte, pouco importa que o administrador público se atenha aos limites legais para dispensar uma licitação, efetuar uma contratação direta ou adequar suas demandas às modalidades previstas em lei. O Estado Moderno não tem por finalidade a lei; ela é, antes, o meio para que a população tenha acesso a hospitais de qualidade, vagas nas escolas, moradia digna, transporte eficiente, segurança garantida e bem-estar social. Esses objetivos exigem que as atividades administrativas sejam levadas adiante com responsabilidade, dinamismo e competência, em prol da governabilidade e da realização das políticas públicas imprescindíveis ao país.

ABSTRACT

One of the pillars of a democratic state where the Rule of Law is observed is the supremacy of the public interest, a constitutional precept that is closely associated with the effectiveness of public administration. Since slowness and excessive bureaucracy are inadmissible characteristics of Government (a criticism raised in many democratic nations), it is necessary that the law have enough flexibility in dealing with day-to-day situations. It is expected that the state apparatus work in the swift, nimble, dynamic fashion that is required in this age of information and technological innovation. Nevertheless, society is not interested in unwarranted formality from the public manager (under the ethical and protective guise of a fight against corruption), but that public services be offered with a high standard of excellence and quality. The excess of control cannot harm the orderly supply of public services, but naturally the misuse of public funds must be expurgated. It is in the context of this dilemma between legal control and the wishes of society that the study of issues in procurements can be justified. The cases that require formal contracts and the cases that don't; the many ways to locate resources in administrative contracts, which allow the state to operate unilaterally; the legal limits that make possible the direct commissioning and offer dexterity to the public management; and the applicability of the auction system to engineering works and services are all situations that deserve a thorough analysis. To the taxpayer, it is immaterial whether the public manager navigates the legal framework to dispense with procurement, to commission firms directly, or to adapt their own demands to the commissioning alternatives legally accepted. The purpose of the modern state is not the law, since the law is, fundamentally, the means through which people can have access to quality health treatment, good schools, suitable housing, efficient transportation, assured safety, and welfare. These objectives necessitate that administrative activities be carried out in a responsible, dynamic, and competent manner, towards good governance and the implementation of much-needed public policies.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	1
2. Estado e Perspectiva Teórica do Estudo do Direito.....	3
2.1. Direito Positivo e Ordenamento Normativo.....	4
2.2. Evolução Histórica do Conceito de Estado.....	7
2.3. O Direito Público como Instrumento do Estado.....	10
2.4. O Direito Administrativo.....	11
3. Perspectiva Aplicada do Direito Público.....	14
3.1. Licitação na Constituição Federal.....	15
3.2. Princípios Licitatórios.....	17
3.3. A Supremacia do Interesse Público.....	19
3.4. Outros Princípios Aplicáveis à Administração Pública.....	20
4. Licitações.....	23
4.1. Ordenamento Jurídico em Licitações.....	23
4.2. Modalidades de Licitação.....	25
4.3. O Advento do Pregão.....	26
5. Estudos de Casos em Licitações.....	28
5.1. O Contrato como Peça Facultativa.....	28
5.2. Aprovisionamento de Recursos em Contratos Administrativos.....	43
5.3. Limites para Contratação Direta.....	54
5.4. A Relativização do Alcance da Lei do Pregão na Área de Engenharia Civil.....	65
6. Conclusão.....	89
7. Referências.....	95
Apêndice.....	98
Anexo.....	99

1. INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto instrumento de solução de conflitos, confunde-se com a própria história da humanidade. Essa visão do estudo do Direito – Filosofia do Direito – é uma das facetas que permitem analisar as diferentes formas e arranjos de resolução de problemas comuns à existência humana – escopo da Filosofia Geral, perpassando séculos e séculos do convívio entre as mais diversas tribos, culturas e civilizações. Não seria exagero, assim, afirmar que do primeiro contato entre homens nascia o Direito.

Obviamente, esse tipo de visão do estudo do Direito, ao mesmo tempo e paradoxalmente simples – porque reducionista – e complexa – porque onipresente – traduz-se em um espectro de tamanha amplitude que não serviria, hoje, a atender aos anseios do homem, *vis-à-vis* os padrões de comportamento das modernas sociedades, miscigenadas, numerosas, conflituosas e em choque constante.

Em suma: não há espaço, em nossa sociedade, para divagações genéricas; o problema analisado – o **fato**, propriamente dito, enquanto fenômeno social – pode até ser de cunho geral, mas requer soluções pontuais, localizadas, específicas e, do mesmo modo, profissionais especializados, *experts*.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho pretende investigar justamente pontos específicos da aplicação do Direito, mormente o ramo do Direito Público atinente à Administração Pública, no que concerne a Licitações e Contratos.

Inicialmente, pretende-se fazer uma pequena abordagem introdutória de posicionamento do estudo do Direito, em termos do conceito de Estado, em uma perspectiva teórica. Nesse capítulo, serão tratados, rapidamente, tópicos como a corrente Juspositivista e suas implicações no ordenamento normativo, a evolução do conceito de Estado através dos tempos, o papel do Direito Público enquanto instrumento de atuação do Estado e o surgimento do Direito Administrativo, ramo recente do estudo do Direito que teve suas raízes na França.

No capítulo seguinte, parte-se da perspectiva teórica para a aplicação do Direito Público. O Advento da Constituição Federal de 1988 e as atualizações normativas consumadas na Lei nº 8.666/1993 (doravante denominada Lei de Licitações – LL) – que poderia ser chamada de um verdadeiro Código de Licitação,

tamanho seu desdobramento, amplitude de escopo e complexidade de aplicação – são objeto desta parte do trabalho, que pretende, ainda, abordar superficialmente os princípios licitatórios, a supremacia do interesse público – um dos sustentáculos não apenas do Direito Administrativo como do próprio Direito Público –, bem como outros princípios aplicáveis à Administração Pública em geral.

No capítulo específico sobre licitações, serão abordados os tópicos: ordenamento jurídico em licitações, a estrutura da lei de licitações, modalidades licitatórias e o advento do pregão, com destaque para esta última parte, modalidade esta que vem revolucionando a forma de contratar da Administração Pública.

Por último, destacam-se quatro casos importantes sobre interpretação e aplicação da Lei de Licitações e da Lei do Pregão, bem como suas peculiaridades em relação a contratos administrativos. Primeiramente, discute-se a faculdade ou não de se utilizar o instrumento contratual, à luz do art. 62 da Lei de Licitações; em seguida, são abordadas algumas formas e alternativas de aplicação do Direito para permitir que cláusulas exorbitantes sejam levadas às últimas conseqüências, em homenagem ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, no que concerne ao provisionamento de recursos, de decisão unilateral; fracionamento e limites para contratação direta são outro tópico a ser investigado; e, por fim, analisam-se as implicações da interpretação da Lei do Pregão favorecendo a corrente que o admite para aplicação em obras e serviços de engenharia, dadas circunstâncias a serem debatidas no estudo do caso.

2. ESTADO E PERSPECTIVA TEÓRICA DO ESTUDO DO DIREITO

A Ciência Jurídica, forma aprimorada e direcionada do estudo do Direito, surge como resposta às crescentes demandas por especialização, conseqüência dos avanços tecnológicos advindos das transformações profundas vivenciadas pela humanidade após importantes revoluções:

a) a Revolução Inglesa ou Revolução Gloriosa – 1688 – que recebeu forte influência dos ideais disseminados por John Locke, culminando com a deposição da dinastia dos Stuart, com a instauração de uma monarquia limitada (edição do *Bill of Rights*, carta de direitos em que o Parlamento se sobrepôs definitivamente ao poder real, ou seja, o rei reina, mas não governa);

b) a Revolução Industrial – a partir de 1760, na Inglaterra –, que promoveu substanciais modificações no processo produtivo das sociedades de então, introduzindo a produção de escala de artigos manufaturados, o uso da máquina à vapor, propiciando verdadeiras revoluções no campo das ciências e do mercantilismo sem precedentes até então, bem como às relações econômicas entre povos e nações, com repercussões político-sociais de igual ou maior relevância;

c) a Revolução Americana – 1776 – (independência da Nova Inglaterra – formação dos Estados Unidos da América), cuja declaração de independência das treze colônias procurou contemplar os princípios norteadores da moderna democracia representativa;

d) a Revolução Francesa, em 1789, revolução dos burgos (decapitação do rei e tomada de poder pela burguesia), fortemente influenciada por Rousseau, propagando os ideais democráticos de Liberdade, Igualdade e Fraternidade consolidados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Tal como outras ciências, a Ciência do Direito também se vale de uma estratégia epistemológica, tendo, muitas vezes, uma preocupação maior com o conhecimento dos problemas enfrentados do que propriamente com a busca incessante por soluções. Esse tipo de enfrentamento suscita, não raras vezes, dúvida a respeito de ser o Direito uma ciência propriamente dita.

Todavia, faz parte do *modus operandi* das chamadas ciências sociais aplicadas – e o Direito é uma delas – o profundo estudo do problema, por meio de

sua decomposição em partes menores para, em seguida serem, reagrupadas e retornar-se ao todo, brotando normalmente desse processo de defragmentação – ou seja, das causas identificadas de um problema – o conhecimento das partes, as possíveis soluções.

Nesse ponto, merecem especial atenção as idéias fundamentais de Habermas¹, filósofo e sociólogo alemão que propôs a reconciliação da hermenêutica e do positivismo ao argumentar que a lógica das ciências naturais não é a mesma lógica das ciências humanas², e que embora ambas trabalhem com símbolos, símbolos são interpretados de acordo com poder e dominação.

Desse modo, o estudo do Direito tem seu foco voltado para a análise compreensiva do homem – sua atribuição de **valor**, seu viés adquirido pela experiência de vida – e de suas relações conflituosas, e não dos fenômenos da natureza, que requerem uma explicação meramente física e descritiva.

De acordo com o renomado jurista Miguel Reale³, “todo conhecimento do Direito é tridimensional”, sendo tais dimensões representadas pelo fato, pelo valor e pela norma. A norma surge, assim, como paradeiro da Ciência do Direito, como objeto final específico do jurista, “que considera valor e fato em razão da normatividade”⁴. As normas integrantes de uma organização social integram o chamado Direito Positivo, sendo o conjunto estruturado e institucionalizado dessas normas o que se tem por ordenamento jurídico.

2.1. DIREITO POSITIVO E ORDENAMENTO NORMATIVO

O Direito Positivo, enquanto ordenamento jurídico, constitui-se – nas palavras de Bobbio⁵:

(...) no conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como as relações

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

² Thomas Kuhn, em “A Estrutura das Revoluções Científicas”, afirmava que, nas ciências exatas, os paradigmas são evidenciados, mas, nas ciências sociais, estas são pré-paradigmáticas.

³ REALE, Miguel. *Fundamentos da concepção tridimensional do Direito*, in Revista Brasileira de Filosofia, vol. X, Fasc. IV, outubro/dezembro de 1960, pág. 463.

⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 1982, pág. 610.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UnB, 8ª ed., 1995, vol. 1, pág.349.

familiares, as relações econômicas, as relações superiores de poder, também chamadas de relações políticas, e ainda a regulamentação dos modos e das formas através das quais o grupo social reage à violação das normas de primeiro grau ou a institucionalização da sanção.

O Direito Positivo e o ordenamento jurídico constituem aspectos importantes da abordagem jurídica, uma vez que consubstanciam a instrumentalização da proteção contra a desconstrução da sociedade. Configuram, grosso modo, a cristalização – normalmente positivada por meio da escrita – dos anseios de sobrevivência do tecido social, com vistas a não permitir – seja pela proibição, seja pela permissão – que a ação humana atue contra o próprio homem e coloque em risco a existência de toda a coletividade, buscando, por conseguinte, a manutenção da ordem.

A ordem e a harmonia social pregada por tantos autores ao longo dos séculos têm, no Direito Positivo, um porto relativamente seguro. Todavia, no desenho do Estado Moderno e das modernas democracias, não há espaço para idealismos, utopismos⁶ ou sonhos de uma sociedade justa pela mera vontade individual dos seus componentes ou sua adesão voluntária a alguma engenharia de contrato social entre cidadãos e Estado. O Estado Moderno não é mero fruto de ideais libertários, mas uma “forma de organização de poder historicamente determinada”⁷.

Sob pontos de vista jurídico e sociológico, em síntese apertada, pode-se considerar que o primeiro conceito de Estado no Direito veio de Kant⁸, para quem “o Estado é a reunião de uma multidão de indivíduos sob a lei do Direito”. A seguir, veio o conceito jurídico de Kelsen⁹, em que “o Estado é um sistema geral e completo de normas jurídicas (...)”. Já na Sociologia, o expoente maior do conceito de Estado

⁶ “Gostaria de ver alguém comparar esta justiça com a das outras nações, em que, Deus me perdoe, não consigo encontrar traço algum de justiça. Ora, que justiça haverá quando um rico ourives, um usurário, em suma, aqueles que nada fazem, ou que apenas produzem o desnecessário e supérfluo, têm uma vida agradável e boa, no ócio ou numa tarefa fácil, enquanto os pobres trabalhadores, carroceiros, ferreiros, carpinteiros e lavradores, se esforçam, de um modo que os animais de carga não suportariam, executando, no entanto, um trabalho tão útil que sem ele a comunidade nem um ano se agüentaria, tendo uma vida tão dura, tão miserável, que a condição das bestas de carga parece, em comparação, melhor e mais feliz? (THOMAS MORE. *A Utopia*. São Paulo: ed. Martin Claret, 2002, págs. 110-111.)

⁷ SCHIERA, Pierangelo. *Estado Moderno*. Estado Moderno. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. Dicionário de política. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: Doutrina do direito*. (tr.: Edson Bini). Bauru: Edipro, 2003.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes/Editora Unb, 1990.

veio com Weber¹⁰, que o definiu como “legítimo detentor do monopólio do uso da força, da coação”.

A manutenção e a imposição das regras e do ordenamento jurídico, que advêm da vontade coletiva e que não se confunde com a soma das vontades individuais – mas superam-nas –, voltam-se contra o indivíduo para fazer valer a subsistência da coletividade. Nas palavras de Weber¹¹:

Desde sempre, os agrupamentos políticos mais diversos – começando pela família – recorreram à violência física, tendo-a como instrumento normal do poder. Entretanto, nos dias de hoje devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. Sem dúvida, é próprio de nossa época o não reconhecer, com referência a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere. Nesse caso, o Estado se transforma na única fonte do “direito” à violência.

Em meio a essa forma de poder – usualmente denominada força policial¹² –, exsurtem os representantes do povo para, no exercício de competências que lhes são delegadas, fazerem surgir normas ditas originárias – normalmente no formato de uma Carta Magna ou Constituição –, que irão nortear as demais – as secundárias (códigos, leis, decretos, portarias) –, formando o arcabouço jurídico-normativo e constituindo o que se costumou denominar modernamente de Estado Democrático de Direito.

É patente que, em meio ao processo de nomeação de representantes do universo democrático e no bojo das forças políticas antagônicas que se digladiam pelo poder, o interesse público não raras vezes cede terreno às elucubrações particulares. O Direito Positivo pode, assim, correr sérios riscos de se submeter a um falso (des)ordenamento jurídico, em que o valor deturpado se encaixa a um fato verídico, mas para gerar uma norma alijada do processo de compreensão social e distante do que se teria por justo, à luz do interesse público. Nas palavras de Bobbio¹³, “forças políticas, que têm nas mãos o poder dominante em uma determinada sociedade, exercem o próprio domínio”.

¹⁰ WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: ed. Martin Claret, 2002.

¹¹ WEBER, Max. *Op. Cit.*, pág. 60.

¹² Michel Foucault, na obra *Vigiar e Punir*, propõe-se a analisar os métodos punitivos não como simples conseqüências de regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais, mas como técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder, adotando, em relação aos castigos, a perspectiva da tática política. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*.)

¹³ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UnB, 8ª ed., 1995, vol. 1, pág. 349.

O Estado moderno caracteriza-se pela migração dos vários centros de poder existentes no feudalismo para uma centralização, um poder unitário: “racionalização da gestão do poder”, nas palavras de Pierangelo Schiera¹⁴. A organização política anterior era baseada na teoria dos dois gládios: a espada espiritual e a espada material: Igreja e Príncipe, ou Papa e senhores de terras. A unificação desses dois poderes irá se dar, segundo o citado autor, em dois planos: o plano espacial, “do Estado para associações pessoais ao Estado territorial institucional”; e o plano organizacional: “do senhor de terras (poder pulverizado) à noção de soberania territorial (poder concentrado)”. Uma emergente camada da expansão e descaracterização do mundo feudal impulsionou as mudanças na forma de governo: a burguesia. O novo soberano surgido com esse novo Estado Moderno incipiente precisou, então, de auxiliares para essa nova tarefa de controle e contato com a burguesia.

Há quem defina o Direito por meio do Estado, como Hobbes, que o tinha como um conjunto de regras postas ou impostas por aqueles que detêm o poder soberano. E há quem conceitue o Estado por meio do Direito, como uma rede altamente complexa de normas constitucionais, de regras escritas ou tácitas, advindas do conjunto de poderes exercidos e tidos como legítimos. O Direito e o Estado assim evoluíram, confundindo-se e complementando-se mutuamente.

2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE ESTADO

O Estado Moderno teve, por antecedentes, três distintos modelos historicamente observados: o Estado clerical, fundamentado nas crenças religiosas e baseado na fé incondicional de seus súditos; o Estado material, voltado para a composição de poder nas mãos dos senhores de terras; e o Estado político, advindo da “necessidade de unidade do território, observância das ordens do soberano como lei suprema, reconhecimento do soberano enquanto instância neutra, acima de todos, a única capaz de conservar a paz”.

¹⁴ SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. Estado Moderno. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. Dicionário de política. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

A ordem buscada com esse Estado moderno vem como mecanismo racionalizador: o homem, necessitando de ordem e bem estar, instrumentaliza um contrato simbólico que o permite passar do estado de natureza para o estado de sociedade. Hobbes vai explicar o estado de natureza por meio do adágio *homo homini lupus* (“o homem é o lobo do homem”¹⁵), ou seja, o homem, enquanto selvagem errante, que é capaz de matar pela mera necessidade de viver.

O estado de sociedade hobbesiano é aquele em que há entrega mútua e irrestrita dos direitos ao Estado, o “Leviatã”¹⁶, monstro que surge para domar e dominar a sociedade, representado na figura de um Soberano. Mais tarde, em Weber¹⁷, o Estado “detentor do monopólio legítimo da força” vai expressar um vetor “poder” resultante dos vetores “ordem política” e “conflitos sociais”.

Imbricada ao processo de evolução do Estado está a evolução da antiga sociedade por camadas até a sociedade civil organizada. A sociedade por camadas se baseava no “reconhecimento jurídico dos direitos e liberdades tradicionais, além do prestígio da posição social adquirida”, uma sociedade vertical (soberano, nobreza, clero, burguesia, povo). Já a sociedade civil horizontal se baseia na posição de classes, no confronto das relações de produção capitalista (capitalistas versus proletariado)¹⁸.

A sociedade por camadas caracteriza a primeira fase do Estado moderno, com unidade territorial, poder hegemônico, forças sociais baseadas na decisão e na administração. Para a consolidação de uma administração eficiente e de um exército estável, o Príncipe não dispunha de recursos próprios. Por essa razão, ele irá necessitar de ajuda daquelas categorias sociais de destaque: nobreza e burguesia.

O crescimento da dimensão estatal fez com que estas camadas participassem mais e mais do processo de coleta de impostos, da administração do Estado e do exercício de poder por meio de participação na elaboração das leis. Todavia, essa participação era contraditória ao entendimento de um Estado com poder centralizado e autônomo.

A concepção moderna de Estado viria para definir uma forma de administração gerenciada exclusivamente pela esfera política nas relações sociais

¹⁵ HOBBS, Thomas. O Leviatã. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

¹⁶ HOBBS, Thomas. Op. Cit.

¹⁷ WEBER, Max. Ciência e Política: duas vocações. São Paulo: ed. Martin Claret, 2002

¹⁸ Proletário: na antiga Roma, cidadão da última classe social, que não pagava impostos e era considerado útil apenas pelos filhos que gerava.

conflituosas. Houve, então, um processo de retomada de poder pelo Príncipe, uma necessidade emergente de controle unitário do poder, de administração política centralizada.

Os privilégios da principal categoria social de então – a nobreza – foi o terreno fértil em que o Príncipe investiu para retomar as rédeas do poder. Para tanto, foi decisivamente apoiado pela nascente burguesia, que via nessa retomada a possibilidade de distribuição mais justa da carga tributária, além do estímulo ao comércio.

Em resumo: o Príncipe prometia novos e bons rumos ao desenvolvimento econômico, o objetivo almejado pelo modo de produção capitalista da burguesia¹⁹.

O Estado absolutista, também conhecido como Antigo Regime, foi o ápice do processo de retomada e centralização de poder nas mãos de um soberano, o momento intermediário entre feudalismo e capitalismo. O Rei francês Luís XIV chegou a afirmar: “*L’etat c’e moi*” – “o Estado sou eu”, em nome da instauração e manutenção da ordem. Os assim chamados déspotas foram os expoentes desse tipo de Estado, aqueles que exerciam arbitrariamente a autoridade e o poder.

A reafirmação de direitos individuais e a passagem de uma ordem fundada na legitimidade para uma fundada na legalidade – com o advento da institucionalização do ordenamento jurídico – foram conseqüências diretas das revoluções sociais já comentadas (industrial, inglesa, francesa e americana), importantes movimentos de ruptura que reafirmaram os valores humanos, a ordem econômica liberal e o poder político descentralizado.

Desse modo, a congruência entre poder político e ordenamento jurídico modela – em uma visão reducionista, mas pragmática – o que se tem por Direito estatal – em que só existe o ordenamento jurídico nos limites do controle estatal –, bem como faz nascer o Estado jurídico – aquele em que não existe Estado senão como ordenamento jurídico.

Deriva dessa dialética uma das mais importantes dimensões funcionais do Direito estatal positivado, o Direito Público como instrumento do Estado.

2.3. O DIREITO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DO ESTADO

Considerando que o Estado é uma estrutura de organização de quase todas as sociedades atuais²⁰ e que, portanto, emergiu dos anseios por uma forma de articular a participação popular e, ao mesmo tempo, garantir a ordem e a soberania de um território por meio da imposição de um ordenamento jurídico, pode-se compreendê-lo como um ente paradoxal, uma vez que foi institucionalizado por intermédio da força e da tentativa de instauração da democracia representativa.

A uma pessoa que nasce não lhe é facultada a opção de aderir a uma espécie de pacto social: em geral, com raras exceções, o *jus solis* ou o *jus sangüinis* irão lhe atribuir uma nacionalidade, uma cidadania, que o forçará ao cumprimento de deveres e obrigações, ao passo em que lhe garantirá determinados direitos, tidos como fundamentais, conquistados em árduas batalhas travadas na luta pelo poder e fruto da evolução dos povos.

Apesar de cerca de cinco séculos desde sua idealização mais formal, em Hobbes, o Estado construiu uma formação consolidada nos dias atuais, fundado nos preceitos da democracia e protegido pelas normas jurídicas: o Estado Democrático de Direito, como já dito. Os limites desejados para se manter e se sobrepôr a qualquer outro tipo ou forma de organização social são definidos diferentemente em cada sociedade, país, nação e organização social existente hoje no mundo, mas são raros os exemplos daqueles povos que se furtam em ter uma organização nesse formato, sob pena de enfrentarem uma resistência fenomenal das forças de (des)equilíbrio de poder no cenário mundial.

No âmbito dessa construção político-jurídico-institucional, o Direito Público exerce a função de amálgama entre a sociedade e o governo, este entendido como o sistema político pelo qual se rege o Estado. A governabilidade – ou a viabilidade do exercício de governar – tem, no Direito Público, grande parcela do cabedal de instrumentos para fazer valer a ordem e a justiça, independentemente do grau de aplicação e alcance delas e do nível de evolução em que se encontra determinada sociedade.

¹⁹ Burgo: povoado, fortaleza, pequena cidade.

²⁰ A ONU contempla a participação de cerca de 200 estados-nações, abarcando, assim, o envolvimento de aproximadamente 97% do território mundial (excetuando-se as calotas polares), corroborando a assertiva do texto.

2.4. O DIREITO ADMINISTRATIVO

Direito e Estado têm suas evoluções associadas e impactadas por diversas passagens históricas. Se, por um lado, o absolutismo estimulou o aparecimento de sua corrente antagônica, o liberalismo, por outro, o foco nessa dicotomia fez erigir, também, a separação entre o Direito Público e o chamado Direito Privado, o direito dos particulares.

Entretanto, o Direito Privado e seus princípios basilares não poderiam regular as relações que visassem à proteção do cidadão contra a força imponente do Estado, ou o resguardo do Estado quanto aos interesses maiores da nação contra os interesses particulares. O Direito Público propriamente necessitou de um ramo de especialização para lidar com essa nova forma de relacionamento que até então pouco havia merecido atenção especial.

É na esteira desse vácuo jurídico e como vertente do amplo leque de atuação do Direito Público que surge o Direito Administrativo, buscando justamente²¹ “regular a atuação dos corpos administrativos a serviço do Estado”, que teve, na França absolutista²² “a razão do seu maior desenvolvimento, no sentido de resguardar o cidadão do arbítrio do Estado”.

O Direito Administrativo trabalha com as noções de Estado, Administração Pública e atividade administrativa considerados em um contexto de Estado Democrático de Direito. Surge, pois, com as conquistas advindas desde o século XVIII. Esse Estado de Direito compreende, segundo Elias Diaz²³, ao Império da Lei – expressão da vontade geral, coletiva, em um dado momento histórico – e à separação de poderes – especialização de funções.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles²⁴, a Administração Pública é “o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do governo”. A atividade administrativa e o Direito Público são mais recentes, tendo seus conceitos menos fundamentados que os do Direito Privado, que já conta com cerca de dois milênios.

²¹ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo*. Brasília: Ed. Fortium, 2007, 2ª ed.

²² ZYMLER, Benjamin. Op. Cit.

²³ DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus: Madrid, 1998, p. 44.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, 28ª edição p. 64.

A atividade administrativa no Estado de Direito atenta ao princípio da separação de poderes de Montesquieu²⁵. A idéia em si remonta à Antigüidade Clássica, compreendendo a noção de que o Estado possui funções distintas, mas sua sistematização veio apenas com Montesquieu. Ele defendia a idéia de que, partindo-se do ponto de que o Estado tem distintas funções, o exercício delas também deveria ser por distintos órgãos. Seu objetivo maior era a garantia da liberdade. A idéia é a de que, ainda que distintos e autônomos, os Poderes interagem entre si, um fiscalizando o outro (sistema de freios e contrapesos).

