



***LICITAÇÕES: CINQUENTA TEMAS
RELEVANTES A ESSE RESPEITO NA
JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO***

**III Curso de Especialização em Direito Público e Controle
Municipal**

Roberto Medeiros Lagrota Felix

**Salvador - BA
Dezembro 2014**

***LICITAÇÕES: CINQUENTA TEMAS
RELEVANTES A ESSE RESPEITO NA
JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO***

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), apresentado às Faculdades Integradas Ipitanga e Fundação César Montes em sede do III Curso de Especialização em Direito Público e Controle Municipal, sob a coordenação acadêmica do Prof. Dr. Augusto Aras.

Salvador (BA) - 2014

Dedicatória

À minha esposa Erundina e ao meu filho Bruno Ettore, pelo entusiasmo com o qual me estimularam rumo a esta conquista, mesmo sabedores da minha ausência nos períodos de aulas e estudos.

Agradecimento

A todos os professores, dirigentes e servidores da Fundação César Montes que nos acompanharam ao longo de toda a jornada, ensinando, ajudando e apoiando.

Sumário

1 Introdução	1
2 Capítulo I: Fase Anterior à Expedição do Edital	
Tema 01 - Necessidade de projeto básico prévio à licitação	3
Tema 02 - Necessidade de recursos orçamentários próprios para início dos processos licitatórios	3
Tema 03 - Cooperativas: vedação à participação em licitações em caso de vínculo de emprego ou fuga do escopo social	4
Tema 04 - É obrigatória a aplicação das normas gerais de licitação no uso de recursos públicos	5
Tema 05 - Obrigatoriedade da aplicação da Lei 8.666/1993 às empresas públicas e de economia mista	6
Tema 06 - Aquisições de bens de informática devem seguir planejamento Estratégico	6
Tema 07 - Responsabilização de parecerista jurídico no exercício da função prevista no inciso VI, do art. 38, da Lei 8.666/1993	7
Tema 08 - Alcance da jurisdição do TCU sobre comissão de licitação	9
Tema 09 - Responsabilização do Gestor quando decide respaldado em parecer técnico e/ou jurídico, previsto no inciso VI, do art. 38, da Lei 8.666/1993	9
3 Capítulo II: Editais	
Tema 10 - Clareza dos editais: requisito essencial	11
Tema 11 - Vinculação da Administração ao instrumento convocatório.	11
Tema 12 - Prévio exame das minutas de editais e contratos administrativos pelo órgão	12
Tema 13 - Publicação dos resumos dos editais: exigência legal	12
Tema 14 - Necessidade de pesquisa prévia de preço para todos os processos Licitatórios	13
Tema 15 - Vedação à fixação de preço mínimo	14
Tema 16 - Fixação de limite máximo de preços unitários pelo edital	15
Tema 17 - Indicação de marcas ou especificações exclusivas: vedação	15
Tema 18 - Princípio da Padronização e preferência de marca	16
Tema 19 - É necessária a definição precisa e suficiente do objeto na licitação	17
Tema 20 - Irregularidades graves no edital: possibilidade de anulação da licitação	18
Tema 21 - Verba como unidade de medida: vedação	18
4 Capítulo III: Habilitação	
Tema 22 - Restrição da competitividade nos processos licitatórios	20
Tema 23 - Regularidade com a seguridade social: condição obrigatória para a	

contratação com a Administração Pública	20
Tema 24 - É vedada a exigência de certidões de quitações de obrigações fiscais e outros documentos não previstos em lei	21
Tema 25 - Exigência de prévio cadastramento no SicaF para licitar	22
Tema 26 - Índices contábeis de liquidez: ausência de justificativas	23
Tema 27 - Índices contábeis de liquidez inadequados	24
Tema 28 - Comprovação da qualificação técnica: limites legais	24
Tema 29 - Imposição de limites ou de quantidade certa de atestados: irregularidade	25
Tema 30 - Cumulatividade entre capital social mínimo e apresentação de garantias	26
Tema 31 - Capital social ou patrimônio líquido mínimo: exigência limitada a 10 % da contratação	26

5 Capítulo IV: Julgamento, homologação e recursos

Tema 32 - Registros em ata: requisitos	28
Tema 33 (Súmula/TCU 247) - Adjudicação por item não por preço global	28
Tema 34 (Súmula/TCU 262) - Os pressupostos do art. 48 da Lei 8.666/1993 tratam apenas de presunção de inexecutabilidade	29
Tema 35 - Respostas a impugnações do edital e a recursos	29
Tema 36 - Exigência de amostras ao licitante vencedor somente é possível na fase classificatória	30
Tema 37 - Declaração de idoneidade para casos de fraude	31

6 Capítulo V: Exceções à regra (Dispensa e Inexigibilidade)

Tema 38 - Contratações e aquisições de mesma natureza que somadas excedam o limite global da dispensa de licitação são irregulares	33
Tema 39 (Súmula/TCU 265) - Requisitos para dispensa baseada no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993	33
Tema 40 - Formalização dos processos de inexigibilidade e dispensa de licitação	34
Tema 41 - Atestado de exclusividade: requisito necessário para comprovação de inexigibilidade	34
Tema 42 (Súmula 250) - Contratação de instituição sem fins lucrativos: requisitos	35
Tema 43 (Súmula/TCU 252) - Requisitos para contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade, com base no art. 25, inc. II da Lei de Licitações	36
Tema 44 - Serviços contínuos: modalidade de licitação baseada no valor total do contrato	36
Tema 45 - Contratação de serviços de telefonia: obrigatória a licitação	37
Tema 46 - Necessidade de juntada de documentos aos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade	38

7 Capítulo VI: Obras e Serviços de Engenharia

Tema 47 (Súmula/TCU 185) - Necessidade de processo licitatório para a contratação de serviços de coordenação, supervisão e controle de obras	40
Tema 48 - Autor de projeto básico ou executivo: vedação para participar da	

Licitação	40
Tema 49 - Orçamento detalhado: exigência de composições analíticas dos custos Unitários	41
Tema 50 (Súmula/TCU 253) - Necessidade de licitação independente para equipamentos e materiais	41
Tema 51 - Estudos técnicos e licenças ambientais: requisitos para obras	42
Tema 52 - BDI: exigência de detalhamento	43
8 Capítulo VII: Modalidade Padrão: Pregão	
Tema 53 - Aquisição de bens e serviços comuns: obrigatório o pregão eletrônico, impondo-se a devida justificativa quando outra opção for utilizada	45
Tema 54 (Súmula/TCU 257) - Utilização de pregão para obras e serviços de Engenharia	46
9 Conclusão	47
10 Referências	50

1 Introdução

O objetivo deste Trabalho de Conclusão do III Curso de Especialização em Direito Público e Controle Municipal, promovido pela Fundação César Montes, é realizar uma profunda pesquisa junto à jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca do tema Licitações, visando ampliar um projeto de capacitação de ensino da disciplina Direito Administrativo em cursos de Direito.

O resultado dessa pesquisa foi dividido em sete grandes subtemas (capítulos) acerca dos diversos aspectos mais abordados nos julgados do TCU sobre Licitações. Ao longo de cada capítulo foram adicionados excertos de obras de importantes doutrinadores administrativistas pátrios. As decisões concernentes à modalidade de licitação “Convite” deixaram de ser relatadas em função do declínio do seu uso por parte dos órgãos públicos, após a promulgação da Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns.

É cediço que o tema Licitações é ministrado simultaneamente com Contratos Administrativos, entretanto, optou-se pela restrição ao primeiro, de ordem a manter o resultado final dentro de parâmetros de extensão compatíveis com um projeto ao nível do curso almejado. Essa opção propiciará também a ampliação da pesquisa em um futuro curso de mestrado e doutoramento.

A jurisprudência é conceituada como fonte mediata de produção do Direito, consistente na orientação dada pelos Tribunais à solução de casos concretos, em importantíssima atividade interpretativa, cuja relevância na prática forense é evidente: os magistrados seguem, quase sempre, os paradigmas nas suas decisões, e os advogados procuram adaptar suas razões à argumentação de casos já decididos anteriormente¹.

A Lei 8.666/93 no *caput* do seu art. 3º, assim define Licitação: “A licitação (*é o processo administrativo que*) destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 lhes são correlatos” (sem o parêntesis, no original).

¹ Edmir Netto de Araújo, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 63.

Toshio Mukai¹ afirma que: “pode-se definir a licitação com *invitatio ad offerendum*, isto é, um convite do poder público aos administrados para que façam suas propostas e tenham a chance de se por ele contratados, para lhe executarem uma prestação (de dar ou fazer)”.

A validação da escolha dos julgados do Tribunal de Contas da União acerca do tema Licitações fica evidente pelo teor do enunciado 222, da sua própria súmula, não impugnada junto ao Supremo Tribunal Federal: “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

A pesquisa destaca a importância da Lei 8.666/1993 na jurisprudência do TCU. São encontrados cinco enunciados de súmula que citam esta lei (2.978 acórdãos), contra apenas dois enunciados que citam a Lei 10.520/2002 (356 acórdãos), e, no momento, nenhum a respeito da Lei 12.462/2011 (apenas 45 acórdãos), que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), previsto inicialmente para contemplar as obras previstas para a realização da Copa das Confederações FIFA, da Copa do Mundo FIFA, e das Olimpíadas do Rio, em 2016, e que foi ampliado para contemplar as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) – Lei 12.688/2012 -, as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino – Lei 12.722/2012 – e, por fim, as obras e serviços de engenharia voltadas para o Sistema Único de Saúde (SUS) – Lei 12.745/2012.

No curso da pesquisa foi acompanhado o surgimento e a tramitação do Projeto de Lei do Senado 559/2013, que pretende estabelecer os novos marcos do processo licitatório pátrio, que obrigará grande esforço interpretativo e revisão de toda a jurisprudência objeto deste presente estudo. Cumpre-nos como operadores do Direito, estarmos atentos, acompanhar as mudanças que virão e contribuir como esse esforço na senda do desenvolvimento e do progresso.

¹ Toshio Mukai, *Licitações e Contratos Públicos: Comentários a Lei n. 8.666/93*, cit., p. 27.

2 Capítulo I: Fase anterior à expedição de edital

Tema 01 – Necessidade de projeto básico prévio à licitação.

A tempestividade do projeto básico consiste na sua disposição regular nos autos do processo ainda na fase preliminar do procedimento licitatório.

A obrigação da existência de projeto básico previamente à realização da licitação para a execução de obras e serviços está expressamente prevista no art. 7º, §§ 2º, inciso I, e 4º da Lei 8.666/1993. O projeto básico deve ser elaborado com nível de precisão apropriado à caracterização da obra ou serviço a ser executado e com observância aos termos do art. 6º, inciso IX, da mesma lei.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como demonstram os Acórdãos 521/2011- TCU - Plenário, 1.263/2011- TCU - Plenário, 3.067/2010 - TCU - Plenário, 739/2009 - TCU - 1ª Câmara, 508/2007 – TCU - Plenário, 1.993/2007- TCU - Plenário, 1.891/2006- TCU - Plenário e 636/2006- TCU - Plenário, é no sentido de que o projeto básico, elaborado nos moldes do art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93, deve obrigatoriamente constar dos autos do processo licitatório ainda na fase preliminar do procedimento, antes da publicação do edital.

Edmir Netto de Araújo, em relação a este tema, objeto de definição do inciso IX, do art. 6º, da Lei 8.666/93, assevera: “A redação, bastante clara e autoexplicativa, embora pareça excessivamente detalhista (mas, neste caso, é sem dúvida preferível pecar por excesso que pela omissão), é toda ela direcionada à caracterização de obra ou serviço de engenharia (distinção que havia no Dec.-Lei 2.300/86, e que a lei vigente não repetiu), pois para as compras, por exemplo, embora exija-se a identificação e caracterização do objeto da licitação, isto ocorre de outras formas.¹”

Tema 02 – Necessidade de recursos orçamentários próprios para início dos processos licitatórios.

¹ Edmir Netto de Araújo, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 541.

Todo processo licitatório só pode ser iniciado se existir recurso orçamentário próprio para a realização da despesa correspondente, devendo-se observar ainda a obrigatoriedade constitucional da inclusão de programas ou projetos na lei orçamentária anual para que possa se dar início à execução destes.

