Fiscalização a serviço da sociedade

REVISTA 00

Revista do Tribunal de Contas da União • Brasil • ano 47 • número 134 • Setembro/Dezembro 2015





### República Federativa do Brasil

### Tribunal de Contas da União

### **MINISTROS**

Aroldo Cedraz de Oliveira, Presidente
Raimundo Carreiro, Vice-Presidente
Walton Alencar Rodrigues
Benjamin Zymler
Augusto Nardes
José Múcio Monteiro
Ana Arraes
Bruno Dantas
Vital do Rêgo

### **MINISTROS-SUBSTITUTOS**

Augusto Sherman Cavalcanti Marcos Bemquerer Costa André Luís de Carvalho Weder de Oliveira

### MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Paulo Soares Bugarin, Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, Subprocurador-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, Subprocuradora-Geral Marinus Eduardo de Vries Marsico, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé, Procurador



© Copyright 2015, Tribunal de Contas da União Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desta publicação, em parte ou no todo, sem alteração do conteúdo, desde que citada a fonte e sem fins comerciais.

### www.tcu.gov.br

### Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

### Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável

Revista do Tribunal de Contas da União. - v.1, n.1 (1970) - . - Brasília : TCU, 1970- .

٧.

De 1970 a 1972, periodicidade anual; de 1973 a 1975, quadrimestral; de 1976 a 1988, semestral; 1989, quadrimestral; 1990 a 2005, trimestral; 2006, anual; a partir de 2007, quadrimestral.

ISSN 0103-1090

1. Controle de gastos públicos – Brasil. 2. Controle externo – Brasil. I. Tribunal de Contas da União.



#### **FUNDADOR**

Ministro Iberê Gilson

### **SUPERVISOR**

Ministro Aroldo Cedraz de Oliveira

### **CONSELHO EDITORIAL**

Ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti Procurador-Geral Paulo Soares Bugarin Eduardo Monteiro de Rezende Rainério Rodrigues Leite Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

#### RESPONSABILIDADE EDITORIAL

Instituto Serzedello Corrêa Secretaria de Comunicação Social

### COLABORADORES

Biblioteca Ministro Ruben Rosa Centro de Documentação

### TRADUÇÃO

Secretaria de Relações Internacionais

### Projeto Gráfico

Pablo Frioli

### **Imagens**

iStock

### Diagramação, capa e fotomontagens

Núcleo de Criação e Editoração/Secom

### Núcleo de Criação e Editoração/Secom

SAFS Quadra 4 Lote 1 Edifício Sede - Sala 342 Brasília-DF 70.042-900 (61) 3316-5081/7929 revista@tcu.gov.br

Impresso pela Sesap/Segedam

### Carta ao Leitor

### Prezado leitor

A presente edição da Revista do Tribunal apresenta a temática de substancial relevância para a Administração Pública, considerando, especialmente, o ambiente de restrição orçamentária que vivemos no momento, no caso, o processo licitatório. A contratação de bens e serviços no setor público tem adquirido importância crescente nos últimos tempos, merecendo o acompanhamento cada vez mais presente da sociedade, o que tem exigido do Estado preocupação constante com a racionalização dos dispêndios com tais operações.

Nesse sentido, deve-se buscar viabilizar a aquisição de produtos e a realização de serviços com o padrão de qualidade desejado, ao menor custo possível e no tempo adequado. Para tanto, é imprescindível que se promova o uso eficiente das quantias disponíveis para satisfazer adequadamente as demandas cotidianas e as inovadoras, resultando, por conseguinte, na redução de desperdícios. Essa é a constância vivenciada na casa de cada brasileiro e não pode ser diferente na Administração Pública.

Se cada organismo do Estado adotar critérios racionais e eficientes na utilização dos recursos resultantes dos tributos pagos pelos cidadãos brasileiros, como prioridade de sua gestão, esta iniciativa irá incentivar ações que, no plano macro, resultarão em beneficio para toda a sociedade. Conforme nos ensina o filósofo e economista Adam Smith, a busca de interesses econômicos individuais contribui para a promoção do que deseja a coletividade, uma premissa que vale tanto na iniciativa privada quanto na pública.

Com a crescente demanda por bens e serviços em todo o País, gerando a premência de que o Estado viabilize o desenvolvimento econômico e social, necessário se torna adotar mecanismos de controle que garantam a regularidade da aplicação dos recursos disponíveis, com eficiência e eficácia, seguindo princípios como da transparência e da isonomia. Um dos procedimentos mais importantes neste sentido é a licitação.

O processo licitatório é, portanto, assunto da mais alta relevância para Administração Pública e para o País como um todo. É um instrumento que permite ao gestor público utilizar o poder de compra do setor estatal para gerar benefícios econômicos e socioambientais, com o incremento do emprego e da renda, cumprindo, assim, a função social da licitação. A aquisição de produtos mais sustentáveis pelo Estado, por sua vez, pode estimular o mercado e os fornecedores a desenvolverem abordagens inovadoras e a aumentarem a competitividade da indústria nacional.

Nesse contexto, os seis artigos incluídos nesta edição da Revista do TCU apresentam questões importantes, relacionadas com o processo licitatório, como a participação de consórcios empresariais e de cooperativas nos certames; a indicação de marca na hora de definir o objeto da licitação; e os procedimentos que podem levar a descaracterização do objeto contratual, tópicos estes que levarão o leitor a refletir sobre matérias direta ou indiretamente associadas a questões econômicas, jurídicas, sociais e de inovação.

No mesmo sentido, a nova seção incorporada à presente Revista a partir desta edição – Opinião – apresenta considerações relevantes sobre o papel no Tribunal no aprimoramento dos processos de aquisições públicas, inclusive com a utilização de ferramentas modernas de tecnologias da informação nas ações de controle aplicáveis ao setor.

Em relação aos destaques, ressalto a relevância da criação de uma Unidade Técnica na estrutura da Secretaria do Tribunal que será responsável pela fiscalização das operações especiais em infraestrutura e o balanço das ações e inciativas realizadas pelo TCU no exercício da Presidência da Organização Latino-Americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores – Olacefs.

Igualmente oportuna é a entrevista com o Ministro Vital do Rêgo, na qual ele apresenta aspectos relevantes da sua vida pública e a sua percepção quanto à evolução que o processo licitatório vem experimentando e à atenção que a Administração Pública tem dispensando ao tema, especialmente no que diz respeito à necessidade de excelência nos ritos processuais previstos na legislação e também na capacidade técnica do corpo funcional responsável pela condução dos respectivos procedimentos.

Boa leitura!



**Aroldo Cedraz de Oliveira**Presidente do Tribunal de Contas da União e Supervisor do Conselho Editorial da Revista do TCU.



# Entrevista Ministro Vital do Rêgo

6 Modernidade e legalidade



### Destaques

- **10** Evento de Diálogo Público discute governança nas aquisições da administração pública
- TCU conclui parecer sobre contas do governo referentes a 2014
- **14** TCU faz balanço de ações e iniciativas realizadas no exercício da Presidência da Olacefs

### Opinião

- **16** Do TCU e das Aquisições Públicas
  - Frederico Julio Goepfert Júnior Secretário Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog)



### Índices e endereços

Índice de assuntoÍndice de autorEnderecos65

### Artigos

- 18 A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo.

  Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93
  - Luiz Claudio de Azevedo Chaves
- 28 A participação de consórcios empresariais em procedimentos licitatórios: Livre escolha da Administração licitante?
  - João Paulo da Silveira Ribeiro
  - João Pedro Accioly Teixeira
- A indicação da marca na hora de elaborar a descrição do item dentro da modalidade pregão presencial
  - Fabricio Daniel Nichele
- **42** A Descaracterização do Objeto Contratual: Casos do TCU
  - Sidcley Dalmo Teixeira Caldas
- A Participação das Cooperativas em Licitações Públicas e a Função da Apresentação do Documento Denominado "Modelo de Gestão Operacional"
  - Aniello dos Reis Parziale
- Criação de Hipótese de Dispensa de Licitação por meio de Lei "Promulgada": Um Caso de Inconstitucionalidade no Estado do Amazonas
  - Carlos Eduardo Araujo de Assis



# Modernidade e legalidade

### Vital do Rêgo

Ministro do Tribunal de Contas da União

Médico e advogado, o ministro Antônio Vital do Rêgo Filho passou a integrar o TCU no início de 2015. Veio do Senado Federal, onde presidiu de comissões que discutiram importantes fatos para a vida do País, como a de Constituição e Justiça (2012 a 2014) e a Comissão Parlamentar Mista de Inquerito da Petrobras (2014), além da comissão externa para acompanhar o programa de transposição e revitalização do Rio São Francisco. Antes do Senado, já possuía ampla experiência legislativa, como vereador, deputado estadual e federal. Agora no TCU tem a missão de relatar processos de funções de governo abrangentes como previdência, relações exteriores e esporte. Nessa entrevista à Revista do TCU, ele destaca a evolução na Lei de Licitações, explica o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), e ainda aborda as fiscalizações que coordenou na previdência e na área de energia elétrica.

1. O senhor é formado em Medicina e Direito e começou a vida parlamentar (primeiro como vereador, depois deputado estadual, federal e senador) em 1988, bem no ano em que nossa atual Constituição foi promulgada. Nesse meio tempo, o senhor pode acompanhar a evolução dos serviços públicos e o fortalecimento da democracia. Levando em consideração sua vasta trajetória política, como o senhor percebe a evolução do Estado na área de licitações e contratos?

Em tempos pretéritos, a administração pública se limitava a lotar servidores qualificados somente para os setores de licitações e contratos, para desempenho das atribuições relativas às comissões de licitação e de formalização de contratos.

Acreditava-se que se um processo de contratação tivesse seu objeto realizado com tempestividade e qualidade, seria mérito exclusivo do setor de licitações e contratos e, caso contrário, a culpa recaía tão somente sobre aqueles servidores lotados nesses setores.

Ledo engano! Com o passar do tempo, destacando-se que o Tribunal de Contas da União (TCU) teve papel fundamental por seus inúmeros acórdãos, a administração pública passou a perceber que o processo de contratação é, na realidade, resultado de uma grande engrenagem, com vários atores protagonizando papéis relevantes para o sucesso ou o insucesso de uma contratação.

A reforçar tal assertiva ouso afirmar que, com base na própria jurisprudência do TCU, duas são as principais causas de insucesso em contratações públicas: falha ou ausência de planejamento e/ou de fiscalização.

Como regra, quem deve ficar à frente do planejamento da contratação, elaborando o projeto básico ou

o termo de referência, bem como o orçamento estimado, é o próprio setor que busca a contratação, sendo o detentor do conhecimento técnico, isto é, quem domina tecnicamente o objeto a ser contratado.

E é justamente desse setor demandante da contratação que deve ser escolhido o servidor para desempenhar a função de fiscal do contrato. Certamente deve ser um daqueles que mais conhecem os aspectos técnicos relacionados à execução do objeto a ser contratado. Portanto, o setor que demanda a contratação assume um papel de grande relevância para o sucesso ou o insucesso de um determinado processo licitatório.

De maneira geral, a administração pública está mais consciente de que de nada adianta ter excelentes pregoeiros ou membros de comissões licitatórias, com profundo conhecimento dos ritos processuais previstos na legislação, sem um corpo funcional competente para instruir tecnicamente o objeto a ser contratado, encaminhando soluções técnicas adequadas à execução desse objeto, bem como descrevendo claramente o mercado em que esse objeto esteja inserido.

Houve, sim, nítidos avanços na seara administrativa, mas ainda há um longo caminho a trilhar, principalmente porque a sociedade reivindica da Administração, com toda legitimidade, cada vez mais eficiência no trato da coisa pública.

É o controle social e legal sobre todos que geram recursos públicos, constituídos basicamente do pagamento de tributos pela sociedade.

2. Depois da instituição do Regime Diferenciado de Contratações, alguns críticos alegam que a Lei 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, denominada "Lei de Licitações", ne-

cessita ser alterada. Essa alegação ganha reforço diante dos recentes escândalos do País, relacionados aos processos licitatórios. O senhor acredita que seja o caso de se alterar a Lei de Licitações?

Não se pode olvidar que a Lei de Licitações, editada em 1993, teve como principal finalidade o combate à fraude e ao conluio, de forma a evitar os escândalos vividos naqueles tempos, como os da "CPI do orçamento" e os dos "Anões do Orçamento", dentre outros do gênero.

Daí vem o viés mais burocrático da nova lei, mais focada na parte procedimental das licitações.

Acompanhando a evolução legislativa da matéria veio a edição da Lei do Pregão, trazendo inovações procedimentais que propiciaram muito mais celeridade às licitações, tais como: inversão de fases, etapa de lances, etapa recursal única, uso de recursos de tecnologia da informação, sobretudo com a adoção do pregão eletrônico.

O uso do pregão eletrônico passou a ser cada vez mais estimulado e incentivado, inclusive pelo próprio TCU.

Mas havia um sério problema. É que a legislação do pregão veda o uso dessa modalidade licitatória para obras. Talvez tenha sido essa a grande inovação propiciada pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), isto é, permitir indiretamente o uso do pregão para contratação de obras.

Por que indiretamente? Na verdade, a Lei do RDC (Lei 12.462/2011) introduziu no mundo jurídico uma nova modalidade licitatória, que alguns doutrinadores denominam de modalidade 'RDC', associando a essa modalidade um rito praticamente idêntico ao do pregão, mas prevendo a aplicação

desse rito inclusive às contratações públicas para obras.

Não por outra razão se costuma dizer que o RDC é, em essência, "um pregão para obras".

Ademais, a legislação do RDC incorporou muito da jurisprudência do TCU. Interpretações e orientações do TCU amparadas nos princípios de forma ampla – que não somente os da legalidade estrita – encontram-se positivadas no RDC.

Aliás, tenho apenas duas ressalvas em relação ao regime jurídico do RDC: a **contratação integrada e o orçamento sigiloso**.

A primeira, pela grande dificuldade da orçamentação sem a elaboração de prévio projeto básico pelo órgão contratante, licitando-se com base em um anteprojeto.

Já a segunda, pela ausência de transparência, ou seja, publicidade no preço que a administração se dispõe a pagar, podendo levar a negociatas em troca de informação privilegiada.

Mais do que uma simples alteração na Lei de Licitações, o que se tem hoje é um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional (PLS 559/2013) por meio do qual se busca consolidar a Lei 8.666/93, a Lei do Pregão e o RDC, extraindo-se o que há de melhor nessas três normas e fazendo surgir o chamado Código Nacional de Licitações e Contratos.