Deriva do Estado de Direito a legalidade da Administração Pública: se o Estado surge da própria lei, a Administração, instrumento do Estado, também o deve. Esse pressuposto está inserido na Constituição Federal (princípio da legalidade da Administração Pública). Ela tem que atuar em conformidade com a lei, nunca a contrariando. A Administração só pode atuar quando autorizada pela Lei: enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não veda, a Administração só pode fazer o que estiver prescrito em lei.

Os direitos e liberdades fundamentais trazidos no art. 5º da Constituição Federal, além de estarem catalogados, necessitam da efetiva realização material. Em um Estado de Direito, tem-se em vista que ao menos estejam presentes esses indicadores: Império da Lei, Separação de Poderes, Legalidade da Administração Pública e Direitos e Liberdades Fundamentais.

O regime democrático é inseparável do Estado de Direito. A diferença reside sempre quanto à participação popular: se um Poder se sobrepõe a outro, se leis não são votadas, mas sim impostas, se atos são executados sem controle, então não existe o contexto de Estado de Direito nem, portanto, o Direito Administrativo.

É importante frisar, quanto ao Direito Administrativo, que a Administração Pública, apesar de instrumental, não define a política de governo. Estas são definidas por leis, por meio da interação entre os Poderes. A execução de determinada política é substancial para que o discurso do governo não se esvazie. Quando uma entidade dá conseqüência a um ato político, ela o faz sob a égide dos princípios e normas que norteiam os atos da Administração Pública, e não exercita o ato como bem entender, ela segue os ditames da lei, harmônica com a Constituição.

²⁵ MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

A lei no sentido amplo – e seus princípios constitucionais –, enquanto fonte principal e primária do Direito Administrativo, é a sujeição explícita da Administração Pública ao princípio da legalidade, no entendimento de que tem ela uma forma rigorosa de poder atuar quando legalmente autorizada. A Jurisprudência, a doutrina, os costumes são outras fontes que ampliam os recursos doutrinários de que se vale o Direito Administrativo, mas não existe um código geral, e sim códigos setoriais, leis amplas e estatutos. A amplitude de relações jurídicas abordadas pelo Direito Administrativo, sua multiplicidade de matérias, enfim, realmente torna a tarefa de composição de um código geral complexa e difícil.

Esse conjunto de normas e princípios de que dispõe a Administração Pública no exercício de suas funções é o próprio Direito Administrativo. A conclusão que brota dessa engenharia de organização entre Política e Direito é a de que o Estado de Direito se anula na medida em que não haja controle de seus indicadores (legalidade), e a qualidade da Administração Pública depende do controle da qualificação dos eleitos (legitimidade).

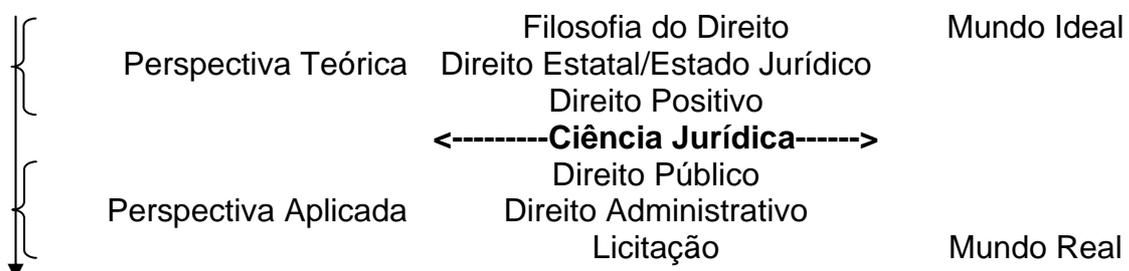
3. PERSPECTIVA APLICADA DO DIREITO PÚBLICO

Quando se fala em perspectiva aplicada do Direito Público, a referência imediata diz respeito à aplicabilidade do Direito. As discussões teórico-filosóficas acerca do Direito e suas dimensões axiológica, ontológica e gnosiológica, bem como suas fundamentações a respeito de fato, valor e norma, são exercícios mentais didáticos que contribuem para o melhor entendimento do homem enquanto ser social e suas relações entre si e com o meio, abstrações que buscam elevar o pensamento humano a um mundo ideal.

No caso do Direito Público, a solidez de seus postulados, a proposta da prática jurídica aplicada diretamente ao cotidiano da vida em sociedade, contribuem para a compreensão do papel real das Ciências Jurídicas.

Desse modo, pode-se imaginar um construto teórico, uma estratificação do estudo do Direito que vai da teoria à prática, do mundo ideal da filosofia jurídica ao mundo jurídico real. Embora essa proposta limitada, reducionista, seja uma mera abstração do raciocínio, é proveitoso imaginar que, perpassando e afinando esse modelo de estratificação metodológico, poder-se-ia propor, como esquematização do presente trabalho, entre as mais diversas formas possíveis de divisão e propostas, o seguinte diagrama, tendo a Ciência Jurídica como ponto de equilíbrio entre os extremos, a ponte entre teoria e prática do Direito:

Figura 1: Diagrama da Teoria e Prática do Direito



3.1. LICITAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 assim dispôs:

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.

Este citado inciso do dispositivo constitucional é quem inaugura a regra geral da obrigatoriedade quanto ao dever de licitar por parte dos administradores públicos. Prevendo provavelmente que, em matéria de licitação, as dificuldades das experiências do passado se apresentariam também no futuro, o próprio legislador originário tratou de incluir, desde logo, alerta para situações excepcionais, tratando de mencionar a ressalva a casos especificados na legislação.

Analisando com percuciência o *caput* do dispositivo, tem-se, em primeiro lugar, a dimensão relacionada à sua abrangência: seu alcance compreende todos os Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como todas as esferas de governo (federal, estadual/distrital e municipal).

Em seguida – e não menos importante –, há a dimensão da aplicabilidade do dispositivo, atentando para a obediência a princípios constitucionais basilares: legalidade (obediência às leis), impessoalidade (afastamento do interesse particular), moralidade (obediência à ética e aos bons costumes), publicidade (democratização do acesso aos atos administrativos) e eficiência (concatenação de ações e otimização dos meios).

Há, ainda, a dimensão do objeto contemplando obras, serviços, compras e alienações. Desse modo, toda e qualquer contratação da Administração Pública deverá caracterizar um objeto com base nesse rol extensivo.

Outra dimensão existente é a contratual, segundo a qual o processo de licitação pública compreende uma previsão de contratação; em outras palavras, para viabilizar a consecução de um objeto de licitação, há que se valer a Administração Pública da inauguração de uma relação jurídica com outra parte, chamada de

contrato. A engenharia licitatória e contratual a ser empreendida pelo administrador público deverá obedecer a um preceito fundamental, sem o qual inexistirá a razão de contratar, porque afastado estará o interesse público: **assegurar a proposta mais vantajosa para a Administração, dada a igualdade de condições a todos os concorrentes.**

Uma das árduas tarefas das ciências sociais e humanas, em paralelo com as ciências naturais, é tornar objetivas as subjetividades, quando necessário. Arredondar o texto de uma lei ou de instrumentos jurídicos como edital de licitação e contratos, em resumo, estabelecer condições subjetivas objetivamente, de modo a garantir a igualdade entre os competidores, em um processo licitatório, é dessas tarefas que desafiam a habilidade das ciências jurídicas, do Direito Público e do Direito Administrativo, em particular.

A dificuldade em estabelecer critérios objetivos que assegurem a igualdade de condições nos certames talvez seja uma das causas primeiras dos inúmeros casos de corrupção e desvio de recursos, quando há comprovadas fraudes em licitações. Todavia, não se encontrou uma forma melhor de organizar a ida do Estado ao mercado, para satisfazer suas necessidades de existência e permitir que sejam prestados os serviços públicos e que sejam levadas adiante as políticas públicas.

A governabilidade está diretamente relacionada à necessidade de o Estado licitar e contratar, razão por que o dispositivo constitucional citado foi um pouco além da exigência do processo licitatório. O texto constitucional esmiuçou, também, a necessidade de cláusulas estabelecendo obrigações de pagamento e a qualificação meticulosamente mensurada em termos da técnica e das condições econômicas que viabilizem a garantia do cumprimento das obrigações assumidas. Em resumo, a Administração Pública deve contratar para satisfazer necessidades específicas, nem mais, nem menos.

Ainda quanto a dispositivos constitucionais versando sobre licitações, tem-se os seguintes:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

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

(...)

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.

Parágrafo 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;

Quanto a esses outros dispositivos constitucionais, o que deve ser destacado é que, além da preocupação do legislador originário quanto à exigência de licitação anteriormente mencionada, ele definiu, também, quem é competente para legislar sobre o tema. No caso, a competência privativa é da União quanto ao poder de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, onde quer que estejam envolvidos recursos de natureza pública, embora não seja pacífica a discussão a respeito da magnitude e do alcance dessa regra²⁶.

3.2. PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

A Lei de Licitações²⁷ traz, no bojo do art. 3º, princípios gerais de direito e princípios específicos do procedimento licitatório, a saber:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Como se pode depreender do texto legal, a licitação possui duas importantes e destacadas destinações prévias, dois pressupostos que constituem o núcleo funcional de toda e qualquer licitação: garantir que o princípio constitucional da isonomia – a igualdade de condições entre os concorrentes – seja observado; e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. As palavras-chaves,

²⁶ “O art. 173, parágrafo 1º, inciso III, da Carta Magna é norma constitucional de eficácia limitada, a exigir que lei disponha sobre licitação e contratos das empresas estatais, observados os princípios da administração pública. A considerar que, até o presente momento, não foi publicado o referido diploma legal, incide na espécie a Lei nº 8.666/1993, em cumprimento ao disposto no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição da República” (Acórdão 549/2006-TCU-Plenário).

portanto, que resumem esses pressupostos são “isonomia” e “seleção”: sem condições de haver concorrência entre os licitantes, não poderá haver seleção de uma proposta que seja a mais vantajosa entre todas; e sem critérios estabelecidos para permitir que haja a seleção da proposta mais vantajosa, não haverá concorrência isonômica.

Os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade estão também presentes no processamento e julgamento da licitação. Mas há também princípios específicos de licitação, como o da Vinculação ao Instrumento Convocatório e o do Julgamento Objetivo.

O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, que, além do art. 3º, está presente, também, no art. 41 e parágrafos, da Lei de Licitações, apregoa que, após a divulgação do Edital de Licitação, não há possibilidade de alteração, a menos que os prazos sejam alterados. A Administração vincula-se ao Edital, é fiel ao documento que ela mesma elaborou. Os licitantes – aqueles que participam de um determinado certame – também se vinculam ao Edital. A licitação (gênero) é precedida de um documento que lhe dita as regras (Edital). Não há como surpreender o licitante, as informações devem ser expostas no Edital. A minuta do contrato tem de estar no Edital, pois é parte integrante dele.

Quanto ao Princípio do Julgamento Objetivo, visa a coibir, restringir, reduzir graus de subjetividade do administrador. Pressupõe, este Princípio, que sejam estabelecidas objetivamente a classificação, a escolha, as datas, os critérios de desempate, não deixando ao arbitramento do administrador a escolha da proposta que melhor atenda ao interesse público. Os critérios de seleção têm de estar explicitados no Edital. Há várias passagens da Lei de Licitações que estão imbuídas desse princípio, a saber: art. 40, VII (critérios de julgamentos e parâmetros objetivos no preâmbulo do Edital); art. 43, V (procedimentos: julgamento e classificação de acordo com os critérios de avaliação constantes do Edital); e art. 44 e parágrafos (impossibilidade de critérios sigilosos, secretos, subjetivos ou reservados).

Há, ainda, como a própria Lei de Licitações dispõe, outros princípios correlatos. O Princípio da Não-Preterição do Licitante Vencedor, por exemplo, agrega todos os princípios vistos. Não significa que o licitante vencedor tenha direito líquido e certo à celebração do contrato. Ele não pode é ser preterido, uma vez que

²⁷ Assim é conhecida a Lei nº 8.666/1993, de 21/06/1993, publicada no DOU de 22/06/1993 e republicada no DOU de 06/07/1994.

a Administração venha a assinar um contrato. Seu principal fundamento está no art. 50 da citada Lei, que prevê que a Administração não celebrará contrato com a preterição da ordem classificatória dos licitantes, sob pena de ilegalidade.

O Princípio da Competitividade é outro correlato. Aduz que a licitação é, na verdade, uma competição, um certame. A postura do administrador público que vise a desestimular a competitividade é ilegal. Busca-se fornecer a todos os licitantes, isonomicamente, a chance de oferecerem suas propostas, estabelecendo-se um clima de competição com o maior número possível de competidores, seguindo as regras do Edital e que melhor atendam ao interesse público. Este Princípio tem por fundamentos na Lei de Licitações, entre outros, o art. 3º, parágrafo 1º, I (impede a não-competitividade); art. 25, *caput* (é inexigível a licitação se não se puder fazer a licitação, como, por exemplo, o caso de fornecedor único de um produto); art. 90 (tenta impedir as propostas em conluio, que direcionam a licitação, frustrando a competição).

Uma empresa de grande porte, por exemplo, em ilustração ao Princípio da Competitividade, não deve ser priorizada só pelo seu tamanho financeiro se a situação não necessariamente assim o exige. Exigir que só empresas grandes participem de determinado certame fere o princípio da competitividade e pode configurar, até mesmo, desvio de poder. Esse princípio é tão fundamental que, em não havendo possibilidade de competição, a licitação não é exigida.

3.3. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Quando se fala em supremacia do interesse público, contrapõe-se, de imediato, esta concepção à idéia do interesse individual, ou seja, é a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, privado, estranho à razão de ser do Estado e destoante das funções de Governo.

O administrador público não pode dispor do interesse público em favor do seu interesse privado ou de outros. Essa é a premissa para se assumir funções públicas e que deve imbuir o cabedal de competências do gestor público.

A regra de aplicação do interesse público é tão fundamental que faz com que o gestor incorpore o próprio Estado em seus atos, agindo em nome de

interesses que não os seus próprios e de modo que o obriga, no limite, à tentativa de ignorar-se a si enquanto pessoa física, no que diz respeito aos seus desejos de satisfação pessoal.

O interesse público está, pois, acima dos interesses pessoais – por isso mesmo costuma-se falar em sua supremacia. Obviamente, sabendo-se que o homem é dotado de suas próprias vontades e interesses, o limite máximo de ignorá-los é objetivo apenas almejável, idealizado, mas difícil de ser alcançado.

Por este motivo, admitindo a existência, ainda que residual, em uma situação de máximo esforço para enxergar apenas o interesse público, o gestor deve sempre observar se há conflito entre este e seus próprios interesses.

Diante de um conflito de interesses, a supremacia do interesse público sobre o privado deve prevalecer, ou seja, admite-se que interesses privados possam existir, o que não se admite, em hipótese alguma, é que, quando conflitantes, venha o interesse privado sobrepujar o público, na atuação do gestor.

Pode-se afirmar que todos os princípios básicos previstos no art. 37 da Constituição Federal se aplicam na atuação da Administração, tendo em vista os interesses por ela representados.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público, todavia, deve ter sua aplicação relativizada, vez que não se aplica indistintamente a todas as situações. As cláusulas pétreas, por exemplo, em que se prevê direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade e aos bens, não abre guarida a se aplicar tal princípio indiscriminadamente, em qualquer situação.

São as situações fáticas do cotidiano da atuação do gestor público, no exercício do cargo ou função pública, que fazem valer tal Princípio, mormente no caso de licitações.

3.4. OUTROS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em estreita coligação com o interesse público está o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Ou seja, atuar em nome do interesse público não é uma discricionariedade, não é um poder que permita ao administrador optar ou não por agir em nome do interesse coletivo. Faz parte da seara do dever de agir,

temperado, ainda, pelo Princípio da Razoabilidade, que é atuar de modo equilibrado e na dosagem mais certa e justa possível, com cautela e proporcionalidade na avaliação de uma situação-problema ou um caso fático, quando houver conflito de interesses ou quando a situação assim o exigir.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸: “ a indisponibilidade do interesse público significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis.”

Ainda em sintonia com os princípios até aqui discutidos, tem-se o Princípio da Auto-Executoriedade, que é uma característica própria da atividade administrativa. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles²⁹:

(...) realmente, não poderia a Administração bem desempenhar sua missão de autodefesa dos interesses sociais se, a todo momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse de recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública.

Outro importante Princípio atinente à atividade administrativa é o da Presunção de Legitimidade. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰, que o subdivide em presunção de veracidade – a certeza dos fatos sobre os quais incide a atividade administrativa – e presunção de legalidade – a atividade administrativa está sempre atrelada a uma norma que lhe dá suporte de validade –, como consequência da presunção de legitimidade, entende a autora que:

(...) as decisões administrativas são de execução imediata e têm a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria Administração, mediante meios diretos ou indiretos de coação.

Por último – mas não menos importante –, tem-se o Princípio da Continuidade do Serviço Público. Diferentemente da vida privada do cidadão, que decide como bem entender sobre a utilização de seu tempo e de suas prioridades, o Estado não pode prescindir de atuar, de prestar serviços públicos que são essenciais.

A Administração Pública é, portanto, obrigada a manter funcionando suas repartições, de modo a que a prestação de seus serviços tenha continuidade, uma vez que deles depende a sociedade, a coletividade.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2007.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, 28ª Edição.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. 16ª Edição.

Nessa obrigatoriedade da continuidade do serviço público, a Constituição Federal e o ordenamento jurídico trataram de esmiuçar regras para garantir o funcionamento contínuo da máquina estatal. O limitado direito de greve no serviço público, a cláusula exorbitante dos contratos administrativos – que prevê rescisão unilateral por parte da Administração Pública –, a estabilidade no serviço público, o instituto da delegação de competência são, enfim, instrumentos da prática administrativa do Estado para atendimento ao citado Princípio.

4. LICITAÇÕES

4.1. ORDENAMENTO JURÍDICO EM LICITAÇÕES

O ordenamento jurídico em licitações compreende todo o conjunto de regras constitucionais, leis e tipos de estratificação jurídico-normativas que digam respeito à contratação, pelo Estado, de particulares (ou do próprio Estado enquanto comparado ao particular, no exercício de atividades econômicas) para a consecução de um objeto. Sobre a disciplina da matéria, assim dispôs o renomado autor Marçal Justen Filho³¹:

Os institutos da licitação e do contrato administrativo envolvem normas de diversa natureza (Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Comercial, Direito Penal, Direito Financeiro, Direito Processual Penal etc.) A disciplina normativa das licitações e contratos administrativos é integrada não apenas pela atual Lei. O núcleo primordial da disciplina se encontra na Constituição Federal, que consagra os princípios e normas fundamentais acerca da organização do Estado e do desenvolvimento da atividade da Administração. Em virtude do princípio da constitucionalidade (hierarquia das leis), a disciplina das licitações e contratos administrativos deve ser procurada primeiramente na Constituição. Mesmo quando se recorra à legislação inferior, deve ter-se em vista a superioridade da Constituição. Em inúmeras passagens, a atual Lei restringe-se a repetir preceitos constitucionais – como não poderia deixar de ser. Em outros casos, há silêncio ou omissão da Lei. Isso não pode ser interpretado como afastamento dos comandos constitucionais. A incompatibilidade entre a Lei e a Constituição se soluciona através da aplicação da última.

Também podem ser encontradas regras em outros diplomas, envolvendo temas relevantes para o direito das licitações e contratações administrativas. A matéria de capacidade jurídica e de fatos encontra subordinada ao Código Civil; a legislação comercial disciplina o comerciante individual e as sociedades mercantis; há regras no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/65) acerca de quitação de tributos e regularidade da situação fiscal etc.

O art. 1º, *caput*, não exclui a aplicação de outros diplomas legais, inclusive de direito privado, em matéria de licitações e contratos administrativos. O restante da legislação será aplicável subsidiariamente, desde que haja compatibilidade com peculiaridades do regime de direito público.

Quando se fala em licitação, é imediata sua associação ao seu destino final, que é gerar um instrumento oficial que regulará a relação entre Estado e terceiros: o

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Ed. Dialética, 2003. p. 12-13.

contrato administrativo. O citado autor³², ao tecer comentários acerca da relevância do instituto do contrato administrativo e do art. 1º da Lei de Licitações, assim dispôs:

O contrato administrativo é um instrumento de conjugação da atuação estatal com a iniciativa privada, cuja relevância é cada vez maior. Há íntima relação entre a democratização do Estado e a ampliação da utilização do contrato administrativo. É que, em um Estado autoritário, os bens e serviços dos particulares são requisitados compulsoriamente pelos governantes. Antes da instauração do Estado de Direito, o governante simplesmente apropriava-se dos bens privados ou constringia a massa da população a prestar-lhe serviços, sem maiores formalidades. O processo de redução do autoritarismo eliminou essas alternativas. Em um Estado Democrático, os bens ou serviços dos particulares somente poderão ser obtidos mediante a observância de certos procedimentos e dentro de limites específicos. Manteve-se o instituto da expropriação (subordinada, como regra, à prévia e justa indenização em dinheiro), instrumento que dispensa a concordância do particular. No entanto, é juridicamente impossível ao Estado obter serviços privados através de instrumentos jurídicos autoritários. O acordo de vontades vai-se configurando como o instrumento jurídico de maior relevância para o Estado obter acesso aos bens e serviços dos particulares.

Extrai-se, deste raciocínio, que a Administração Pública atual não pode prescindir do estabelecimento de um vínculo oficial com particulares – o contrato administrativo –, cujo antecedente é, via de regra, a licitação.

A licitação é, portanto, um procedimento administrativo obrigatório por meio do qual a Administração Pública, pretendendo contratar obras, serviços, compras, alienações, concessões ou locações, convoca interessados na apresentação de propostas, segundo condições por ela estipuladas e antecipadamente divulgadas, a fim de selecionar aquela que se revelar mais vantajosa para a Administração – aqui entendida como a coletividade –, em conformidade com princípios e normas constitucionais legais.

De acordo com o art. 2º da Lei de Licitações, o objetivo de toda e qualquer licitação é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em função de parâmetros estabelecidos e divulgados. É um procedimento do Direito Administrativo, com regras de Direito Público, visando a selecionar a proposta mais vantajosa no âmbito coletivo. A licitação encerra-se quando da seleção da proposta mais vantajosa. Nas palavras de Marçal³³:

As regras contidas na Lei nº 8.666 são resultado de evolução histórica que não pode ser olvidada. O diploma contém regras e princípios derivados das leis anteriores, amoldados ao sistema da Constituição de 1988 e tendo em vista as necessidades derivadas dos fatos históricos ocorridos no início da década de 90.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Ed. Dialética, 2003. p. 11.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 12.

4.2. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Lei de Licitações trouxe um rol de modalidades licitatórias, estabelecendo limites para aplicação de cada caso específico. Em relação aos valores e limites, constam de quadro no Apêndice desta monografia (fls. 98).

A Concorrência (arts. 22, parágrafo 1º; 23, inciso I, alínea “c”; 23, II, c; 23, parágrafo 3º, da LL) é procedimento extremamente formal, caro, oneroso, justificado pela complexidade e pelos valores envolvidos, que requer formação de comissão de servidores para ser levada a cabo.

A Tomada de Preços (arts. 22, parágrafo 2º; 9º; 23, I, b; 23, II, b, da LL) é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados, ou que atenderem a todas as condições para cadastro até três dias antes da entrega de propostas. Há um cadastramento para verificação dos requisitos necessários para ser licitante.

O Convite (arts. 22, parágrafos 3º, 6º e 7º; 23, I, a; 23, II, a, da LL) é modalidade de licitação mais simples, pois os valores envolvidos são menores, em que se simplificam os procedimentos. Basicamente, são enviadas cartas-convites para, no mínimo, três empresas do ramo informando que haverá licitação nesta modalidade, convidando-as para apresentação de propostas. Há a possibilidade, prevista em lei, em que se permite até situações excepcionais de haver dois licitantes, mas nunca apenas um. A licitação é um certame e, portanto, se há apenas um licitante, na verdade, não há licitante algum pois não há competição.

Quando há dúvidas em relação aos valores limítrofes, recorre-se ao art 23, parágrafo IV, da LL, que diz que “nos casos em que couber convite, a administração poderá utilizar a tomada de preços e em qualquer caso a concorrência”. Este comando aponta para uma atividade discricionária do administrador, pois pode haver dúvidas quando o valor beirar os limites da lei. Até o advento do pregão, o Convite e a Tomada de Preços normalmente atendiam à maior parte das demandas, restando a concorrência apenas para licitações mais sofisticadas.

O Concurso (art. 22, parágrafo 4º; e 52 da LL) é realizado para selecionar um trabalho técnico, científico ou artístico em que não teria sentido fazer uma licitação de preço. Por exemplo, um projeto arquitetônico. Faz-se publicar um edital e os trabalhos apresentados são submetidos a uma comissão, que encaminha à

Administração para que esta adquira o direito de executar. De posse do projeto, abre-se procedimento licitatório para a consecução da obra.

Quanto ao Leilão (arts 19, III; 22, parágrafo 5º; e 53 da LL), é a modalidade de licitação, entre quaisquer interessados, para a venda de bens móveis inservíveis para a administração, bens apreendidos e alienação de bens imóveis. É um tipo de procedimento feito publicamente para receber lances a partir de um preço mínimo.

4.3. O ADVENTO DO PREGÃO

Como já é sabido, o advento do Pregão, nas licitações da Administração Pública, teve suas idéias iniciais lançadas na lei de criação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e, posteriormente, foi objeto da Medida Provisória nº 2.182/2000, convertida na Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão).

Esta conversão gerou como alteração, entre outras, a amplitude do escopo de alcance do uso do Pregão, antes restrito à esfera federal do Executivo, passando a abranger União, Estados/DF e Municípios, e todos os Poderes.

Outra importante alteração advinda com a citada conversão foi a extinção do rol extensivo de tipos de bens e serviços comuns (supressão do parágrafo 2º do art. 1º da citada MP), que limitava o entendimento crucial do que vem a ser bens e serviços comuns, conceito fundamental para a aplicação da Lei do Pregão.

Em relação ao Pregão, pode-se destacar, como característica notória, a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, que trouxe a desburocratização em se analisar a documentação de todas as empresas participantes de um certame, propiciando a celeridade de se analisar apenas a documentação daquele que ocupar provisoriamente a primeira colocação, na classificação das propostas de menor valor.

A possibilidade de renovação de lances presenciais e virtuais, no caso do Pregão Eletrônico, trouxe, também, a otimização da competitividade entre as empresas. Com isso, a proposta de valor não mais se manteve engessada em um envelope, mas sim se tornou dinâmica e seus valores lançados ficaram sob

conhecimento de todos os participantes, a fim de estimular a oferta de menores lances.