A licitação de obra para a qual inexista previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de sua execução, além de ir de encontro ao art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei 8.666/1993, incorre no perigo potencial de se iniciar um empreendimento que poderá resultar em mais uma obra paralisada por falta de recursos.

É dominante a jurisprudência da Corte de Contas da União a este respeito, exemplificada nos Acórdãos 4.775/2011 - TCU - 1ª Câmara, 956/2010 - TCU - Plenário, 1.832/2010 - TCU - Plenário, 5.376/2009 - TCU - 1ª Câmara, 5.276/2009 - TCU - 2ª Câmara, 195/2009 - TCU - Plenário, 245/2009 - TCU - 2ª Câmara, 2.676/2009 - TCU - 2ª Câmara e 1.110/2009 - TCU - Plenário.

Na fase interna da Licitação, deverão estar especificamente indicados os recursos necessários à contratação. As regras concernentes ao Direito Financeiro (Lei 4.320/1964) vedam a realização de despesas que não estejam previstas na respectiva lei orçamentária.

Entretanto, observa o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Lucas Rocha Furtado: “Não há necessidade de os recursos já estarem previamente liberados ou empenhados para que possa ser iniciado o processo licitatório. É suficiente a existência de previsão orçamentária e que sejam observadas as exigências impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.¹”

Tema 03 – Cooperativas: vedação à participação em licitações em caso de vínculo de emprego ou fuga do escopo social.

A participação de cooperativa em licitação deve ser vedada quando houver subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, pessoalidade e habitualidade, fatores esses característicos de vínculo de emprego ou de fuga do escopo social da entidade.

¹ Lucas Rocha Furtado, *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 211.

Para a execução deste tipo serviço é necessário haver pessoalidade, habitualidade e subordinação jurídica entre a empresa contratada e os técnicos encarregados da execução dos serviços, ou seja, caracterização do vínculo empregatício. Assim, considerando que esses requisitos são elementos essenciais da prestação dos serviços a serem contratados, é legítima a inclusão no edital da vedação à participação de cooperativas de trabalho no certame.

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte de Contas da União, conforme demonstrado nos Acórdãos 1.151/2011- TCU - Plenário, 5.942/2011- TCU - 1ª Câmara, 6.552/2009 - TCU - 2ª Câmara, 1.815/2007- TCU - Plenário, 724/2006- TCU - Plenário, 2.172/2005- TCU - Plenário e 975/2005- TCU - 2ª Câmara, é de que a participação de cooperativa em licitação deve ser vedada quando houver subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, pessoalidade ou habitualidade, fatores esses característicos de vínculo de emprego ou de fuga do escopo social da entidade.

Tema 04 – É obrigatória a aplicação das normas gerais de licitação no uso de recursos públicos.

Em se tratando de recursos públicos, ainda que geridos por particular, é obrigatória a aplicação das normas gerais de licitação, inclusive aquelas relativas às dispensas e inexigibilidades de licitação.

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte de Contas da União, conforme demonstrado nos Acórdãos 1.826/2010 - TCU - 2ª Câmara, 279/2008 - TCU - Plenário, 403/2008 - TCU - 1ª Câmara, 455/2008 - TCU - 1ª Câmara, 540/2008 - TCU - Plenário, 1.971/2007- TCU - 2ª Câmara, 3.390/2007- TCU - 2ª Câmara, 3.506/2007- TCU - 1ª Câmara, é de que, no uso de recursos públicos, mesmo aqueles geridos por particular, é obrigatória a aplicação dos dispositivos constitucionais, legais e infralegais relacionados às licitações, inclusive nos casos de dispensas de licitação e inexigibilidades.

Importante destacar que as Organizações Sociais (OS), assim qualificadas na forma da Lei 9.637/1998, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), qualificadas na forma da Lei 9.790/1999, se submetem às regras previstas no Decreto 5.504/2005, o qual exara em seu § 5º, do art. 1º, que relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, quando da aquisição de bens e serviços comuns.

Tema 05 – Obrigatoriedade da aplicação da Lei 8.666/1993 às empresas públicas e de economia mista.

Até a edição da lei de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição Federal (na redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998), as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias devem submeter-se aos princípios básicos da licitação. Existe exceção apenas quando a realização de licitação constitui óbice intransponível à sua atividade negocial. E, mesmo nestes casos, devem ser observados os demais princípios aplicáveis à Administração Pública quando da contratação de bens e/ou serviços.

Sobre a matéria, o Tribunal de Contas da União, em sede de consulta manifestou-se sobre a necessidade de licitação para as contratações das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Embora haja a previsão constitucional de criação de um estatuto para regulação das contratações desses entes (art. 173, § 1º, da Constituição Federal), a obrigatoriedade de aplicação da Lei 8.666/1993 persistirá enquanto não for editada lei específica instituindo o referido estatuto, conforme estabelecido no Acórdão 1.390/2004- TCU - Plenário. Posteriormente, outros julgados do Tribunal de Contas da União adotaram o mesmo entendimento: Acórdãos 1.689/2011- TCU - Plenário, 328/2010 - TCU - Plenário, 2.149/2010 - TCU - Plenário, 1.732/2009 - TCU - Plenário, 1.854/2009 - TCU - 2ª Câmara, 1.910/2009 - TCU - Plenário, 2.413/2009 - TCU - Plenário, 2.475/2009 - TCU - Plenário, 2.176/2007- TCU - Plenário, 1.732/2009 - TCU - Plenário, 1.398/2008 –TCU -Plenário, 777/2008 - TCU - Plenário, 920/2007- TCU - Plenário, entre outros.

Essa regra pode sofrer mudança quando da aprovação do Projeto de Lei 559/2013, em tramitação no Congresso Nacional, que em seu art. 151 estabelece que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explore atividade econômica ou serviço público em regime de competição, enquanto não for aprovado o estatuto jurídico previsto no § 1º, do art. 173, da Constituição Federal, poderá editar regulamento próprio, o qual deverá observar a adoção integral dos princípios exarados no projeto de lei; aprovação pela autoridade máxima; e sua publicação em meio de divulgação oficial.

Tema 06 – Aquisições de bens de informática devem seguir planejamento estratégico.

Com relação à aquisição de bens e produtos de informática, o Tribunal de Contas da União considera fundamental para a Administração o planejamento minucioso das suas

necessidades de informática, o qual deve vir expresso no planejamento estratégico e no plano diretor de informática da entidade. Quando das licitações para aquisição de bens e serviços de informática, o projeto básico referente ao processo licitatório deve definir e justificar, de forma bastante clara, as prioridades e os requisitos dos sistemas, a economicidade da contratação, as funcionalidades a serem atendidas, entre outros itens necessários para definir de forma suficiente o bem ou serviço a ser contratado, guardando estreita correlação com os mencionados documentos de planejamento de longo prazo da entidade.

Sobre a matéria, a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União é que esse tipo de contratação deve ser realizado em harmonia com o planejamento estratégico da instituição e com o seu plano diretor de informática, quando houver, devendo o projeto básico guardar compatibilidade com essas duas peças, situação que deve estar demonstrada nos autos referentes às aquisições, além de definir de forma adequada e precisa, dentro dos limites exigidos na Lei nº 8.666/93, os produtos e serviços a serem adquiridos (Acórdãos 3.624/2011- TCU - 2ª Câmara, 265/2010 - TCU - Plenário, 1.597/2010 - TCU - Plenário, 1.453/2009 - TCU - Plenário, 134/2008 - TCU - 1ª Câmara, 436/2008 - TCU - Plenário, 669/2008 - TCU - Plenário, 264/2006- TCU - Plenário, 2.094/2004- TCU - Plenário e 1.558/2003- TCU - Plenário).

Tema 07 – Responsabilização de parecerista jurídico no exercício da função prevista no inciso VI, do art. 38, da Lei 8.666/1993

O Tribunal de Contas da União entende ser possível a responsabilização de parecerista jurídico quando há vinculação do ato administrativo irregular ao parecer jurídico favorável.

Relativamente à responsabilização de parecerista jurídico, o Tribunal de Contas da União tem entendimento firmado no sentido de que esse profissional pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for vinculativo. Embora não exerça função de execução administrativa, o parecerista jurídico pode ser considerado como responsável pelo Tribunal de Contas da União, pois o art. 71, inciso II, da Constituição Federal impõe a responsabilidade não só daqueles que derem diretamente causa a perda ou extravio de recursos públicos, mas também dos agentes que cometerem qualquer ato irregular de que resulte prejuízo ao erário.

A responsabilização solidária do parecerista por dolo ou culpa decorre da própria Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), a qual, em seu art. 32, dispõe que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. A disciplina do art. 186 do Código Civil conduz à mesma conclusão ao estatuir que comete ato ilícito aquele que, agindo por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano a outro, ainda que esse ato seja exclusivamente moral. Ademais, complementando o dispositivo citado, o art. 927 do mesmo código prevê que o causador do dano fica obrigado a repará-lo.

Assim, existindo parecer que, por dolo ou culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que firam princípios da administração pública, haverá responsabilidade solidária entre gestores e pareceristas.

No mesmo sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal, tratando da responsabilização por parecer vinculativo, entendeu que o parecerista pode ser responsabilizado solidariamente com o gestor pelos danos causados (MS 24.631/DF, de 9/8/2007 e MS 24.584/DF, de 9/8/2007).

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União há muito consolidou esse entendimento, conforme consignado nos Acórdãos 1.964/2010 - TCU - 1ª Câmara, 1.161/2010 - TCU - Plenário, 6.640/2009 - TCU - 1ª Câmara, 3.987/2009 - TCU - 2ª Câmara e 157/2008 - TCU - 1ª Câmara.

A contrário senso dos defensores da tese que a lei ao exigir “aprovação” do órgão jurídico acabaria por acarretar na vinculação da decisão do administrador público ao conteúdo do parecer, em sua cátedra, esclarece Marçal Justen Filho¹: “ Logo, a responsabilização pessoal da autoridade competente somente pode ser cogitada se for reconhecida a ausência de vinculatividade do parecer jurídico. Em tal hipótese, reconhece-se a autonomia da autoridade competente para avaliar o conteúdo do parecer jurídico e aceita-lo ou não. Logo, remanesceria uma margem de competência decisória na atuação da autoridade competente. Essa margem de competência é que poderia justificar a responsabilização da autoridade. Em outras palavras, todas as decisões que reconhecem a responsabilidade pessoal da autoridade competente importam, de modo necessário, o reconhecimento da ausência de eficácia vinculante do parecer da assessoria jurídica.”

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 601.

Tema 08 - Alcance da jurisdição do TCU sobre comissão de licitação.

Os membros de comissões de licitação serão alcançados pela jurisdição do Tribunal de Contas da União, com a aplicação de multa ou imputação de débito, sempre que os seus atos levarem a dano ao erário ou constituírem grave ofensa à ordem jurídica.

A jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União é no sentido de que os membros de comissões de licitação serão alcançados pela jurisdição do Tribunal de Contas da União, com a imputação de débito e/ou aplicação de multa, sempre que os seus atos forem danosos ao erário ou constituírem grave ofensa à ordem jurídica.

Nesse sentido são os Acórdãos: 310/2011- TCU - Plenário, 1.433/2010 - TCU - Plenário, 7.376/2010 - TCU - 1ª Câmara, 343/2009 - TCU - Plenário, 768/2009 - TCU - Plenário, 1.277/2009 - TCU - Plenário, 2.134/2009 - TCU - Plenário e 2.135/2009 - TCU - Plenário.

Tema de escasso tratamento dos manuais de Direito Administrativo pátrios, pode ser encontrado o seu conteúdo lógico no artigo do Prof. Citadini¹: “Antes, porém, do julgamento, o Conselheiro Relator publica no Diário Oficial o prazo que concede para a direção do órgão fiscalizado apresentar suas justificativas ou regularizar os atos impugnados, abrindo-se, também, a oportunidade para todos os envolvidos, - ordenador da despesa, membros da comissão de licitação e as empresas privadas contratadas - tomarem conhecimento da instrução processual e, eventualmente, apresentarem também suas justificativas” (sem o sublinhado, no original).

Tema 09 – Responsabilização do Gestor quando decide respaldado em parecer técnico e/ou jurídico, previsto no inciso VI, do art. 38, da Lei 8.666/1993.

A existência de parecer técnico e/ou jurídico não exime o gestor de responsabilidade.