Ao contrário do que defendem alguns, os recentes escândalos que vieram à tona principalmente com a chamada "Operação Lava Jato" não são consequência exclusiva de falhas existentes em nossa legislação. O problema é muito mais amplo e transcende a dimensão normativa.

3. Como dotar as licitações de modernidade e, ao mesmo tempo, respeitar sempre os princípios que regem a Administração Pública

### (legalidade, impessoalidade, economicidade)?

A iniciativa de conciliar a modernidade com a observância de princípios teve sua origem formal em 1998 por intermédio da edição da Emenda Constitucional 19, com a inserção, no texto constitucional, do princípio da eficiência, que passou a figurar no caput do art. 37, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade.

E um dos grandes méritos da legislação do pregão foi o de inovar com procedimentos administrativos que conciliam, particularmente, legalidade e eficiência. É importante frisar que essa harmonia entre os princípios da legalidade e da eficiência, também se faz presente no âmbito do RDC.

O respeito aos princípios constitucionais e legais, entre eles o da legalidade, impessoalidade, igualdade, eficiência e economicidade, não representa óbice algum à modernidade.

Não há qualquer tipo de conflito entre modernidade e observância de princípios, até mesmo porque, sob a ótica da legalidade estrita, hoje identificamos condutas positivadas, que cada vez mais prestigiam outros princípios, a exemplo da previsão de uma etapa de negociação no âmbito do pregão, logo após a fase de lances.

Essa abordagem é feita com base nos princípios em toda a sua integralidade. Os aplicadores do direito utilizam os princípios, inclusive na busca da melhor interpretação para as próprias leis.

É bom que se diga que o princípio da legalidade não é o princípio mais importante, aquele que sempre deve prevalecer no caso concreto.

Em muitos casos, e o TCU tem jurisprudência consolidada, o princípio da legalidade acaba perdendo força para outros princípios, justamente na busca da melhor solução para o caso concreto, os quais, assim como o

princípio da legalidade, também têm amparo na ordem jurídica vigente.

Como exemplo, posso citar os princípios da economicidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da continuidade administrativa, da busca da proposta mais vantajosa, da eficiência, do interesse público etc. A modernidade que se anseia para as nossas licitações está justamente no convívio harmônico de todos esses princípios.

# 4. No Congresso Nacional, o senhor propôs e discutiu leis que viriam a impactar e melhorar a vida do cidadão. Como essa experiência contribui para sua atuação aqui no TCU?

O Congresso Nacional é grande formulador da legislação brasileira e, por ele, tive a oportunidade de vivenciar todas as etapas de uma construção legislativa em busca da melhoria de vida dos cidadãos, como deputado federal e senador.

Agora posso utilizar esse aprendizado nas matérias de competência do TCU, interpretando as leis e julgando com o sentido teleológico da lei.

Como exemplo, posso citar a minha participação como relator da reforma da lei de licitações, atualmente em tramitação no Senado Federal, que será de grande utilidade para meus julgados, além de indutora de outras centenas de iniciativas possíveis.

### 5. Em 4 de fevereiro, o senhor completará um ano como ministro dessa Corte de Contas. Qual o balanço que faz desse seu primeiro aniversário de TCU?

Faço um balanço extremamente positivo, além das minhas melhores expectativas. É uma honra ter sido conduzido a esta casa, primeiramente pelos desígnios de Deus e posteriormente pelo apoio dos meus pares do Congresso

Nacional, que me indicaram a ministro do TCU.

Para quem galgou todos os mandatos legislativos ao longo de 26 anos no parlamento, eleito pelo voto popular, como vereador, deputado estadual, deputado federal e senador, é muito profícuo fazer parte de uma casa que tem profunda relação com o Poder Legislativo, praticando a execução do controle externo a serviço da sociedade.

Quero agradecer a extrema cordialidade e amizade com as quais fui recebido no tribunal, vindas dos colegas ministros, dos servidores e de nossos assessores, o que facilitou muito a minha adaptação a uma nova vida laboral.

### 6. No último novembro, o TCU realizou, com a coordenação do seu gabinete, um Diálogo Público sobre a sustentabilidade da previdência. Quais foram as principais constatações desse momento de diálogo com a sociedade?

Em primeiro lugar é importante ressaltar que essa iniciativa do TCU foi exemplar, na qual se buscou debater publicamente os problemas da previdência social do país em busca de soluções que só serão possíveis com a participação de toda a sociedade brasileira e, em especial, com a participação dos órgãos da administração pública das três esferas de governo.

Em termos gerais, conclui-se que a sustentabilidade da previdência social, e consequentemente seu impacto na agenda fiscal brasileira, é um problema crônico por conta de dois aspectos de relevada importância:

 a redução da arrecadação devida aos problemas conjunturais relativos à crise econômica, aliada à mudança do perfil demográfico do país, com uma participação cada

- vez maior de pessoas com idade avançada e que não contribuem para a previdência social e;
- o elevado nível de desinformação da sociedade sobre o atual estado da previdência social, seja no Regime Geral (gerido pelo INSS), seja nos Regimes Próprios (geridos pela União, estados, distrito federal e municípios), impossibilitando que o tema alcance o grau de importância que deveria na sociedade e, consequentemente, pressionando os governos a buscar as medidas necessárias para o cumprimento de suas responsabilidades com o sistema previdenciários.

Como resultado dos debates neste diálogo público, podem ser destacadas algumas medidas consideradas mitigadoras do impacto dos gastos previdenciários nas contas públicas:

- necessidade de avançar na implementação da aposentadoria complementar;
- 2. fim da aposentadoria por contribuição, utilizada em apenas 13 países no mundo, entre eles o Brasil;
- 3. o retardamento das aposentadorias;
- 4. a redefinição do acesso aos benefícios:
- 5. a diminuição gradativa da diferença entre os gêneros e,
- 6. a convergência de regras dos regimes geral e próprio.

Por fim, foi ressaltado o imprescindível serviço que o TCU vem prestando ao Congresso Nacional e à sociedade brasileira, no qual, desde 2012, vem fornecendo informações sobre a sustentabilidade da previdência social do país, deliberadas por diversos acórdãos, a exemplo do AC 3414-2014-P, relativo ao

relatório sistêmico da Previdência Social do Brasil: do AC 2314/2015-P, que trata sobre o risco de insolvência dos regimes previdenciários e do AC 2710/2015-P, que trata de um estudo comparado, entre o regime geral da previdência no Brasil e o de alguns países da União Europeia e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), assim como também trata da auditoria coordenada que está atualmente em curso para avaliação da solvência dos regimes previdenciários próprios dos estados e municípios.

### 7. O senhor também foi o relator do Relatório Sistêmico de Energia Elétrica (Fisc Energia Elétrica). O que o TCU encontrou nesse trabalho?

Encontramos diversos problemas estruturais, com destaque para:

- Superavaliação das garantias físicas das usinas geradoras,
- Falta de medidas para a repotenciação ou modernização das usinas geradoras;
- Elevado índice de perdas elétricas no sistema;
- Construção de usinas hidrelétricas exclusivamente a fio d'água.
- Atrasos sistêmicos e descompassos na conclusão dos novos empreendimentos;
- Indefinições relacionadas ao vencimento das concessões antigas.

### 8. O que o senhor espera da atuação do TCU no ano de 2016?

Será um ano de consolidação dos nossos avanços, com auditorias que respondam cada vez mais aos anseios de uma sociedade sedenta pela melhor aplicação dos recursos públicos.