Outra mudança importante, em termos de inovação, trazida pelo Pregão é a ausência de comissão permanente de licitação, as chamadas CPL's, substituída pelo Pregoeiro e equipe de apoio. Esta alteração de procedimentos, aliada a ferramentas de tecnologia da informação, trazem uma melhor administração dos processos de trabalho e otimização de mão-de-obra envolvidos nos processos licitatórios.

Diferentemente de outras modalidades de licitação, o Pregão permite que participem quaisquer pessoas, independentemente de cadastro interno, guardadas, obviamente, certas regras nessa participação. Mas as outras modalidades não foram, desse modo, abolidas; é facultada, ao administrador, a escolha de outra modalidade, se houver justificativas plausíveis para tanto, ressalvando-se que a faculdade de escolha de outra modalidade de licitação diferente do Pregão é limitada para o administrador federal, uma vez que os Decretos regulamentadores estabeleceram, nos casos aplicáveis, o Pregão como obrigatório e o Pregão Eletrônico como preferencial.

Outra importante característica é a inexistência de limite de valor para a adoção do Pregão, diferentemente do que é estatuído para as demais modalidades, que estão segregadas, grosso modo, por limites financeiros para suas aplicações e escolhas.

Outro ponto a ser abordado quanto ao uso do Pregão é sua aplicabilidade exclusiva para bens e serviços comuns, conceito este que será mais bem debatido em outra parte deste trabalho.

5. ESTUDO DE CASOS EM LICITAÇÕES

Em destaque, serão abordados dois casos tratando de contratos, especificamente quanto à fase de elaboração contratual – obrigatoriedade ou não de utilização de instrumento contratual e limites para contratação direta; um caso relacionado a provisionamento de recursos na aplicação de cláusulas contratuais; e, por último, o polêmico tema versando sobre pregão em obras e serviços de engenharia.

5.1. O CONTRATO COMO PEÇA FACULTATIVA

Este caso versa sobre um dos temas polêmicos de licitações³⁴, relacionado ao art. 62, *caput* e parágrafo 4º, envolvendo a obrigatoriedade ou não de se utilizar instrumentos contratuais. Inicialmente, registre-se que se discute a adoção da melhor interpretação do texto legal, à luz do interesse público, com auxílio da jurisprudência e doutrina acerca do tema. Eis a íntegra dos dispositivos referidos:

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

(...)

Parágrafo 4º É dispensável o “termo de contrato” e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

A obrigatoriedade ou não do instrumento jurídico denominado “Termo de Contrato” é abordada no *caput* do art. 62, gerando um elemento impositivo aos

³⁴ Como, por exemplo, o tema tratado no artigo “Lei de Licitações e Instrumento Contratual” (SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida & MALTAROLLO, Adriano de Sousa. Lei de Licitações e Instrumento Contratual Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. ano 6. nº 70. outubro/2007).

administradores públicos e vinculando sua atuação. O renomado autor Hely Lopes Meirelles³⁵ assim comenta o Contrato Administrativo:

“(...) ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.”

A primeira distinção que se deve fazer em relação a contrato administrativo é que a não-obrigatoriedade a que se refere o art. 62 é do instrumento, o “Termo de Contrato”, aspecto meramente formal, e não do Contrato em si, enquanto relação jurídica estabelecida.

Pretende-se trazer conclusões tanto à interpretação do *caput* do art. 62 quanto ao seu parágrafo 4º. Assim, apesar da similaridade temática, há que se dividir este objetivo em duas partes: a primeira, com foco no *caput* do artigo 62; a segunda, com foco em seu citado parágrafo 4º. Desse modo, o conteúdo do art. 62 produz dois grandes grupos de contratação, à luz da Lei de Licitações – um em que o Termo de Contrato é obrigatório, outro em que é facultativo –, podendo ser resumido conforme detalhamento extensivo do quadro constante do Apêndice (fls. 98).

A ênfase do art. 62, conforme se pode depreender do Quadro do Apêndice (fls. 98), recai sobre a obrigatoriedade da existência de instrumento contratual, para os casos delineados nas alíneas “a” a “d”, que coincide justamente com a primeira parte do art. 62, a saber:

Art. 62. O instrumento de contrato é **obrigatório** nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação (...).

Tem-se consolidado, na Administração Pública, a interpretação do *caput* que favorece essa obrigatoriedade. Contudo, se o oposto puder ser aplicado, ou seja, se a segunda parte do *caput* for obedecida, poderá haver ganhos substanciais em relação aos procedimentos licitatórios. Diz a segunda parte do *caput* do art. 62:

Art. 62. O instrumento de contrato é (...) 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.

Esta previsão normativa ficou esquecida e não é vista hoje como regra. Ocorre, porém, que sequer necessita ela de interpretação, eis que sua utilização seria uma decorrência adstrita meramente à obediência de sua leitura atenta e de

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

imediate aplicação. De modo claro, a facultatividade prevista no art. 62 libera o administrador do uso de instrumento contratual nos casos de dispensas e inexigibilidades em obras e serviços de engenharia, dispensas e inexigibilidades em compras e serviços que não sejam de engenharia, além de convites³⁶. A disposição normativa que faculta o instrumento contratual nestes casos apresenta condições de duas naturezas: formal e material.

Em termos formais, tais condições estão descritas como possibilidades de substituição, de onde se enumeram os tipos de instrumentos que podem ocupar o lugar daquele mais complexo, o contratual.

Em termos materiais, a limitação se baliza por limites de valor, ou seja, uma vez que compras e serviços tenham montantes dentro dos limites legais previstos, a substituição formal poderia operar.

Não obstante, outras questões se colocam à frente dessa leitura normativa, conduzindo-a, mais ainda, à certeza de se aproximar do interesse público. Como exemplo, as vantagens práticas de sua aplicabilidade, em que se vislumbram ganhos substanciais concernentes à celeridade nas contratações, uma vez que os instrumentos alternativos congêneres – passíveis de substituir o termo de contrato – caracterizam-se pela simplicidade no formato e pela informação resumida em seu conteúdo.

Ainda nesse sentido, vale lembrar que ficam mantidas as condições de controle e fiscalização da avença, pois as partes mais importantes da relação contratual serão carreadas para o instrumento substituto, como a nota de empenho ou a carta-contrato. Vale, ainda, trazer à tona que esta aplicação se estende, salvo melhor juízo, a contratos firmados em decorrência de certame realizado na modalidade pregão, uma vez que a Lei nº 10.520/2002 prevê a aplicação subsidiária da Lei de Licitações, consoante o art. 9º:

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Quanto ao caso das compras, consigna ele exatamente a previsão do parágrafo 4º do art. 62, que permite ao administrador público optar ou não pelo “Termo de Contrato”. Vale salientar que este dispositivo excepciona a regra geral contida no *caput* do artigo, razão por que a obrigatoriedade aludida para tomada de preços e concorrência, exposta no Quadro do Apêndice (fls. 98), esvai-se, se o caso

³⁶ Casos das alíneas e), f) e g), do quadro constante do Apêndice do presente trabalho.

em questão estiver abrangido no parágrafo 4º. Vale ressaltar que o caso em comento restringe-se a compras, não estando incluídas prestações de serviços ou quaisquer outros objetos de contratação que não se enquadrem naquela qualificação. Para tanto, vale o ensinamento de Marçal Justen Filho³⁷ para a definição do termo:

Por compra entende-se qualquer espécie de contrato pelo qual a Administração, mediante pagamento, adquire a propriedade de bens. A forma usual é a compra e venda, contrato pelo qual a Administração se obriga a pagar o preço (em dinheiro) e o particular se compromete a transferir o domínio (e a posse) de um bem.

Existem, para este caso do parágrafo 4º do art. 62 da LL, diversas condicionantes a serem analisadas. Em relação às características da compra com Termo de Contrato facultativo, a primeira condicionante diz que ela deve ser imediata, ou seja, mais do que uma entrega rápida, sem permeios, instantânea, tal termo faz alusão ao momento da entrega, sua dinâmica no tempo.

Nesse ponto, o legislador seguramente estava preocupado em não permitir que a dispensa do Termo de Contrato se aplicasse a compras com promessa de entrega dos bens, com sua entrega em ato posterior à “contratação”, uma entrega futura, e também não necessariamente que esta entrega se desse antes de o administrador oficializar a compra por meio de um dos instrumentos hábeis permitidos na Lei, mas que ambos os atos – entrega e oficialização da compra – ocorressem simultaneamente.

Esta interpretação não leva a crer que entrega imediata se vincule à liquidação da despesa, pois esta poderá ou não coincidir com a entrega – mas nunca lhe anteceder –, cabendo a tolerância do lapso temporal entre a entrega e a liquidação da despesa ao particular contratado.

A definição do que se entende juridicamente por entrega imediata, em compras, é (art. 40, parágrafo 4º, da LL) “aquela com prazo de entrega de até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta”. Desse modo, a concomitância entre os atos teria, em verdade, uma “zona de conforto” quanto ao prazo de entrega, estipulado pela lei em 30 dias, conforme o dispositivo transcrito.

Todavia, como bem observa Marçal Justen Filho³⁸, essa característica de entrega do art. 40, parágrafo 4º, da LL, bem como a pronta-entrega prevista no art.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005, p. 134.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 135-136.

32, parágrafo 1º, da LL, são denominações similares, mas que não se inter-relacionam, eis que se aplicam cada qual a casos específicos. Sugere o citado autor que o prazo de entrega ora discutido se dê em não mais que cinco dias (prazo meramente arbitrário).

Outra condicionante da compra aponta para entrega integral, ou seja, envolve a composição qualitativa e quantitativa do bem adquirido – os bens em si, enquanto objetos –, de modo a obrigar que a dispensa do “Termo de Contrato” ocorra somente se tais bens forem entregues na íntegra, de modo indivisível, total e imparcialmente repassado ao adquirente público.

Se a opção da compra contemplasse, assim, formas de dividir tais bens, seja rompendo seu caráter qualitativo unitário, seja por entrega parcial dos bens adquiridos – caráter quantitativo –, essa não-integralidade da entrega vincularia o administrador a uma única forma de aquisição, a do “Termo de Contrato”.

No caso do caráter qualitativo-constitutivo, tem-se como exemplo a entrega de computadores, cujos acessórios – *mouse*, monitor, teclado, entre outros – não poderiam ser entregues *a posteriori*. No segundo caso – o viés quantitativo-numérico –, tem-se como exemplo a mesma entrega, que, desta feita, não poderia contemplar apenas um percentual do número total de máquinas, sob o pretexto da promessa de entrega ulterior do material restante (70% dos computadores no ato, 30% depois).

Na teoria do Direito Administrativo, há quem possa vincular o caráter de integralidade e imediatismo do objeto a ser entregue com o que se chama de “recolhimento definitivo”³⁹. Tal recolhimento, com essa dupla acepção, não deve engessar a Administração a ponto de impedi-la de exigir a garantia de “prateleira” que eventualmente venha como inerente ao bem, eis que esta também independe de constar em Termo de Contrato. Ou seja, o mecanismo que seria desburocratizador – vislumbrado no parágrafo 4º do art. 62 da LL – pode acabar por trazer prejuízos à Administração, por uma questão meramente formal, sob pena de afronta a princípios como o do formalismo moderado e o da razoabilidade, entre outros.

Via de regra, se é certo que o Contrato no âmbito da Administração pública deve privilegiar normas de direito público e nelas se basear, é desmedido que normas do direito privado, quando em favor do interesse público, sejam olvidadas,

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

como é o caso em que o consumidor comum tem disponíveis garantias de prateleira, na relação entre particulares, não fazendo sentido a Administração abrir mão dessa vantagem por puro formalismo.

Não há como concluir, portanto, em termos de características da entrega, que possa ela ser integral, mas não imediata; ou imediata, mas não integral; eis que são requisitos claramente estabelecidos pelo dispositivo legal que devem – ambos – estar presentes. A conjunção aditiva “e”, que liga os termos “integral” e “imediata”, só guarda sentido quando a entrega se reveste dessas duas características, afastados, aqui, quaisquer elastecimentos que se pretendam incutir ao dispositivo, seja em nome de um suposto formalismo moderado, seja por interpretação não literal da lei.

Outra condicionante que aponta para que o “Termo de Contrato” em compras seja facultativo – deixando a critério do administrador a não-utilização do aludido Termo – apenas ratifica o caráter discricionário do dispositivo, eis que remete ao administrador sua manifestação de vontade, seu poder de decisão, sua vontade, sua percepção de que a opção por não utilizar “Termo de Contrato” é mais vantajosa para a administração. Por trás dessa manifestação, é imperativo que o administrador apresente a motivação do ato de escolha, para salientar que o interesse público restou resguardado.

A dispensa do Termo de Contrato põe-se como outra condicionante, uma vez que, independentemente do valor da compra –, o legislador entendeu que mais importante que as amarras e limites do montante das compras está o interesse público, a condição mais vantajosa para a Administração, equilibrando o controle via imposição de entrega imediata e integral.

Desse modo, como forma de desburocratizar o procedimento licitatório, privilegiou-se a necessidade da aquisição (a premência, o conteúdo principal carregado pela compra, o objeto em si) em detrimento da forma de aquisição, se por Termo de Contrato – sabidamente um instrumento mais detalhado, complexo e moroso – ou se por outros instrumentos mais genéricos, simples e ágeis.

Outra condição para a dispensa do Termo Contratual, ainda no caso de compras, diz respeito a que elas não resultem em obrigações futuras – inclusive assistência técnica. Essa simples condição constitui-se, aparentemente, em um grande limitador, tendo em vista que grande parcela dos bens adquiridos pela Administração Pública a que se vislumbre a não-utilização de Termo de Contrato são

máquinas e equipamentos, que envolvem, quase sempre, a obrigatoriedade de assistência técnica.

Todavia, em obrigações futuras – como a assistência técnica – não necessariamente está incluída aquela concernente à garantia comumente advinda de fábrica.

A oferta de um computador, ar condicionado, impressora, geladeira ou outros congêneres é efetuada, pelas empresas do ramo, com uma série de vantagens agregadas (ampla rede de assistência técnica, manuais detalhados, embalagens protetoras, dupla voltagem) e que são embutidas no valor venal.

Entre tais vantagens, é comum incluir-se para o consumidor varejista as chamadas garantias, normalmente limitadas de um a três anos, a partir da data de aquisição. É sabido, também, que os preços de venda e revenda não são reduzidos se acaso o consumidor dispensar tais garantias; ao contrário, há opções de extensão do prazo de garantia que fazem aumentar o valor venal. Há julgados do Tribunal de Contas da União que têm entendimento diverso da posição ora exposta, dando conta de que garantias, de modo geral, são obrigações futuras, como nos casos abaixo:

Decisão 288/1996-TCU-Plenário

(...)

1. determinar ao Banco Central do Brasil que:

(...)

1.8. cumpra o disposto no art. 62 e seu parágrafo 4º e no art. 55 da Lei nº 8.666/1993, que dispõem sobre a obrigatoriedade do instrumento de contrato para licitações realizadas nas modalidades de concorrência e tomada de preços, não sendo admitida a substituição por AF (Autorização de Fornecimento) nas contratações que resultem em obrigações futuras, **inclusive assistência técnica, a exemplo das aquisições de equipamentos de informática.**

Acórdão 48/1997-TCU-1ª Câmara

(...)

2 – determinar ao SESI/SC, que:

2.1 – atente para o disposto no art. 62 da Lei n. 8.666/1993, providenciando, nos casos em que o dispositivo faculta a substituição do instrumento de contrato por outro instrumento hábil, a inclusão das cláusulas previstas no art. 55 da mesma lei, de forma a evitar a aquisição de bens de que resultem obrigações futuras sem que fiquem devidamente estabelecidos, dentre outros, os direitos e responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas, como ocorrido no caso do Convite n. 70/96, que tinha por objeto a **aquisição de microcomputadores, com garantia de 3 anos;**

Decisão 484/1996-TCU-Plenário

Relatório

(...)

2.5. Ausência de termo de contrato nos casos em que resulta obrigação futura, tais como **garantia**, assistência técnica, manutenção, etc.(processos 2469/94 – TP 04/94, 4365/94 – Convite 101/94, 4315/94 – Convite 100/94).

Dispositivo legal infringido: art. 62, parágrafo 4º da Lei nº 8.666/1993.

(...)

2.7. Ausência de termo de contrato ou nota de empenho, no caso de obras, que discrimine as cláusulas essenciais constantes do art. 55 da Lei nº 8.666/1993 (processo 4333/94 – Convite 113/94).

Dispositivo legal infringido: art. 62, *caput*, e parágrafo 4º, Lei nº 8.666/1993.

(...)

2.11. Omissão na Carta-Convite quanto ao resguardo da administração, no que respeita às condições de garantia e assistência técnica, durante o período da referida garantia dos equipamentos adquiridos (Convites 99 e 100/94 – subitem 2.9 acima).

Dispositivo legal infringido: art. 15, inciso I da Lei nº 8.666/1993.

(...)

10. Quanto à ausência de termos de contratos nos casos em que resultaram obrigações futuras (art. 62, parágrafo 4º, da Lei nº 8.666/1993), diz o Administrador que as aquisições aventadas não geraram tais compromissos, embora admita que em um dos casos “a Garantia do material ficou explicitada no Edital”.

(...)

6. O Sr. Diretor da 1ª Divisão Técnica, na manifestação de fls. 42/47, recepciona, em parte, o posicionamento defendido pela instrução, oferecendo compreensão distinta para os seguintes pontos:

(...)

6.3 – ausência, em caso de obras, de termo de contrato ou nota de empenho que discrimine cláusulas essenciais previstas no art. 55 da Lei nº 8.666/1993 (alínea “h” do expediente de audiência prévia).

“(...) Entendemos que a alegação sustentada pelo responsável (fl. 16) está equivocada. Pelo simples fato de a despesa ter sido executada através da rubrica 349039 – Serviços de Terceiros – Pessoa Jurídica – não significa dizer que a administração esteja dispensada de colocar em instrumento substitutivo as cláusulas essenciais a que estão submetidos todos os contratos que envolvam serviços de engenharia prestados ao Poder Público. Serviços de engenharia, por sua natureza, envolvem responsabilidades futuras. (...) O dispositivo legal oferecido pelo articulista das justificativas (art. 62, parágrafo 4º da Lei nº 8.666/1993) trata apenas da dispensa do termo de contrato, não das cláusulas que inserem responsabilidades do contratado para com a administração, *ex-vi* do art. 62 do mesmo dispositivo legal, *in verbis*:

‘Art. 62

(...)

Parágrafo 2º. Em carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra, ordem de execução de serviço ou outros instrumentos hábeis, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei.’

Pelo simples fato de o art. 62, parágrafo 4º, da Lei em comento dispensar o ‘Termo de Contrato’, não significa, portanto, que juntamente com ele estejam dispensadas também as garantias que a administração deve ter na execução de serviços de engenharia. A lei apenas substitui o termo de contrato por Carta-Contrato, Nota de Empenho de Despesas, etc, mas não eximiu o administrador da obrigatoriedade de fazer constar, em casos como o em estudo (nota de empenho) as cláusulas essenciais previstas no art. 55 do referido diploma legal, sujeitando-o, ainda, inclusive, à publicação no DOU (v. Decisão nº 585/94-TCU-Plenário – Ata 44/94 – Sessão de 14/09/94). (...) Dessa forma, discordando da instrução, entendemos que não devam ser aceitas as justificativas apresentadas.”

(...)

7. Em termos conclusivos, o referido Diretor sugere que se determine ao responsável, Sr. Bráulio Pereira Lins, e à Entidade, por intermédio dos seus novos dirigentes, o seguinte:

7.1 – observar rigorosamente o preceituado no parágrafo 4º, do art. 62, da Lei nº 8.666/1993, no tocante à formalização de termo de contrato, nos casos em que resultarem obrigações futuras;

(...)

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1 – determinar à Escola Técnica Federal da Paraíba que:

1.1 – observe rigorosamente o preceituado no parágrafo 4º, do art. 62, da Lei nº 8.666/1993, no tocante à formalização de termo de contrato, nos casos em que resultarem obrigações futuras do contratado junto à Administração Pública;

Portanto, da maneira exposta nos julgados da Corte de Contas, não se discutem tipos de garantia, se negociada (e, portanto, contratada) ou se comum, natural, de fábrica, dada a qualquer consumidor (via certificado, documento anexado ao produto ou outra forma que lhe assegure, mais que a integridade do bem – sua integridade).

Interpretar, pois, uma compra com garantia de fábrica incluída como estando presente uma obrigação futura – e, conseqüentemente, obrigando-se à formalização de um Termo de Contrato – é restringir, ainda mais, as linha de atuação do administrador, que já se move por limitações jurídicas apertadas como as dos já citados princípios: Proposta mais Vantajosa para a Administração e Supremacia do Interesse Público.

Até mesmo no Código de Defesa do Consumidor, o acionamento de uma garantia de um bem junto ao fornecedor é direito básico, sem que o consumidor tenha “negociado” esta vantagem. A relação de compra e venda entre particulares é uma modalidade contratual, tal qual a relação de compra e venda entre a Administração Pública e o ente privado. As previsões da Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor –, que podem servir de parâmetro, estão destacadas a seguir, com especial atenção ao art. 50 e às previsões para caracterização de crime:

Art. 4º

(...)

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

(...)

d) pela **garantia** dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;

(...)

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

(...)

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, **garantia**, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

(...)

Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Parágrafo Único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.

(...)

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo Único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

(...)

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou **garantia** de produtos ou serviços:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

Parágrafo 2º Se o crime é culposos;

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

(...)

Art. 74. Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo;

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Por conseguinte, a garantia que não se enquadra em “obrigações futuras” é aquela que não é negociada pela Administração, a legal, e, logo, não é contratada por ela nem deveria integrar eventual “Termo de Contrato”. Há casos em que a garantia consta em cláusulas contratuais, mas os casos abarcados pelo parágrafo 4º do art. 62 da LL não devem se confundir com aqueles.

No Estado Democrático de Direito, não há que se cogitar que algum fornecedor possa ser favorecido acaso entregue um produto que venha, no futuro, apresentar um defeito de fabricação, e que não possa ser substituído ou consertado pelo simples fato de não ter sido adquirido por um instrumento de Termo de Contrato (vício oculto, por exemplo). Defeitos de fabricação não de existir em qualquer produto ou mercadoria, eis que a simples migração da condição de matéria-prima para a de bem industrializado já envolve o fator humano como intermediário e, portanto, suscetível a erros. O renomado autor Marçal Justen Filho tem observação análoga quanto a esse aspecto⁴⁰:

A Lei refere-se à hipótese de ausência de obrigações futuras (inclusive envolvendo assistência técnica) para o contratado. Obviamente, a regra legal não se refere à previsão de garantia pelos vícios ocultos, evicção etc.

Essas decorrências são automáticas e dispensam expressa previsão

⁴⁰ JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005, p. 530.

contratual. Logo, a omissão do instrumento contratual não acarretaria a inaplicação das regras legais.

O dispositivo legal, quando restringiu as compras com dispensa de Termo de Contrato a não resultarem em obrigações futuras, inclusive assistência técnica, certamente estava preocupado em afastar delas a concomitância de estarem agregados serviços cobrados à parte, como manutenção e reparos, visto que há uma infinidade de bens em que tais obrigações inevitavelmente serão acionadas (veículos, elevadores, entre outros). Isso porque as obrigações decorrentes da entrega do bem já estão devidamente cerceadas pela exigência da entrega integral do bem (ou seja, bem entregue integralmente é aquele que se basta em si, que deveria nunca precisar de reparação ou substituição no período em que o fabricante assume que ele funcionará íntegro e integralmente).

Quando constituintes de deveres futuros intrínsecos a determinados bens que, dadas suas características, seja prudente que se deixem consignadas em contrato cláusulas especiais de assistência técnica, obrigações futuras devem, de fato, ser objeto de detalhamento maior em termos do comprometimento do fornecedor em sustentar a reposição de peças e a execução de serviços especializados, mas essa avaliação cabe, em primeira instância, ao administrador público. Se a aquisição de computadores, por experiências anteriores ou a critério e julgamento do administrador, justifica a utilização de Termo de Contrato, a alternativa facultativa poderá ser por ele descartada.

Em outras palavras, uma situação é a compra de aparelhos telefônicos com garantia de um ano, que não gera obrigações futuras no sentido de serem contratados serviços em paralelo para dar-lhes manutenção. Outra situação é a aquisição de elevadores, em que a própria legislação exige que haja acompanhamento preventivo, por si só uma obrigação futura conhecida e necessária, com utilização de assistência técnica previamente sabida.

No primeiro caso, tem-se a possibilidade remota de haver uso de garantia (normalmente assegurada via certificado pré-elaborado pelo fabricante); no segundo, há a certeza de que se lançará mão de serviços, gerando gastos extras com obrigações futuras. Ao optar por não utilizar o Termo de Contrato, o administrador deverá estar atento a que suas possíveis demandas junto aos fabricantes serão plenamente atendidas. Caso contrário, a Administração Pública tem todos os instrumentos disponíveis para punir fornecedores inescrupulosos que

busquem vantagens à margem da lei, como, por exemplo, a suspensão do direito de participar de futuros certames.

A última condicionante estabelecida para dispensa de Termo de Contrato em compras é uma combinação do *caput* do art. 62 da LL com o seu parágrafo 4º e diz respeito à possibilidade de substituição do instrumento contratual por outro que seja hábil. Em outras palavras: por outro que lhe possa ocupar o lugar sem prejuízos para o ente contratante. Portanto, não basta que o administrador queira se valer da faculdade de não utilizar o instrumento “Termo de Contrato”, ele deve estar amarrado a uma alternativa factível legalmente. Para tanto, a lei enumera alguns exemplos de formas de substituição, mas deixa aberta a possibilidade de existirem outros instrumentos hábeis que não os citados no rol. São eles:

- I) Carta-Contrato;
- II) Nota de Empenho de Despesa;
- III) Autorização de Compra.

Alguns comentários são pertinentes sobre estes instrumentos. Em primeiro lugar, a “Ordem de Execução de Serviço”, relacionada no *caput* do art. 62 da LL, não se aplica *in casu*, dada a proibição natural contida na essência do dispositivo: compras, e não serviços. Nessa linha de raciocínio, Marçal Justen Filho vai mais além, ao tornar clara a utilidade do dispositivo⁴¹:

A dispensa do termo de contrato somente apresenta relevância quando existir contratação direta. Quando existir licitação antecedente à compra, a dispensa do instrumento específico não apresenta maior importância: todas as cláusulas acerca do negócio estarão previstas no ato convocatório.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴², acerca da exceção contida no parágrafo 4º do art. 62 da LL, entende a autora ser justificável “pelo fato de o contrato exaurir-se em um único ato, não resultando direitos e deveres futuros.” Todavia, de modo diverso, o fato de o contrato se exaurir em um único ato não necessariamente implica à Administração abrir mão de direitos que advierem de uma compra – direitos futuros, nas palavras da autora, ainda que seja prudente concordar que ela – Administração – não se obrigue a deveres futuros. Em tese, as “obrigações futuras” a que alude o dispositivo não se confundem com direitos futuros, se estes não estiverem em cláusulas específicas em Termo de Contrato.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005, p. 530.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. 16ª Edição.