O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não significa que os atos praticados não serão reprovados pelo Tribunal de Contas da União. Em regra, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo desses documentos.

¹ Antônio Roque Citadini, *O Controle do Tribunal de Contas*, cit., p. 4-5.

O Tribunal de Contas da União possui entendimento firmado (Acórdãos 179/2011- TCU - Plenário, 1.736/2010 - TCU - Plenário, 4.420/2010 - TCU - 2ª Câmara, 2.748/2010 - TCU - Plenário e 1.528/2010 - TCU - Plenário) no sentido de que a responsabilidade do gestor não é afastada neste caso, pois a ele cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao erário. O fato de agir com respaldo em pareceres técnicos e/ou jurídicos não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.

Nesse diapasão deve o gestor público, de moto próprio, conduzir a licitação revestindo-se de cautelas e análises necessárias para garantir a legalidade e economicidade desta. O texto de autoria do Prof. Justen, mencionado no Tema 07 supra também corrobora com essa assertiva.

3 Capítulo II: Editais

Tema 10 - Clareza dos editais: requisito essencial.

Os atos convocatórios devem ser redigidos com clareza e precisão, sem obscuridades, inconsistências ou contradições.

A jurisprudência uniforme do Tribunal de Contas da União é no sentido de que os atos convocatórios devem ser redigidos com clareza e precisão, sem obscuridades, inconsistências ou contradições, sob pena de ferir o Princípio da Publicidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse sentido são os Acórdãos: 616/2010 - TCU - 2ª Câmara, 1.091/2010 - TCU - 1ª Câmara, 931/2009 - TCU - Plenário, 168/2009 - TCU - Plenário, 4.356/2009 - TCU - 2ª Câmara, 2.377/2008 - TCU - 2ª Câmara e 1.458/2008 - TCU - 2ª Câmara.

Tema 11 – Vinculação da Administração ao instrumento convocatório.

A Administração não pode descumprir as regras estabelecidas no ato convocatório, ao qual se encontra estritamente vinculada.

O art. 41 da Lei 8.666/1993 dispõe que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Por este princípio, tem-se a obrigatoriedade da observância das regras editalícias pela Administração Pública e pelos licitantes, de forma que nada pode ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições estabelecidas no instrumento convocatório.

Já o princípio do julgamento objetivo, inserto no art. 3º da Lei 8.666/1993, vincula a Administração, quando da apreciação das propostas, aos critérios de aferição previamente definidos no instrumento editalício. Este princípio garante que o julgamento se faça segundo critérios objetivos e conhecidos dos licitantes.

Fundamenta-se nesses mesmos princípios a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União de que a Administração não pode descumprir as regras estabelecidas no ato convocatório, ao qual se encontra estritamente vinculada (Acórdãos 966/2011- TCU - 1ª Câmara, 1.308/2010 - TCU - Plenário, 2.588/2010 - TCU - Plenário, 369/2009 - TCU - 1ª Câmara, 998/2009 - TCU - Plenário, 2.842/2009 - TCU - 1ª Câmara, 731/2008 - TCU - 2ª Câmara e 3.803/2008 - TCU - 1ª Câmara).

Nas palavras Prof. Edmir Netto de Araújo *apud* do saudoso Hely Lopes Meirelles¹: “...O Edital é a *lei interna da licitação* e, como tal, vincula não só os licitantes, como o Poder Público que o expediu...”.

Tema 12 – Prévio exame das minutas de editais e contratos administrativos pelo órgão.

As minutas de editais, de contratos e de termos aditivos, inclusive nas contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação, devem, necessariamente, ser submetidas a exame prévio e aprovação pelo setor jurídico do órgão ou entidade.

Como forma de assegurar que profissionais do direito verifiquem a conformidade legal dos documentos elaborados pela Administração, evitando irregularidades que possam comprometer a viabilidade dos instrumentos por ela firmados.

O art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/1993, determina que sejam submetidos previamente à assessoria jurídica quaisquer contratos, acordos, convênios ou ajustes celebrados pelos entes públicos, sendo tal determinação extensiva aos aditivos e aplicável também aos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação.

Nessa mesma linha é a jurisprudência de longa data do TCU (Acórdãos 478/2011-TCU - 1ª Câmara, 787/2010 - TCU - 2ª Câmara, 1.466/2010 - TCU - Plenário, 3.014/2010 - TCU - Plenário, 5.536/2010 - TCU - 1ª Câmara, 6.375/2009 - TCU - 1ª Câmara, 462/2008 - TCU - Plenário, 1.866/2008 - TCU - 1ª Câmara, 1.320/2007- TCU - 2ª Câmara, 170/2002-TCU - Plenário e 87/2000- TCU - 2ª Câmara).

Nesse quesito o Prof. Jessé Torres demonstra especial ceticismo da eficácia deste comando legal: “O preceito terá singular relevância se devidamente cumprido. A experiência até aqui colhida mostra que as minutas de editais são amiúde entregues à revisão de órgãos administrativos, quando não à Comissão Permanente de Licitações, onde não haverá, necessariamente, profissionais com formação jurídico-administrativa especializada.”²

Tema 13 - Publicação dos resumos dos editais: exigência legal.

Os resumos dos editais de licitação devem ser publicados, conforme o caso, no Diário Oficial da União ou no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal e em jornal de grande circulação.

¹ Edmir Netto de Araújo, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 554.

² Jessé Torres Pereira Júnior, *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, cit., p. 419.

A ausência de publicação do extrato do edital em jornal oficial e também em jornal diário de grande circulação na região da aquisição do bem ou da prestação dos serviços fere os princípios constitucionais da publicidade e da isonomia e o art. 21, inciso III, da Lei 8.666/1993.

Reiteradas deliberações do Tribunal de Contas da União, como os Acórdãos 898/2010 - TCU - Plenário, 2.496/2010 - TCU - Plenário, 926/2009 - TCU - Plenário, 1.614/2009 - TCU - 1ª Câmara, 1.946/2009 - TCU - 2ª Câmara, 2.481/2008 - TCU - 1ª Câmara, 2.227/2009 - TCU - Plenário, 3.268/2009 - TCU - 2ª Câmara, 1.224/2008 - TCU - Plenário, 3.040/2008 - TCU - 1ª Câmara e 227/2007 - TCU - Plenário, reafirmam que os resumos dos editais de licitação devem ser publicados no Diário Oficial da União ou no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, conforme o caso, bem como em jornal de grande circulação no local da aquisição do bem ou da prestação dos serviços.

No que concerne ao número de publicações, originalmente por três dias consecutivos, importante registro histórico foi feito pelo Prof. Jesse Torres: “O número e a diversidade de publicações suscitaram ponderações quanto à viabilidade de seu cumprimento pela maioria dos Municípios brasileiros em razão do custo, o que levou o Governo Federal a modificar o art. 21 e seus incisos através de Medidas Provisórias, depois confirmadas pela Lei nº 8.883/94.¹”

Tema 14 – Necessidade de pesquisa prévia de preço para todos os processos licitatórios.

A realização de pesquisa de preço de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade. A sua ausência configura descumprimento de exigência legal.

De acordo com o disposto nos art. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, é obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, daqueles fixados por órgão oficial competente ou, ainda, daqueles constantes do sistema de registro de preços.

¹ Jessé Torres Pereira Júnior, *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, cit., p. 226.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a exemplo dos Acórdãos 65/2010 - Plenário, 428/2010 - 2ª Câmara, 89/2009 - 1ª Câmara, 198/2009 - Plenário, 324/2009 - Plenário, 369/2009 - 1ª Câmara, 3.667/2009 - 2ª Câmara, 5.074/2009 - 2ª Câmara, 1.378/2008 - 1ª Câmara e 1.740/2008 - 2ª Câmara, é no sentido de que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios.

É necessária a apresentação de justificativa adequada sempre que não for possível obter número razoável de cotações, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, consistindo essa pesquisa de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos.

A questão da pesquisa prévio está necessariamente vinculada ao princípio da razoabilidade. O Prof. Marçal Justen ensina que: “A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não sendo admissível que este, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.¹”

Tema 15 – Vedação à fixação de preço mínimo.

É vedada a fixação de preços mínimos para bens e serviços em editais de licitação.

A jurisprudência da Corte de Contas da União é no sentido de que é ilegal a fixação de valores de insumos que caracterize o estabelecimento de preço mínimo, pois compromete a seleção da proposta mais vantajosa, desrespeitando os preceitos estabelecidos nos art. 3º e 40, inciso X, da Lei 8.666/1993 (Acórdãos 3.340/2011- TCU - 1ª Câmara, 3.894/2011- TCU - 2ª Câmara, 2.304/2009 - TCU - Plenário, 87/2008 - TCU - Plenário, 354/2008 - TCU - Plenário, 775/2007- TCU - 2ª Câmara e 818/2008 - TCU - 2ª Câmara).

Em sentido contrário, a fixação de preços máximos é perfeitamente adequada aos princípios e objetivos da lei. Adverte o Prof. Marçal Justen: “Se a Administração apenas pode realizar a licitação se houver previsão de recursos orçamentários, é inevitável a fixação de preços máximos. É o único meio de evitar o risco de contratações destituídas de cobertura orçamentária.

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 447.

Ressalte-se que o preço máximo fixado pode ser objeto de questionamento por parte dos licitantes, na medida em que se caracterize como inexecutável. Fixar preço máximo não é a via para a Administração inviabilizar a contratação por preço justo. Quando a Administração apurar certo valor como sendo o máximo admissível e produzir redução que tornar inviável a execução, caracteriza-se-á desvio de poder.¹”

Tema 16 – Fixação de limite máximo de preços unitários pelo edital.

O estabelecimento de critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, ao contrário do que sugere a interpretação literal do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, é obrigação, não se encontrando no âmbito da discricionariedade do gestor. Isso porque o limite constitui fator ordenador da licitação ao evitar a disparidade exagerada dos preços unitários e global constantes das propostas, situação que poderia predispor a futura contratação a alterações indevidas.

A jurisprudência da Corte de Contas da União é no sentido de que o estabelecimento nos editais de critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, é imprescindível em todas as contratações de obras (Acórdãos 534/2011-TCU - Plenário, 413/2010 - TCU - Plenário, 1.948/2010 - TCU - 1ª Câmara, 168/2009 - TCU - Plenário, 1.746/2009 - TCU - Plenário, 2.301/2009 - TCU - Plenário 554/2008 - TCU - Plenário e 2.014/2007- TCU - Plenário).

A esse respeito, verificar apontamentos do Prof. Marçal Justen no tratamento do tema anterior.

Tema 17 - Indicação de marcas ou especificações exclusivas: vedação.

É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável.

A inclusão sem justificção é irregular uma vez que afronta o art. 7º, §5º, da Lei 8.666/93, o qual veda a inclusão de bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, exceto quando for apresentada justificativa técnica, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 639.

Na esteira dessa vedação legal, a jurisprudência uniforme do Tribunal de Contas da União também proíbe as especificações exclusivas e as imposições de marcas, como ilustram as seguintes deliberações do Tribunal de Contas da União: Acórdãos: 17/2010 - TCU - Plenário, 887/2010 - TCU - 2ª Câmara, 3.319/2010 - TCU - 1ª Câmara, 7.054/2010 - TCU - 2ª Câmara, 688/2009 - TCU - 2ª Câmara, 1.344/2009 - TCU - 2ª Câmara, 2.000/2009 - TCU - 2ª Câmara, 6.640/2009 - TCU - 2ª Câmara, 325/2008 - 1ª Câmara, 3.215/2008 - 1ª Câmara e 4.127/2008 - 1ª Câmara.

Em parecer junto à Consultoria Jurídica da Universidade de São Paulo, transformado em doutrina, Dora Maria de Oliveira Ramos, corrobora com esse entendimento: “Não havendo a justificativa técnica para a escolha, vedada é a indicação de marca, não podendo a Administração, por igual, dirigir o procedimento licitatório fazendo exigências que só um bem, de determinada procedência, possa atender.”¹

Tema 18 – Princípio da Padronização e preferência de marca.

O princípio da padronização não conflita com a vedação de preferência de marca, não havendo, assim, obstáculo à sua adoção. Entretanto, a decisão administrativa que identifica o produto pela marca deve ser circunstanciadamente motivada, demonstrando ser essa opção, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a administração.