Tenho a consciência que, nesse ano que passou, procuramos aperfeiçoar nossa jurisprudência e modernizar nossos trabalhos.

Todavia, há muito o que ser feito, e temos ferramentas para avançar ainda mais, contando com tecnologia e pessoal eficientes e, acima de tudo, com o espírito comprometido com o futuro do Brasil.

é grande formulador da legislação brasileira e, por ele, tive a oportunidade de vivenciar todas as etapas de uma construção legislativa em busca da melhoria de vida dos cidadãos, como deputado federal e senador.



# Evento de Diálogo Público discute governança nas aquisições da administração pública



Tribunal de Contas da União (TCU) realizou, no último dia 23 de novembro, o evento Diálogo Público: Governança das Aquisições – Encontro com o Controle Externo. A programação buscou fomentar debates sobre aquisições na administração pública federal.

Na abertura, o ministro do TCU Augusto Nardes destacou as contribuições do tribunal para a melhoria da governança nas aquisições. Nardes exibiu dados sobre auditorias em estatais brasileiras que, nos últimos cinco anos, geraram economia de aproximadamente R\$ 100 bilhões. "A falta de planejamento nas aquisições, seguidas por aditivos nos contratos, compromete a entrega dos serviços e produtos para a sociedade. Isso pode ser visto na educação, por exemplo. No ano de 2014,

apenas 27% dos serviços foram entregues", afirmou.

A Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) apresentou os resultados obtidos na fiscalização de orientação centralizada (FOC) conduzida sobre as contratações de serviços terceirizados de limpeza, vigilância e transporte. "O objetivo foi avaliar se as práticas de governança e gestão de aquisições adotadas por órgãos e entidades da

administração pública estavam de acordo com a legislação e aderentes às boas práticas", explicou o titular da 4ª Diretoria da Selog, Ítalo Pinheiro Figueiredo.

A FOC, coordenada pela Selog, abrangeu os temas governança das aquisições, controles da gestão das aquisições, controles internos em nível de atividade no processo de aquisições e controles internos e conformidade das contratações e foi executada por unidades do tribunal, incluindo secretarias de controle externo nos estados do Amazonas, Ceará, Pará, Pernambuco e Rio de Janeiro.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios) participou do evento e apresentou critérios de qualidade em serviços de limpeza a partir da experiência da empresa no assunto. Segundo a gerente corporativa dos Correios, Mônica Ferreira, está em andamento a implantação de um novo modelo de serviços de limpeza na organização, com foco na qualidade. No âmbito da contratação, uma das vantagens do modelo é a transferência para a empresa prestadora de serviços da obrigação de dimensionamento dos recursos humanos e materiais necessários, o que permite a racionalização do custeio dos serviços. Mônica afirmou que o projeto "permite estabelecer indicadores para a aferição do desempenho e dos resultados dos serviços".

O dirigente da Selog, Frederico Júlio Goepfert Júnior, destacou a criação da unidade e sua importância para o aprimoramento do trabalho do TCU quando se trata especificamente de licitações e contratos. Ele explicou como funciona o processo de trabalho da secretaria e sua relação com a imagem do tribunal em relação a agentes externos. "Estamos buscando mostrar que o TCU não é um órgão de punição,

mas de diálogo", defendeu. Além disso, o secretário ressaltou que é essencial que os gestores compreendam as necessidades de cada setor antes de iniciar o processo de aquisições. "Os problemas verificados pelo TCU em muitas fiscalizações em aquisições e contratos são principalmente graças a falhas na hora de planejar, e para planejar é preciso conhecer", disse.

A Selog continuou sua apresentação falando dos riscos e controles nas aquisições. O auditor de controle externo Renato Braga explicou a importância do processo de gestão e mapeamento de riscos e enfatizou que não se trata apenas da aplicação sistemática de leis. "Contratar não é um rito sistemático de faz ou não faz, é preciso analisar caso a caso e conhecer as necessidades e limitações", defendeu. Para Braga, o desenvolvimento da gestão de riscos é o principal segredo para o aumento efetivo do desempenho de qualquer instituição pública, pois a Selog já identificou que o melhor mapeamento é feito pelos gestores que conhecem suas instituições. Braga também apresentou ferramenta desenvolvida pelo TCU para avaliar os riscos e controles nas aquisições (RCA) que se encontra disponível para consulta na página da Selog no portal do tribunal <www.tcu.gov. br>. O auditor deu detalhes também sobre os resultados do trabalho de análise de governança feito pelo TCU na esfera federal, que identificou inúmeras falhas nos mecanismos de aquisições utilizados pela Administração.

O secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Cristiano Heckert, ressaltou principalmente o papel do Estado no processo, que deve participar do mercado tanto como comprador, para satisfação de suas necessidades, quanto como regulador da oferta de bens e serviços por meio do uso de seu poder de compra. No Brasil, o poder de compra do Estado equivale a um percentual entre 10 e 15% do PIB, podendo atuar como um instrumento a serviço da inovação e da sustentabilidade por meio do qual se pode incentivar o desenvolvimento de novas cadeias produtivas. Para resolver os problemas de logística no Brasil, Heckert propôs a criação de uma carreira específica para a área e de um plano nacional de logística. Como desafio, deve-se explorar o potencial estratégico das aquisições para alavancar o desenvolvimento nacional.





# TCU conclui parecer sobre contas do governo referentes a 2014

ela 80ª vez, o plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) apreciou e emitiu parecer prévio conclusivo sobre as contas da Presidência da República, referentes ao exercício de 2014, em sessão realizada em 7 de outubro de 2015. O tribunal recomendou ao Congresso Nacional a rejeição das contas devido ao não atendimento de princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal. A recomendação pela rejeição das contas não ocorria desde 1937.

Em junho de 2015, o TCU fez um primeiro pedido de esclarecimentos sobre as contas de 2014, com prazo de 30 dias para resposta. O prazo foi estendido em duas oportunidades, após a inclusão de novos fatos ao processo. A Presidente da República apresentou as contrarrazões, mas elas não foram suficientes para justificar as irregularidades e suscitaram a recomendação, pelo tribunal, de rejeição das contas.

Entre as razões que motivaram a recomendação pela rejeição das contas estão a omissão de passivos da União junto ao Banco do Brasil, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) nas estatísticas da dívida pública de 2014, os adiantamentos concedidos pela Caixa Econômica Federal para despesas dos programas Bolsa Família, Seguro-Desemprego e Abono Salarial e os adiantamentos concedidos pelo FGTS para despesas do Programa Minha Casa, Minha Vida.

Também foram consideradas irregulares a ausência de contingenciamento de despesas discricionárias da União no montante de pelo menos R\$ 28,54 bilhões, a inscrição imprópria em restos a pagar de R\$ 1,367 bilhão referentes a despesas do Programa Minha Casa, Minha Vida e a fixação de cronograma mensal de desembolso

para 2014, sem considerar a manifestação do Ministério do Trabalho e Emprego quanto à elevação de despesas primárias obrigatórias, no valor de R\$ 9,2 bilhões e quanto à frustração de receitas primárias do Fundo de Amparo ao Trabalhador no valor de R\$ 5,3 bilhões.