Uma garantia que já venha de fábrica, por exemplo, atrelada à venda e agregada ao preço venal, pode e deve ser exigida pela Administração Pública tanto quanto o poderia um particular, eis que na relação público-privado, em um contrato, sempre deve prevalecer o interesse público, independente do instrumento utilizado. Se assim não o fosse, não haveria como cobrar de um fornecedor que repusesse um bem cujo mau funcionamento só foi observado após algum tempo de uso. A relação jurídica, nesse caso, estaria desprivilegiando a Administração Pública e limitando a obrigação do vendedor apenas ao momento da entrega de determinado bem, por conta apenas do instrumento contratual utilizado, o que é contra o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, entre outros.

É ponto pacífico, entre os doutrinadores, que o excesso de formalismo deve ser combatido, sempre que houver possibilidade de que alternativas legais sejam aplicadas, desde que não sejam afastados os princípios básicos da Lei de Licitações. Sobre este tema, assim se manifesta Hely Lopes Meirelles⁴³:

A forma, em Direito Administrativo, é uma garantia para os administrados e para a própria Administração: garantia de eficácia e de moralidade nos negócios públicos, os quais devem atender aos requisitos necessários à sua efetivação e ficar documentalmente comprovados nas repartições que os realizam, para quaisquer verificações e certificações ulteriores. Mas a forma necessária não se confunde com formalismos inúteis, que só emperram as atividades públicas e afastam os que desejam contratar com a Administração.

Na Corte de Contas federal, em relação aos julgados que abordam o tema pertinente ao art. 62 da Lei de Licitações, há que se destacar trecho do Acórdão nº 367/2003-TCU-Plenário, cuja solução caminhou para o entendimento de que até certos serviços, devidamente circunstanciados, poderiam equiparar-se à aquisição, a depender justamente dos contornos de cada caso e desde que o Administrador tenha agido de modo motivado, com boa-fé, transparência e em defesa da supremacia do interesse público:

Verifico que o orçamento das despesas de construção do Pavilhão de Hannover, conforme consta dos autos, foi apresentado em 05/05/2000, enquanto o destaque de crédito foi efetuado em 24/05/2000, e a Exposição inaugurada no dia 01/06/2000. Diante disso, acredito que o exíguo prazo de tempo decorrido entre a data do destaque e a data de inauguração do evento não permitira a instauração de um procedimento licitatório para escolha do prestador de serviços. Nesse caso, a meu ver, ficou caracterizada uma situação de licitação dispensável, em razão da urgência na contratação, conforme previsto no artigo 24, inciso IV, da Lei nº

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p.220.

8.666/1993, pois a participação do Brasil na Exposição de Hannover era de interesse público, visto que visava incrementar o turismo mediante a divulgação do país no exterior.

2. O fato de a participação do Brasil no aludido evento ter sido prevista algum tempo antes da inauguração da feira não prejudica esse entendimento, dada as circunstâncias que envolveram o caso. Vale lembrar que a parte operacional do evento esteve inicialmente a cargo do Embratur, por delegação do Ministro do Esporte e Turismo, passando em seguida à alçada de um Comissariado especialmente criado para esse fim, indefinições que, certamente, provocaram atrasos nas iniciativas necessárias.

3. **No tocante ao instrumento contratual, discordo das afirmações que indicam a sua obrigatoriedade.** Na prestação de serviços ajustados via dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo valor seja equivalente aos limites estabelecidos para tomada de preços e concorrência, a formalização do instrumento contratual de fato é obrigatória, como determina o artigo 62, caput, da Lei nº 8.666/1993. **Contudo, no parágrafo 4º desse mesmo artigo, é prevista a possibilidade de dispensa do instrumento contratual, independentemente do seu valor, nos casos de compra para entrega imediata e integral dos bens e serviços adquiridos, da qual não resulte obrigações futuras, sendo permitido que o contrato seja substituído por carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução do serviço, instrumentos bem mais singelos que um contrato. O objetivo desse permissivo é desburocratizar o procedimento de compra naquelas hipóteses em que esteja evidenciado que o contrato será de pouca serventia para a Administração Pública devido à ausência de riscos na aquisição em questão.**

4. No caso vertente, o objetivo buscado pela Administração foi a construção do pavilhão do Brasil na Feira de Hannover pela empresa Perich/Evidencia e a prestação de serviços audiovisuais. Pelo que consta dos autos, a empresa construiu o pavilhão e os serviços audiovisuais, a cargo da Dell'Art Produções Artísticas Ltda., foram regularmente prestados, sendo o pagamento feito em 05.09.2000, três meses após a inauguração da Exposição. A meu ver, **em que pese o pagamento ter sido efetuado três meses após a entrega dos serviços, esse caso se enquadra perfeitamente na situação prevista no artigo 62, parágrafo 4º, da Lei nº 8.666/1993**, já que tal tipo de aquisição se assemelha a uma compra de produtos ou serviços com pagamento imediato, sem garantias futuras. Essa situação deixou evidente que não havia necessidade de formalização de um contrato, pois a Administração dispunha de outros mecanismos para resguardar-se de um eventual prejuízo. Assim, caso ocorressem falhas por parte dos **prestadores dos serviços**, bastaria ao gestor não receber a obra, bloqueando os pagamentos dos **serviços**, e liberando-os somente após a regularização das impropriedades. O risco da contratação, portanto, seria praticamente inexistente.

5. Isso não quer dizer que a Administração pode ajustar negócios de maneira informal. **Na hipótese em exame, o gestor deveria ter providenciado a emissão de um dos documentos relacionados no parágrafo 4º a que me referi, o que proporcionaria regularidade plena ao ato administrativo em questão.** Isso não foi feito, creio eu, pelo fato de, naquela oportunidade, já haver um instrumento vinculando os créditos à aquisição dos bens e serviços necessários à instalação e funcionamento do Pavilhão de Hannover, qual seja, o 2º termo aditivo ao contrato 031/99 (cláusula 2.1, f. 35 do TC 006.976/2000-5) formalizado pelo Embratur com a Empresa Artplan Prime, que subcontratou a montagem, desmontagem e manutenção do pavilhão. Tudo isso, creio eu, torna a ausência de contrato uma falha de menor importância, especialmente quando consideramos que os trabalhos foram realizados a contento.

6. Desse modo, acredito tratar-se de uma **falha de caráter eminentemente formal**, como em linhas gerais demonstrou o Sr. Procurador-Geral do Ministério Público em seu parecer (f. 346/349, volume principal), o que torna por demais severa a penalidade de multa aplicada pelo Tribunal ao recorrente, sendo suficiente, em meu entendimento, a expedição de determinação corretiva por parte desta Corte.

7. Com relação aos valores pagos à empresa contratada, o gestor, de fato, deveria ter apresentado a justificativa do preço ajustado com a prestadora de serviços, consoante exigido no artigo 26, inciso III, do Estatuto das Licitações. Nada obstante, verifico que o preço inicialmente proposto foi reduzido pela proponente, o que evidencia negociações por parte dos responsáveis pela contratação. Ademais, está assente nos autos que os valores são compatíveis com aqueles cobrados pelas empresas contratadas pelos demais países participantes do evento (f. 32, volume 6). Nesse sentido, creio que o assunto, também, possa ser resolvido mediante determinação deste Tribunal dirigida ao Embratur e ao Ministério das Relações Exteriores, para que evitem repetir esse tipo de impropriedade.

Este é um exemplo de serviço que foi equiparado à condição de compra, com vistas a ser abarcado pelo parágrafo 4º do art. 62 da LL, sob o argumento de que se trata de caso concernente à entrega imediata, prazo certo e de curta duração.

Em resumo, qualquer valor com entrega imediata e integral que não exceda à garantia de prateleira pode dispensar o termo de contrato. Nas compras acima de R\$ 80.000,00, quando possuam cláusulas negociadas com o contratado, assina-se termo de contrato, e quando abaixo de R\$ 80.000,00, verifica-se a possibilidade de se dispensar o termo de contrato, cuidando para que todas as obrigações estejam expressas no edital e na nota de empenho e/ou carta-contrato.

Com relação, ainda, à excepcionalidade aduzida no parágrafo 4º do art. 62 da LL, além das compras ali contempladas, também é possível enquadrar todos os serviços com entrega imediata (como, por exemplo, a organização de eventos comemorativos), que possuam prazo curto e determinado de prestação de serviço, viabilizados por pagamento único em empenho ordinário. Em outras palavras, para o caso em comento, qualquer valor contratado para prestação de serviços de prazo curto e determinado, dispensa-se o termo de contrato. Com relação aos serviços acima de R\$ 80.000,00 (não-engenharia) ou de R\$ 150.000,00 (engenharia), assina-se o termo de contrato e, se for o caso, prorroga-se, caso esteja enquadrado no art. 57 da Lei de Licitações. Para os serviços abaixo desses limites, dispensa-se o termo de contrato, substituindo-o por outros instrumentos hábeis do art. 62.

5.2. APROVISIONAMENTO DE RECURSOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Outro tema debatido em licitações diz respeito à possibilidade de a Administração Pública exercer o Princípio da Supremacia do Interesse Público quanto ao provisionamento de recursos em contratos administrativos.

Convencionou-se, aqui, chamar de provisionamento de recursos em contratos administrativos glosas, retenções e suspensões, e o objeto a ser estudado é a legalidade destes instrumentos nos contratos firmados pela Administração Pública. A dúvida maior paira sobre o respaldo que tais práticas administrativas possuem no arcabouço jurídico-normativo brasileiro, constituindo-se, por vezes e quando bem aplicados, em eficientes mecanismos de controle e fiscalização da execução contratual.

Desse modo, por meros fins didáticos e convencionais, pode-se dizer que há espécies do gênero “aprovisionamento de recursos”⁴⁴, conforme a seguir:



Tratando inicialmente da **RETENÇÃO**, pode-se conceituá-la como sendo o provisionamento de recursos para finalidades prescritas em lei e, como tal, caracteriza-se por ser periódica, constante, ordinária, afetando recursos de modo parcial, via de regra expressa em percentuais.

A impossibilidade de contratação de pessoa jurídica em débito com a previdência social está prevista no art. 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Nesse sentido, é obrigatório que a Administração Pública promova retenções dos valores atinentes a esse tipo de recolhimento, até como forma de preservar a regularidade do contratado. Diz o citado artigo, em seu parágrafo terceiro, que a “a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.

⁴⁴ Não cabe aqui falar em provisionamento de créditos, uma vez que a verba orçamentária se presume existente, restando o lado financeiro a ser concretizado ou não.

As obrigações do contratado e da Administração Pública foram segregadas pelo art. 71, *caput* e parágrafo 1º, da LL. Vale esclarecer, preliminarmente, que a responsabilidade pela tributação incidente sobre todos os pagamentos efetuados em virtude da execução contratual é do contribuinte⁴⁵ (contratado) e que tais obrigações estão embutidas nos valores pagos pela Administração Pública, previstos ainda na fase licitatória por intermédio de planilhas de custos e preços estimativos. No entanto, à luz do parágrafo 2º do mesmo art. 71, restou contemplada a possibilidade de a Administração Pública vir a responder solidariamente pelos débitos de natureza previdenciária.

É oportuno expor parte da cadeia hierárquico-jurídica que prescreve a exigência legal da retenção, na fonte, da parcela patronal previdenciária :

Lei nº 8.666/1993:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

Parágrafo 1º A inadimplência do contratado, com referência 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.

Parágrafo 2º A Administração Pública **responde solidariamente** com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Lei nº 8.212/1991:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá **reter** 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no parágrafo 5º do art. 33 desta Lei.

Decreto nº 3.048/1999:

Seção II – Da **Retenção** e da Responsabilidade Solidária

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá **reter** onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no parágrafo 5º do art. 216.

Instrução Normativa SRP nº 03/2005 (Secretaria da Receita Previdenciária)

Capítulo I – **Retenção** – Seção I – Obrigação Principal da **Retenção**

Art. 140. A empresa contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário, a partir da competência fevereiro de 1999, deverá **reter** onze por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e recolher à Previdência Social a importância retida, em documento de arrecadação identificado com a denominação social e o CNPJ da empresa contratada, observado o disposto no art. 93 e no art. 172.

(...)

⁴⁵ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, Ed. Saraiva, 8ª edição, p. 292 (contribuinte é “quem a lei identificar como tal, observados os parâmetros que decorrem da Constituição e do próprio Código Tributário Nacional”).

Art. 157. O órgão ou a entidade integrante do SIAFI deverá recolher os valores retidos com base na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, respeitando como data limite de pagamento o dia dez do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, observado o disposto no art. 148.

A IN/SRF – nº 480/2004, da Secretaria da Receita Federal, traz detalhamentos e previsões para o uso da **retenção** pela Administração Pública como até aqui sugerido, onde consta a seguinte obrigação:

Art. 1º Os órgãos da administração federal direta, as autarquias, as fundações federais, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades em que a União, direta ou indiretamente detenha a maioria do capital social sujeito a voto, e que recebam recursos do Tesouro Nacional e estejam obrigadas a registrar sua execução orçamentária e financeira no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi) **RETERÃO**, na fonte, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e a Contribuição para o PIS/Pasep sobre os pagamentos que efetuarem às pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços em geral, inclusive obras, observados os procedimentos previstos nesta Instrução Normativa.

Não obstante, a responsabilidade da Administração Pública pelos atos de retenção e recolhimento tributário também está esposada no art. 64 da Lei nº 9.430/1996, a saber:

Art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social – Cofins e da contribuição para o PIS/Pasep.

Parágrafo 1º A obrigação pela **retenção** é do órgão ou entidade que efetuar o pagamento.

Parágrafo 2º O **valor retido**, correspondente a cada tributo ou contribuição, será levado a crédito da respectiva conta de receita da União.

Parágrafo 3º O **valor** do imposto e das contribuições sociais **retido** será considerado como antecipação do que for devido pelo contribuinte em relação ao mesmo imposto e às mesmas contribuições.

Parágrafo 4º O **valor retido** correspondente ao imposto de renda e a cada contribuição social somente poderá ser compensado com o que for devido em relação à mesma espécie de imposto ou contribuição.

Parágrafo 5º O imposto de renda a ser **retido** será determinado mediante a aplicação da alíquota de quinze por cento sobre o resultado da multiplicação do valor a ser pago pelo percentual de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicável à espécie de receita correspondente ao tipo de bem fornecido ou de serviço prestado.

Parágrafo 6º O valor da contribuição social sobre o lucro líquido, a ser **retido**, será determinado mediante a aplicação da alíquota de um por cento, sobre o montante a ser pago.

Parágrafo 7º O valor da contribuição para a seguridade social – Cofins, a ser **retido**, será determinado mediante a aplicação da alíquota respectiva sobre o montante a ser pago.

Parágrafo 8º O valor da contribuição para o PIS/Pasep, a ser **retido**, será determinado mediante a aplicação da alíquota respectiva sobre o montante a ser pago.

Em termos de vinculação a percentuais fixados em lei para o recolhimento de tributos, existem as seguintes previsões legais que definem o contribuinte:

a) **ISSQN** – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza

Previsão legal: Lei Complementar nº 116/2003, art. 5º (“Contribuinte é o prestador do serviço.”)

b) **PIS/Pasep**

Previsão legal: Lei nº 10.637/2002 art. 4º (“O contribuinte da contribuição para o PIS/Pasep é a pessoa jurídica que auferir as receitas a que se refere o art. 1º”)

c) **Cofins**

Previsão legal: Lei nº 10.833/2003 art. 5º (“O contribuinte da Cofins é a pessoa jurídica que auferir receitas a que se refere o art. 1º”)

d) **Imposto de Renda**

Previsão legal: Código Tributário Nacional, art. 45 (“Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis”).

e) **CSLL** – Contribuição Social sobre Lucro Líquido

Previsão legal: Lei nº 7.689/1988 art. 4º (“São contribuintes as pessoas jurídicas domiciliadas no País e as que lhes são equiparadas pela legislação tributária.”)

Os normativos vigentes corroboram perfeitamente, pois, a retenção, constituindo-se em prática administrativa legalmente prevista, amparada e obrigatória, para a qual não se necessita de maiores exercícios teóricos ou respaldo jurisprudencial. No entanto, seu fim maior é limitado e se presta a recolhimento de tributos e encargos na fonte, não abarcando, em tese e *a priori*, situações excepcionais de descumprimento contratual.

Na Lei de Licitações consta, ainda, outra previsão de **retenção** de recursos, desta feita para o caso específico de rescisão contratual, a saber :

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

(...)

IV – **retenção** dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

A previsão de retenção do art. 80, inciso IV, conforme item anterior, merece críticas. Neste ponto, o legislador valeu-se de outro sentido ao uso do termo “retenção” como conseqüência de eventual rescisão. Na linha aqui defendida, a “retenção” de valores decorrentes do contrato – medida cautelar, preventiva –, em caso de rescisão, enquadra-se no conceito de “suspensão” do pagamento de eventuais créditos em favor do contratado até a liquidação das perdas e danos.

A **GLOSA**, por sua vez, pode ser entendida como o provisionamento de recursos com a finalidade de proteger a Administração na relação contratual, podendo abranger situações específicas prescritas em cláusulas contratuais, abarcar ilegalidades ou ainda irregularidades que constituam afronta ao arcabouço jurídico-normativo, desde a Constituição Federal até o extremo mais inferior da ramificação legal (decretos,

portarias, instruções normativas e o próprio contrato enquanto regra legal). A glosa tem caráter esporádico, momentâneo, extraordinário e normalmente afeta os recursos de modo parcial, mas podendo, excepcionalmente, alcançá-los integralmente.

A glosa tem como finalidade maior o provisionamento e a apropriação de valores em função de inexecução contratual e conseqüente descumprimento de uma ou mais cláusulas de um contrato, mas, como já dito na introdução do conceito, presta-se a outras finalidades, sendo utilizada em casos de irregularidades e ilegalidades em geral.

Desse modo, a atuação da Administração Pública não apenas se apresenta como obrigação de fazer, mas invade a seara da proatividade para permitir que, no campo da fiscalização e da execução do contrato, possa ela agir tempestivamente e reduzir ou minimizar eventuais prejuízos ao Erário.

Cabe, ainda, a interpretação de que a glosa não possa ser definida como uma espécie de bloqueio **provisório** de recursos (este objetivo, sim, há que se entender por suspensão), uma vez que, mesmo sanada ou amenizada a causa originária da inexecução do contrato (gerando multa ou outra pena pecuniária), os valores brutos antes devidos à contratada não lhe poderão ser repassados.

Há situações na prática, todavia, em que tais bloqueios definitivos acabam por se transformarem, em verdade, em provisórios, descaracterizando a glosa. É o caso, por exemplo, de um pagamento posto em suspensão por irregularidade em certidão negativa de débitos.

Esse *modus operandi* que deixa uma fatura de serviços executados/bens adquiridos em *stand by* – visando a atender ordens superiores de bloqueio de pagamento – não encontra respaldo direto na legislação, apenas insere-se no atendimento de cláusulas contratuais por parte da Administração – chamadas de “cláusulas exorbitantes”, permitindo aos setores de contabilidade dos órgãos acomodarem a operacionalização desse procedimento confortavelmente entre os momentos contábeis da **Liquidação** e do **Pagamento**. Trata-se aqui especificamente de cláusulas que estabelecem condições de pagamento.

A grande dificuldade promotora da confusão dos conceitos é sua aplicação prática sem critérios e sem o cuidado da precisão com a nomenclatura técnica – retenções são tratadas como glosas e estas são tratadas como não-pagamento temporário e vice-versa. A retenção de determinado valor implica dar-lhe destino contábil específico de conta de tributação (receita federal, previdência, sistema “S”, etc), é

desprovida de sentido a utilização do termo glosa para o mesmo intento, uma vez que esta tem como destino contábil a conta única do tesouro – no âmbito federal –, sob pena de cair em vala comum de conceitos e, portanto, alçá-los à classificação semântica de sinônimos, não servindo aos propósitos de precisão, objetividade, clareza e indubiedade que a técnica jurídica almeja.

Por outro lado, a legislação favorece o entendimento e desata o nó terminológico existente, na medida em que delineia, com maestria, os contornos do mecanismo de retenção, atribuindo-se-lhe a interpretação de recurso provisionado na fonte pagadora com um propósito legalmente estabelecido: o de promover o recolhimento de encargos tributários.

Promover a glosa de determinado valor implica, pois, atribuir-lhe um tratamento diferenciado ao da retenção, ou seja, não havendo a intenção de o provisionamento se destinar a recolhimento de tributos e desde que tal ato seja em caráter definitivo (como, por exemplo, um valor pago a maior em um mês e glosado no mês subsequente, a título de parcela compensatória, ou uma multa contratual cujo pagamento, via GRU⁴⁶ ou outro mecanismo oficial, ainda não tenha sido comprovado pela contratada apenada), estará caracterizada a glosa.

Assim, cabe esclarecer que a lacuna conceitual fica por conta do bloqueio de caráter provisório, por exemplo quando uma contratada não recebe o pagamento a que faz jus pela execução do objeto contratual justamente por não estar em situação de regularidade com a Seguridade Social ou com a Fazenda Nacional, se for o caso.

É razoável, portanto, admitir-se que a utilização dos termos de modo mais preciso e coerente, com as acepções aqui discutidas, faz sentido e é vantajoso pois cada termo detém uma carga de peculiaridades, desembocando em distintas conseqüências jurídico-contábeis.

Assim, quando se determina, em um despacho, que determinada fatura ou nota fiscal seja glosada, ali está embutido o caráter punitivo/apenativo (um acerto via bloqueio definitivo de recursos). Diferentemente, quando se ordena uma retenção de recursos ou quando se atende ao mandamento legal da retenção, haverá recolhimento de tributos a ela vinculados. Ao terceiro mecanismo de não-pagamento de recursos, sugere-se o nome de **SUSPENSÃO**, dando a idéia de que, uma vez sanada determinada irregularidade ou pendência, será cumprida a etapa final contábil do pagamento.

⁴⁶ GRU – Guia de Recolhimento da União.

As principais diferenças e semelhanças das características de **glosa**, **retenção** e **suspensão** podem ser assim resumidas⁴⁷:

Quadro I – Tipos de Aprovisionamento de Recursos e Suas Principais Características			
TIPOS CARACTERÍSTICAS	RETENÇÃO	GLOSA	SUSPENSÃO
FUNDAMENTO	Legal	Contratual	Contratual
NATUREZA	Ordinária	Extraordinária	Extraordinária
MOTIVO	Recolhimento de Tributos	Irregularidade contratual insanável	Irregularidade contratual sanável
PERIODICIDADE	Regular	Eventual	Eventual
IMPACTO FINANCEIRO	Parcial	Parcial ou total	Parcial ou total
EFEITO	Permanente	Permanente	Provisório
OBJETIVO	Obrigação legal	Apenação/correção/acerto contábil	Solução de pendência contratual

Quanto ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial (RESP 633.432/MG 2004/0030029-4), pronunciou-se acerca da **retenção** (na verdade, ao que se entende neste trabalho por suspensão) do pagamento de faturas por parte da Empresa de Correios e Telégrafos, em um contrato de prestação de serviços de transporte, de modo contrário a tal prática. A ementa do citado processo é um bom ponto de partida para analisar a discussão contida no relatório e voto.

Ementa:

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no parágrafo 3º do art. 195 que “a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”, e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei nº 8.666/1993.
2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, *caput*, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.
3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 a **retenção** do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

⁴⁷ Vide SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida. & MALTAROLLO, Adriano de Sousa. *Glosa, Retenção e Suspensão em Contratos Administrativos*. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. ano 7. nº 73. janeiro/2007, págs. 20-26.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional “não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.” (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

Salvo melhor juízo, a decisão do STJ é passível de questionamento com base nos quatro pontos da ementa acima, que parecem, salvo melhor juízo, dar-lhe sólida sustentação. Todavia, cabe posicionamento divergente a este.

Quadro II – Resumo Analítico do RESP STJ nº 633.432		
Decisão do STJ	Fundamento	Resumo do argumento
1º	CF, art. 195, parágrafo 3º e Lei nº 8.666/1993, art. 55	Obrigatoriedade de manutenção de regularidade fiscal/previdenciária antes da contratação e durante a execução contratual.
2º	CF, arts. 5º, II, 37, <i>caput</i> , 84, IV	Legalidade do ato administrativo (atuação limitada à previsão legal)
3º	Lei nº 8.666/1993, arts. 78 e 87	Retenção: prática não prevista em lei. Rescisão: a alternativa sugerida.
4º	Posição doutrinária de Marçal Justen ⁴⁸	Retenção de pagamento: ato abusivo, passível de mandado de segurança

Confrontando-se a tabela compilada e observando-se a decisão do STJ, visto se tratar de não-recolhimento de tributos, a acepção apropriada para se referir ao fato que originou o caso em tela é mesmo “retenção”, e não suspensão ou glosa, já que o provisionamento de parte do valor a ser pago à contratada trará, como consequência contábil, o recolhimento aos cofres da Previdência, Receita Federal ou outra instituição credora.

A despeito de o débito que deu causa à positivação da certidão – ou a ausência de sua entrega – não ter vínculo direto com o contrato afrontado, no sentido de ser parte integrante do contrato, é discutível e defensável que nele haja interferência indireta desta irregularidade, fazendo surgir, assim, a motivação necessária para comprometer o pagamento, na íntegra, à empresa, no outro contrato em que ela também é parte contratada.

Contudo, a ausência de retenção de tributos discutida pelo STJ no dado exemplo é a justificativa – ou o fator motivador – para a situação desenhada se enquadrar no caso de **suspensão**, e não de retenção, porque o procedimento não

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549.

irá desembocar em recolhimento de tributos por parte da Administração contratante (insiste-se: ainda que assim o seja na relação contratual originária da positividade da certidão, no órgão de origem).

Em resumo: a **não-retenção** de tributos em um órgão contratante da Administração Pública em relação à determinada empresa contratada gerou uma certidão positiva que deverá impactar na **suspensão** de pagamento, em outro órgão, mantenedor também de vínculo contratual com a mesma empresa contratada. Em outras palavras: trata-se, *in casu*, de um bloqueio temporário de recursos – a **suspensão em si**, até a contratada comprovar a regularização de sua pendência em outro órgão – a **retenção em si**.