Convém salientar que essa especificação com vistas à obtenção de produtos padronizados não pode ser confundida com a indicação de marca pura e simples (o que é vedado pelo art. 7º, §5º, da Lei 8.666/1993). Trata-se, ao contrário, de atendimento ao art. 15, inciso I, da mesma lei, o qual estabelece que as compras realizadas pela Administração deverão atender ao princípio da padronização, de forma a se obter compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho dos produtos adquiridos.

A jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União é no sentido de que o princípio da padronização não conflita com a vedação de preferência de marca, e, portanto, não há obstáculo à sua adoção, desde que a decisão administrativa, que identifica o produto pela marca, seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa opção, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a administração.

¹ Ramos, Dora Maria de Oliveira, *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, cit., p. 69

Prof. Marçal Justen afirma, ensinado: “A padronização será promovida pela Administração como pressuposto de futuras contratações. Influirá sobre o conteúdo da atividade administrativa futura, inclusive com a possibilidade de resultar em contratações diretas. É perfeitamente possível que a padronização conclua pela seleção de objeto que possa ser prestado por um único fornecedor, tornando-se inviável a competição. Nenhum vício ocorrerá nessa hipótese, desde que a padronização tenha sido conduzida de modo adequado, com observância das formalidades cabíveis e respeitados os princípios fundamentais.”¹”

Nesse sentido são os Acórdãos: 710/2011- TCU - 2ª Câmara, 5.674/2009 - TCU - 1ª Câmara, 5.339/2009 - TCU - 2ª Câmara, 1.306/2008 - TCU - Plenário, 1.829/2008 - TCU - Plenário, 2.984/2008 - TCU - 2ª Câmara e 2.664/2007- TCU - Plenário.

Tema 19 – É necessária a definição precisa e suficiente do objeto na licitação.

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, pois, pelo princípio da igualdade entre os licitantes, os potenciais concorrentes têm direito de conhecer das condições básicas da licitação.

A caracterização precisa, completa e adequada do objeto - a imprecisão na descrição do objeto caracteriza grave irregularidade - é condição essencial para validade do processo licitatório, segundo o disposto nos artigos 14 e 40, inciso I, da Lei 8.666/1993, bem como no art. 3º, inciso II, da Lei 10.520/2002, em sede de pregão.

Nesse contexto, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, expressa na Súmula/TCU 177, é de que a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento das condições básicas da licitação pelos concorrentes potenciais.

São nesse mesmo sentido os Acórdãos: 1.041/2010 - TCU - Plenário, 168/2009 - TCU - Plenário, 926/2009 - TCU - Plenário, 1.746/2009 - TCU - Plenário, 2.927/2009 - TCU - Plenário, 6.349/2009 - TCU - 2ª Câmara e 157/2008 - TCU - Plenário.

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 212.

Importante ressalva apontada pelo Prof. Marçal Justen: “Anote-se que o ato convocatório deve descrever o objeto de modo sumário e preciso. A sumariedade não significa que possam ser omitida do edital (no seu corpo e nos anexos) as informações detalhadas e minuciosas relativamente à futura contratação, de modo que o particular tenha condições de identificar o seu interesse em participar do certame e, mais ainda, elaborar a proposta de acordo com as exigências da Administração.¹”

Tema 20 – Irregularidades graves no edital: possibilidade de anulação da licitação.

Conduzem à anulação do processo licitatório exigências editalícias que atentam contra os princípios da isonomia, da legalidade, da competitividade e da razoabilidade.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, reconheceu que o Tribunal de Contas da União tem competência para determinar a anulação de contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou, que, a seu juízo estiver manchado pela ilegalidade (MS 23.555).

Acompanhando as disposições legais e constitucionais sobre a matéria, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é de que a inadequação das exigências editalícias que atentam contra o princípio da isonomia, da legalidade, da competitividade, da eficiência e da razoabilidade, insculpidos no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, conduz à anulação do processo licitatório (Acórdãos 2.793/2010 - TCU - 2ª Câmara, 1.735/2009 - TCU - Plenário, 2.345/2009 - TCU - Plenário, 596/2007- TCU - Plenário e 1.097/2007- TCU - Plenário).

Tema 21 – Verba como unidade de medida: vedação.

É vedada a cotação de itens mediante verba nas planilhas orçamentárias de processos licitatórios.

Com efeito, a inclusão de itens de serviços de natureza provisional, cujos preços unitários não sejam estabelecidos a partir de uma composição que expresse efetivamente todos os seus custos, traz o risco de pagamento de despesas estranhas ao objeto avençado. Não há justificativa para sua aceitação nas planilhas, uma vez que não está associada a uma contraprestação específica e mensurável por parte do contratado.

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 611.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é de que é vedada a inclusão, nos orçamentos de referência das licitações, de serviços mensurados por meio de verbas, devendo, ao contrário, haver indicação detalhada das atividades envolvidas e o quantitativo real necessário para a execução nas respectivas composições de custo unitário, com vistas a permitir que os valores de todos os itens orçados sejam passíveis de análise e verificação de sua adequabilidade (Acórdãos 38/2011- TCU - Plenário, 173/2011- TCU - Plenário, 521/2011- TCU - Plenário, 718/2011- TCU - Plenário, 1.009/2011- TCU - Plenário, 6.439/2011- TCU - 1ª Câmara, 80/2010 - TCU - Plenário, 1.119/2010 - TCU - Plenário, 1.655/2010 - TCU - Plenário, 2.292/2010 -TCU- Plenário, 2.032/2009 - TCU - Plenário, 1.409/2008 - TCU - Plenário, 2.450/2007- TCU - Plenário e 865/2006-TCU - Plenário).

4 Capítulo III: Habilitação

Tema 22 - Restrição da competitividade nos processos licitatórios.

Exigências especiais de habilitação, quaisquer que sejam as particularidades do objeto, devem manter vínculo com a lei de licitações e estar justificadas no processo, sob pena de serem consideradas restritivas à competitividade do certame.

A Lei 8.666/1993 enumera, de forma restrita, os documentos que poderão ser exigidos na etapa de habilitação das candidatas à contratação.

Por outro lado, o §5º do art. 30 da Lei das Licitações veda expressamente exigências não previstas em lei, que inibam a participação na licitação.

Jurisprudência uniforme do Tribunal de Contas da União é no sentido de que quaisquer exigências especiais de habilitação devem estar previstas na lei de licitações e justificadas no processo, sob pena de serem consideradas restritivas à competitividade do certame.

Nesse sentido são os seguintes Acórdãos: 1.336/2010 - TCU - Plenário, 2.581/2010 - TCU - Plenário, 3.156/2010 - TCU - Plenário, 1.258/2010 - TCU - 2ª Câmara, 1.339/2010 - TCU - Plenário, 5.848/2010 - TCU - 1ª Câmara, 6.198/2009 - TCU - 1ª Câmara e 2.122/2008 - TCU - 1ª Câmara.

Corroborando com esse entendimento o magistério do Prof. Marçal Justen: “Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei nº 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas. É claro que a vedação examinada não exclui o dimensionamento numérico da experiência anterior, para fins de fixação da *equivalência* ao objeto licitado.¹”

Tema 23 – Regularidade com a seguridade social: condição obrigatória para a contratação com a Administração Pública.

A regularidade com a seguridade social é condição obrigatória para a contratação com a Administração, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, sendo necessárias a exigência e a fiscalização da manutenção dessa regularidade durante toda a vigência do contrato.

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 523.

A exigência de regularidade com a Seguridade Social nas contratações da Administração Pública advém da própria Constituição Federal que, em seu art. 195, § 3º, veda que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social contrate com o Poder Público ou dele receba benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Nesse contexto, o entendimento da Corte de Contas da União é de que a regularidade com a seguridade social é condição obrigatória para a contratação com a Administração, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, devendo os órgãos e entidades públicos exigir e fiscalizar a manutenção dessa regularidade durante toda a vigência do contrato, conforme estabelece o art. 29 da Lei 8.666/1993 (Acórdãos 46/2011- TCU - Plenário, 119/2011- TCU - Plenário, 5.790/2009 - TCU - 1ª Câmara, 34/2008 - TCU - 1ª Câmara, 1.159/2008 - TCU - Plenário, 1.349/2008 - TCU - 1ª Câmara, 1.821/2008 - TCU - 1ª Câmara, 3.214/2008 - TCU - 1ª Câmara e 3.325/2008 - TCU - 2ª Câmara).

O magistério do Prof. Marçal Justen chama a atenção para a correção desse instituto advindo da lei geral de licitações em face da previsão constitucional: “A exigência não será apurada apenas na fase de contratação. Essa seria uma interpretação incorreta, fundada no teor literal da Constituição. A alusão a “contratar” não significa que apenas o licitante vencedor deverá encontrar-se em situação de regularidade fiscal. A fase adequada para o exame da situação do licitante é a habilitação, o que não significa que o contratado esteja dispensado de manter a sua regularidade durante todo o período de vigência do contrato.¹”

Tema 24 - É vedada a exigência de certidões de quitações de obrigações fiscais e outros documentos não previstos em lei.

À Administração Pública cabe exigir que licitantes e contratados apresentem comprovação de regularidade de obrigações fiscais (Fazendas Federal, Estadual e Municipal, Dívida Ativa da União, FGTS e INSS), em observância à Constituição Federal (art. 195, § 3º), à Lei 8.666/93 (art. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII), à Lei 8.036/90 (art. 27, "a"), à Lei 9.012/95 (art. 2º) e à Lei 8.212/91 (art. 47). Não pode, porém, exigir que licitantes ou contratados apresentem certidões de quitação de obrigações fiscais junto a essas instituições, nem outros documentos não previstos na legislação.

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 485

O art. 29 da Lei 8.666/1993, que estabelece a documentação a ser exigida para a verificação da regularidade fiscal de licitante ou contratada, indica, entre outros, a necessidade de apresentação de prova de regularidade para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal e de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. A documentação requerida pela legislação deve atestar que o licitante atendeu às exigências do fisco, decorrentes de dispositivos legais, o que pode abranger a exigência de débito consentido e sob o controle do credor.

A quitação não é a mesma coisa que regularidade fiscal. A quitação é ausência de débito, enquanto a regularidade com o fisco inclui outras situações como débitos parcelados ou com pagamento suspenso, em que a dívida existe, mas o devedor está, de alguma forma, adimplente.

Sobre esse tema, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdãos 549/2011- TCU - Plenário, 3.390/2011 - TCU - 2ª Câmara, 471/2008 - TCU - Plenário, 1.699/2007- TCU - Plenário, 2.081/2007- TCU - Plenário e 3.191/2007- TCU - 1ª Câmara) é no sentido de que não cabe à Administração Pública exigir que os licitantes apresentem certidões de quitação de obrigações fiscais (Fazendas Federal, Estadual ou Municipal, Dívida Ativa da União, FGTS e INSS), nem outros documentos não previstos na legislação, mas sim e tão somente demandar a comprovação da regularidade junto a essas instituições.

Sempre oportuno, o Prof. Marçal Justen ensina que além possibilidade de participar dos certames licitatórios de posse das chamadas certidões positivas de efeito negativo, as discussões judiciais também devem ser consideradas nos seguintes termos: “Mas a exigência de regularidade fiscal não pode se sobrepor à garantia da universalidade e do monopólio da jurisdição. Significa que a submissão do litígio à apreciação do Poder Judiciário afasta qualquer laivo de irregularidade. Não é constitucional impor a perda do direito de licitar enquanto a matéria estiver sob apreciação do Poder Judiciário.¹”

Tema 25 – Exigência de prévio cadastramento no SicaF para licitar.

É vedada a exigência exclusiva de prévio cadastramento no SICAF para fins de habilitação em licitação.

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 486.

Sobre esse tema, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é no sentido da vedação à exigência exclusiva de prévio cadastramento no SICAF para fins de habilitação em licitação, por falta de previsão legal (Acórdãos 11/2010 - TCU - 2ª Câmara, 330/2010 - TCU - 2ª Câmara, 5.226/2008 - TCU - 2ª Câmara, 1.746/2009 - TCU - Plenário, 1.735/2009 - TCU - Plenário, 2.074/2007- TCU - Plenário, 3.564/2006- TCU - 1ª Câmara, 1.805/2003- TCU - 1ª Câmara e 165/2001- TCU - Plenário).