O relator do processo, ministro Augusto Nardes, comentou que "devido à relevância dos efeitos das irregularidades relacionadas à execução dos orçamentos, não afastadas pelas contrarrazões apresentadas pela Presidente da República, não houve observância plena aos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal, às normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais, razão pela qual as contas não estão em condições de serem aprovadas, recomendando-se a sua rejeição pelo Congresso Nacional".

Com base nesses fundamentos, o tribunal recomendou ao Congresso Nacional a rejeição das contas. Durante a sessão, o presidente do TCU, ministro Aroldo Cedraz, disse que o tribunal tem se empenhado para apresentar o melhor produto à sociedade brasileira, buscando aprimorar-se nas mais avançadas técnicas de controle e métodos de análise. "A análise das contas vem acumulando, ano a ano, práticas internacionais modernas de auditoria financeira, além de aperfeiçoar sua atuação em outras áreas, como fiscalizações relacionadas à gestão fiscal e orçamentária", assegurou Cedraz.

### O CONTEÚDO DO PARECER

O parecer do TCU consiste em avaliação do relatório sobre os orçamentos e a atuação governamental, elaborado por diversos órgãos e consolidado pela Controladoria-Geral da União, bem como o Balanço Geral da União, elaborado e consolidado pela Secretaria do Tesouro Nacional. É um diagnóstico sistêmico sobre aspectos relevantes do desempenho e da conformidade da gestão pública federal no ano a que se refere.

O relatório contém informações sobre: o desempenho da economia brasileira no exercício; os instrumentos de planejamento e orçamento; a gestão fiscal, notadamente quanto ao cumprimento dos limites



e parâmetros estabelecidos pela Lei Complementar 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF); a ação setorial do governo a partir da análise dos indicadores e metas dos programas temáticos do PPA 2012-2015; e os resultados da auditoria do Balanço Geral da União referente a 2014.

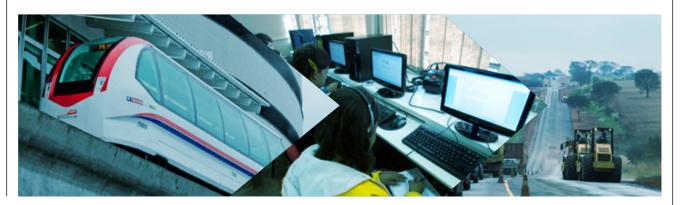
Em complemento ao relatório, o tribunal fornece diagnóstico abrangente referente a 2014 sobre o tema "Governança Pública para a Competitividade Nacional", baseado em levantamento realizado em organizações das esferas federal, estadual e municipal.

### **ORITO**

Até sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, o presidente da República deve apresentar as contas do Governo Federal ao Congresso Nacional – que as encaminha para análise do TCU. O tribunal, então, apresenta seu parecer prévio acompanhado de um minucioso relatório de análise da documentação apresentada.

### O PAPEL DO TCU

A análise técnica das Contas de Governo realizada anualmente pelo TCU é atribuição definida na Constituição Federal de 1988. O secretário de Macroavaliação Governamental do TCU (Semag). Leonardo Albernaz, explica que a documentação oriunda da Presidência da República envolve números grandes e relatórios complexos, de difícil compreensão tanto para cidadãos quanto para os parlamentares. "O papel do TCU é assegurar a transparência e a integridade desses dados, garantir que tanto a sociedade quanto o Congresso Nacional receberão uma prestação de contas fidedigna, confiável e tempestiva". assegura Albernaz. O relatório e o parecer prévio do TCU buscam contribuir para a transparência das ações do governo, emitir opinião sobre as demonstrações contábeis da União, fornecer um panorama do desempenho econômico, analisar a conformidade e o desempenho do planejamento, orçamento e gestão fiscal, analisar a conformidade e a confiabilidade das informações, e fomentar o aperfeiçoamento da governança e da gestão pública.



Setembro/Dezembro 2015

# TCU faz balanço de ações e iniciativas realizadas no exercício da Presidência da Olacefs



Após três anos na presidência do bloco regional, entidade de fiscalização superior do Brasil passa a direção da organização para a Auditoria Superior da Federação, entidade fiscalizadora superior do México a última Assembleia Geral da Organização Latino-americana de Entidades de Fiscalização Superior (Olacefs), realizada em Querétaro, no México, entre os dias 23 e 27 do último mês de novembro, o Tribunal de Contas da União (TCU) passou a direção da organização à Auditoria Superior da Federação, entidade fiscalizadora superior (EFS) mexicana. O TCU presidiu a Olacefs no período de 2013 a 2015.

"Não tenho dúvidas de que valeu, e vale muito a pena, nos dedicarmos às atividades de cooperação no âmbito de nossa Olacefs - uma organização regional que tem sido cada vez mais reconhecida como sinônimo de dinamismo e compromisso com o melhor desempenho e com a inovação. Não somente na condução de reuniões de grande porte como esta, mas, principalmente na adoção de iniciativas que possam promover mudanças substanciais em nossos países", disse o presidente do TCU, ministro Aroldo Cedraz, no encerramento do evento.

### FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL

O fortalecimento institucional da Olacefs foi a marca da gestão do TCU. A média da percepção positiva da Olacefs pelas EFS, que varia de 1 a 4, cresceu de 3,22 em 2013 para 3,60 em 2015. Para garantir esse sucesso contínuo, o tribunal liderou em 2015 um robusto processo de planejamento estratégico da Olacefs, que será concluído em 2016.

Entre 2013 e 2015 ocorreram três assembleias gerais, nove reuniões do Conselho Diretivo da organização e as Jornadas Eurosai-Olacefs, em Quito, no Equador. Ao decorrer desses três anos, algumas instituições passaram a integrar a organização: em 2013, a Controladoria-Geral de Curação e, em 2014, 12 tribunais de contas do Brasil, um da Argentina e o Instituto Rui Barbosa (IRB), do Brasil.

Nesse período, a Olacefs incrementou a integração e a cooperação com a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai) e com grupos regionais, como a Organização Caribenha de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Carosai), a Organização Africana de Entidades Fiscalizadoras Superiores

(Afrosai) e a Organização Europeia de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Eurosai).

Dessa forma pôde aumentar a participação da organização em iniciativas globais e facilitar o intercâmbio de experiências e boas práticas. De 2013 a 2015, ganhou destaque a articulação da Presidência com organizações multilaterais internacionais, em especial com a Agência Alemã de Cooperação Internacional (GIZ), a Iniciativa de Desenvolvimento (IDI) da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Tais alianças estratégicas resultaram na realização de nove auditorias coordenadas, na utilização do Marco de Medição de Desempenho (SAI PMF) e na implementação do Programa 3i.

### **ESTRATÉGIAS**

As auditorias coordenadas fizeram parte de uma ampla estratégia da Presidência da Olacefs para fortalecer a profissionalização e a capacitação dos auditores da região. Desde 2013, 18 EFS participaram de auditorias coordenadas. Dentre os trabalhos já finalizados estão as auditorias em recursos hídricos, petróleo e gás, em biodiversidade, e em governança de tecnologia da informação. Auditorias coordenadas em passivos ambientais e habitação popular ainda estão em andamento. Para 2016, as equipes estão em fase de formação e treinamento para auditorias em fiscalização de obras viárias; em indicadores em educação; e em programas de combate à pobreza.

Os cursos virtuais também ganharam reforço nessa gestão. Mil alunos foram capacitados em 21 edições de dez cursos, voltados, na sua maioria, para a preparação das auditorias coordenadas.