No referido Recurso Especial nº 633.432, o próprio Relatório do STJ alude, em seu primeiro parágrafo, à citada situação como caso de **suspensão**, embora essa linha tenha sido perdida na elaboração da Ementa – sendo que esta usa indiscriminadamente os termos suspensão e retenção –, conforme se pode comparar nas transcrições abaixo :

Relatório do RESP nº 633.432/STJ:

“Consta dos autos que a Empresa de Transportes de Turismo Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Gerente de Operações e Logística da ECT – Diretoria Regional de Minas Gerais, com quem firmou contrato de prestação de serviços de transporte, após ter vencido procedimento licitatório, impugnando a **suspensão**, pela impetrada, **do pagamento das faturas** de serviços prestados, condicionando-os à apresentação de certidões comprobatórias de regularidade fiscal e para com o FGTS.”

Ementa do RESP 633.432/STJ:

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 a **retenção** do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a **suspender** o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

Em relação ao primeiro ponto da ementa, nada há de se argumentar, visto que, nesse aspecto, não se vislumbra qualquer discordância de posicionamento. Ora, uma vez que é justamente a quebra desse equilíbrio de regularidade fiscal-previdenciária que consubstancia o **motivo**⁴⁹ do ato administrativo consequente (seja a retenção, a rescisão ou a comunicação aos órgãos credores), há uma sintonia de interpretação para qualquer solução a ser adotada pelo gestor.

⁴⁹ “(...) o motivo caracteriza-se como as razões de fato e de direito que autorizam a prática de um ato administrativo, sendo externo a ele, o antecedendo e estando necessariamente presente em todos eles.” (<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1399>)

Em relação ao segundo ponto, é posição pacífica a afirmação doutrinária de que ao administrador público só é permitido fazer aquilo que estiver esposado em lei. Todavia, levantar esse ponto é mera estratégia argumentativa para introduzir o terceiro ponto da ementa, em que se afirma que a retenção é ato não previsto em lei. Contudo, em uma relação contratual com terceiros, o administrador público está não apenas sob a égide da lei e de suas previsões expressas, mas sob os mandamentos que o vinculam diretamente às cláusulas contratuais, somando-se estas ao arcabouço jurídico normativo que o guia a agir.

Não obstante, sugerir que o rol de providências possíveis é exaustivo – e, por conseqüência, que a solução indicada, afora a comunicação, à empresa, da situação irregular de não-atendimento de cláusula contratual, seria a rescisão do contrato – é transformar o administrador em um “burocrata engessado”, uma vez que tal iniciativa de rescisão é dispendiosa, demasiadamente complexa, gravíssima, limítrofe, a fronteira final e derradeira de se pôr termo à discórdia entre as partes.

Assim, sustenta-se a supremacia do interesse público na inclusão, entre as previsões contratuais da Administração Pública, dos mecanismos de provisionamento de recursos denominados de glosa e suspensão de pagamentos em virtude da quebra das exigências elencadas em contrato ou da afronta e desobediência a condições e pré-requisitos estabelecidos desde o edital do certame e minuta de contrato, visando a estabelecer e manter o equilíbrio que dá suporte à relação harmônica contratual entre as partes.

Em relação à manutenção de regularidade fiscal e previdenciária, a legislação é taxativa em termos de a Administração acompanhar que as partes contratadas estejam em dia com tais obrigações, e seria fazer letra morta admitir que tal situação se perpetuasse *ad eternum*, ao bel-prazer do devedor, se a mera comunicação dessa situação de inadimplência lhe desse ganho de causa em receber o que o STJ entende, no citado julgado, como seu de pleno direito, em razão de contraprestação alvitrada.

Se há débito com os fiscos ou se a empresa se nega a apresentar certidões (situação que deve ser entendida como não atendida a exigência da regularidade fiscal), a prestação de serviço (ou o fornecimento de bem) promoveu à contratada algum tipo de enriquecimento sem causa, eis que somados aos seus balanços contábeis estará valor que não lhe pertence.

A inadimplência fiscal assumida ou a regularidade omitida beira, mesmo, à intolerância pública quando tal subtração é dissipada em perdas a toda a sociedade, já tão carente de recursos em diversas áreas, promovendo um jogo de desigualdades que deixa os outros contribuintes adimplentes em situação extremamente desvantajosa. Nessa esteira, suspender pagamentos – e não necessariamente glosar recursos –, é ato administrativo que possui todos os elementos necessários para gozar de validade jurídica, restando ao administrador especificar a **motivação e as justificativas** que o levaram a praticá-la.

Nesse ponto, pondera-se que o administrador já tenha esgotado os meios ao seu alcance para tentar o deslinde da questão de forma amigável, ágil e rápida, sem chegar a esta conseqüência mais grave. Mas, uma vez que a contratada insiste em lhe dar toda a motivação para tomar essa decisão, tal ato poderia ser considerado praticamente de natureza vinculada, pois não lhe restaria outra opção a preservar o interesse público.

Em relação ao último ponto levantado na ementa do STJ no citado *decisum*, que afirma ser abusivo e passível de mandado de segurança o citado ato de retenção, pode-se interpretar como abusivo, em verdade, o ato da sonegação fiscal, da não-apresentação de documento obrigatório que resguarde a harmonia do contrato (certidões de regularidade, comprovações de recolhimento de tributos, entre outros), enfim, toda a sorte de comportamentos contrários à preservação do interesse público.

5.3. LIMITES PARA CONTRATAÇÃO DIRETA

O presente caso versa sobre a aplicação do limite previsto no inciso II do art. 24 da Lei de Licitações –, cuja interpretação se entrelaça à do art. 23, parágrafos 1º, 2º e 5º da mencionada lei, textos que, para melhor compreensão, são transcritos a seguir:

Lei nº 8.666/1993

Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

(...)

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

(...)

Parágrafo 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

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

(...)

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

(...)

Art. 24. É dispensável a licitação:

I – para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas **conjunta e concomitantemente**

(...)

II – para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a" do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Em análise, o entendimento de que o limite imposto pela Lei de Licitações para contratação direta – compras ou serviços outros que não os de engenharia (art. 24, inciso II) da LL – não deve estar associado ao montante que resultar da simples estimativa feita para contratações ao longo de um exercício financeiro, em nível de subelemento de despesa (classificação orçamentária) ou em nível de subitem de despesa (classificação contábil equivalente), como se observa hoje na prática de diversos órgãos e entidades⁵⁰.

O referencial proposto deverá ser o montante que resultar das contratações de determinado objeto no curso de um exercício financeiro, ou, se for o caso, a soma dos valores de um conjunto de objetos de mesma natureza a serem adquiridos

⁵⁰ Ver MALTAROLLO, Adriano de Sousa & SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida &. *Contratação Direta em Razão do Valor: Limites Legais e Fracionamento*. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. ano 7. nº 73. janeiro/2008. págs. 12-19.

naquele mesmo período, escolha esta a ser feita sempre com foco na especialidade do mercado competitivo em que os potenciais contratados atuem.

Em termos práticos, a aplicação do limite aqui discutido (R\$ 8.000,00) tem sido efetivada com base no montante estimado para uma compra conjunta de objetos que se enquadrem na classificação de subelemento/subitem de despesa, como por exemplo, Material de Expediente, Material de Processamento de Dados ou Material de Limpeza e Produção de Higienização. Contudo, desconhece-se que exista, na Lei de Licitações ou em outros normativos, qualquer orientação que fixe o entendimento de que esse limite deva ser aplicado com base nesse tipo de enquadramento contábil. Nas palavras de Marçal Justen Filho⁵¹:

(...) não é possível utilizar a classificação orçamentária, produzida para outros fins e sem nenhuma relevância legal para essa hipótese. Os critérios utilizados para fins orçamentários podem ser diversos e, mesmo, abranger diferentes objetos.

(...) Mais ainda, não há no texto legal a mais mínima indicação da relevância da classificação orçamentária do objeto para fins de conjugação de valores e determinação da modalidade cabível de licitação. Trata-se de inovação em face da Lei – inclusive no tocante às próprias normas de Direito Financeiro, as quais não determinam que as rubricas orçamentárias produzem algum efeito jurídico para fins da fixação da modalidade cabível de licitação.

Será inicialmente examinada, em termos lógicos e de modo estruturado, a parte do inciso II do art. 24 da Lei de Licitações que visa a proteger o Estado da fuga, pelos agentes públicos, da modalidade licitatória devida, ou então do próprio dever de licitar – de onde exsurge o conceito de **parcelamento**. Em seguida, será analisada a parte final do parágrafo 5º do art. 23 da Lei de Licitações, em consonância com a interpretação que promove uma dissociação entre *limite* e *rubricas orçamentárias* (conceito de **especialidade diversa das empresas aptas à contratação**). A seguir, será abordada a parte final do inciso II do art. 24, mas agora com enfoque restrito na questão do **planejamento**. Por último, o **planejamento** será contrastado com a **necessidade superveniente de aquisições e serviços**.

Inicialmente, quanto à parte do inciso II do art. 24 que faz alusão ao parcelamento sendo utilizado com o objetivo de fugir à modalidade licitatória devida ou ao dever de licitar, tem-se que:

II – para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a” do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a **parcelas** de um

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005. p. 214. A irrelevância da classificação orçamentária.

mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Quando se fala em *parcelamento*, para fim de esclarecimento didático, está-se no campo da especificação do objeto. O *parcelamento* visa, assim, a obter as condições mais vantajosas para a Administração sem, todavia, deturpar os fins para os quais se destinam o objeto, ou mesmo sem frustrar eventual motivação de ordem técnica que justifique a manutenção de sua completude (o *não-parcelamento*). Portanto, o parcelamento do objeto consubstancia-se, na prática, em *fracionamento* de valores, e, sobre isso, recorre-se mais uma vez às palavras do renomado jurista Marçal Justen Filho⁵²:

Os parágrafos 2º, *in fine*, e 5º do art. 23 devem ser interpretados conjugadamente. Determinam que a pluralidade de licitações, embora acarretando a redução da dimensão do objeto licitado, não podem conduzir à modificação da modalidade de licitação. Seguindo o mesmo princípio, a Lei veda que o fracionamento produza dispensa de licitação fundada no preço inferior ao limite mínimo (art. 24, incs. I e II).

Não há vedação ao fracionamento (excluídas as hipóteses em que isso acarretar prejuízos econômicos à Administração ou em que haja impedimento de ordem técnica). O que se proíbe é o fracionamento ser invocado como pretexto para modificação do regime jurídico aplicável à licitação. A determinação da obrigatoriedade de licitação e a escolha da modalidade cabível devem fazer-se em face do montante conjunto de todas as contratações, independentemente de fracionamento.

Essa orientação foi consagrada, de modo indireto, pelo próprio TCU, em publicação oficial. Asseverou-se que “É vedado o fracionamento de despesas para a adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado. Lembre-se: fracionamento refere-se à despesa.” A explícita ressalva final destina-se a destacar que o problema fundamental não se relaciona propriamente com o fracionamento da contratação, mas com a invocação desse fracionamento como fundamento para evitar a licitação ou para aplicar a modalidade adequada.

O plausível argumento do autor é, em outras palavras, que o aludido limite legal não pode servir para que o administrador fique parcelando compras apenas para não ultrapassá-lo e, assim, incidir sempre em dispensa de licitação, como também o *parcelamento* não pode servir como escudo para que se pulverizem os valores das compras apenas para não se ultrapassar aquele limite, em uma seqüência de contratações diretas que escamoteariam o necessário processo licitatório.

Por sua vez, o TCU tem interpretação similar para o *parcelamento*⁵³:

Parcelamento do Objeto da Licitação:

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005. p. 210. A interpretação conjugada dos diversos dispositivos.

⁵³ TCU. *Licitações & Contratos. Orientações Básicas*. 2ª ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2003, p. 30/32 e 56/58.

De acordo com a Lei nº 8.666, de 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.

O agente público define o objeto da licitação e verifica se é possível dividir as compras, obras ou serviços em parcelas, que visam a aproveitar as peculiaridades e os recursos disponíveis no mercado. É o caso, por exemplo, de uma construção, em que se pode dividir as diversas etapas (limpeza do terreno, terraplanagem, fundações, etc.) em licitação por itens individualizados.

O parcelamento é muito importante porque 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.

Com a utilização do parcelamento, pequenas e médias empresas podem preencher os requisitos de disputa para fornecimento de menores dimensões, se houver vantagem efetiva para a Administração, preservada a economia de escala. Em regra, quando existir parcela de natureza específica que possa ser executada por empresas com especialidades próprias e diversas ou quando for viável técnica e economicamente, o **parcelamento em itens** se impõe, naturalmente desde que seja vantajoso para a Administração.

Após avaliação técnica e decisão de que o objeto pode ser dividido e individualizado em itens, devem ser feitas licitações distintas para cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra. As diferentes licitações podem ser feitas em procedimentos distintos ou em um só processo licitatório, quando, então, **a licitação terá seu objeto dividido em itens**.

É importante não esquecer que sempre deve ser preservada a modalidade pertinente para a execução de **todo** o objeto da contratação. Assim, se forem realizados um ou mais processos de licitação, devem ser somados os valores de todos os itens para definição da modalidade licitatória adequada.

Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, para ampliar a competitividade. Nessa hipótese, a Administração pode fixar no ato convocatório quantitativo mínimo que preserve a **economia de escala** (economia de escala significa dizer que quanto maior for a quantidade licitada menor poderá ser o custo unitário do produto a ser adquirido).

Decisão nº 393/1994-TCU-Plenário

Nas licitações para contratação de obras, serviços e compras, e nas alienações, quando o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, é obrigatório que a adjudicação seja por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade.

Acórdão nº 1089/2003-TCU-Plenário

Ao efetuar o parcelamento previsto no art. 23, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/1993, deve-se atentar para a preservação da modalidade licitatória pertinente à totalidade do objeto parcelado, conforme preconizado nos parágrafos 2º e 5º do citado dispositivo legal.

Por conseguinte, “não se referir a parcelas de um mesmo serviço ou compra” é um mandamento – previsto no inciso II do art. 24 da Lei de Licitações – que proíbe o gestor público de dividir o objeto com o mero propósito de partir para

uma contratação direta como simples conseqüência da manipulação casuística do limite legalmente fixado, manipulação esta levada a cabo por meio de artimanha estritamente matemática, sem pressuposto legal, sem razoabilidade, sem obediência ao interesse público, entre outras nefastas motivações.

Logo, os limites previstos no art. 23 da LL determinam a modalidade de licitação com base no valor estimado da contratação, e seu parágrafo primeiro alude à divisão de obras, serviços e compras pela administração “em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala”.

Portanto, o *parcelamento* é regra, mas vinculado à comprovação de sua viabilidade **técnica** e **econômica**. Nas palavras de Marçal Justen Filho⁵⁴ (perceba-se que o autor mescla os conceitos de *parcelamento* e *fracionamento*):

O **parcelamento** produz, necessariamente, a realização de diversas licitações. Trata-se da própria razão de ser do **fracionamento**. Ao se dissociar uma única contratação em uma pluralidade de contratos de objeto mais reduzido, objetiva-se ampliar a competitividade. Isso apenas se poderá obter através da abertura de diferentes licitações, cada qual orientada a selecionar a proposta mais vantajosa para um determinado lote. Os requisitos de habilitação serão menos severos, porque a dimensão econômica e a complexidade técnica de cada lote serão inferiores. Como decorrência, será maior o número de particulares em condições de competir.

O parágrafo 5º do art. 23 da Lei de Licitações prevê a excepcionalidade trazida na expressão “especialidade diversa”, ancorada na idéia de que, uma vez que se possa estimular a competição por meio da diversidade das características dos objetos – e, portanto, da diversidade dos modos de produção e de empresas –, o parcelamento não só será permitido, mas também recomendado, podendo o item parcelado, nesse caso específico, ser tratado de forma absolutamente autônoma. É justamente sob essa ótica que deve ser interpretado o art. 24, inciso II, ou seja, especialidade das empresas como critério para combinação de objetos a serem contratados diretamente.

Para ilustrar este argumento, exemplifica-se a compra de material de expediente⁵⁵ – rubrica de subelemento de despesa – em que, a despeito da

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005. p. 207. Impossibilidade de Licitação Única.

realização de um pregão eletrônico, vários itens tiveram sua aquisição frustrada. Na dada hipótese, esses itens, cuja aquisição em processo licitatório foi frustrada, não alcançam, em conjunto, o limite do art. 24, inciso II, da LL, mas se alçados à esfera agregadora da citada rubrica orçamentária, não poderiam ser contratados diretamente, se prevalecer a interpretação tradicional.

Nesse exemplo prático, não se vislumbra o porquê de não se utilizar, de imediato, o valor da regra do art. 24, inciso II, da LL combinada com a previsão do parágrafo 5º do art. 23 da mesma Lei, permitindo-se ao administrador público partir rumo à contratação direta, uma vez que: 1) os itens sobranes/frustrados não foram deliberadamente fracionados; 2) o parcelamento foi técnica e economicamente viável; 3) não há economia de escala em jogo; 4) os itens são fornecidos por empresas que atuam em um segmento de mercado bastante especializado; e 5) já se consumiu precioso tempo na tentativa de realização de um certame via pregão eletrônico, entre outros convincentes motivos.

O art. 24, inciso II, *in fine*, da LL alude aos serviços e compras que possam “ser realizados de uma só vez”, uma clara referência à exigência de planejamento por parte do gestor. Esta parte do inciso prevê, pois, que poderá ser dispensada a licitação se, e somente se, serviços de não-engenharia e compras não se referirem a parcelas que **poderiam ser realizadas de uma só vez** e cuja **soma**, obviamente, **ultrapassasse o limite previsto**.

O **legislador** se preocupou nitidamente com a possibilidade de o **administrador** empreender possíveis *fracionamentos* para burlar o limite legal (R\$ 8.000,00) e assim promover a indevida dispensa da licitação, ao alertar: “desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez”.

⁵⁵ Segundo a Portaria STN/MF nº 448/2002, “Material de Expediente registra o valor das despesas com os materiais utilizados diretamente nos trabalhos de expediente administrativos, nos escritórios públicos, nos centros de estudos e pesquisas, nas escolas, nas universidades etc., tais como: agenda, alfinete de aço, almofada para carimbos, apagador, apontador de lápis, arquivo para disquete, bandeja para papéis, bloco para rascunho bobina papel para calculadoras, borracha, caderno, caneta, capa e processo, carimbos em geral, cartolina, classificador, clipe cola, colchete, corretivo, envelope, espátula, estêncil, estilete, extrator de grampos, fita adesiva, fita para máquina de escrever e calcular, giz, goma elástica, grafite, grampeador, grampos, guia para arquivo, guia de endereçamento postal, impressos e formulário em geral, intercalador para fichário, lacre, lápis, lapiseira, limpa tipos, livros de ata, de ponto e de protocolo, papéis, pastas em geral, percevejo, perfurador, pinça, placas de acrílico, plásticos, porta-lápis, registrador, régua, selos para correspondência, tesoura, tintas, toner, transparências e afins”.

Em termos de aplicação, a regra aqui explicitada não gera qualquer comprometimento, seja para a compra de resmas de papel, seja para a compra do conjunto de diversos itens de material de expediente. O que deve restar claro ao administrador público é que ele deverá explicar o porquê de estar adquirindo resmas de papel por contratação direta, em vez de, por exemplo, tê-las adquirido nas compras anuais de praxe do almoxarifado.

Se possível de ser realizado em uma única oportunidade, a regra remete o administrador à obrigatoriedade de planejar-se para que efetue todas as compras e serviços previsíveis para o exercício. Incute-lhe, pois, uma **necessidade de planejamento**, que não pode ser visto como total, uma vez que situações de demandas esporádicas, extraordinárias e especiais não são privilégios circunstanciais apenas do mercado, mas também alcançam o funcionamento da máquina estatal.

Tomando como verdadeira esta premissa, é de se concluir que o planejamento a que alude indiretamente a parte final do inciso II do art. 24 da Lei de Licitações não pode ser dado como totalizador das demandas do Estado, mas sim ter este caráter restrito às compras e serviços que possam ser, de antemão, previstos pelo administrador. Tais previsões não surgem, obviamente, do nada; é consequência das ferramentas técnico-gerenciais que as ciências da Administração e da Contabilidade colocam à disposição do gestor.

Levantamento de necessidades junto aos setores requisitantes, análise de curvas de demanda por produtos, acompanhamento de metas de serviços e médias de consumo por parte das unidades e subunidades que compõem o órgão ou entidade, gerenciamento dos relatórios produzidos pelo setor de almoxarifado e serviços gerais, evolução de estoques enfim, são, grosso modo, alguns tipos de instrumentos e mecanismos de atuação que dotam o gestor da capacidade de poder se planejar para o exercício seguinte, em conformidade com o princípio orçamentário da anualidade.

Em outras palavras, a hipótese defendida aqui e que encontra respaldo no dito inciso II do art. 24 da Lei de Licitações certamente não encontra guarida nesse tipo de planejamento anual. Insere-se, em verdade, fora desse escopo gerencial para acomodar-se no campo da excepcionalidade, da fortuidade, da circunstância imprevista ou imprevisível.

No TCU, identificam-se, entre outros, os seguintes entendimentos acerca do que vem a ser *fracionamento*, sobre sua aceitação ou não, tudo à luz da necessidade do planejamento prévio que se exige do administrador público diligente:

Fracionamento de Despesa

A Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 23, parágrafo 5º, veda o fracionamento de despesa.

O fracionamento se caracteriza quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa, ou para efetuar contratação direta.

Por exemplo, a lei impede a utilização da modalidade convite para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda, para obras e serviços de idêntica natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços. Da mesma forma, a utilização de várias tomadas de preços para se abster de realizar concorrência.

Em outras palavras, é vedada a utilização de modalidade inferior de licitação quando o somatório do valor a ser licitado caracterizar modalidade superior. Por exemplo: convite, quando o valor determinar tomada de preços ou concorrência; ou tomada de preços, quando o valor for de concorrência.

Em resumo, se a Administração optar por realizar várias licitações ao longo do exercício financeiro, para um mesmo objeto ou finalidade, deverá preservar sempre a modalidade de licitação pertinente **ao todo** que deveria ser contratado. Vale dizer, ilustrativamente: se a Administração tem conhecimento de que, no exercício, precisará substituir 1.000 cadeiras de um auditório, cujo preço total demandaria a realização de tomada de preços, **não é licita** a realização de vários convites para compra das mesmas cadeiras, fracionando a despesa total prevista em várias despesas menores que conduzem a modalidade de licitação inferior à exigida pela lei.

A legislação não considera fracionamento a contratação de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diferente daquela do executor da obra ou serviço.

Muitas vezes o fracionamento ocorre pela **ausência de planejamento** do quanto vai ser efetivamente gasto no exercício para a execução de determinada obra, ou a contratação de determinado serviço ou ainda a compra de determinado produto. O planejamento do exercício deve observar o **princípio da anualidade do orçamento. Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento da despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob a modalidade de licitação inferior àquela exigida pelo total da despesa no ano, quando isto for decorrente da falta de planejamento.**

Acórdão nº 79/2000-TCU-Plenário:

Adote o **sistemático planejamento** de suas compras, evitando o desnecessário fracionamento na aquisição de produtos de uma mesma natureza e possibilitando a utilização da correta modalidade de licitação, nos termos do art. 15, parágrafo 7º, II, da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão nº 76/2002-TCU-2ª Câmara:

Evite a prática do fracionamento de licitações, mantendo-se a modalidade pertinente ao valor global do objeto licitado, em consonância com o art. 23, parágrafo 5º, da retrocitada Lei.

Acórdão nº 73/2003-TCU-2ª Câmara:

Atente para o fato de que, atingido o limite legalmente fixado para a dispensa de licitação, as demais contratações para serviços da mesma natureza deverão observar a obrigatoriedade da realização de certame licitatório, evitando a ocorrência de fracionamento de despesa.

Acórdão nº 66/1999-TCU-Plenário:

Contratações, em datas distintas, de serviço de leitura de disquete junto a empresa, cujos valores somados extrapolam o limite de dispensa vigente à época, contrariando o art. 24, inc. II, da Lei nº 8.666/1993 e caracterizando fracionamento de licitação.

Vale esclarecer que pouco ou nenhum sentido faz imaginar-se que os limites legais aqui discutidos devam ser aplicados com o *modus operandi* do planejamento total, quando se observa, no dia-a-dia de um setor envolvido com licitações e contratações, que uma compra extemporânea de cartuchos de tinta para impressora, por exemplo – objeto que poderia até ser passível de planejamento, mensuração e dimensionamento de consumo e cujo valor agregado costuma ser elevado –, alcance ou supere facilmente o aludido limite, mesmo como item único e isolado.

Se o limite da lei tiver, nesse caso específico, aplicação não no objeto uno, mas no conjunto dos objetos que compõem o grupo “Material de Processamento de Dados”⁵⁶, uma vez identificada também a necessidade de adquirir, conjuntamente, *toners* para impressora laser – de similar técnica de acompanhamento de demanda dos cartuchos de tinta –, estará o administrador público colocado em uma situação extremamente delicada e com margens de manobra extremamente apertadas para solucionar o problema da aquisição, pela via da contratação direta, desses objetos.

Desse modo, cartuchos de tinta e *toners* para impressora laser – obviamente a depender do tamanho da instituição demandante e das peculiaridades de cada órgão e entidade envolvidos –, podem, juntos, alcançar rápida e fulminantemente o limite estipulado pela Lei de modo a obrigar que se faça um processo licitatório apenas por preciosismo da regra, onde, talvez, em muitas situações, a mera contratação direta com o limite aplicado a cada um desses objetos atenderia melhor ao interesse público, se ao administrador fosse concedido o benefício da discricionariedade para decidir qual é a opção mais vantajosa para a Administração e qual a que se adere melhor à supremacia do interesse público.

Ilustrando-se com outro exemplo: um evento extraordinário instituído por meio de um projeto especial (força-tarefa) dentro de um órgão ou entidade pode ensejar demandas inesperadas por determinado quantitativo de resmas, em suas atividades laborais, que deixe o almoxarifado desprevenido.

⁵⁶ Segundo a Portaria STN/MF nº 448/2002, “Material de Processamento de Dados” congrega cartuchos de tinta, capas plásticas protetoras para micros e impressoras, CD-ROM virgem, disquetes, etiqueta em formulário contínuo, fita magnética, fita para impressora, formulário contínuo, mouse PAD, peças e acessórios para computadores e periféricos, recarga de cartuchos de tinta, toner para impressora laser, cartões magnéticos e afins.