O Prof. Jessé Torres fulcra na própria jurisprudência citada a ilegalidade de tal exigência: “A regulamentação padece de ilegalidade quanto à exigência de prévia inscrição no SICAF para participação em qualquer modalidade de licitação, conforme já declarado pelo TCU.¹”

Tema 26 - Índices contábeis de liquidez: ausência de justificativas.

A escolha dos índices contábeis de liquidez deve estar adequadamente justificada no processo da licitação, uma vez que o §5º do art. 31 da Lei 8.666/1993 dispõe que a comprovação de boa situação financeira da empresa deve ser feita de forma objetiva e que os índices contábeis exigidos no edital devem ser devidamente justificados no processo administrativo da licitação.

Na esteira dessas disposições legais, a jurisprudência uniforme do Tribunal de Contas da União é no sentido de que a necessidade da exigência de índices contábeis de liquidez e a adequabilidade desta demanda aos normativos vigentes devem estar plenamente justificadas no processo da licitação (Acórdãos 213/2011- TCU - Plenário, 2.495/2010 - TCU - Plenário, 326/2010 - TCU - Plenário, 5.026/2010 - TCU - 2ª Câmara, 4.606/2010 - TCU - 2ª Câmara, 402/2008 - TCU - Plenário, 2.553/2007- TCU - Plenário e 1.110/2007- TCU - Plenário).

No mesmo sentido, assevera o magistério do Prof. Jessé Torres: “As razões da escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexos causal com a índole do objeto e grau de dificuldade ou complexidade de sua execução, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão-somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que venham a avançar.²”

¹ Jessé Torres Pereira Júnior, *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, cit., p. 398.

² Jessé Torres Pereira Júnior, *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, cit., p. 380.

Tema 27 – Índices contábeis de liquidez inadequados.

Os índices contábeis de liquidez exigidos no processo licitatório devem ser adequados à comprovação da boa situação financeira das licitantes, contendo parâmetros atualizados de mercado e atendendo à complexidade da obra ou serviço, sendo irregular a fixação de grau máximo de endividamento (GEG) e vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade da empresa.

Os comentários do Prof. Jessé Torres em excerto do tema anterior são pertinentes e adequados à avaliação do presente tema.

A exigência destes índices de liquidez é irregular, uma vez que o §5º do art. 31 da Lei 8.666/1993 dispõe que a comprovação de boa situação financeira da empresa seja feita de forma objetiva, vedando, ainda, “a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação”.

Por outro lado, o parágrafo 1º desse mesmo artigo limita a exigência de índices à demonstração da capacidade financeira do licitante em relação aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, ao mesmo tempo em que veda a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

Na esteira dessas disposições legais, a jurisprudência uniforme do Tribunal de Contas da União é no sentido de que a exigência de índices contábeis de liquidez deve conter parâmetros atualizados de mercado e atender à complexidade da obra ou serviço, sendo inadequada a fixação de grau máximo de endividamento (GEG) e vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade da empresa.

Nesse sentido são os Acórdãos: 213/2011- TCU - Plenário, 434/2010 - TCU - 2ª Câmara, 326/2010 - TCU - Plenário, 1.039/2008 - TCU - 1ª Câmara e 673/2008 - TCU - Plenário.

Tema 28 – Comprovação da qualificação técnica: limites legais.

A exigência de comprovação da qualificação técnica deve ser pertinente e compatível com o objeto da licitação ou da contratação direta e indispensável ao cumprimento do objeto. O art. 30 da Lei 8.666/1993 apresenta os limites para a comprovação da qualificação técnica e veda expressamente, no seu §5º, exigências não previstas na Lei que possam inibir a participação na licitação.

Nesse sentido, a jurisprudência uniforme do Tribunal de Contas da União é de que a exigência de comprovação da qualificação técnica deve ser pertinente e compatível com o objeto da licitação ou da contratação direta e indispensável ao cumprimento do objeto. Nesse sentido são os Acórdãos: 565/2010 - TCU - 1ª Câmara, 2.397/2010 - TCU - Plenário, 5.026/2010 - TCU - 2ª Câmara, 311/2009 - TCU - Plenário, 513/2009 - Plenário, 3.927/2009 - TCU - 1ª Câmara e 1.417/2008 - TCU - Plenário.

A cátedra do Prof. Marçal Justen no tocante a este tema, a par de rejeitar a necessidade de vínculo empregatício como fundamento da expressão legal “quadro permanente” e de entender ser cabível estabelecer exigências de quantitativos mínimos, prazos máximos e assemelhados se a Administração tiver identificado as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, corrobora o com entendimento jurisprudencial supra, afirmando: “ O conteúdo e a extensão da qualificação técnica dependem diretamente do objeto da licitação. Ao definir o objeto a ser contratado, a Administração Pública está implicitamente delimitando a qualificação técnica que os eventuais interessados em participar da licitação deverão apresentar.¹”

Tema 29 – Imposição de limites ou de quantidade certa de atestados: irregularidade.

É vedada a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação de qualificação técnica, salvo se a natureza da obra ou do serviço assim o exigir, devendo, nesse caso, a pertinência e a necessidade estarem justificadas em estudos técnicos nos autos do processo.

Em relação a esse tema, o Tribunal de Contas da União tem firmado jurisprudência no sentido de vedar a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação de qualificação técnica, salvo se a natureza da obra ou do serviço assim o exigir. Nesse caso, a pertinência e a necessidade devem estar justificadas em estudos técnicos nos autos do processo (Acórdãos 1.120/2010 -TCU - Plenário, 1.593/2010 - TCU - 2ª Câmara, 1.921/2010 - TCU - Plenário, 597/2008 - TCU –Plenário 2.882/2008 - TCU - Plenário, 3.638/2008 - TCU - 2ª Câmara, 2.462/2007- TCU - Plenário e 571/2006- TCU - 2ª Câmara).

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 492.

Tema 30 - Cumulatividade entre capital social mínimo e apresentação de garantias.

A Administração não deve exigir, para a qualificação econômico-financeira das empresas licitantes, a apresentação de capital social ou de patrimônio líquido mínimo junto com prestação de garantia de participação no certame. A exigência cumulativa de capital social ou patrimônio líquido mínimo juntamente com a garantia prevista no §1º, do art. 56 da Lei 8.666/1993 configura ato irregular.

Em relação a esse tema, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é clara ao afirmar que a Administração não pode exigir, para a qualificação econômico-financeira das empresas licitantes, a apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimo junto com prestação de garantia para participação no certame (Acórdãos 383/2010 - TCU - 2ª Câmara, 556/2010 - TCU - Plenário, 2.098/2010 - TCU - 1ª Câmara, 107/2009 - TCU - Plenário, 1.102/2009 - TCU - 1ª Câmara, 1.265/2009 - TCU - Plenário, 2.073/2009 - TCU - Plenário, 6.613/2009 - TCU - 1ª Câmara, 1.039/2008 - TCU - 1ª Câmara, 701/2007- TCU - Plenário, 1.028/2007-TCU Plenário).

Tema 31 – Capital social ou patrimônio líquido mínimo: exigência limitada a 10% da contratação.

A exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimo vincula-se, necessariamente, ao percentual máximo de 10% do valor estimado da contratação. Acima de 10% do valor do certame configura ato irregular

Sobre essa matéria, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pacífica no sentido de que a exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimo deve limitar-se ao percentual máximo de 10% do valor estimado da contratação, conforme dispõe o art. 31, § 3º, da Lei 8.666/1993.

Nesse sentido são os Acórdãos 1.335/2010 - TCU - Plenário, 313/2008 - TCU - 2ª Câmara, 705/2008 - TCU - Plenário, 1.801/2008 - TCU - Plenário, 2.298/2008 - TCU - Plenário e 2.429/2008 - TCU - 1ª Câmara.

No concernente a este tema, em sentido contrário ao Acórdão 170/2007 – TCU – Plenário, tese defendida pelo Prof. Marçal Justen sustenta a necessidade de integralização do capital para a respectiva habilitação: “Deve-se entender, por isso, que apenas o capital subscrito pode ter relevância jurídica para fins de habilitação. Não se admite pretensão de

preencher os requisitos de qualificação econômico-financeira através de valores compreendidos no capital autorizado e ainda não subscrito.¹”

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 552.

5 Capítulo IV: Julgamento, homologação e recursos

Tema 32 – Registros em ata: requisitos.

A ata de procedimento licitatório deve registrar de forma circunstanciada as decisões importantes de cada fase do certame. Deve também ser assinada pela Comissão e por representantes das licitantes presentes, sendo, por fim, juntada aos autos do processo.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme exemplificado nos Acórdãos 92/2011- TCU - Plenário, 478/2011- TCU - 1ª Câmara, 4.043/2011- TCU - 2ª Câmara, 215/2009 - TCU - 1ª Câmara, 246/2008 - TCU - 1ª Câmara, 469/2008 - TCU - 1ª Câmara, 2.761/2008 - TCU - 2ª Câmara, 2.764/2008 - TCU - 2ª Câmara e 2.143/2007- TCU - Plenário, é no sentido de que, ata de procedimento licitatório deve registrar de forma circunstanciada as decisões importantes de cada fase do certame, ser assinada pela comissão de licitação e por representantes das licitantes presentes e, posteriormente, juntada aos autos do processo.

Importante lembrança advém da doutrina do Prof. Renato Mendes: “Apesar de a palavra referir-se mais diretamente à sessão pública que ocorre na fase de licitação, a necessidade de elaboração de ata surge em qualquer outra fase do processo, seja na de planejamento ou na execução contratual.¹”

Tema 33 (Súmula/TCU 247) - Adjudicação por item não por preço global.

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade (Súmula/TCU 247).

¹ Renato Geraldo Mendes, *Lei de Licitações e Contratos Anotada*, cit., p. 725.

A adjudicação global, quando é possível a divisão do objeto, impede a participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a determinados itens, levando à restrição da competitividade do certame. Nesse sentido é o Enunciado 247 da Súmula da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União. A adjudicação por preço global, quando possível a adjudicação por itens, configura ato irregular.

Tema 34 (Súmula/TCU 262) - Os pressupostos do art. 48 da Lei 8.666/1993 tratam apenas de presunção de inexecuibilidade.

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção apenas relativa da inexecuibilidade dos preços propostos, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta (Súmula/TCU 262).

Reiteradas deliberações da Corte de Contas da União, consubstanciadas na Súmula/TCU 262, aprovada na sessão de 1/12/2010, destacam o entendimento de que o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei 8.666/93 conduz a uma presunção apenas relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Tema 35 – Respostas a impugnações do edital e a recursos.

Respostas a recursos e a impugnações ao edital devem ser providenciadas no prazo estabelecido na legislação, comunicadas oficialmente aos licitantes interessados, divulgadas e juntadas ao processo da licitação.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme demonstram os Acórdãos 536/2011- TCU - Plenário, 3.075/2010 - TCU - 2ª Câmara, 808/2008 - TCU - Plenário, 2.122/2008 - TCU - 1ª Câmara, 2.248/2008 - TCU - Plenário, 2.615/2008 - TCU - 2ª Câmara e 709/2007- TCU - Plenário, é no sentido de que as respostas a impugnações do edital e a recursos, fundamentadas com base na legislação pertinente e em estudos técnicos relevantes, devem ser providenciadas no prazo estabelecido na lei, com comunicação oficial às licitantes interessadas, e, posteriormente, juntadas ao processo da licitação.

A esse respeito verifica-se uma situação não regulada pela lei, destacada na doutrina da Dr^a. Márcia Walquíria Batista dos Santos: “Na concorrência a impugnação deverá ser interposta até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes-habilitação e nas demais modalidades de licitação, até o segundo que anteceder a abertura dos envelopes-proposta. Nada se fala a respeito do prazo de resposta.

Assim, se o licitante impugnar o edital, não está a entidade licitadora obrigada a suspender a data de abertura dos envelopes, pois o Estatuto de Licitações não lhe determina um prazo peremptório de resposta.¹”

Tema 36 – Exigência de amostras ao licitante vencedor somente é possível na fase classificatória.

A exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório.

A análise de amostras antes da aquisição dos produtos é importante para a prevenção a potenciais problemas referentes à qualidade dos bens a serem adquiridos em relação às necessidades da Administração.

Entretanto, a exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, feita a todos os licitantes, além de ilegal, pode ser pouco razoável, pois imporia ônus que, a depender do objeto, seria excessivo, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais competidores.