A Olacefs se destacou como o grupo regional da Intosai com maior implementação do Marco de Medição de Desempenho (SAI PMF) – ferramenta que proporciona uma visão estratégica do desempenho das EFS, com base nas normas internacionais de auditoria (issai) e boas práticas estabelecidas para auditoria governamental. A aplicação da metodologia e a capacitação dos auditores ocorreram graças ao apoio técnico e financeiro da IDI e do BID.

A Presidência da Olacefs, em aliança estratégica com a IDI, passou a executar o Programa 3i na região, com o apoio do Grupo de Trabalho para a Aplicação de Normas Internacionais de Auditoria nas EFS da Olacefs (GTANIA). Esse programa busca implementar as normas internacionais de auditoria financeira, operacional e de conformidade.

Após programa de certificação de especialistas para implementação das issai, realizado por 18 EFS, diferentes entidades aplicaram a ferramenta do Programa 3i para avaliação de conformidade com as issais, ou com a Issai Compliance Assessment Tool (Icat), que se refere a ferramenta de detecção de gaps, lacunas ou brechas no desempenho das entidades.

O TCU prossegue seus trabalhos na esfera internacional, agora à frente do Comitê de Criação de Capacidades (CCC) na Olacefs, e também do Comitê de Normas Profissionais da Intosai (PSC), para o qual foi eleito presidente na reunião do Comitê Diretivo da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores realizada em Abu Dhabi, nos Emirados Árabes, também em novembro de 2015.

# Opinião

## Do TCU e das Aquisições Públicas

Tribunal de Contas da União (TCU) exerce papel de destaque quando o assunto é aquisições públicas. Licitações e contratos são um dos temas mais apreciados nas sessões dos Colegiados do Tribunal, tornando-se rica fonte de informação tanto para os administradores como para os estudiosos do assunto. Essas decisões relativas à aplicação de normas gerais de licitação devem ser acatadas pelos administradores dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

E qual é a importância disso? Vale lembrar que aquisições públicas são o meio pelo qual os governos materializam suas políticas públicas e também a própria manutenção da "máquina administrativa", que dá suporte organizacional à consecução dessas políticas. Por meio de licitações e contratos: constroem-se hospitais, escolas, rodovias e refinarias e compram-se medicamentos, vacinas, material escolar, veículos para ações de segurança, equipamentos e serviços de tecnologia da informação, material de expediente, entre outros. Nada no Estado brasileiro funcionaria sem esses bens e serviços, daí a criticidade da matéria!

Ocorre que aquisições públicas não são tão simples como parecem. A compra pública é um processo complexo, com a participação de vários atores, com muitos riscos e muitos regramentos, criados para diminuir os riscos. Para que a administração compre bem, temos que responder e nos ater a quesitos como os postos na seguinte pergunta: para uma determinada necessidade pública, qual é a melhor solução (bens e serviços) que atende ao interesse público com tempestividade, qualidade e na quantidade certa, com requisitos de sustentabilidade, sem ser direcionada, que conceda as preferências previstas no ordenamento jurídico, como as direcionadas para micro e pequenas empresas, e que seja economicamente vantajosaça. Lembrando que proposta mais vantajosa não é a mais barata, mas sim aquela que responde aos quesitos acima!

Depois da escolha da solução e da realização da seleção do fornecedor (licitação), há outra fase bem sensível que é a de recebimento dos bens e dos serviços, ou seja, verificar se as especificações técnicas e os requisitos de qualidade foram entregues, conforme contratado.

Tais ações não são para amadores! O processo é crítico porque exige muitos estudos e capacidade técnica dos gestores e servidores públicos envolvidos. De nada adianta a Administração Pública ter ótimos especificadores na fase de planejamento se não tiver fiscais de contrato conhecedores do bem ou serviço contratado, por exemplo.

Nesse cenário é que entra o TCU na qualidade de indutor de mudanças, seja por meio de seu papel pedagógico na disseminação de boas práticas ou por meio de ações preventivas e corretivas, quando essas se fizerem necessárias.

No processo de especialização pela qual passa o TCU, o tema licitações e contratos ganhou atuação ainda mais pujante quando foi criada a Rede-Log, que é composta pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas



**Frederico Julio Goepfert Júnior** Secretário Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog)

(Selog), que trata somente do controle das aquisições públicas, e pelas Secretarias de Controle Externo nos estados do Amazonas, Pará, Pernambuco, Ceará, Bahia, Goiás, Rio de Janeiro e Santa Catarina, que se apresentam como núcleos regionais especializados na matéria.

Essa configuração faz que o TCU tenha uma equipe qualificada e especializada para fiscalizar as aquisições públicas no país. A atividade de controle materializa-se de várias formas, seja por meio da instrução de processos de representação e de denúncias ou por meio de fiscalizações. A especialização traz uniformidade nos posicionamentos técnicos, bem como tempestividade para atender essas demandas externas pelo TCU.

Além de atuar nos casos concretos submetidos no âmbito desse controle social, o TCU realiza, desde 2013 e por iniciativa própria, fiscalizações com foco em governança das aquisições. A finalidade da boa governança no setor público é garantir que suas organizações atuem sempre conforme o interesse público, com base em princípios como transparência e publicidade, planejamento e controle, moralidade, impessoalidade, legalidade, legitimidade, eficiência e economicidade, entre outros.

A governança das aquisições é a aplicação desses princípios e práticas com foco na função de aquisição das organizações. Desses trabalhos de governança, o TCU, por meio de questionários auto avaliativos, traça o perfil de governança e gestão das entidades públicas. O próprio questionário, que enuncia perguntas sobre quesitos como liderança, estratégia e controle do setor de aquisições de cada órgão, traz uma série de boas práticas que podem ser, desde logo, implementadas pela administração pública. Além dessa "consultoria", o TCU construiu o Índice de Governança das Aquisições (IgovAquisições), calculado por meio de conceitos estatísticos, que fornece aos gestores uma noção do estágio de maturidade da entidade (iniciante, intermediária e aprimorada), bem como uma visão de si em relação às demais entidades (por segmento e pelo universo dos órgãos e entidades federais). O principal resultado desse trabalho foi a expedição de medidas estruturantes (determinações e recomendações) aos órgãos governantes superiores (Ministério do Planejamento, Conselho Nacional de Justiça, entre outros) para que orientassem e coordenassem ações para aperfeiçoar a governança das aquisições nos órgãos por eles supervisionados.

Outra importante ferramenta disponibilizada pelo TCU para auxiliar os gestores públicos é Riscos e Controles nas Aquisições (RCA). Essa ferramenta mapeia um processo de aquisições genérico, enumerando as fases, desde o planejamento até a execução contratual, passando, por exemplo, pelos estudos técnicos preliminares e pesquisa de preços. Para cada etapa, identificam-se os riscos associados às atividades realizadas e os possíveis controles para mitiga-los. A ferramenta está disponível a todos no site do TCU na internet (www. tcu.gov.br/selog), especialmente aos gestores públicos que são os responsáveis pela implementação dos controles para mitigar esses riscos.

Além das ações destacadas acima, o TCU investe atualmente, por orientação de sua presidência, no aprimoramento de ferramentas de tecnologia da informação para aperfeiçoar suas ações de controle das aquisições públicas. Há trabalhos de desenvolvimento de ferramentas de busca de dados não estruturados, de identificação de tipologias

na área de aquisições e na disponibilização de painel de controle das aquisições (dashboard). Destaca-se a criação de um modelo probabilístico para definição de amostras para a seleção mais precisa dos objetos a serem fiscalizados.