Supondo, nesse mesmo exemplo, que o grupo de trabalho tenha gerado uma demanda também para outros itens, como lápis, apontador, entre outros, é forçoso admitir que, se cada um desses itens puder ser comprado satisfatoriamente, com uma pesquisa de preços bem elaborada e com estimativas realistas, por meio da contratação direta, os esforços e o tempo para tal aquisição serão imensamente menores que aqueles que obriguem o gestor a licitar, ainda que por meio de pregão eletrônico, para dar cabo de tais demandas (obviamente, não se trata do instituto do suprimento de fundos, que tem outra aplicação).

Mesmo sendo este um exemplo simples, é patente que uma gama de outros exemplos segue esse mesmo dilema no cotidiano das compras públicas.

Retomando o exemplo da força-tarefa, se houver a necessidade de adquirir, também, vários outros itens que individualmente ultrapassem o limite do inciso II do art. 24 da Lei de Licitações, talvez seja o caso de levar todos os outros à mesma situação licitatória em vez de adquirir parte por contratação direta, parte por pregão eletrônico. Mas essa avaliação é um juízo que só cabe ao administrador, uma vez agindo com motivação e justificativa para suas escolhas e decisões.

Pergunta-se: de que adianta comprar canetas por contratação direta se, para utilizá-las, as resmas necessárias ultrapassam o limite legal e devem, portanto, ser compradas mediante licitação? A caneta provavelmente estará nas mãos dos integrantes da força-tarefa, mas de nada adiantará, pois estes não terão onde escrever. Talvez seja o mesmo caso da compra de impressoras, por meio de licitação, e cartuchos, por meio de contratação direta. Sem um item, o outro não tem serventia. Mas – insiste-se – sempre restará como decisor motivado o gestor, e com base na afirmação: “cada caso é um caso”.

Portanto, é nessa esteira que o limite aludido no inciso II do art. 24 pode, regado à discricionariedade do gestor público, ser aplicado a itens individuais do conjunto de produtos e serviços enquadrados nos subelementos/subitens de despesa, ou ser tomado em face da combinação dos que tenham natureza similar. O rigor da utilização desse limite deve se ater – e aí, sim, impera a burocracia em favor do contribuinte – na justificativa, na motivação de se valer o gestor público da contratação direta, ponderando se esta é a melhor regra a ser aplicada *in casu*.

O propósito da argumentação até aqui aduzida não é defender que a contratação direta se torne regra nas compras públicas – em detrimento do dever constitucional de licitar –, mas engessar o gestor e atá-lo às amarras de uma

explicação vinculada a rubricas orçamentárias é definir complexos limites virtuais inócuos para simples situações fáticas reais.

É patente deixar claro que a solução ora apresentada não exime o gestor da observância de outras condicionantes indispensáveis à realização da contratação direta, não obstante o presente estudo desenvolver uma linha de raciocínio com o intuito de propiciar ao administrador maior discricionariedade no uso da dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso II, da LL – no sentido, pois, da desburocratização de procedimentos. Não de ser respeitados preceitos contidos na Lei de Licitações e, conforme o caso, no Decreto n.º 5.450/2005 – que regulamenta o pregão eletrônico na esfera federal. Veja-se comentário de Marçal Justen Filho⁵⁷ sobre este arrazoado:

Tal como afirmado inúmeras vezes, é incorreto afirmar que a contratação direta exclui um 'procedimento licitatório'. Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. 'Ausência de licitação' não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos, etc). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação.

Consta, na Lei de Licitações, dispositivo que versa sobre as exigências adicionais atreladas à contratação direta :

Art. 26. As dispensas previstas nos parágrafos 2º e 4º do art. 17 **e no inciso III e seguintes do art. 24**, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo Único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...)

II – **razão da escolha do fornecedor ou executante;**

III – **justificativa do preço.**

Ainda que o *caput* do art. 26 da LL não inclua, expressamente, as hipóteses dos incisos I e II do art. 24, não há como o gestor se esquivar da obediência ao conteúdo dos incisos II e III do parágrafo único do art. 26, mormente quando se tem como premissa basilar que as ações dos agentes públicos devem ser regidas pelos princípios da transparência, da motivação, da razoabilidade, da eficiência e da economicidade, entre outros. Este pensamento, aliás, é idéia originária de Marçal

Justen Filho⁵⁸, para quem “nenhum gestor de recursos públicos poderia escusar-se a justificar uma contratação direta sob fundamento de que a hipótese não estava prevista no art. 26”.

Logo, “razão de escolha do fornecedor ou executante” e “justificativa do preço” são elementos que necessariamente deverão constar dos embasamentos expressos do gestor com vistas a motivar sua opção pela contratação direta.

Em relação ao Decreto n.º 5.450/2005, editado pelo Presidente da República no uso de suas competências regulamentares – portanto, de aplicação generalizada à Administração Pública Federal –, constam nele os seguintes dizeres:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

(...)

parágrafo 2º Na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica, conforme disposto na legislação vigente.

Dessa forma, com esse mandamento, resta inconteste que mesmo nas contratações diretas envolvendo “bens e serviços comuns”, cujo valor não ultrapasse o limite fixado no art. 24, inciso II, da Lei de Licitações, o legislador, ao prever a adoção preferencial do sistema de **cotação eletrônica**, externa sua constante preocupação com a boa gestão dos recursos públicos.

Vale dizer, por fim, que o raciocínio desenvolvido no presente trabalho, para o inciso II do art. 24 da Lei de Licitações, também se aplica ao conteúdo do inciso I do mesmo art. 24.

5.4. A RELATIVIZAÇÃO DO ALCANCE DA LEI DO PREGÃO NA ÁREA DA ENGENHARIA CIVIL

O presente caso versa sobre a aplicabilidade da Lei do Pregão aos casos de obras e serviços de engenharia. A Lei nº 10.520/2002 instituiu a figura do Pregão, modalidade licitatória bastante difundida na Administração Pública hoje, que trouxe mais agilidade e celeridade aos certames, bem como melhores desempenhos em

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005, p. 292.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 295.

termos de resultados satisfatórios, otimização de preços e economia para os cofres públicos. Até hoje, o desafio e a inovação de se elastecer o rol de bens e serviços passíveis de uso da modalidade pregão tem sido assunto polêmico tanto na própria Administração Pública quanto no âmbito acadêmico e doutrinário. Na prática, a dificuldade de se avançar rumo a entendimento diverso do atualmente em vigor – que inibe e limita a aplicabilidade do pregão – tem se mostrado não apenas presente nas esferas decisórias dos órgãos da Administração Pública, mas também uma missão complexa ante os anseios contrários das forças de mercado⁵⁹.

Diante das vantagens que a modalidade pregão introduziu em aquisições e serviços, com consideráveis percentuais de redução nos contratos celebrados, alguns Administradores Públicos viram-se tentados – imbuídos pela boa-fé e pelo interesse na boa gestão pública – a utilizar esta prática também em obras e serviços de engenharia, buscando interpretações da Lei que elastecessem os casos possíveis para a modalidade Pregão, justificando suas decisões com argumentos bastante plausíveis, somando-se diversos outros motivos para se propor a ampliação do escopo de aplicação desta modalidade.

De acordo com o renomado administrativista Hely Lopes Meirelles⁶⁰, ao Administrador Público impõe-se fazer o que está previsto em lei, restando a vontade pessoal e a boa-fé como componentes importantes – mas não suficientes – para solucionar a questão. Os pressupostos legais atinentes ao uso do Pregão e as ponderações da Lei de Licitações devem ser examinados e confrontados, com vistas a se buscar o melhor entendimento acerca da viabilidade do Pregão nos casos de obras e serviços de engenharia.

Para este e outros casos, a Lei do Pregão, em seu art. 1º, assim apregoa:

Art 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo Único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

De acordo com a literalidade do texto legal, o Pregão é permitido a dois casos específicos, exclusivos, únicos, uma enumeração limitada e extensiva das

⁵⁹ Proposta similarmente debatida em MALTAROLLO, Adriano de Sousa & SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida. *Pregão em Obras e Serviços de Engenharia*. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. ano 6. nº 69. setembro/2007, págs. 7-22.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

possibilidades abrangidas pela Lei – embora não haja vedação a outras opções como obras –, a saber: aquisição de bens comuns e aquisição de serviços comuns.

Perceba-se que a definição – a bem da verdade, uma indefinição – do adjetivo “comum” está contida no parágrafo único do citado artigo. Porém, a acepção do termo é deveras imprecisa, vaga, não se basta em si, eis que remete ao intérprete o crivo de avaliar, pelas “especificações usuais no mercado”, os bens e serviços “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital”.

Vale esclarecer que existem anexos a decreto regulamentando a Lei do Pregão nos quais estão descritos diversos serviços tidos como comuns, mas este não é o foco do presente trabalho, pois ali não estão todos os casos práticos vivenciados no dia-a-dia das licitações, apenas um rol exemplificativo e que não responde a todas as demandas, dúvidas e indagações sobre a aplicação dessa Lei. Assim, restringindo-se à questão proposta, mas de modo a buscar entendimento sobre o tema: **Obras e Serviços de Engenharia podem ser objeto de Pregão?**

Em relação ao Decreto nº 5.450/2005, regulamentando o pregão na forma eletrônica, seu art. 6º trouxe a vedação à contratação de **obras** de engenharia sem, contudo, impedir o uso da modalidade para **serviços** de engenharia. Apesar do Decreto regulamentador do pregão presencial, em que se sustenta um debate acerca do impedimento também de serviços de engenharia (Decreto nº 3555/2000, artigo 5º), o TCU tem firmado entendimento de que “**o ordenamento jurídico em vigor ampara a realização de pregão eletrônico com vistas à contratação de serviços comuns de engenharia**” (Acórdão 1.329/2006-TCU-Plenário, Voto do Ministro Marcos Vilaça).

Em percuciente observância do entendimento do TCU acerca do tema, em uma análise de caso concreto levada a cabo por Representação do Sinduscon-DF – Sindicato da Indústria da Construção Civil no Distrito Federal – transcreve-se parcialmente o Relatório do Auditor Augusto Sherman Cavalcanti (Acórdão nº 286/2007-TCU-1ª Câmara), dado que a decisão dali advinda consolida e resume, de modo preciso, as posições até então firmadas pelo Tribunal e, portanto, parte significativa da jurisprudência vigente.

Análise

9. A questão que envolve a possibilidade de contratação de obra e serviços de engenharia por meio de pregão já foi objeto de diversas deliberações deste Tribunal, a exemplo da Decisão 557/2002 e dos

Acórdãos 674/2002, 331/2006 e 1.329/2006, todos do Plenário, e do Acórdão 817/2005 – 1ª Câmara.

10. Inicialmente, por força da Decisão 557/2002 – Plenário, entendeu-se que não poderia ser utilizada a modalidade de pregão para contratação de serviços de engenharia, em virtude da vedação constante no art. 5º do Decreto 3.555/2000.

11. Posteriormente, após a edição do Acórdão 817/2005 – 1ª Câmara, **o entendimento do Tribunal tem evoluído no sentido de que é possível a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão, em razão, principalmente, de a Lei 10.520/2002 não excluir previamente quaisquer espécies de serviços dessa modalidade de licitação**, somente condicionando a sua utilização aos serviços comuns, conforme se observa a partir do trecho do Voto do relator, Ministro Valmir Campelo, a seguir transcrito:

‘4. Ainda como razões de decidir, recorro que a Lei 10.520, de 2002, condiciona o uso da modalidade Pregão somente aos serviços comuns, não excluindo previamente quaisquer espécies de serviços e contratações, e o rol de bens e serviços comuns previstos no decreto regulamentar é meramente exemplificativo. Assim, a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no caso concreto, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório.

5. Como se vê, a Lei 10.520, de 2002, não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. O que exclui essas contratações é o art. 5º do Decreto 3.555, de 2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que pode ser considerado serviço de engenharia.

6. Examinada a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, recorro que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Assim, o Decreto, por si só, não reúne força para criar proibição que não esteja prevista em lei, com o propósito de regravar-lhe a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o inciso IV do Art. 84 da Carta Política de 1988.

7. Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei 10.520, de 2002. O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.’

12. Recentemente, o relator do Acórdão 1.329/2006 – Plenário, Ministro Marcos Vilaça, citou parte do voto do condutor do Acórdão 817/2006 para demonstrar a nova linha de entendimento existente dentro do tribunal em relação à matéria em análise, conforme trecho a seguir reproduzido:

‘7. Nesse lineamento normativo, foi proferida, em 22.5.2002, a Decisão 557/2002 – Plenário, destacando a vedação à utilização de pregão para a contratação de serviços de engenharia emanada do artigo 5º do Decreto 3.555/2000.

8. O pregão foi novamente tratado na Lei 10.520/2002, de 17.7.2002. Ao contrário das normas antecedentes, essa lei não contém expressa previsão de determinação do conteúdo do conceito de bens e serviços comuns por disposição regulamentar.

9. Houve, então, uma alteração no quadro jurídico em que se concebeu a Decisão 557/2002 – Plenário e, já nesse novo contexto, foi prolatado o Acórdão 817/2005 – 1ª Câmara, Ata 14/2005, Sessão de 3.5.2005, em que a validade da restrição do artigo 5º do Decreto 3.555/2000 foi abordada no voto condutor do Exmo. Ministro Valmir Campelo, nos seguintes termos:

‘4. Ainda como razões de decidir, recorro que...’ (sem grifos no original).

13. Portanto, com base no entendimento esposado no Acórdão 817/2006 – 1ª Câmara, pode-se afirmar que a Lei 10.520/2002 não veda a contratação de obras e serviços de engenharia por meio da modalidade de pregão.

14. Superado esse ponto, resta identificar se o objeto do Pregão Eletrônico 061/2006 poderia ser enquadrado como serviço comum, de modo a atender o disposto no art. 1º da Lei 10.520/2002.

15. Conforme citado no item 7 desta instrução, a contratação foi motivada pela existência de infiltrações na laje e nas paredes do jardim interno do edifício ocupado pelo CNPq no SEP 507, em Brasília-DF. Para corrigir esse problema, pretende-se contratar empresa para a substituição da impermeabilização da laje e das paredes do jardim, mediante a execução dos serviços listados no item 8 acima. O valor total estimado para a contratação, incluindo BDI, é de R\$ 84.814,97 (Planilha Orçamentária – Anexo II, fl. 23).

16. Em que pese haver a previsão de execução de atividades que demandam certo grau de especialização, a exemplo dos relacionados nos subitens 1.11 a 1.15, 1.17, 1.18, 1.21 e 1.22 do Anexo II (regularização da superfície de contra-piso, aplicação de manta asfáltica, recolocação de placas de mármore, etc.), a realização de serviços para a substituição de impermeabilização de uma área determinada do edifício (jardim interno), cuja finalidade principal é a solução de problemas de infiltração e cujo valor total estimado é de aproximadamente R\$ 85.000,00, não aparenta envolver grande complexidade, a ponto de inviabilizar sua realização mediante pregão.

17. A partir da leitura das exigências de habilitação técnica constantes do subitem 6.1.4 do edital (fls. 08/09), nota-se que a licitante vencedora deverá apresentar o seguinte:

‘j) atestado(s) de capacidade técnica, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove(m) a aptidão da licitante para o desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características técnicas com o objeto desta licitação. Nos atestados devem estar explícitos: a empresa que está fornecendo o atestado, o responsável pelo setor encarregado do objeto em questão e a especificação dos serviços executados;

k) comprovante de registro ou inscrição da licitante no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA/DF ou visto, se a licitante for registrada ou inscrita em outro estado, em plena validade, de acordo com o disposto no inciso I do artigo 30 da Lei nº 8.666/1993;

l) declaração da licitante, datada e assinada de que vistoriou o local da execução dos serviços, pelas quais a licitante assumirá total concordância com as especificações constantes no item 3.0 do Termo de Referência/Projeto Básico, e que conhece as condições em que serão executados, não sendo admitidas, em hipótese alguma, alegações posteriores de desconhecimento dos serviços e de dificuldades técnicas não previstas. Tal declaração deverá ter o atesto do Serviço de Apoio Administrativo – SESAD, SEP 507, bloco. ‘B’, Ed. Sede – 2º andar – fone: 2108-9200 e Serviço de Apoio Administrativo – SESAD, SEP 509, bloco. ‘A’, Ed. Nazir I – 1º subsolo – fone: 2108-9561, que deverá ser agendado pelo telefone, que deverá ocorrer no prazo máximo de 24 (vinte quatro) horas anteriores a abertura do certame (modelo constante no ANEXO VI)’.

18. Portanto, conforme se observa nas exigências acima transcritas, apenas empresas registradas no CREA-DF, que comprovem ter realizado serviços compatíveis com o objeto da licitação e que tenham vistoriado o local da obra poderão ser contratadas para a realização dos serviços licitados pelo CNPq por meio do Pregão Eletrônico 061/2006, o que reduz o risco das ocorrências mencionadas no item 4 da representação (fl. 02),

principalmente as relativas à possibilidade de contratação de empresa sem a devida qualificação técnica ou que não conheça o local onde serão executados os serviços.

19. É oportuno ressaltar, ainda, que, caso o CNPq optasse pela realização da licitação por meio de outra modalidade que não fosse o pregão, na forma sugerida pelo representante, os serviços seriam contratados por meio de convite, em razão de o valor da contratação estar dentro do limite previsto na alínea 'a' do inciso I do art. 23 da Lei nº 8.666/1993.

20. Nessa hipótese, o CNPq somente estaria obrigado a convidar 3 empresas, de forma a atender o disposto no parágrafo 3º do art. 22 da Lei nº 8.666/1993, e estaria dispensado de promover a ampla divulgação a que se refere o art. 21 da mesma lei, uma vez que esse dispositivo não contempla essa modalidade. Na opção pelo pregão, há obrigatoriedade de, no mínimo, publicação do aviso da licitação no Diário Oficial da União (no caso de órgãos e entidades da Administração Pública Federal), nos termos do inciso I do art. 4º da Lei 10.520/2002.

21. Sendo assim, é muito provável que, em comparação com a opção adotada, a participação de licitantes no convite seja menor, o que tem o potencial de reduzir a competitividade do certame, levando o CNPq a contratar os serviços por preços superiores aos que obteria na disputa por lances prevista no pregão.

22. Em relação a esse tema, cabe citar que, em consulta ao sítio do Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR (www.tce.pr.gov.br), constatou-se a existência de interessante trabalho realizado pelo Núcleo de Engenharia do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – TCE/PE (<http://www.tce.pr.gov.br/xisinaop/sinaop.zip>).

23. Nesse trabalho, intitulado 'Uso do Pregão nas Obras e Serviços de Engenharia: Legalidade e Economicidade', de autoria dos servidores Saulo Mesquita de Araújo, Gustavo Pimentel da Costa Pereira e Ricardo Calheiros de Andrade Lima, são apresentados vários dados relativos a licitações realizadas em municípios do Estado de Pernambuco que reforçam a tese defendida nesta instrução. Ou seja, a opção pelo convite tem como consequência a baixa competitividade nos certames, o que implica a contratação de serviços por valores superiores aos que poderiam ser obtidos por meio de pregão.

24. Além disso, o trabalho apresenta uma comparação entre os aspectos envolvidos nas modalidades de convite e pregão, demonstrando as vantagens da segunda em relação à primeira no que diz respeito à publicidade do certame e ao prazo para apresentação das propostas (5 dias para convite e 8 para pregão), bem como evidenciando que não há prejuízos em termos de requisitos de habilitação.

25. Portanto, levando-se em conta que:

- o conjunto dos serviços que compõem o objeto do Pregão Eletrônico 061/2006 não apresenta grande complexidade, podendo ser enquadrados como serviços comuns;

- o valor estimado para a contratação não envolve elevado montante de recursos, estando dentro dos limites previstos para a realização de convite;

- as condições para habilitação técnica possibilitam a contratação de empresa que tenha a devida qualificação para a execução dos serviços;

- a realização da licitação na modalidade de convite pode reduzir a competitividade do certame, levando a Administração do CNPq a contratar os serviços por valores superiores aos que seriam obtidos por meio da realização de pregão; e

- a Lei 10.520/2002 não veda a realização de pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia;

- a representação apresentada pelo Sinduscon-DF deve ser considerada improcedente.

CONCLUSÃO

26. Com base na análise realizada no tópico anterior, conclui-se que não estão presentes o *fumus boni juris*, ante a inexistência de vedação para a contratação de obra por meio de pregão na Lei 10.520/2002 e o entendimento constante do Acórdão 817/2006 – 1ª Câmara, nem o *periculum in mora*, uma vez que não há evidência de prejuízos ao Erário ou restrição de participação de potenciais licitantes no certame, em função da modalidade de licitação adotada pela Administração do CNPq para a contratação dos serviços para a reforma do jardim interno do edifício situado no SEPN 507.

27. Sendo assim, propõe-se que não seja concedida a medida cautelar requerida na representação formulada pelo Sinduscon-DF.' (fls. 43/48).

28. Por conseguinte, o diretor propõe conhecer desta representação para, no mérito, considerá-la improcedente, tendo sido a proposta endossada pela secretária da unidade técnica (fl. 49).É o relatório.

Por conseguinte, não restam dúvidas sobre a pertinência de se ter serviços de engenharia licitados por pregão, desde que configurados como serviços comuns. Há que se ter por ponto pacífico que nem obras nem serviços de engenharia poderiam ser cogitados como casos de aquisição de **bens**, muito menos de bens comuns. Ora, discutir a diferença entre bens e serviços seria indagar se um computador – que é um bem – e quem o opera – que é a prestação de um serviço – são a mesma coisa. Tem-se, assim, as seguintes diretivas que nortearão a discussão deste caso:

I- Obras podem ser enquadradas como serviços de engenharia?

II- Serviços de engenharia podem ser enquadrados como serviços comuns?

III- Obras e serviços de engenharia podem ser objetos de pregão?

Debate pertinente ao entendimento do que se pode ter por bens e serviços comuns é quanto ao ponto de vista em relação ao sentido empregado na Lei – se do operador da Lei ou se do mercado a quem se recorre por produtos e serviços, por meio da modalidade Pregão. Resta evidente que, se tal ponto de vista for remetido àquele empregado por empresas do ramo e profissionais técnicos da área, certamente quase tudo poderá ser tido como **comum**.

Para uns, não foi esse o enfoque pretendido pela Lei, eis que, ao utilizar tal acepção, pretendeu-se excluir os bens e serviços não-comuns. Entretanto, há que se ter em mente que o contexto no qual a Lei foi editada se deu em ambiente de visível inexperiência quanto à aplicação do Pregão, por ser uma modalidade inovadora, e não se sabia ao certo qual a magnitude de sua aplicação (potencial utilização nos âmbitos federal, estadual e municipal), muito menos se previa que tal aplicação ganharia larga escala em curtíssimo prazo de tempo (modalidade mais utilizada hoje pela Administração Pública).

As interpretações incipientes pretendiam, assim, restringir o escopo da aplicação da Lei do Pregão, fazendo crer existirem razões para limitar seu uso – até por uma questão de cautela e precaução –, quando, em verdade, tal modalidade praticamente só trouxe ganhos e benefícios à Administração Pública, não se revelando, ao contrário do que alguns apregoam, uma forma catalizadora de fraudes, corrupção, conluíus ou subterfúgios.

Adotar esse tipo de ponto de vista – de que o pregão é eficiente – não implica acreditar que ele esteja plenamente imune às citadas práticas corrosivas do interesse público, mas, de acordo com os resultados que muitos órgãos divulgam sobre as melhorias na eficiência e nos ganhos com a implantação do Pregão (vide, por exemplo, a página www.comprasnet.com.br⁶¹), não há como se afirmar que sua prática tenha alavancado ou tornado realidade práticas espúrias às licitações.

Ao contrário, as estatísticas e experiências divulgadas acerca do Pregão Eletrônico dão conta de sua altíssima confiabilidade enquanto instrumento de contratação para a Administração Pública, demonstrando, até mesmo, que tal prática tem sido tão salutar que a iniciativa privada – e até empresas públicas e sociedades de economia mista, como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica – estão adotando-o como modelo.

O conceito jurídico acerca do termo “obras”, todavia, contido na Lei de Licitações, não a elucida satisfatoriamente. Para complicar a tentativa de entender o *modus operandi* do Pregão, sua Lei reza, no art. 9º, que se aplicam subsidiariamente as normas da Lei de Licitações.

Desse modo, pode-se extrair a conclusão de que obras não podem ser enquadradas como serviços, eis que a Lei de Licitações tem definições distintas para estes termos, a saber:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

⁶¹ Matéria veiculada no *site* em 06/02/2007 - Pesquisa comprova benefícios do Pregão Eletrônico: “O pregão eletrônico é a mais rápida e barata modalidade licitatória do Governo Federal. A constatação é de pesquisadores que realizam um mapeamento dos processos e custos operacionais das contratações públicas realizadas no âmbito federal.”

A precisão da Lei nesse ponto, contudo, é altamente questionável, ainda que ela tente afastar a possibilidade de se restringir ou elastecer o conceito de “obra” em relação a “serviço”. Uma leitura possível e bastante razoável acerca do objetivo das definições em Lei diria que ele se constitui em circunscrever, de modo mais específico possível, o grau de precisão do termo, selecionando, por assim dizer, um ponto no espectro de interpretações possíveis, que vai desde as definições técnicas (um dos extremos) àquelas mais costumeiras e ordinárias do idioma (o outro extremo).

Assim, nas definições legais transcritas do art. 6º da LL, os substantivos utilizados são de difícil distinção, ainda que se recorresse às áreas técnicas envolvidas, sobejamente as de engenharia e construção civil. Alguns termos são antagônicos e de fácil assimilação, como construção (obra) versus demolição (serviço), mas outros nem tanto.

Entenda-se que **Obra**, *lato sensu*, para efeitos didáticos, engloba obra e serviço, *stricto sensu*. O Administrador hábil em justificativas e com domínio razoável das técnicas de redação conseguirá enquadrar uma **Obra** em uma sala de gabinete como sendo uma reforma, recuperação ou ampliação – espécies de obras, segundo a LL – ou como sendo conserto, instalação, montagem, conservação, reparação, adaptação ou manutenção – espécies de serviços, segundo a LL.

Em análise mais detalhada do exemplo, digamos que tal **Obra** envolva remoção de paredes, instalação de novas divisórias, pintura, instalação de sistema de ar condicionado, troca do piso, enfim, uma série de pequenos trabalhos nesta sala de gabinete. A terminologia legal autoriza, dado seu grau de imprecisão, que se possa enquadrar tais trabalhos como uma reforma (obra) ou como adaptação (serviço) de um ambiente, dependendo do enfoque que se queira dar.