Situação diferente é a solicitação, na fase de classificação, de amostra apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar. Neste caso, não há oneração desnecessária, uma vez que, confirmado o atendimento aos requisitos do edital, o licitante deve estar preparado para entregar o produto. Não há, assim, restrição à competitividade do certame.

¹ Márcia Walquíria Batista dos Santos, *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, cit., p. 219/220.

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União, segundo a qual a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório (Acórdãos 1.291/2011- TCU - Plenário, 2.780/2011- TCU - 2ª Câmara, 4.278/2009 - TCU - 1ª Câmara, 1.332/2007- TCU - Plenário e 3.130/2007- TCU - 1ª Câmara).

Tal entendimento também se estende às licitações feitas na modalidade pregão, desde que a exigência de amostra do vencedor do certame não comprometa a celeridade de todo o processo. Aplica-se à aquisição de produtos que possam ter sua qualidade aferida rapidamente, sem necessidade de emissão de pareceres técnicos de especialistas, havendo assim a prevalência do princípio da eficiência, sem prejuízo à celeridade (Acórdãos 1.554/2009 - TCU - Plenário, 2.407/2006- TCU - Plenário, 2.558/2007- TCU - Plenário e 1.113/2008 - TCU - Plenário).

A Prof^ª. Maria Sylvia Zanella di Pietro chama a atenção para o uso da doutrina de “na prática”: “Na prática, verifica-se que, muitas vezes, a Comissão de Licitação somente vai fazer a análise da amostra após o término do procedimento, antes da assinatura do contrato. Esse não é, contudo, o momento adequado, porque leva a uma inversão nas fases do procedimento, já que o não atendimento das exigências obrigará a Comissão de Licitação a desclassificar o licitante, depois de encerrado o julgamento pela declaração do vencedor, o que não encontra fundamento na lei.¹”

Tema 37 – Declaração de idoneidade para casos de fraude.

Na ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal de Contas da União declarará a inidoneidade do licitante para participar de licitações que envolvam a aplicação de recursos públicos federais (art. 42, da Lei 8.443/1992).

É farta a jurisprudência da Corte de Contas da União nesse sentido (Acórdãos 686/2011-TCU Plenário, 888/2011- TCU - Plenário, 1.293/2011- TCU - Plenário, 1.553/2011- TCU - Plenário, 720/2010 - TCU - Plenário, 2.735/2010 - TCU - Plenário, 339/2008 - TCU - Plenário, 785/2008 - TCU - Plenário, 928/2008 - TCU - Plenário, 1.262/2007- TCU - Plenário, 1.364/2007- TCU - Plenário e 2.143/2007- TCU - Plenário).

¹ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, cit., p. 255.

No que concerne a extensão da declaração de inidoneidade, frente a suspensão temporária, a Dr^a. Márcia Walquíria Batista dos Santos, esclarece: “O legislador, por óbvio, quis dar uma abrangência maior para a declaração de inidoneidade, sendo lícito pensar que o contratado inidôneo assim o será perante qualquer órgão público do país. E aquele que for suspenso temporariamente será assim tratado perante os órgãos, entidades e unidades administrativas concernentes ao Poder Público que lhe aplicou a sanção.¹”

¹ Márcia Walquíria Batista dos Santos, *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, cit., p. 338.

6 Capítulo V: Exceções à regra (Dispensa e Inexigibilidade)

Tema 38 – Contratações e aquisições de mesma natureza que somadas excedam o limite global da dispensa de licitação são irregulares.

A ausência de realização de processo licitatório para contratações ou aquisições de mesma natureza e no mesmo exercício, cujos valores globais excedam o limite legal previsto para dispensa de licitação, demonstra falta de planejamento e caracteriza fuga ao procedimento licitatório e fracionamento ilegal da despesa, indo de encontro à legislação vigente e à jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Com relação a essa matéria, o entendimento da Corte de Contas da União é de que a realização de contratações ou aquisições de mesma natureza, em idêntico exercício, cujos valores globais excedam o limite legal previsto para dispensa de licitação, demonstra falta de planejamento e caracteriza fuga ao procedimento licitatório e fracionamento ilegal da despesa. Nesse sentido são os Acórdãos 1.620/2010 - TCU - Plenário, 4.279/2009 - TCU - 1ª Câmara, 834/2008 - TCU - 1ª Câmara, 1.559/2008 - TCU - 2ª Câmara, 1.973/2008 - TCU - 1ª Câmara, e 370/2007- TCU - 2ª Câmara.

A cátedra do Prof. Marçal Justen não orienta em sentido diverso: “Significa que, sendo previsíveis diversas aquisições de objetos idênticos, deve considerar-se o valor global. A regra subordina a Administração ao dever de prever todas as contratações que realizará no curso do exercício. Não se vedam contratações isoladas ou fracionadas – proíbe-se que cada contratação seja considerada isoladamente, para fim de determinação do cabimento de licitação ou da modalidade cabível.¹”

Tema 39 (Súmula/TCU 265) – Requisitos para dispensa baseada no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993.

A contratação de subsidiárias e controladas com fulcro no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/93 somente é admitida nas hipóteses em que houver, simultaneamente, compatibilidade com os preços de mercado e pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das mencionadas entidades (Súmula/TCU 265).

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 335-336.

No que se refere a esse tipo de dispensa, não basta que a contratada seja subsidiária ou controlada de empresa pública ou sociedade de economia mista. É necessário, ainda, que os preços contratados sejam compatíveis com aqueles praticados no mercado e que o serviço ou bem adquirido ou alienado esteja diretamente relacionado com as atividades exercidas pela subsidiária, estabelecidos no objeto social destas entidades, não se admitindo que a empresa controlada seja apenas uma intermediária numa contratação para a qual é necessário o devido processo licitatório.

Essa é a jurisprudência da Corte de Contas, consubstanciada na Súmula/TCU 265, aprovada na Seção de 15/6/2011.

Tema 40 – Formalização dos processos de inexigibilidade e dispensa de licitação.

As justificativas para inexigibilidade ou dispensa de licitação devem estar circunstancialmente motivadas, com a clara demonstração de ser a opção escolhida, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a administração, consoante determina o art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre esse tema é de que as justificativas para a inexigibilidade e dispensa de licitação devem estar circunstancialmente motivadas, com a clara demonstração de ser a opção escolhida, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a administração, consoante determina o art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 (Acórdãos 952/2010 - TCU - Plenário, 5.319/2009 - TCU - 2ª Câmara, 5.478/2009 - TCU - 2ª Câmara, 5.736/2009 - TCU - 1ª Câmara, 2.471/2008 - TCU - Plenário, 2.545/2008 - TCU - 1ª Câmara e 2.643/2008 - TCU - Plenário).

Ensina o Prof. Marçal Justen: “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 a verificação da necessidade e conveniência da contratação, a disponibilidade de recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação.¹”

Tema 41 – Atestado de exclusividade: requisito necessário para comprovação de inexigibilidade.

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 442.

É necessária a comprovação de exclusividade, mediante atestado fornecido pelo órgão competente, nas contratações oriundas de inexigibilidade de licitação, em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.

Conforme reiterada jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdãos 1.975/2010 - TCU - Plenário, 2.854/2010 - TCU - Plenário, 116/2008 - TCU - 1ª Câmara, 2.099/2008 - TCU - 1ª Câmara, 2.809/2008 - TCU - 2ª Câmara, 3.645/2008 - TCU - 2ª Câmara e 5.053/2008 - TCU - 2ª Câmara), nas contratações oriundas de inexigibilidade de licitação, em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é necessária a comprovação de exclusividade mediante atestado fornecido por órgão competente.

Crítico da solução aventada pelo legislador, o Prof. Marçal Justen adverte para o risco de interpretações equivocadas: “Deve interpretar-se o dispositivo como indicando instituições dotadas de credibilidade e autonomia em relação ao mercado privado. A inviabilidade de competição pode ser evidenciada através de documentação emitida por instituição confiável e idônea, ainda que não integrante no Registro Público de Empresas Mercantis e sem natureza sindical.¹”

Tema 42 (Súmula 250) – Contratação de instituição sem fins lucrativos: requisitos.

A contratação direta de instituição sem fins lucrativos, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado (Súmula 250).

A contratação direta de instituição sem fins lucrativos, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, somente é admitida nas hipóteses em que há nexos efetivo entre o objeto contratado e as atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional realizadas pela instituição contratada, garantida ainda a compatibilidade com os preços de mercado. Essa é a jurisprudência da Corte de Contas, consubstanciada na Súmula 250 aprovada pelo Acórdão 1280 - TCU - Plenário, 27 de junho de 2007.

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 416-417.

Tema 43 (Súmula/TCU 252) – Requisitos para contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade, com base no art. 25, inc. II da Lei de Licitações.

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: o serviço técnico especializado (que deve estar entre os mencionados no art. 13 da referida lei), a natureza singular do serviço e a notória especialização do contratado (Súmula/TCU 252).

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, consubstanciada na Súmula/TCU 252, aprovada na Sessão de 31/3/2010, é que a inviabilidade de competição, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, decorre da convergência de três fatores: o serviço técnico especializado (que deve estar incluído entre os mencionados no art. 13 da referida lei), a natureza singular do serviço e a notória especialização do contratado.

Assim, não basta o gestor comprovar que o serviço objeto do contrato seja técnico especializado, dentre aqueles indicados no rol do art. 13 da Lei 8.666/93, e que tenha natureza singular. É indispensável a demonstração inequívoca de que somente determinada empresa, ou profissional, por deter conhecimentos específicos naquele ramo de atividade, estaria apta a realizar o serviço que se pretende contratar, isto é, que o executor possua notória especialização, nos termos do § 1º do art. 25 da mesma lei.

A contratação por inexigibilidade, baseada no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, ainda que os serviços estejam listados no art. 13 da mesma Lei, sem que haja a comprovação da natureza singular do serviço e da notória especialização do contratado, configura descumprimento de exigência legal, indo de encontro às normas vigentes e à jurisprudência da Corte de Contas da União.

Tema 44 – Serviços contínuos: modalidade de licitação baseada no valor total do contrato.

Tratando-se de serviço de natureza continuada, o valor a ser usado para a determinação da modalidade de licitação deve incluir todas as possíveis prorrogações do contrato.

A determinação da modalidade licitatória adequada, entretanto, deve basear-se no valor total da contratação, incluindo todas as prorrogações possíveis previstas no instrumento, conforme dispõe o *caput* do art. 8º da Lei 8.666/93. Da mesma forma, o § 5º do art. 23 da

mencionada lei veda expressamente 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.

Com tais dispositivos, o texto legal tem como propósito coibir a fuga da modalidade apropriada de licitação, de forma a assegurar a isonomia, a impessoalidade e o caráter competitivo na contratação de terceiros pela Administração Pública.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União é de que a modalidade de licitação cujo objeto seja serviço de natureza continuada deve ser aquela que inclua em seu limite de valor todas as possíveis prorrogações do contrato (Acórdãos 1.405/2011- TCU - Plenário, 943/2010 –TCU- Plenário, 2.958/2010 - TCU - 1ª Câmara, 244/2009 - TCU - 2ª Câmara, 1.625/2009 - TCU - Plenário, 4.742/2009 - TCU - 2ª Câmara, 15/2008 - TCU - 2ª Câmara, 853/2008 - TCU - 2ª Câmara, 1.594/2008 - TCU - 2ª Câmara e 3.040/2008 - TCU - 1ª Câmara).

Não há maiores divergências de entendimento na doutrina. Na cátedra do Prof. Marçal Justen: “Reputa-se que a perspectiva antevista da vigência do contrato por um período superior ao inicialmente pactuado impõe a adoção de modalidade de licitação compatível com o somatório dos valores dos períodos máximos admitidos. Então, deverá produzir-se a soma dos valores de 60 meses para determinar a modalidade cabível, ainda que a licitação tenha por objeto contratação por período inicial inferior.¹”

Tema 45 – Contratação de serviços de telefonia: obrigatória a licitação.

As contratações de Serviço Móvel Celular (SMC) e Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) devem ser realizadas mediante prévio procedimento licitatório, ressalvadas as situações excepcionais de dispensa ou inexigibilidade previstas em lei, desde que devidamente justificadas e formalizadas.

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 835-836.