Somados às ações acima, há também desafios diários ao TCU, como aprimorar as ações para identificar e coibir fraudes, desvios e corrupção nas aquisições públicas, que passam necessariamente pelo uso intensivo de ferramentas de TI e ações de inteligência, bem como na formalização de acordos de cooperação técnica com outros órgãos da Administração Pública e entidades internacionais, a exemplo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Outro desafio para o TCU é compatibilizar medidas de controle estruturantes, que se materializam pela expedição de novas normas, com ações que desburocratizem e deem eficiência e nova dinâmica ao processo de aquisição, como a recomendação para que os OGS reavaliem a necessidade de utilização obrigatória da sistemática de conta vinculada nos contratos de terceirização.

Como visto, a tarefa de controlar as aquisições públicas é hercúlea e ao mesmo tempo nobre, pois, com ações nessa área, o TCU dá um importante passo para cumprir sua missão que é "aprimorar a administração pública em benefício da sociedade por meio do controle externo", contribuindo para que as políticas públicas sejam implementadas mediante compras realizadas com eficiência, isonomia, transparência e economicidade, cumprindo também sua missão constitucional de auxiliar o Congresso Nacional a fiscalizar as despesas públicas na área de licitações e contratos.

# A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo. Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93



### Luiz Claudio de Azevedo Chaves

é jurista especialista em Direito Administrativo. Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas e da PUC-Rio. Professor da Escola Nacional de Serviços Urbanos-ENSUR/IBAM. Autor das obras Curso Prático de Licitações-Os Segredos da Lei nº 8.666/93, IBAM/Lumen Juris, 2011 e Licitações Para Leigos, Alta Books (no prelo). Co-autor da obra Diálogos de Gestão, novas perspectivas, JML, 2013.

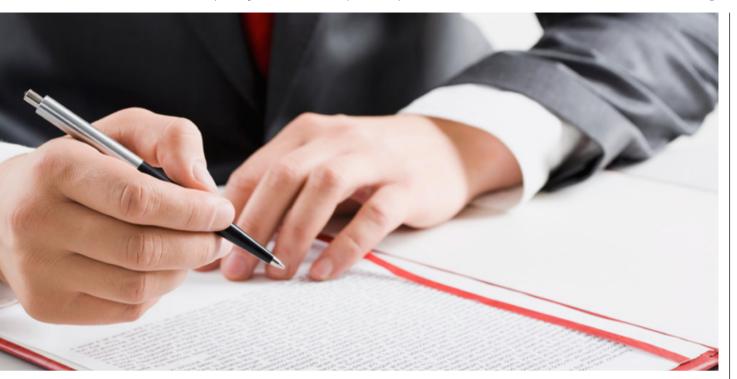
### **RESUMO**

Em que pese a hipótese de contratação sem licitação com prestador de serviço ou fornecedor exclusivo já figurar no macro sistema normativo que norteia as contratações governamentais há várias décadas (já figurava no art. 126, do Decreto-Lei n. 200/67), até hoje os órgãos e entidades do Poder Público encontram dificuldades sobre esse instituto. Não raro, os Tribunais de Contas reconhecem imperfeições e até mesmo ilegalidades cometidas pelos agentes públicos quando da formalização de tais procedimentos. Revisitando este instituto, este trabalho pretende lançar algumas luzes sobre a matéria, abordando questões de ordem prática que surgem no dia a dia da Administração Pública, com o objetivo de que os setores responsáveis por essa espécie de contratação melhor instruam sues processos.

**Palavras-chave:** Licitação. Inexigibilidade. Exclusividade.

### INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – TRAÇOS RELEVANTES

A despeito do valor constitucional insculpido no art. 37, XXI da Carta de 1988, que fixa o princípio do dever geral de licitar como condição de contratação de obras, compras, serviços e alienações a todos os órgãos e entidades da Administração Pública, casos haverá em que o superior atendimento ao interesse público não



será atingido pela realização do torneio licitatório, a licitação poderá se afigurar, inviável, configurando o clássico quadro de inexigibilidade de licitação, apontado no art. 25 da Lei. 8.666/1993. Distingue-se da dispensa de licitação pelo fato de que, nesta última, a licitação é perfeitamente possível, sendo uma alternativa à realização do torneio licitatório, para os estritos casos elencados no art. 24, do mesmo diploma legal.

Um aspecto relevante da inexigibilidade é que os casuísmos em que ela pode surgir são infinitos. Sempre que, por alguma razão, não for viável realizar a licitação, a mesma será considerada inexigível. Se uma Prefeitura Municipal pretende adquirir combustível e a cidade só contar com um posto de gasolina, sendo que o posto mais próximo fica na cidade vizinha, distante 25 kms, seria absurdo (e desnecessário) realizar licitação pois, em caso de vitória desta, por mais baixo que seja o valor, só a ida e volta da viatura, já esvaziaria novamente o tanque. Nessa circunstância, a licitação seria considerada inviável, pois o possível resultado seria danoso para a Administração.

### 2. INVIABILIDADE DE LICITAÇÃO POR AUSÊNCIA DE COMPETIDORES

A inexistência de uma pluralidade de indivíduos aptos a se candidatarem ao contrato pretendido pela Administração faz surgir a mais clássica forma de inviabilidade de competição. Ora, de modo algum seria razoável admitir que a Administração ver-se-ia obriga-

da a desenvolver todos os atos administrativos típicos do torneio licitatório se desde já é sabido a quem será direcionada a contratação, dado ser aquele indivíduo o único existente no mercado com possibilidade de atender ao chamamento. Daí a previsão do art. 25, I da Lei 8.666/93 a qual transcrevemos abaixo:

Art.25 - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

De plano, impende salientar que a hipótese do inciso acima transcrito é destinada às compras em que o fornecedor, distribuidor ou produtor for único ou exclusivo. O que não significa dizer que em caso de haver necessidade de contratar um determinado serviço e este somente puder ser executado por um único prestador, a licitação seria obrigatória por falta de amparo legal. Conforme lição do festejado mestre, Jessé Torres² no sentido de que o inciso não se submete à cabeça

Setembro/Dezembro 2015

do artigo, mas sim, o contrário. Logo, o que importa, e sempre será o relevante, é que o objeto a ser contratado seja fornecido ou prestado por quem é único. É desimportante o fato da exclusividade recair numa hipótese de compra ou de serviço. É que se o objeto do contrato pretendido for um serviço, o enquadramento se dará na cabeça do artigo, e não no seu inciso I. Essa é, inclusive, a orientação da Corte Federal de Contas:

"Abstenha-se de realizar a contratação de serviços com fundamento no inciso I do art. 25 da Lei no 8.666/1993, já que este dispositivo e especifico para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Contrate serviços diretamente, por inexigibilidade de licitação, somente quando restar comprovada a inviabilidade de competição, em consonância com o disposto nos arts. 25 e 26 da Lei no 8.666/1993". (Ac. 1096/2007 Plenário)