Há quem argumente que uma obra compreende uma série de serviços, na tentativa de encontrar uma brecha para a utilização da modalidade Pregão. Porém, quando se fala em “série de serviços”, ainda que fossem serviços comuns, a definição de obra não contempla que ela possa ser tida como um conjunto de serviços pois ela se difere exatamente no ponto em que se discute o que é serviço e o que é obra, criando, desse modo, inequivocamente, uma separação conceitual. Além disso, mesmo na hipótese de tal possibilidade subsistir, todos os serviços teriam de ser exclusivamente “comuns” para que a obra pudesse se enquadrar em Pregão.

Uma razoável interpretação, para afastar esse impasse conceitual e terminológico, conduz ao conceito indubitável de obra apenas como **construção**, ou seja, como a inauguração de uma edificação em terreno limpo, em solo antes vazio, em terra nua, portanto, a inovação estrutural arquitetônica por inteiro⁶². Isso porque, uma vez edificada – ou em edificação – a obra, qualquer que seja o trabalho ali empenhado poderá ser tido como obra ou serviço, eis que sempre caberão interpretações elasticadas ou reduzidas, para um ou outro termo.

A contratação de empresa, em procedimento licitatório, para **edificar um prédio**, seja parcialmente ou por inteiro, envolve, necessariamente, uma obra e, portanto, em princípio, vedada ao Pregão por decreto do Poder Executivo, questão ainda a ser aqui enfrentada.

A contratação para os trabalhos de fundação, de sistema de ventilação, de esquadrias, das partes elétrica e hidráulica, dos cabeamentos diversos para telefones e redes de comunicação, dos projetos básicos, técnicos e executivos e quaisquer outros trabalhos que não inaugurem um terreno no sentido de não constituírem, por si, uma unidade edificada não são obrigatoriamente tidos como construção e, nessa interpretação, poderão ser tidos ou como obras (dentro do escopo da construção mesmo) ou como serviços (por exemplo, dentro do escopo de instalação, montagem, operação e, até mesmo, manutenção).

Há que se indagar o porquê de o legislador não permitir que se realizasse Pregão para obras, se o Pregão foi justamente idealizado para desafogar a burocracia, para flexibilizar as regras licitatórias (alterando, por exemplo, a seqüência de atos procedimentais), para conferir maior agilidade e celeridade à contratação pública.

Analisando-se com mais atenção a Lei do Pregão – em consonância com decisões do próprio TCU anteriormente citadas –, fica patente que o legislador não vedou, em momento algum, a utilização de pregão para obras.

Portanto, quem criou esta polêmica e controvertida vedação foi o Decreto nº 3.555/2000, em seu art. 5º, em que o Poder Executivo federal flagrantemente extrapola os limites que o legislador ordinário estabeleceu na Lei de Licitações, falseando um comando para alçar a um pretense nível do dito “poder regulamentar”, quando, em verdade, este comando deveria, no máximo, inserir-se na seara do

⁶² Obra: construção, do latim *aedificatio*. In Glossário da Arquitetura e da Construção Civil (<http://br.geocities.com/andrepcgeo/dicionarioB.htm>).

chamado “poder hierárquico”, neste caso de aplicação restrita e vinculada ao âmbito do próprio Poder Executivo federal. Autores como Marçal Justen Filho advogam pela inconstitucionalidade desse Decreto, ante a flagrante exorbitância de sua abrangência normativa, contrariando o estatuído no art. 84, IV, da Constituição da República.

Acerca da não-proibição do uso da modalidade pregão para obras, percebe-se que ainda não se encontra firmemente esposado na doutrina, nem ancorado pacificamente na Jurisprudência ou disseminado como prática no cotidiano da Administração Pública. Aguarda, obviamente, uma resposta a ser posicionada, mormente pela contribuição da hermenêutica jurídica ou da Corte de Contas federal, uma vez que esta mudança de paradigma é um anseio geral dos administradores preocupados não apenas com a boa e regular aplicação dos recursos públicos, mas com a eficiência mais que comprovada de tal procedimento via acirramento da competição e alavancagem da proposta realmente mais vantajosa para a Administração.

A leitura que se pretende que prevaleça é, de fato e de direito, uma das que mais convencem. Isso porque o rito envolvendo obras, o crivo técnico que exige maior análise, os valores envolvidos, a responsabilidade do Administrador Público na escolha da opção mais vantajosa para a Administração, o nível de detalhes que normalmente cercam os projetos elaborados para consecução da obra, os prazos mais dilatados das outras modalidades em comparação com o pregão e, principalmente, a seqüência das fases (é sabido que, no Pregão, invertem-se as fases de habilitação e classificação) são características que denotam que o Pregão é modalidade bastante adequada e indicada não só para bens e serviços comuns, mas também para obras.

Se o Administrador Público sentir-se capacitado a delinear todas as características técnicas envolvidas e tecer os detalhes que lhe permitam escolher a proposta mais vantajosa, inculcando-as em um Termo de Referência bem elaborado e criteriosamente articulado e exigindo Projeto Executivo, não há que se erguer a lei em seu desfavor, pois seria aplicá-la contra o próprio Estado que a criou. Retirar-lhe a possibilidade de se valer do uso do pregão para este intento é tolher a capacidade de ser eficiente no exercício de seu cargo e no desempenho de suas funções, é extrair-lhe instrumento sabidamente mais hábil, mais veloz e mais econômico que

outros, se e quando ele perceber e ponderar que tal uso é melhor que outro procedimento que lhe for facultado em lei.

O texto literal que consta na Lei do Pregão aponta para a permissão de uso dessa modalidade – de onde Decreto do Executivo até extrapola para sua obrigatoriedade – para bens e serviços comuns. Mais uma vez, não há qualquer vedação à utilização do pregão para a contratação de obras. A despeito de se manter uma interpretação subsidiária e paralela entre a Lei do Pregão e a Lei de Licitações, poder-se-ia falar na contratação de obras tidas como **OBRAS COMUNS**, termo até então não utilizado na literatura. Estariam aí compreendidos todos os empreendimentos da construção civil cujos padrões de desempenho e qualidade pudessem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado.

Estes padrões de desempenho e qualidade em obras só fariam sentido se fossem, de fato, definidos por meio de especificações usuais no mercado típico da engenharia civil e arquitetura. A construção de um edifício, nesse caso, que, de modo geral, guardasse características assimiláveis pelo homem-médio desse setor, com especificações usuais no mercado da construção civil e que, portanto, não restringissem a participação de várias empresas no certame, poderia ser comodamente objeto de pregão.

Em detalhes: a obra complexa, aquela que demandasse esforços muito maiores tamanha sua especificidade, como, por exemplo, um prédio com sistema de molas amortecedoras de impactos anti-terremotos nas bases (muito comuns em países como o Japão, que dominam esta tecnologia), ou a construção de uma ponte com escavação subterrânea nas profundezas do oceano, ou, ainda, a construção de uma plataforma oceânica de extração e refino de petróleo, estas, sim, constituiriam obras difíceis de serem implementadas por pregão, eis que não gerariam, provavelmente, a competição típica que se deseja nesse tipo de licitação, com lances e mais lances a todo momento, mormente pela não-usualidade dessas especificações no mercado.

Transcender-se a literalidade da lei não é privilégio deste trabalho. Cita-se dois casos em que o Tribunal de Contas da União valeu-se de procedimento análogo, sempre em obediência ao interesse público, acima de qualquer extração de sentido que viesse a lhe prejudicar, para que esta proposta guarde razoabilidade e se coadune com outras interpretações já produzidas sobre outras questões

polêmicas na Corte de Contas. O Acórdão nº 697/2006-TCU-Plenário trouxe entendimento elastecido à formula para se aferir inexecuibilidade de proposta, contida no dispositivo do art. 48, inciso II, parágrafo 1º, da Lei de Licitações, da lavra do eminente Ministro Ubiratan Aguiar, a saber:

(...)

9. A desclassificação de propostas em razão de preço tem por objetivo evitar que a administração contrate bens ou serviços por preços excessivos, desvantajosos em relação à contratação direta no mercado, ou inexecuíveis/irrisórios, que comprometam a satisfação do objeto almejado com conseqüências danosas à administração.

10. No que se refere à inexecuibilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular. Por outro lado, cabe ao próprio particular a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar.

11. Assim, no contexto da definição de critério para aferir inexecuibilidade de preço, julgo que não há prejuízo à transparência e à lisura do certame valer-se dessa fórmula definida no art. 48, inciso II, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/1993, ainda que para outras contratações de menor preço que não as relativas a serviços e obras de engenharia, uma vez que constitui mais um instrumento para verificação da exequibilidade do preço. Na verdade, esse dispositivo conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços. Isso porque sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente o interesse da administração.

12. Acerca do tema – exequibilidade de preço proposto -, Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª edição, Ed. Dialética, traz alguns comentários bastante apropriados do mencionado dispositivo. Valho-me deles para ilustrar o tema:

“O que não se concebe é que, a pretexto de realizar o benefício para o Estado, comprometa-se a satisfação do interesse público. Não se admite que o particular formule previsões equivocadas e, pensando realizar proposta onerosa, assuma encargos incompatíveis com suas condições econômico-financeiras.

Portanto, a questão da proposta inexecuível apenas adquire relevância jurídica quando colocar em risco o interesse público. Vale dizer, se uma proposta de valor irrisório for plenamente executável por um particular, não estará em jogo o interesse público. A proposta não deverá ser excluída do certame.” (pág. 448)

“Os dois parágrafos do art. 48 adotaram a presunção de que o meio mais eficiente para apurar a irrisoriedade é recorrer ao valor das próprias propostas apresentadas na licitação. Em vez de recorrer a parâmetros externos à licitação, recorre-se ao próprio âmbito do certame. Adota-se procedimento referível a postulados da Estatística, supondo-se que os desvios padrões apurados entre as propostas podem indicar anomalias e autorizam ilações acerca da inviabilidade da execução da proposta.” (pág. 449)

“Não se afigura defensável, porém, transformar em absoluta a presunção do parágrafo 1º. Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exequibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer-se em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto.

Subordinar o direito do licitante à prévia impugnação ao orçamento apresentado é violar o princípio da isonomia. Todos os demais licitantes estariam advertidos de que um outro concorrente irá formular proposta de valor mais reduzido. Estaria comprometida a igualdade dos participantes. Por outro lado, seria um despropósito imaginar que a omissão ou silêncio dos licitantes tornaria válido orçamento excessivo ou desvinculado da realidade econômica. Por tais motivos, reputa-se cabível que o particular, ainda que não impugne o valor orçado, defenda a validade de proposta de valor reduzido, mas exequível.” (pág. 450)

“Por outro lado, as regras dos parágrafos 1º e 2º [do art. 48, inciso II] podem ser incluídas em editais cujo objeto não seja obras e serviços de engenharia. Tal conclusão decorre do reconhecimento da natureza da disposição. Como se trata de mera presunção relativa, pode aplicar-se a todos os setores e objetos.” (pág. 451)

No segundo caso, temos o Acórdão TCU nº 367/2003 – Plenário, prolatado nos autos do processo nº TC-007.312/2000-0, cuja solução, ao se discutir a aplicabilidade do parágrafo 4º do art. 62 (dispensa de instrumento contratual), em que o texto se aplicaria apenas a casos de **aquisição**, caminhou para o entendimento de que certos **serviços**, devidamente circunstanciados, poderiam equiparar-se à aquisição, a depender justamente dos contornos de cada caso e desde que o Administrador tenha agido de modo motivado, com boa-fé, transparência e em defesa do interesse público supremo.

Carlos Maximiliano, representante de destaque da Ciência Hermenêutica, afirma que “o método evolutivo já era praticado habilmente pelos primitivos jurisconsultos romanos, para atender as necessidades da vida real e as exigências da época” e, ainda, que “pode a lei ser mais sábia do que o legislador; porquanto abrange hipóteses que este não previu”. Extrai-se, com destaque, trecho de sua obra⁶³:

“(…) ao invés de abandonar um vocábulo clássico e preciso, é preferível esclarecer-lhe a significação, variável com a marcha evolutiva do Direito. Termos técnicos suportam as acepções decorrentes do progresso da ciência a que se acham ligados. (...) De fato, não é possível que algumas séries de normas, embora bem elaboradas, sintéticas, espelhem todas as faces da realidade. Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. Uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acordo estabelecido, entre o texto expresso e as realidades objetivas. Fixou-se o Direito Positivo; porém a vida continua, envolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos. Transformam-se as situações, interesses e negócios. Surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas idéias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar a sua obra. A ação do tempo é irresistível, não respeita a imobilidade aparente dos Códigos. Aplica-se a letra intacta a figuras jurídicas diversas, resolve modernos conflitos de interesses, que o legislador não poderia prever. Se de outra forma se agisse e se ativesse ao pensamento rígido, limitado, primordial, a uma vontade morta e, talvez, sem objeto hoje, porquanto visara a um caso concreto que se não repete na atualidade; então o Direito positivo seria uma rêmora, obstáculo ao progresso, monólito inútil, firme,

⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

duro, imóvel, a atravancar o caminho da civilização, ao invés de o cercar apenas de garantias”[9]. Nesse sentido, a interpretação e a aplicação do direito devem levar em consideração a realidade sócio-cultural atual para lograr aceitabilidade ou razoabilidade.

Para deixar sacramentada a questão da possibilidade do uso de pregão em obras, lance-se mão do art. 46, parágrafo 3º, da Lei de Licitações, que trata do tipo Técnica e Preço, a saber:

Art. 46. Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no parágrafo 4º do artigo anterior

(...)

Parágrafo 3º **Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito**, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

Para que se vincule uma modalidade que utilize o tipo TP – Técnica e Preço, no caso de obras, afasta-se o conceito de obra comum, uma vez que deva ela ter “tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito”, entre outras exigências.

Não há que se falar em técnicas inovadoras ou sofisticadas, no caso de obras de construção de edifícios comuns, nem mesmo há várias técnicas a serem empregadas nestes tipos de obra, injustificando, assim, estabelecer qualquer sistema de pontuação para aferir melhor proposta. Desse modo, tipo técnica e preço é adequado apenas para a modalidade concorrência, e não para pregão.

Quanto ao questionamento de serviços de engenharia podem ser enquadrados como serviços comuns e, portanto, serem objeto de contratação pela modalidade Pregão, tais etapas de resposta são importantes e se entrelaçam, ainda que permitam gerar a aceitação de conclusões independentes uma da outra.

Na Lei do Pregão, a definição para serviços comuns diz que:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo Único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos **padrões de desempenho e qualidade** possam ser **objetivamente definidos** pelo edital, por meio de **especificações usuais no mercado**.

Para fins didáticos, a caracterização de **serviços comuns** traz dois aspectos de difícil elucidação imediata:

- a) padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos;
- b) especificações usuais no mercado.

Analisa-se, primeiramente, o que se tem por padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos. A objetividade exigida aqui não é inovação nem característica exclusiva da modalidade Pregão, muito menos da condição de natureza comum do serviço. A Lei de Licitações, no art. 40, inciso I, apregoa que deve o objeto da licitação constar “em descrição sucinta e clara”. Portanto, a própria Lei de Licitações já invoca a aludida objetividade, ainda que adstrita ao objeto.

Há que se fazer, em segundo lugar, distinção entre **padrões de desempenho e qualidade** e **padronização**. Há autores, como o renomado Marçal Justen Filho, que pensam da seguinte forma⁶⁴:

Bem por isso, a regra é que obras e serviços de engenharia não se enquadram no âmbito de ‘bens e serviços comuns’. Como toda edificação imobiliária envolve avaliação de circunstâncias específicas, variáveis segundo as peculiaridades de local e necessidade, torna-se muito problemático cogitar de objetos **padronizados**.

Para o autor, estabelecer padrões de desempenho e qualidade implica contratar objetos padronizados e vê-los disponíveis no mercado. De modo diverso, este entendimento, salvo melhor juízo, não deve prosperar. Quando se fala em padronização de algo, tem-se em mente que determinadas características estarão presentes. No caso de bens, tem-se como exemplo seu tamanho, cor, forma, espessura, peso, função, finalidade, conteúdo, dimensões, enfim, uma gama de qualificações objetivas que permitam delinear de que objeto se trata.

Poder-se-ia cogitar, no caso de serviços, de características como quantidade de mão-de-obra empregada, tempo de execução de determinadas tarefas, certificados de qualificação internacional – como ISO 9001, certificados de qualificação técnica como – Crea, CRA ou PBQPH, enfim, diversos outros atributos que pudessem compor alguma espécie de padronização.

Analisando-se quem, em verdade, estabelece esses parâmetros, essas características, esses requisitos e atributos do objeto de modo a estipular o padrão desejado para contratação, ver-se-á que é o próprio agente da contratação, o Administrador Público, aquele que está engajado em levar a demanda às últimas

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 20-21.

conseqüências, que é a contratação em si. Este Administrador é quem tem a responsabilidade de construir formatos que configurem um padrão que atenda aos interesses públicos na contratação, observando como o mercado lida com tais parâmetros.

Não há que se falar, pois, em objetos padronizados, seja porque a Administração tem demandas específicas que só a ela compete estipular, seja porque não existe um rol, um elenco, uma lista extensiva ou um arquivo consolidado de todas as demandas da Administração que se possa consultar e pinçar, por assim dizer, o objeto padronizado que interessa.

A contratação de empresa para fornecimento de capas de processos por exemplo, das comumente utilizadas no Poder Judiciário para acomodar os conjuntos documentais probatórios. Certamente, existe, no mercado, uma grande quantidade de capas padronizadas, com tamanho, formato e cores disponíveis. Contudo, cada órgão da Administração deseja ter sua própria capa configurada de acordo com suas especificidades (logotipo, rol de tramitações do processo, informações pré-impressas, entre outras).

Empreender buscas a padrões de desempenho e qualidade, neste caso, não seria recorrer ao mercado para que este oferecesse à Administração as capas padronizadas e previamente disponíveis, mas sim especificar que a matriz da capa deverá ter determinado tamanho (dimensões de altura, largura, espessura, entre outras), que o papel deverá ser de gramatura tal, em determinada cor, ou seja, do mesmo modo que o mercado já faz com outras capas padronizadas, mas com especificidades requeridas com a mesma qualidade de fabricação e com o mesmo padrão de desempenho, ou superior.

Ainda neste caso, se determinada capa padronizada e que não atende à Administração no modo ofertado em prateleira conseguir suportar, no seu interior, 200 folhas (tipo A-4, com dimensões 210X297mm, gramatura 75 g/m², acabamento superficial homogêneo) – quesitos de padrão atinentes à qualidade do material –, sem que haja deformações a estas folhas e sem danificá-las, preservando-as e garantindo integridade à unidade documental processual – quesito de padrão atinente ao desempenho –, será ela similar aos padrões de desempenho e qualidade esperados pela Administração, mas divergente da capa inicialmente tida como objeto padronizado, disponível no mercado sem qualquer influência ou provocação da Administração.

A distinção que se deve fazer entre estipular padrões de qualidade e desempenho e adquirir materiais e serviços padronizados e previamente disponíveis no mercado fica patente. O mesmo raciocínio pode ser aplicado a serviços com padrões de qualidade e desempenho e serviços padronizados. Certamente, haverá situações em que a estipulação de padrões de desempenho e qualidade irão se amoldar perfeitamente a bens e serviços padronizados e disponíveis no mercado (por exemplo, compra de canetas e serviços de pintura automotiva).

Os casos de bens e serviços comuns não se limitam a esta coincidência, sob pena de inculcar ao Pregão aplicação demasiadamente limitada, sem qualquer respaldo legal que não apenas o da dúvida acerca do sentido da natureza comum de bens e serviços. Esta dúvida deve ser inserida exatamente no escopo da justificativa inerente à decisão tomada por conta do exercício da competência discricionária do Administrador.

Veja-se trecho do voto do Ministro Valmir Campelo, do TCU, citado anteriormente e que merece novo destaque:

Assim, **a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no caso concreto**, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório

Definir objetivamente padrões de desempenho e qualidade não implica enclausurar o Administrador à escolha de objetos de características fixas em prateleira, mas sim dar a ele a alternativa de se valer de especificações usuais no mercado para construir seu objeto, respeitando padrões de desempenho e qualidade já utilizados neste mesmo mercado.

Avançando na análise, o que dá respaldo a determinado bem, serviço ou até mesmo obra – na acepção deste artigo – serem de natureza comum é que seus padrões de desempenho e qualidade, objetivamente definidos, tenham **especificação usual no mercado**. Ter especificação usual no mercado implica ao objeto estar disponível no mercado. E estar disponível no mercado não implica estar na prateleira, ao acesso de todos a qualquer instante e em qualquer quantidade. Portanto, mesmo quando sob encomenda, um objeto pode estar disponível no mercado, pois sua aquisição é possível, ainda que no tempo de entrega ou prestação a ser negociado e na quantidade a ser definida junto ao contratado.

Desse modo, **encomenda** não afasta o conceito de bem comum simplesmente pela ausência do bem na prateleira, no estoque ou seja onde for que

ele esteja pronto ou por fazer. Se o bem puder ser adquirido em uma licitação via pregão, dadas suas características usuais no mercado, ele necessariamente será tido como bem comum.

Portanto, no momento da escolha da modalidade pregão, o administrador tem de estar convicto de que o certame não restará deserto pela natureza do objeto. Se isso ocorrer, ele poderá ter se equivocado ao caracterizar um bem, serviço ou obra como comum, ou então, outros fatores podem estar influenciando a frustração do procedimento (valores estimados muito altos, requisitos exigidos de modo desarrazoado, praças injustificadamente limitadas, etc).

Se, contudo, o pregão for executado com êxito, uma certeza se terá: tratava-se, realmente, de bem, serviço ou obra comum. O que não se pode é tolher do administrador público o instrumento do pregão, se ele deixar explícito, no edital do certame, tratar-se de bem, serviço ou obra comum.

Um administrador público, por exemplo, ao exigir que o objeto de compra seja folha de papel tamanho A-4, não deve estar preocupado em haver este tamanho específico disponível no mercado, mas sim se esta especificação poderá ser oferecida por muitas empresas, se este tipo de corte de folha é possível a muitas gráficas, se isso não provocará uma licitação fracassada ou deserta, enfim, se esta especificação é usual no mercado que trabalha com material gráfico e impresso. Da mesma forma, se a gramatura usualmente encontrada no mercado para folhas desse tamanho é algo entre 20 e 200 g/m², não seria razoável exigir gramatura muito além desses limites, sob o risco de se cair em bem incomum ao mercado.

Da mesma forma, o administrador público, ao exigir que determinada obra ou serviço de engenharia consultiva permita contratar empresa para fundação, estrutura, elevadores e climatização necessários à construção de um edifício, deve ele estar preocupado em buscar especificações desses serviços no mercado de modo a que sejam usuais, corriqueiras, comuns, por assim dizer, assimiláveis por um número razoável de empresas de modo a instigar a competição, sem se afastar dos padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos, de modo a preservar uma contratação segura.

Portanto, se é comum que empresas de engenharia consultiva na área de elevadores os forneçam com padrões de desempenho satisfatório apenas para carga máxima de 50 a 80 Kg por pessoa, seria não-usual ou incomum exigir que

esta empresa previsse a instalação de elevadores que suportassem 150 Kg por pessoa, o dobro da especificação tida como **usual** no mercado.

Há quem diga que as características do Pregão “podem representar risco à segurança do contrato, pela possibilidade de conduzir a Administração à celebração de contrato com pessoa sem qualificação para cumpri-lo ou à aceitação de proposta inexecutável” (Benedicto Porto Neto⁶⁵).

Contudo, vale ressaltar que o Pregão apenas inverteu as fases de classificação e habilitação, e não as anulou. Ambas as fases permanecem no certame, não havendo qualquer prejuízo à Administração nesse sentido. Os prazos mais exíguos do Pregão, em relação a outras modalidades, apenas exigem do Administrador um esforço concentrado bem maior, mas não afastam sua responsabilidade de contratar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Sob qualquer pretexto, desse dever o Administrador não pode nem deve se afastar. Uma vez que optou pela modalidade Pregão, há que ser conhecedor da logística, da operacionalização e, portanto, dos prazos que envolvem tal modalidade, sob risco de ser responsabilizado. Como também deve ser reconhecida, valorizada e enaltecida sua habilidade e capacidade de se valer desse instrumento, toda vez que vislumbrar esta possibilidade.

Ainda em relação à questão da definição de serviço de engenharia comum, tem-se o seguinte excerto da obra de Marçal Justen Filho⁶⁶:

(...) como observa com maestria Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ‘mesmo em se tratando de bem ou serviço comum, pode a Administração definir características que restringem a competição, desde que tenha por objetivo assegurar a qualidade ou o melhor desempenho e que essas restrições sejam facilmente compreendidas no mercado, e que nos termos do art. 3º, inciso III, da Lei nº 10.520/02 sejam justificadas nos autos do processo’.

A ressalva é de que as características que podem ser definidas para bem ou serviço comum não devem **restringir a competição**, mesmo que o foco seja o melhor desempenho e qualidade. O pregão não deve ser visto como um mecanismo em que, de um lado, facilita a vida do Administrador e, de outro, afronta princípios básicos de licitação (ampla concorrência).

Por mera utilização de uma modalidade como o convite, o número de licitantes poderá ser reduzido sem qualquer necessidade. O pregão fomenta a

⁶⁵ PORTO NETO, Benedicto. *Pregão e contratação de obras e serviços de engenharia*. <http://www.apeop.org.br/arquivos/juridico/pregao.PDF>

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4ªed. rev. SP: 2005, p. 29-31.

participação, pois, em muitos casos, ignora ou diminui o impacto da distância, rompe fronteiras físicas, alcança os grotões do país, de norte a sul, permitindo que muitas empresas participem do certame, onde quer que se encontre sua matriz ou filiais.

Grosso modo, a delimitação de características do objeto, suas especificações técnicas de modo equilibrado e razoável, não podem, salvo melhor juízo, perder de vista o escopo de que será tal produto ou serviço buscado junto ao mercado. Como o próprio Jacoby Fernandes bem lembra, tais especificações detalhadas (que o autor chama de restrições) devem ser “facilmente compreendidas no mercado”, ao que a Lei chama de **especificações usuais**.

De acordo, ainda, com Marçal Justen Filho⁶⁷:

O enfoque acima adotado é, basicamente, similar à proposta de Jessé Torres Pereira Junior, quando assevera que comuns são os bens de aquisição rotineira e habitual, cujas características encontrem no mercado padrões usuais de especificações e envolvendo critérios de julgamento rigorosamente objetivos.

O que torna um bem (e, menos ainda, um serviço ou obra) comum, entretanto, não é, salvo melhor juízo, sua aquisição rotineira e habitual. Se assim a Lei o quisesse, assim ela deveria ter se manifestado e restringido.