Sobre o tema, em Sessão de 11/4/2001, por meio da Decisão 196/2001- TCU - Plenário, foi deliberado a respeito da necessidade de realização de licitação para contratação do Serviço Móvel Celular (SMC), determinando que fosse expedida orientação aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal para que procedessem, nos estritos moldes estabelecidos pela Lei 8.666/93, quanto ao certame e às situações excepcionais.

Posteriormente, na Sessão de 18/9/2002, o Tribunal de Contas da União veio a tratar da contratação da telefonia fixa pela Administração Pública Federal, ocasião em que resolveu ampliar o entendimento firmado na mencionada decisão para incluir a necessidade de realização de procedimento licitatório pelo Poder Público para contratação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), à exceção de situações excepcionais de dispensa ou inexigibilidade, previstas em Lei (Decisão 1.230/2002- TCU - Plenário).

A partir de então, outras deliberações juntaram-se a essas (Acórdãos 469/2010 - TCU - 2ª Câmara, 2.299/2010 - TCU - 2ª Câmara, 2.166/2009 - TCU - 1ª Câmara, 2.313/2009 - TCU - 1ª Câmara, 2.548/2009 - TCU - 2ª Câmara, 540/2008 - TCU - Plenário, 251/2007-TCU - 1ª Câmara e 2.995/2008 - TCU - 2ª Câmara), criando uma sólida jurisprudência no sentido de que as contratações de SMC e STFC só podem ser realizadas mediante prévio procedimento licitatório, ressalvadas as situações excepcionais de dispensa ou inexigibilidade previstas em lei, desde que devidamente justificadas e formalizadas.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no mesmo sentido: “É inafastável a exigência constitucional de legal da realização de licitação, quando se verifica que o objeto do contrato a ser firmado é passível de prestação por mais de uma empresa de telecomunicação”. (STJ, ROMS 15251/CE, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 05.05.2003).

Tema 46 – Necessidade de juntada de documentos aos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade.

Todos os documentos formais apresentados ou gerados em procedimento de licitação, dispensa ou inexigibilidade, devem ser identificados e assinados, quando for o caso, e, posteriormente, juntados ao respectivo processo, numerados sequencialmente e rubricados por servidor competente.

A falta de juntada a processos administrativos de peças importantes exigidas em lei, a exemplo de minutas de contrato e parecer prévio da área jurídica sobre essas minutas e cópia do contrato firmado ou já vigente, dificulta a verificação, pelo próprio ente público e

pelos órgãos de controle, da integridade das informações constante nos documentos, além de poder prejudicar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme demonstrado nos Acórdãos 428/2010 - TCU - 2ª Câmara, 935/2010 - TCU - Plenário, 1.760/2010 - TCU - Plenário, 3.235/2010 - TCU - 1ª Câmara, 657/2009 - TCU - Plenário, 3.037/2009 - TCU - Plenário, 26/2008 - TCU - 1ª Câmara, 568/2008 - TCU - 1ª Câmara, 611/2008 - TCU - 1ª Câmara, 2.349/2008 - TCU - 1ª Câmara e 4.030/2008 - TCU - 2ª Câmara, é no sentido de que todos os documentos formais apresentados em procedimento de licitação, dispensa ou inexigibilidade, ou gerados no procedimento ou em função dele, com identificação e assinatura, quando for o caso, devem ser juntados ao respectivo processo, numerados sequencialmente e rubricados por servidor competente.

Assevera o Prof. Marçal Justen: “Não há margem de discricionariedade acerca d observância de formalidades prévias, as quais devem ser suficientes para comprovar a presença dos requisitos de contratação direta e para legitimar as escolhas da Administração quanto ao particular contratado e o preço adotado.¹”

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 329.

7 Capítulo VI: Obras e Serviços de Engenharia

Tema 47 (Súmula/TCU 185) – Necessidade de processo licitatório para a contratação de serviços de coordenação, supervisão e controle de obras.

A contratação de serviços de coordenação, supervisão e controle de obras deve ser precedida do devido processo licitatório, uma vez que tais serviços não se enquadram nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de que tratam os art. 24 e 25 da Lei 8.666/1993 (Súmula/TCU 185).

Com relação à matéria, a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União, objeto da Súmula/TCU 185, é que a contratação de serviços de coordenação, supervisão e controle de obras deve ser precedida do devido processo licitatório, uma vez que tais serviços não se enquadram nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade. De acordo com a Súmula, é possível a inclusão desses serviços de supervisão, coordenação e controle nas licitações referentes ao projeto de engenharia. Entretanto, esse permissivo não autoriza a contratação direta de serviços de supervisão. Pelo contrário, obriga à realização de licitação, ainda que em conjunto com os demais serviços relacionados ao projeto da obra.

Tema 48 – Autor de projeto básico ou executivo: vedação para participar da licitação.

O autor do projeto básico ou executivo (pessoa física ou jurídica) está impedido de participar, mesmo que indiretamente, das licitações ou contratações remanescentes da obra ou serviço para a qual apresentou projeto de sua responsabilidade. Exceção é sua participação como consultor ou técnico, na fiscalização, supervisão ou gerenciamento, a serviço exclusivo da Administração.

O art. 9º da Lei 8.666/1993 veda expressamente a participação tanto do autor do projeto como de pessoa jurídica a ele vinculada nos certames relativos às obras cujo projeto foi de sua autoria.

Em consonância com o mandamento legal, a jurisprudência da Corte de Contas da União (Acórdãos 486/2011- TCU - 1ª Câmara, 2.395/2011- TCU - 1ª Câmara, 3.031/2009 - TCU - Plenário, 597/2008- TCU -Plenário, 1.039/2008 - TCU - 1ª Câmara, 1.015/2007- TCU - Plenário, 1.477/2007- TCU - Plenário e 1.596/2007- TCU - 1ª Câmara) é no sentido de que o autor de projeto básico ou executivo, pessoa física ou jurídica, está impedido de participar, mesmo que indiretamente, das licitações ou contratações remanescentes da obra ou serviço

cujo projeto é de sua responsabilidade. A exceção é a participação como consultor ou técnico, na fiscalização, supervisão ou gerenciamento, a serviço exclusivo da Administração.

Acerca do alcance da norma em comento, afirma o Prof. Jessé Torres: “A proibição alcança a execução do objeto da licitação pelo contratado, que, em consequência, não poderá subcontratar partes da obra ou do serviço, nem o fornecimento de bens, àquele que incorreu na vedação legal.¹”

Tema 49 – Orçamento detalhado: exigência de composições analíticas dos custos unitários.

As obras e serviços de engenharia somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição analítica de todos os seus custos unitários.

A elaboração de uma planilha orçamentária de quantitativos e preços unitários que não contenha em detalhes todos os itens a serem contratados contraria o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993. Essa impropriedade pode trazer dificuldades para o controle e a gestão do contrato, na eventualidade de alteração quantitativa ou qualitativa de seu objeto por aditamento.

A jurisprudência da Corte de Contas da União é nesse mesmo sentido: as obras e serviços de engenharia somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição analítica de todos os seus custos unitários (Acórdãos 493/2011- TCU - Plenário, 57/2010 - TCU - Plenário, 2.397/2010 - TCU - Plenário, 2.154/2009 - TCU - Plenário, 2.301/2009 –TCU- Plenário, 3.977/2009 - TCU - 2ª Câmara, 374/2009 - TCU - 2ª Câmara, 1.854/2009 - TCU - Plenário, 946/2007- TCU - Plenário, 1.939/2007- TCU - Plenário, 2.049/2008 - TCU - Plenário).

Tema 50 (Súmula/TCU 253) - Necessidade de licitação independente para equipamentos e materiais.

Diante da comprovação da inviabilidade técnica e/ou econômica da realização de licitação independente daquela da obra para a aquisição de equipamentos/materiais, deve-se atribuir BDI inferior a esses itens (Súmula/TCU 253).

¹ Jessé Torres Pereira Júnior, *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, cit., p. 143.

Ocorre que o BDI utilizado para obras é muito mais elevado que aqueles aplicados à aquisição de equipamentos, sendo, por isso, uma opção economicamente desvantajosa para a Administração.

Assim, torna-se necessária a adoção de licitações em separado. Quando isso não for viável, deve ser aplicado BDI diferenciado para os equipamentos.

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte de Contas da União, consubstanciada na Súmula/TCU 253, aprovada em 5/4/2010, é de que, nos casos em que se comprovar a inviabilidade técnica e/ou econômica da realização de licitação independente daquela da obra para aquisição de equipamentos ou materiais, a estes itens deve-se aplicar BDI reduzido em relação àquele adotado para o empreendimento como um todo.

Tema 51 – Estudos técnicos e licenças ambientais: requisitos para obras.

Estudos técnicos e ambientais específicos, com as respectivas licenças prévias, quando for o caso, devem compor o processo e instruir o projeto.

O projeto básico deve obrigatoriamente conter as licenças ambientais requeridas, devendo ainda compreender o estudo de impacto ambiental antecipadamente determinado, a fim de que o empreendimento seja concebido e orçado levando-se em conta as medidas mitigadoras, compensatórias e/ou corretivas do meio ambiente, em cumprimento ao disposto na legislação aplicável, qual seja: art. 10 da Lei 6.938/1981; art. 6º, inciso IX, c/c o art. 12, inciso VII, da Lei 8.666/93 e o art. 8º, inciso I, da Resolução/Conama 237/1997, em se tratando de convênios ou contratos de repasse, ainda deve ser acrescido do art. 25, inciso III, da Portaria Interministerial MP/MF/MCT 127/2008.

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte de Contas da União é de que estudos técnicos e ambientais específicos, com as respectivas licenças prévias, quando for o caso, devem obrigatoriamente compor o processo e instruir o projeto (Acórdãos 870/2010 - TCU - Plenário, 958/2010 - TCU - Plenário, 2.214/2010 - TCU - 2ª Câmara, 3.484/2010 - TCU - 2ª Câmara, 1.580/2009 - TCU - Plenário, 1.620/2009 - TCU - Plenário, 1.726/2009 - TCU - Plenário, 2.013/2009 - TCU - Plenário, 2.367/2009 - TCU - Plenário, e 2.886/2008 - TCU - Plenário).

A doutrina do Prof. Marçal Justen chama a atenção para o fato que o país apenas engatinha no tocante ao respeito ao meio ambiente e aos recursos públicos: “Faz-se uma licitação com fulcro no projeto básico. O vencedor elabora o projeto executivo e submete-o ao

órgão de proteção ao meio ambiente. Na maior parte dos casos, a efetiva outorga da licença ambiental é condicionada a correções e alterações que dão configuração totalmente diversa ao projeto levado à licitação. Logo, licitar obra pública sem licenciamento ambiental e sem projeto executivo é, para usar terminologia vulgar, “dar um tiro no escuro”. Não há a menor garantia de que o cronograma será respeitado nem de que a obra coincidirá com aquela licitada.¹”

Tema 52 – BDI: exigência de detalhamento.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o gestor público deve exigir dos licitantes o detalhamento da composição do BDI. A composição do BDI deve computar o lucro, os impostos incidentes, a administração central e demais despesas indiretas.

O detalhamento seria fundamental para a verificação da adequabilidade dos percentuais utilizados e a não ocorrência de custos computados em duplicidade na planilha orçamentária dos serviços e no BDI.

A falta de exigência editalícia para que os proponentes indiquem os valores do BDI e dos encargos sociais, bem como das suas composições, violaria o princípio da transparência exposto no art. 7º, §2º, inciso II, da Lei 8.666/1993. A ausência de orçamento analítico impediria a averiguação da forma como foram obtidos os valores dos diversos serviços, indo-se de encontro ao disposto no art. 6º, inciso IX, alínea “f”, da referida lei.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre a matéria determina a obrigatoriedade de apresentação de orçamento analítico, com a discriminação dos itens que compõem o BDI, de modo a permitir a aferição dos percentuais utilizados como base para a estipulação da taxa total e a comparação dos preços apresentados pelas licitantes (Acórdãos 1.533/2011- TCU - Plenário, 1.762/2011- TCU - Plenário, 1.802/2011- TCU - Plenário, 1.924/2010 - TCU - Plenário, 2.804/2010 - TCU - Plenário, 3.354/2010 - TCU - 2ª Câmara, 3.908/2010 - TCU - 2ª Câmara, 7.558/2010 - TCU - 2ª Câmara, 374/2009 - TCU - 2ª Câmara, 2.828/2009 - TCU - Plenário, 440/2008 - TCU - Plenário, 2.049/2008 - TCU - Plenário, 2.110/2008 –TCU –Plenário e 818/2007- TCU - Plenário).

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 178.

Esse posicionamento jurisprudencial tem encontrado forte contraponto na doutrina. Entre os doutrinadores que se destacam, o Prof. Marçal Justen arisca-se a vaticinar a revisão da atual jurisprudência dominante no Tribunal de Contas da União, haja vista impositivos de ordem material e econômica (a chamada realidade):

“O TCU tem-se manifestado seguidamente sobre a composição do BDI das propostas formuladas pelos licitantes. Como decorrência, têm sido emitidas orientações relativamente às normas que os editais deverão conter nesse tema. Existe a intenção de promover a padronização da composição do BDI, de modo a que objetos similares sejam submetidos a regras homogêneas no tocante a isso.

Essa solução é problemática, porque envolve uma tendencial eliminação da autonomia privada, assegurada constitucionalmente no âmbito da livre iniciativa e da livre concorrência. A formulação das propostas reflete uma manifestação da autonomia individual. A fixação de regras somente pode ser admitida relativamente a despesas impostas pela lei. Os custos internos do particular não comportam, como é evidente, intervenção e regulação estatal. Cabe ao particular a faculdade de formular os seus custos.

Por outro lado, a pretensão de padronizar o valor de BDI enfrenta o risco de divergências com a realidade. Nem sempre as avaliações do poder público traduzem de modo perfeito e correto as despesas diretas e indiretas efetivamente enfrentadas pelo particular.

Enfim, o “tabelamento” do BDI equivale ao “tabelamento de preços”, largamente praticado no passado pelo Estado brasileiro. Trata-se de uma tentativa de controlar a livre concorrência e de impor unilateralmente os preços praticados pelo setor privado. A dinâmica da atividade econômica privada é incompatível com essas práticas – além de tal solução ser incompatível com o art. 174 da CF/1988. O ponto fundamental reside em que o tabelamento de preços – o que abrange inclusive o tabelamento do BDI – conduz ao afastamento da oferta ou à frustração da qualidade dos produtos ofertados. A constatação da inviabilidade do sucesso e o reconhecimento da insuficiência das boas intenções é apenas uma questão de tempo.¹”

¹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 634.

8 Capítulo VII: Modalidade Padrão: Pregão

Tema 53 – Aquisição de bens e serviços comuns: obrigatório o pregão eletrônico, impondo-se a devida justificativa quando outra opção for utilizada.

Nas licitações realizadas no âmbito da União, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão eletrônico, impondo-se a devida justificativa quando outra opção for utilizada.

O pregão, instituído pela Lei 10.520/2002, impôs importantes alterações na sistemática da licitação. Apesar das grandes vantagens comparativas, em especial a celeridade processual, a aplicação do pregão era, à época da sua criação, facultativa. Entretanto, a partir de 1º de julho de 2005, quando entrou em vigência o Decreto 5.450/2005, essa modalidade licitatória tornou-se obrigatória, preferencialmente na forma eletrônica, para todas as compras e contratações de bens e serviços comuns do governo federal.

Na esteira do mandamento contido nesse normativo, o Tribunal de Contas da União consolidou o entendimento de que, nas licitações realizadas no âmbito da União para aquisição de bens e serviços comuns, é obrigatório o emprego da modalidade pregão eletrônico, que só poderá ser preterida quando comprovada e justificadamente for inviável (Acórdãos 1.455/2011- TCU - Plenário, 1.631/2011- TCU - Plenário, 137/2010 - TCU - 1ª Câmara, 1.597/2010 - TCU - Plenário, 2.314/2010 - TCU - Plenário, 2.368/2010 - TCU - Plenário, 2.807/2009 - TCU - 2ª Câmara, 2.194/2009 - TCU - 2ª Câmara, 988/2008 - TCU - Plenário e 2.901/2007- TCU - 1ª Câmara).

O Prof. Joel Niebuhr, citando trecho de voto condutor de acórdão do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Ministro Weder de Oliveria, destaca em sua obra a aparente antinomia da norma: “O que é a primeira vista um aconselhamento converte-se numa exigência. Na verdade, os dois comandos completam-se no mesmo sentido. A norma de início elege o pregão eletrônico como o ideal, para depois, portanto, fazê-lo obrigatório, a não ser quando inviável¹”.

¹ Joel de Menezes Niebuhr, *Licitação Pública e Contrato Administrativo*, cit., p. 245.

Tema 54 (Súmula/TCU 257) – Utilização de pregão para obras e serviços de engenharia.

A Lei 10.520/2002 não exclui previamente o uso do pregão para contratação de serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado caracterize-se como bem ou serviço comum (**Súmula/TCU 257**).

O pregão, como modalidade licitatória, foi instituído pela Lei 10.520/2002 e regulamentado pelo Decreto 5.450/2000. A questão da contratação de serviços de engenharia por meio de pregão foi discutida intensamente pelo Tribunal de Contas da União, uma vez que, embora a Lei 10.520/2002 indicasse a aplicação da modalidade a quaisquer bens ou serviços comuns, o art. 5º do Decreto 3.555/2000 vedava expressamente aplicação do pregão às contratações de obras e serviços de engenharia.

A despeito da vedação contida no Decreto 3.555/2000, o Tribunal de Contas da União consolidou entendimento de que a Lei 10.520/2002 e o Decreto 5.450/2005 amparam a realização de pregão para a contratação de serviços comuns de engenharia, ou seja, aqueles serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Assim, a jurisprudência da Corte, consubstanciada na Súmula/TCU 257, publicada no DOU de 28/04/2010, é de que Lei 10.520/2002 não exclui previamente o uso do pregão para contratação de serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado caracterize-se como bem ou serviço comum.

Como bem assevera o Prof. Joel Niebuhr: “O que exclui as obras e os serviços de engenharia é o Decreto Federal nº 3.555/00. Daí a questão é que o Decreto não reúne força para criar para criar proibição não necessariamente pressuposta em lei, com o propósito específico de regradar-lhe a execução e a concretização. Por isso, é imperativo admitir a utilização de pregão para outras obras e serviços de engenharia afora os de manutenção predial, desde que de natureza comum, independentemente do art. 5º do Decreto Federal nº 3.555/00.¹”

¹ Joel de Menezes Niebuhr, *Licitação Pública e Contrato Administrativo*, cit., p. 215.

9 Conclusão

A Licitação é um importante instrumento que dispõe a Administração Pública para a realização de suas compras, contratação de serviços e de alienação de seus bens. A matéria mereceu tratamento por parte do legislador constituinte, que previu a sua obrigatoriedade no inciso XXI, do art. 37, da Carta Magna, artigo este totalmente consagrado à Administração.

O Tribunal de Contas da União, órgão de auxílio ao Congresso Nacional na competência constitucional de fiscalização e controle externo da Administração, ocupa posição de destaque na jurisdição administrativa em matéria de Licitações e Contratos Administrativos.

Em sua competência de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (art. 71, II da Constituição Federal) o Tribunal de Contas da União se debruça diuturnamente sobre a tarefa de intérprete originário e privilegiado das normas atinentes às licitações.

A Lei 8.666/1993 como estatuto geral de licitações e contratos vem perdendo terreno ao longo de seus 21 anos de aplicação. Seja por meio de alterações no seu próprio texto, como por intermédio de promulgação de novas leis tratando de forma diversa uma série de seus institutos.

A Lei 10.520/2002, que instituiu o Pregão como nova modalidade de Licitação, se não previu a extinção legislativa da modalidade Convite, de fato derogou esta, e se impôs como um padrão obrigatório de aquisição de bens e serviços comuns, que abrigam importante número dos processos hodiernamente executados pela Administração Pública.

Em seguida a verdadeira revolução que o Pregão gerou nos processos de licitações, foi promulgada a Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), previsto inicialmente para contemplar as obras previstas para a realização da Copa das Confederações FIFA, da Copa do Mundo FIFA, e das Olimpíadas do Rio, em 2016, foi ampliado para contemplar as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) – Lei 12.688/2012 -, as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino – Lei 12.722/2012 – e, por fim, as obras e serviços de engenharia voltadas para o Sistema Único de Saúde (SUS) – Lei 12.745/2012.

No Capítulo I foi constatada a reiterada reafirmação por parte do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca da supremacia das normas gerais de licitações e da jurisdição do próprio tribunal acerca do tema, a responsabilização do parecerista jurídico e do gestor no processo licitatório.

No Capítulo II, que trata dos editais, verificou-se a preocupação da jurisprudência do TCU com os princípios que informam o processo: vinculação ao instrumento convocatório, a publicidade, a racionalidade, a padronização dos objetos, tendo em vista a possibilidade de anulação do certame em caso de descumprimento desses mesmos princípios.

No Capítulo III, de questões concernentes à habilitação, importou destacar um verdadeiro cerco ao mau gestor, que tenta utilizar os institutos normativos com intenção de fraudar o processo licitatório. Destarte, uma série de vedações por parte do TCU às exigências descabidas com intuito de favorecer determinados grupos: às certidões de quitações de obrigações e outros documentos não previstos por lei; de prévio cadastramento no Sicaf; aos índices contábeis de liquidez não justificados e/ou inadequados; e às exigências sem limites de comprovação de qualificação técnica, atestados e garantias.

No Capítulo IV, que trata do julgamento, homologação e recursos, foram apresentados os dois primeiros enunciados da Súmula do TCU, ressaltando a reedição de julgados a respeito da necessidade da adjudicação por itens e não por preço global e, da presunção *iuris tantum* do instituto da inexecutabilidade.

As exceções legais à regra de licitar foram tratadas no Capítulo V, matéria em que foram sumulados três novos temas: a observância dos requisitos para dispensar com fulcro no inciso XXIII, do art. 24, Lei 8.666/1993; para dispensar em caso de instituição sem fins lucrativos; e, a respeito dos requisitos para a contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade, nos termos do disposto no inciso II, do art. 25, da Lei 8.666/1993.

No Capítulo VI (Obras e Serviços de Engenharia) foi verificada uma importante divergência entre a jurisprudência e a doutrina. Apesar da concordância nos temas sumulados: da necessidade de processo licitatório para a contratação de serviços de coordenação, supervisão e controle de obras e da necessidade de licitação independente para equipamentos e materiais, e, ainda da necessidade de estudos de impacto ambiental como requisitos para licitação de obras, encontra-se uma diametral visão de princípios constitucionais entre reiterados julgados do TCU no sentido da exigência de detalhamento do

BDI e a doutrina. O Prof. Marçal Justen, que dispensa apresentação em todos os fóruns jurídicos em que ministra suas lições, entende que a exigência interfere no princípio da autonomia privada – de dignidade constitucional – e que, no futuro, o Tribunal de Contas da União irá constatar a inviabilidade do sucesso e o reconhecer a insuficiência de suas boas intenções.

No Capítulo VII (Pregão) foi apresentado um novo enunciado da Súmula do TCU, que possibilita o uso da modalidade Pregão para obras e serviços de engenharia comuns e consagra a forma eletrônica como padrão obrigatório de pregão no âmbito da execução da despesa realizada com recursos públicos federais.

É cediço que o Direito está sempre em transformação, destarte não foi com surpresa que no curso do presente trabalho de pesquisa surgiu e tramitou com grande velocidade no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado 559/2013, que estabelecerá a partir de aprovado, promulgado e publicado novos marcos para o processo licitatório no Brasil. A sociedade clama por uma gestão pública mais transparente e eficiente, que o novo diploma legislativo venha a contribuir com esses objetivos.

10 Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CITADINI, Antônio Roque. **O Controle do Tribunal de Contas**. Artigo publicado em <http://www.citadini.com.br/palestras/p980909.htm>, acessado em 16/12/2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª Ed. Distrito Federal: Editora Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos: Comentários a Lei n. 8.666/93, com as alterações da Lei n. 9.648/98, e análise das Licitações e Contratos na EC n. 19/98 (Reforma Administrativa)**. 5ª Ed. atual. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 8ª Ed. rev., atual. E ampl. Curitiba: Zênite, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3ª Ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6ª Ed. São Paulo: Renovar, 2003.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira e outros. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª Ed., revista e ampliada, 3ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2006.