O entendimento do termo **comum** encontra também, seguramente, guarida na rotina e habitualidade da aquisição, mas o critério de periodicidade de aquisição, isoladamente, não prospera para o fito de conduzir um bem ou serviço à natureza de **comum**. Se assim o fosse, uma rede pública hospitalar que pretendesse adquirir um equipamento de altíssimo custo para determinado exame, cuja aquisição ocorre em uma periodicidade de uma década, estaria fadada a buscar outras formas de licitar que não o pregão, um flagrante exemplo de desperdício e inefetividade pela não-utilização desta modalidade. Da mesma sorte, a aquisição de veículos por tribunais, que pode ter periodicidade quinquenal, por exemplo, estaria frustrada por similar motivo.

Ainda segundo Marçal, na obra citada⁶⁸, discorre:

Já Vera Monteiro, em sua aprofundada dissertação sobre o tema, vai mais longe. Defende o raciocínio de que o conceito de bem ou serviço comum é mais amplo. Afirma que bens de alta complexidade técnica, ainda que executados sob encomenda, poderiam ser adquiridos por meio de pregão: ‘o objeto pretendido pela Administração Pública deve envolver tecnologia ou solução conhecida pelo mercado, ainda que complexo, o número de possíveis ofertantes seja reduzido e o bem ou serviço seja produzido ou executado sob encomenda’. Pede-se *vénia* para discordar desse enfoque.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, MARÇAL. Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4ªed. rev. SP: 2005.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, MARÇAL. Op. Cit.

Afigura-se que conduziria a remeter a aplicação do pregão a um critério de discricionariedade administrativa. Basta considerar que a esmagadora maioria das contratações administrativas envolve bens ou serviços com tecnologia conhecida pelo mercado. As hipóteses de contratação relacionadas com tecnologia desconhecida são estatisticamente irrisórias. Logo, poderia imaginar-se que qualquer bem ou serviço poderia ser qualificado como 'comum', bastando para tanto a demonstração de que derivado de tecnologia conhecida. O recurso ao critério da tecnologia 'conhecida' importa desnaturar o conceito legal: bem ou serviço comum não é a mesma coisa que bem ou serviço fundado em tecnologia conhecida. Por isso, reputa-se que o pensamento de Vera Monteiro aponta para a necessidade de aperfeiçoamento doutrinário do conceito de bem ou serviço comum, mas formula proposta que poderia conduzir a uma ampliação desmedida.

Quanto ao posicionamento de Vera Monteiro, citada por Marçal, a amplitude que se pretende atribuir ao conceito de bem ou serviço como sendo comum não tem, salvo melhor juízo, fundamento na forma como ele é produzido ou prestado, ou na tecnologia empregada. Não é o fato de um bem ser de "alta complexidade técnica" que o torna ou não comum. A palavra-chave nesse quesito é **especificação usual no mercado**. Enveredar pela seara da forma de fabricação de um bem não é, salvo melhor juízo, a melhor estratégia para desvendar se ele é ou não comum. E nesse caso, menos ainda na questão de serviços ou mesmo obras.

Desse modo, investigar a forma de fabricação de um bem ou a tecnologia a ser empreendida na prestação de determinado serviço é terreno impróprio ao Administrador, eis que não lhe compete ser dotado de discernimento técnico tão amplo que consiga prever quão complexo é o modo de produção de uma impressora laser, ou quão sofisticado é um serviço de engenharia consultiva que leve a cabo todos os cálculos acerca da resistividade de conectores e as limitações impostas pela extensão de determinada malha de comunicação, da mesma forma como não é esperado que detenha ele todos os conhecimentos vastos no campo da engenharia com vistas a licitar obra por pregão que se enquadre na natureza de obra comum.

Portanto, diferentemente do posicionamento de Marçal Justen, os conceitos de obras, bens e serviços comuns estão na alçada discricionária do Administrador, a ele competindo avaliar, caso-a-caso, com as peculiaridades que a Lei exige (padrões de qualidade e desempenho), a viabilidade do uso do pregão no caso analisado (especificações usuais no mercado). Vale lembrar que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade; há limites a serem observados e estes estão delineados no art. 1º da Lei do Pregão.

Para conceituar bem e serviço comum, Marçal⁶⁹ traz sua valiosa contribuição, a saber:

(...) Como se vê, o conceito de bem ou serviço comum contrapõe-se ao de bem incomum, anômalo, excepcional, único, heterogêneo, produzido por encomenda.

Como decorrência, um bem ou serviço comum qualifica-se por uma espécie de fungibilidade. Utiliza-se o vocábulo num sentido próximo ao conhecido no Direito Civil. O art. 85 do Código Civil (Lei nº 10.406) dispõe que se consideram fungíveis os bens moveis que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Uma característica fundamental do objeto fungível consiste em que ele não se apresenta como insubstituível em face do sujeito, cujo interesse pode ser satisfeito através de outros bens de características equivalentes. O bem fungível pode ser substituído por outro com qualidades similares sem que isso prejudique o interesse de quem quer que seja. Algo semelhante se passa com o serviço comum, que se peculiariza pela ausência de especialidades. Sob um certo ângulo, pode-se considerar, portanto, que o bem ou serviço comum caracteriza-se como um bem fungível.

(...)

Para concluir, numa tentativa de definição, poderia dizer-se que bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio.

Tanto nessa conceituação quanto no mecanismo sugerido para averiguar sua existência – a fungibilidade -, cabe posição divergente.

O fato de um bem ou serviço ser encomendado não o afasta de ser classificado como comum. Aliás, difícil será encontrar um exemplo de serviço que não tenha requintes de encomenda, eis que quase sempre será composto de especificidades indisponíveis de imediato no mercado. Serviços de jardinagens, por exemplo, podem ter nuances que requeiram uma adaptação do mercado à área de jardinagem a ser tratada. A instalação de placas de grama em determinado terreno, nesse caso, pode exigir um corte diferenciado, devido à geografia e ao recorte do terreno, às suas sinuosidades, enfim. É certo que o mercado terá algumas placas prontas vendidas em metragem fixa, mas tal demanda necessariamente deverá ocorrer sob encomenda. Nem por isso, placas de grama migrarão de uma situação de bem comum (ou mesmo serviço, neste caso) para um bem anômalo, incomum, excepcional. Nesse caso, não se valer de um pregão por uma acepção conceitual duvidosa é opção bem menos rentável à Administração.

Quanto à fungibilidade, pode ser afastada, com veemência, a utilização de tal dispositivo para caracterizar um bem ou serviço como comum. Se a Lei pretendesse essa interpretação, teria o legislador recorrido ao termo bem fungível,

⁶⁹ JUSTEN FILHO, MARÇAL. Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4ªed. rev. SP: 2005.

de amplo domínio na doutrina e na disciplina jurídica. Ainda que o legislador tenha sido impreciso, a tentativa de querer inculcar o conceito de fungibilidade ao de serviço carece de rigor técnico. Não há que se falar em serviço fungível, justamente porque não há que se comparar serviço a bem, conforme já discutido no início desta exposição.

Pelos argumentos de Marçal Justen Filho⁷⁰, tem-se que:

(...) como toda edificação imobiliária envolve avaliação de circunstâncias específicas, variáveis segundo as peculiaridades de local e necessidade, torna-se muito problemático cogitar objeto padronizado. Mas até poderia, por exceção e especialmente no tocante a serviços de engenharia, encontrar hipóteses em que se reconheceria um objeto comum.

Somente concordando que especificações usuais no mercado diferem-se de “circunstâncias específicas, variáveis segundo as peculiaridades de local e necessidade”, é que se poderia admitir que serviços de engenharia são hipóteses raras de objeto comum. Não é este o caso.

Tendo por fato o amplo e conhecido número de empresas e profissionais que atuam na área de engenharia, não apenas no âmbito de arquitetura e construção civil, mas elétrica, hidráulica e de redes de comunicação, entre outras, uma edificação imobiliária dificilmente terá especificações não-usuais no mercado. Assim, a lógica se inverte e a exceção vira regra: difícil será encontrar obras e serviços de engenharia que tenham um objeto irreconhecível pelo mercado.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, MARÇAL. Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4ªed. rev. SP: 2005.

6. CONCLUSÃO

É forçoso reconhecer, a despeito de consolidadas posições doutrinárias e perante entendimentos já cristalizados dos operadores e fiscalizadores da Lei de Licitações e normas correlatas, que há inúmeras situações vivenciadas em todos os órgãos públicos e entidades, ao longo de um exercício, em que o crivo do administrador – quando imbuído pelo interesse público – permitiria, caso dotado de razoável poder discricionário, interpretar as leis com enquadramentos otimizados em relação a resultados.

Apesar do advento do pregão eletrônico como modalidade revolucionária de licitação nas aquisições do Poder Público, nada obsta a se afirmar que a forma de aquisição por meio da contratação direta, por exemplo, em diversas situações, se mostra como opção mais vantajosa, em perfeita harmonia com o interesse público. Ou, em outros casos, que o instrumento contratual é plenamente dispensável, poupando tempo e economizando recursos investidos na área-meio.

Assim, em relação ao primeiro caso abordado neste trabalho, pode-se dizer que alinhar interpretações jurídicas cabíveis em relação à Lei de Licitações nem sempre é uma tarefa simples. Todavia, a complexidade do tema obriga e motiva os estudiosos a tentarem promover uma maior flexibilização de procedimentos e uma desburocratização de rotinas atinentes aos trabalhos dos administradores públicos, ou mesmo a imediata aplicação da Lei tal qual sua disposição textual, subsidiando a tomada de decisão.

Uma das possíveis conclusões à análise em comento diz respeito ao *caput* do art. 62 da LL, uma vez que os casos ali constantes indicam não terem sido objeto de aplicação na Administração. Desse modo, nos casos de convite, bem como de dispensa e inexigibilidade em obras e serviços de engenharia, cujo valor não exceda a R\$ 150.000,00, bem como nas dispensas e inexigibilidades em compras e serviços que não sejam de engenharia, cujo valor não exceda a R\$ 80.000,00, bem como nos casos de pregão que se enquadrem naqueles valores, o Termo de Contrato pode ser plenamente tido por **dispensável**, desde que substituível por carta-contrato, nota de empenho de despesa, ordem de execução de serviço ou outros instrumentos congêneres.

Outra importante conclusão a que se pode chegar, com base na excepcionalidade prevista no parágrafo 4º da regra geral contida no art. 62 da Lei de

Licitações, é que, em se tratando de compras, qualquer que seja a modalidade de licitação ou caso de contratação direta, desde que a entrega seja imediata e integral e desde que não haja obrigações futuras (cláusulas negociadas com o contratado), o Termo de Contrato também é **dispensável**, podendo, neste caso, ser substituído por carta-contrato, nota de empenho de despesa ou outro instrumento congênere. Esta conclusão aplica-se às diversas modalidades de licitação como concorrência, tomada de preços e pregão, e mesmo aos casos de contratação direta – inexigibilidades e dispensas. Vale esclarecer que “cláusulas negociadas com o contratado” não englobam garantias inerentes a qualquer consumidor, as chamadas “garantias de prateleira”, conforme os argumentos anteriores.

No dispositivo mencionado, quando a lei faculta que outros instrumentos hábeis possam ser utilizados, cabe ao administrador apenas mencionar, na carta-contrato, nota de empenho de despesa ou autorização de compra – ou, em uma interpretação elastecida, suas respectivas minutas –, que estão convalidadas, pelo instrumento alternativo utilizado, as previsões mínimas para assegurar a boa e regular contratação.

Já quanto aos mecanismos de provisionamento de recursos, o segundo caso estudado, pode-se concluir que as previsões legais também derivam dos princípios constitucionais, e não apenas de expressão literal que a lei eventualmente traga.

Imaginar que a Lei de Licitações previsse todos os casos e todas as situações e soluções que o administrador público deveria adotar para os problemas advindos de contratações seria imaginar que esta viesse na forma de um código ou compêndio de licitações, tamanha seria sua extensão e nível de detalhes, além do que já o é.

Desse modo, a posição a ser adotada pelos órgãos e entidades da Administração Pública, salvo melhor juízo, é a de manter as formas de provisionamento de recursos – **suspensão, glosa** ou **retenção** – nas hipóteses previstas não apenas na lei, mas também nos próprios contratos celebrados com terceiros, uma vez que estes podem e devem ser tomados como o detalhamento e extensão dos princípios constitucionais e legais, e são – ou se presume que deveriam ser – de pleno, prévio e amplo conhecimento dos contratados.

Sobre o terceiro caso, acerca da contratação direta, pode-se inferir que, de outro modo, a interpretação até aqui almejada e que busca permitir ao administrador

que adquira, por contratação direta, um único item é apenas uma forma dialética de se chegar à conclusão desejada, uma vez que, provavelmente, a maioria das situações exigirá do gestor a habilidade, não de isolar itens para aquisição, mas de concatenar conjuntos de itens que otimizem a escolha de fornecedores por meio de ramos de atuação, por meio de segmentos comerciais, otimizando a facilidade de aquisição de bens, mas sem, contudo, desprezar a economia de escala e a viabilidade técnica e econômica da seletividade e da agregação promovidas.

Muito embora seja consenso que o *fracionamento* que vise a burlar modalidades licitatórias seja ilegal e condenável, tanto pela lei quanto pelos órgãos de fiscalização, é razoável aceitar que há situações em que o *parcelamento* é não apenas desejável, mas imprescindível para o alcance do interesse público.

Assim, não há como imputar ao gestor público o ônus de se planejar ao extremo, de tal modo que inexista a possibilidade de promover aquisições *a posteriori* daquelas feitas de praxe, ou ainda, que uma vez existente uma necessidade eventual, seja ele obrigado a somar tais demandas às necessidades corriqueiras, para fins de escolher a melhor forma de adquirir determinado objeto, como se a lei pudesse prever todas as melhores aquisições, apenas ceifando as escolhas via limite de valores de compra.

Também é esperado do gestor que saiba dosar, com responsabilidade e atenção às inerências de seu cargo e função, em quais situações é mais vantajoso para a administração licitar e em quais é produtivo contratar diretamente. A lei traz a orientação básica, fornece os ingredientes, mas a receita só se completa com a temperança de seu executor. Sem esses dois elementos fundamentais do Direito – norma e intérprete –, a sociedade não verá seus anseios atendidos com plenitude, e a justiça social, âmago das Ciências Jurídicas, não será alcançada.

Em relação ao quarto e último caso abordado, observando-se um agente público mal-intencionado, por assim dizer, uma vez que é sabido que a Lei não é feita apenas para expor procedimentos, mas também para inibir comportamentos, imbuído da má intenção e da má-fé, ele sorverá, em meio às brechas legais e às falhas inerentes à operacionalização do sistema, toda a gama de manobras e atitudes que lhe logrem proveito pessoal, seja qual for a modalidade.

O instrumento procedimental, portanto, não é a força-motriz das mazelas e corrupções em licitações, não é o motor propulsor das ações gananciosas daqueles que agem visando a se locupletar de recursos públicos. Ou seja, não é porque uma

obra é licitada por pregão que ela aumentará as chances de ilícitos ocorrerem. Ao contrário, parece, sim, ser esta uma modalidade que consegue filtrar, no âmbito da competição por lances, *on line*, impessoais e à distância, propostas que melhor atendam ao interesse público.

Tome-se como ponto de partida a seguinte premissa: se existe uma forma de interpretar a lei que não a burle (eis que não lhe distorce o sentido expresso e sim lhe atribui um que não está extrínseco), mas que lhe faça ter validade (legitimidade e legalidade) ante os princípios licitatórios – proposta mais vantajosa, interesse público, economicidade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório, entre outros –, sua razão de existir se amálgama perfeitamente à sua aplicabilidade. Isso vale para a Lei do Pregão.

O que permeia todos estes exemplos de interpretação elastecida da Lei, o que se pode extrair de ponto em comum, por assim dizer, é o senso técnico-jurídico arrazoado de quem tem o dever de olhar para a Lei como quem olha para um instrumento de atendimento ao interesse público e decide pela interpretação mais cabível – a prática que melhor se lhe vincula, agindo por intermédio do exercício da hermenêutica jurídica – a teoria que melhor se lhe amolda. Este mesmo senso, salvo melhor juízo, deve mover a percepção sobre a aplicabilidade do pregão a obras.

Em relação à posição do chamado homem-médio, homem-comum, aquele que está no cerne do mandamento da usualidade das especificações do mercado requeridas na Lei, em termos de padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos para o objeto a ser licitado, esta objetividade, a princípio – por não se vislumbrar, em um primeiro momento, o uso de pregão em obras –, fez com que as primeiras tentativas de interpretação tomassem tal homem-médio como um **padrão mediano generalizado**, independente do setor do mercado alcançado pelo objeto.

Antes da interpretação elastecida ora pretendida, que vislumbra incluir as obras no escopo da modalidade pregão, tal percepção já começou a ser retrabalhada pelos aplicadores da Lei, uma vez identificado que a objetividade almejada no comando da lei só faria sentido se o tal homem-médio, homem-comum, homem-mediano ou qualquer que seja sua denominação, estivesse inserido no escopo do mercado, com foco no segmento, na área, no setor potencialmente capaz de fornecer o objeto licitado.

Imaginar que o homem-médio comum seja capaz de identificar padrões de desempenho e qualidade para relacionar objetivamente parâmetros específicos de

contratação, por exemplo, para aquisição de *toners* de impressão, por mais que se queira inculcar que tais objetos sejam “comuns”, é desafiar demasiadamente a capacidade dos intermediadores do interesse público – os gestores licitantes –, obrigando-os a serem verdadeiros *experts* em uma série de itens, desde clips, canetas, papéis e borrachas, passando por capas de processos, seguros de veículos, manutenção de elevadores e até fornecimento de cartuchos de impressoras, materiais off-set e outros produtos e serviços comumente requisitados ao mercado.

Até mesmo a simples aquisição de garrafas de água mineral demanda, por parte do contratante, conhecimentos acerca da composição da água, seu grau de admissibilidade em termos da presença de coliformes, exames necessários para atestar suas qualidades físico-químicas, detalhes que fogem ao homem-médio comum geral, mas não ao homem-médio do mercado setorial de envase e fornecimento de água.

Em todos os exemplos e enfoques aqui vistos, está-se falando do homem-médio setorizado, daquele conhecedor do seu mercado, do mercado do seu produto. Esmeirar-se em captar o maior número de detalhes possível junto ao mercado para delinear uma compra otimizada em termos de economicidade ou a prestação de um serviço de excelência é, certamente, tarefa do administrador público. Mas ele, enquanto homem-médio comum, não esgota em si a objetividade requerida na lei para delinear os parâmetros exigidos. É no mercado que ele busca tais parâmetros, especialmente no mercado atuarial do produto desejado.

Essa alteração de paradigma (de homem-comum geral para homem-comum do setor do objeto almejado na licitação) tem embasamento marcante na teoria de Carlos Maximiliano⁷¹, pois se trata, em verdade, de um sistema combinatório, que engloba método finalístico (teleológico) com o histórico-produtivo ou evolutivo.

A lei deve evoluir sua significação e interpretação prática. A evolução do conceito de homem-médio, sua restrição a homem-médio setorizado, visa tão-somente a permitir que não se argumente que a especialização é um entrave à realização de pregão em obras, a despeito de que não se teria, aí, algo “comum”, mas sim – e equivocadamente – complexo, fora do escopo de aplicação de pregão.

⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Em cada caso concreto, os gestores buscam alocar profissionais com determinado tipo de perfil e com habilidades e capacidades voltadas para a melhor especificação usual de mercado que for possível para permitir uma boa contratação.

É dever do administrador público escolhido certificar-se das características do mercado em que irá demandar, bem como procurar se cercar, ao máximo, das informações disponíveis para detalhar, nos mesmos exemplos, quais os tipos mais **comuns** de impressoras lasers que lhe atendem e que tipo de rede de comunicação é normalmente instalada para atendimento a determinada solução de TI, bem como quais os materiais empregados em uma obra, quais as exigências técnicas do órgãos fiscalizadores dessa atividade e quais os preços comumente praticados, entre outros. Nessa empolgante tarefa, vale recorrer aos setores do órgão que possam auxiliá-lo e assessorá-lo, como uma Secretaria que cuida da parte de engenharia e manutenção predial, e mesmo da área de informática, ambas muito comuns na Administração Pública hoje.

Diante das argumentações aqui elencadas, respondendo de modo objetivo às três questões antes apresentadas e recapitulando-as, pode-se tirar algumas conclusões para debate pela doutrina e pelos operadores de licitações. A primeira é que obras e serviços de engenharia, desde que identificada e caracterizada sua natureza comum, podem ser licitados por pregão. A segunda é que sempre e apenas quando envolverem inauguração de edificações em terreno vazio ou terra nua e, portanto, caracterizarem-se como construção, obras não poderão ser enquadradas como serviços de engenharia. E a última conclusão a que se chega, diante de todo o exposto, é que serviço de engenharia é serviço comum quando o Administrador, diante do caso concreto, justificar que seja possível tal enquadramento, à luz da previsão legal do art. 1º da Lei do Pregão.

A Lei de Licitações constitui importante marco jurídico nas relações firmadas pela Administração Pública em licitações e contratos. Contudo, dadas as características peculiares do texto legal e a dificuldade de sua imediata aplicação, diversos temas têm-se mostrado polêmicos e passíveis de interpretações divergentes ao longo dos anos de vigência da Lei.

Os casos aqui abordados são apenas alguns deles, e em hipótese alguma a pretensão foi exaurir um tópico ou o tema de licitações e contratos, certamente polêmico no Brasil ou em qualquer outro país, seja qual for a forma de organização e estruturação de compras e contratação de serviços.

7. REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 8ª edição.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2007.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vols. 1 e 2. Brasília: Editora da UnB, 8ª ed., 1995, vols. 1 e 2.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- COELHO, Inocêncio M. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2ª ed., 2003.
- DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus: Madrid, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. 16ª Edição.
- ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Ed. Dialética, 2003.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: Doutrina do direito*. (tr.: Edson Bini). Bauru: Edipro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes/Editora Unb, 1990.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*.
- LYRA FILHO, Roberto. *Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2. ed., 1990.
- MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo, Hucitec, 6. ed., 1987; *Obras Escogidas*. Moscou: Progreso, Tomo I, 1974.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, 28ª edição.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

MORE, THOMAS. *A Utopia*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

ORTEGA Y GASSET, José. *Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, 1964.

PORTO NETO, Benedicto. *Pregão e contratação de obras e serviços de engenharia*. <http://www.apeop.org.br/arquivos/juridico/pregao.PDF>

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 1982, pág. 610.

SCHIERA, Pierangelo. *Estado Moderno*. Estado Moderno. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. Dicionário de política. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 5. ed., 1989.

SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida & MALTAROLLO, Adriano de Sousa. *Lei de Licitações e Instrumento Contratual*. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. ano 6. nº 70. outubro/2007.

_____ & MALTAROLLO, Adriano de Sousa. *Glosa, retenção e suspensão em contratos administrativos*. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. ano 7. nº 73. janeiro/2008.

_____ & MALTAROLLO, Adriano de Sousa. *Contratação Direta em Razão do Valor: limites legais e fracionamento*. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. ano 7. nº 73. janeiro/2008.

_____ & MALTAROLLO, Adriano de Sousa. *Pregão em Obras e Serviços de Engenharia*. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. ano 6. nº 69. setembro/2007.

SPINOZA, Baruch. *Ética/Tratado Teológico-Político*. México: Porrúa, 1997.

TCU. *Licitações & Contratos. Orientações Básicas*. 2ª ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Editora da UnB, 1998.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo*. Brasília: Ed. Fortium, 2007, 2ª ed.

APÊNDICE

Situações de obrigatoriedade e facultatividade de instrumento contratual		
Termo de Contrato	Caso	Condição
Obrigatório	a) Concorrência	Qualquer valor
	b) Tomada de Preços	Qualquer valor
	c) Dispensas e inexigibilidades em obras e serviços de engenharia	Acima de R\$ 150.000,00
	d) Dispensas e inexigibilidades em compras e serviços que não sejam de engenharia	Acima de R\$ 80.000,00
Facultativo	e) Dispensas e inexigibilidades em obras e serviços de engenharia	1ª) Até R\$ 150.000,00; 2ª) Desde que substituíveis por: I) Carta-Contrato; II) Nota de Empenho de Despesa; III) Autorização de Compra; IV) Ordem de Execução de Serviço; V) Outros instrumentos hábeis.
	f) Dispensas e inexigibilidades em compras e serviços que não sejam de engenharia	1ª) Até R\$ 80.000,00; 2ª) Desde que substituíveis por: I) Carta-Contrato; II) Nota de Empenho de Despesa; III) Autorização de Compra; IV) Ordem de Execução de Serviço; V) Outros instrumentos hábeis.
	g) Convites	Desde que substituíveis por: I) Carta-Contrato; II) Nota de Empenho de Despesa; III) Autorização de Compra; IV) Ordem de Execução de Serviço; V) Outros instrumentos hábeis.
	h) Compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos	1ª) A critério da Administração; 2ª) Qualquer valor; 3ª) Desde que não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica; 4ª) Desde que substituíveis por: I) Carta-Contrato; II) Nota de Empenho de Despesa; III) Autorização de Compra; IV) Outros instrumentos hábeis.

ANEXO

LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002.

Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Art. 2º (VETADO)

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

§ 2º Será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.

§ 3º As bolsas a que se referem o § 2º deverão estar organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos e com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões.

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento

das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º;

II - do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital;

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;

IV - cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na forma da Lei no 9.755, de 16 de dezembro de 1998;

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as

Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

Art. 5º É vedada a exigência de:

I - garantia de proposta;

II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e

III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

Art. 6º O prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital.

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Art. 8º Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados no processo respectivo, com vistas à aferição de sua regularidade pelos agentes de controle, nos termos do regulamento previsto no art. 2º.

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 10. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001.

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

Art. 12. A Lei nº 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“Art. 2-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar, nas licitações de registro de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns da área da saúde, a modalidade do pregão, inclusive por meio eletrônico, observando-se o seguinte:

I - são considerados bens e serviços comuns da área da saúde, aqueles necessários ao atendimento dos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais do mercado.

II - quando o quantitativo total estimado para a contratação ou fornecimento não puder ser atendido pelo licitante vencedor, admitir-se-á a convocação de tantos licitantes quantos forem necessários para o atingimento da totalidade do quantitativo, respeitada a ordem de classificação, desde que os referidos licitantes aceitem praticar o mesmo preço da proposta vencedora.

III - na impossibilidade do atendimento ao disposto no inciso II, excepcionalmente, poderão ser registrados outros preços diferentes da proposta vencedora, desde que se trate de objetos de qualidade ou desempenho superior, devidamente justificada e comprovada a vantagem, e que as ofertas sejam em valor inferior ao limite máximo admitido.”

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de julho de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

Guilherme Gomes Dias