Merece especial destaque a anotação de que ser "único" é diferente de ser "exclusivo". Quando o fornecedor é único, a inviabilidade de competição é absoluta, ou seja, de fato não há outro disponível. Quando o fornecedor é "exclusivo", existem outros que fornecem o objeto, mas por uma razão qualquer somente aquele indivíduo é que tem autorização para fornecê-lo. Dizse, pois, que a inexigibilidade é relativa.<sup>3</sup>

Percebe-se a olhos vistos que a hipótese é de impossibilidade fática de haver competição. Se a adminis-

tração pretende adquirir um determinado produto que só se encontra nas mãos de um indivíduo, não há que se falar em disputa ainda que assim o desejasse. Cumpre aclarar que a limitação imposta pelo dispositivo legal, no sentido da impossibilidade de haver preferência de marca, quer significar que o ponto marcante da ausência de competidores não é o produto em si, mas sim a solução técnica a que o produto corresponda e que seja esta a única que atenda à necessidade de interesse público surgida. Esta corrente não encontra discrepância na jurisprudência. Do repositório do TCU, destacamos o seguinte excerto de acórdão:

"Determinar à Casa da Moeda do Brasil para que nas aquisições de materiais com fornecedor exclusivo...comprove nos autos...que inexistem produtos similares capazes de atender as necessidades do serviço, devendo ambas a assertivas estar devidamente comprovadas nos autos, mediante atestados emitidos pelos órgãos competentes". (Ac. 3.645/2008 Plenário)

Portanto, é dever do agente que faz inclinar seu juízo de conveniência e oportunidade na direção da contratação de produto tido por único ou exclusivo (logo, afastando o Dever Geral de Licitar) que demonstre ser esta solução técnica a única adequada para atender a necessidade da Administração, devendo ser afastada a idéia de que haja outras no mercado que tenham as características, funcionalidades ou soluções similares. Do contrário, não estaríamos diante



de uma situação de inexigibilidade, sendo a realização da competição perfeitamente possível, e, via de consequência, obrigatória.

### 3. A INVIABILIDADE DE LICITAÇÃO COM BASE NA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL EXCLUSIVA.

Não nos afastando da ideia central de que a inexigibilidade de licitação está fulcrada na inviabilidade prática de competição, por absoluta ausência de alternativas de contratação, e ainda que os casuísmos nessa matéria são infinitos, forçoso é reconhecer que não raro, casos haverá em que a exclusividade poderá ser até mesmo circunstancial ou transitória. O melhor dos exemplos é o caso de representação comercial exclusiva, que, na lição de Marçal Justen Filho: "...é a figura comercial que se faz presente quando um fornecedor atribui a determinado agente econômico o direito privativo de intermediar negócios em certa região" 4.

A prática tem demonstrado que uma das formas mais frequentes de inexigibilidade por ausência de competidores é aquela que se dá por força de contrato de exclusividade comercial em que a fabricante do produto ou detentor dos direitos de distribuição, ou ainda, da propriedade imaterial (caso das editoras de livros e periódicos ou donos de patentes industriais) entrega à determinada empresa de seu círculo comercial (franqueados, empresas credenciadas ou da sua rede autorizada) a exclusividade de fornecimento/distribuição ou da prestação de serviços. Como dito antes, essa exclusividade pode ser restrita a uma determinada região e até mesmo por período certo. Aduz ainda o citado mestre, a representação comercial é regulada no Direito Pátrio em diversos diplomas legais, apontando, a título de exemplo, a Lei n. 4.886/65 (representação comercial); Lei n. 6.729/79 (concessão de veículos automotores) e a Lei n. 8.955/94 (franquia empresarial). Portanto, a inexigibilidade de licitação alcança não só a representação comercial exclusiva, como também "qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade".5

A fim de melhor ilustrar, imaginemos que uma editora, detentora dos direitos de edição, distribuição e comercialização das obras que publica<sup>6</sup>, venha a confiar a uma única empresa — uma livraria local — o direito de comercializar um ou vários títulos em um determinado Estado. Não se pode negar que esta reserva de mercado é do alvitre da própria editora que, naquele Estado, preferiu não ter uma pluralidade de

livrarias ou livreiros em detrimento da exclusividade de uma única empresa. Portanto, caso a Administração Pública local venha necessitar adquirir justamente tais títulos, configurada estaria a inviabilidade de competição ao passo em que a editora (dona dos direitos de edição, distribuição e venda) autorizou apenas uma certa empresa a comercializá-las, excluindo-se também da venda. Caso típico de inexigibilidade relativa, onde, em princípio, mesmo havendo vários indivíduos de outras localidades com disponibilidade do mesmo produto, em caráter circunstancial decorrente da existência de contrato de representação comercial exclusiva, somente uma empresa estaria autorizada pela detentora dos direitos de distribuição a comercializar tais obras naquele Estado. Cumpre frisar que sobre esse aspecto não há controvérsia. O eminente jurista Marcos Juruena reconhece que "a exclusividade também pode ser comprovada através de contrato de exclusividade (distribuição, representação, licenciamento etc)".7

Interessante hipótese foi tratada pela Corte Federal de Contas no Acórdão nº 095/2007 – Plenário, da relatoria do festejado Min. Benjamin Zymler, no qual analisou diversas aquisições de medicamentos pela Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba fundada em inexigibilidade de licitação com representantes comerciais locais exclusivos. No caso analisado, a SES/PB se baseou em declarações dos laboratórios fabricantes (detentores das respectivas patentes) que atribuíram exclusividade específica para a contratação pretendida. À guisa de exemplo, veja-se o teor de uma das declarações apresentadas por um dos laboratórios, lavrada em 02.04.2003, constantes dos referidos autos. mas com as devidas omissões:

"Declaramos para os devidos fins que, a empresa (omissis), inscrita no CNPJ/MF sob o n°. (omissis), com sede à (sic) (omissis), estará como representante exclusiva do produto Pegasys (Peginterferon alfa 2 A -40 kD 180mcg), de nossa fabricação, na quantidade de 3.000 frascos-ampolas requisitadas pela SES/PB. Validade dessa Declaração: 90 dias" (destaque acrescido)

Nota-se que a detentora da patente do medicamento entrega a uma determinada empresa a **exclusividade** para o fornecimento de um específico medicamento e apenas nas quantidades suficientes para o atendimento à necessidade da Secretaria de Saúde da Paraíba. Este mesmo medicamento poderia ser comercializado pelo próprio laboratório ou outros representantes caso o cliente fosse outro. No presente

exemplo, a questão sequer é territorial, pois sendo o cliente um órgão de outra esfera de governo, não haveria que se falar em inviabilidade de competição. Em especial, trago à colação, a manifestação do eminente representante do Ministério Público Federal junto ao TCU, no citado julgado, *in verbis*:

"...houve uma autorização que gerou um credenciamento temporário, o qual significou uma espécie de "representação exclusiva", para determinado período, local e objeto. Isso se nos afigura desinteresse dos laboratórios de efetuarem a venda direta em um caso específico. Não vemos óbice a que os laboratórios estabeleçam uma representação exclusiva pontual (com período, local e objeto, certos). Esse fato denota que o laboratório não quis participar de determinada licitação de um órgão, mas que não afastou o interesse de participação em futuros certames desse mesmo órgão." (grifado)

Corroborando com a exposição do *parquet*, para, ao final, reconhecer a legalidade das aquisições, o Ministro Relator asseverou que:

"a empresa (*omissis*) era de fato representante exclusiva desse laboratório. Em que pese ser pouco usual - e talvez questionável a emissão de declarações específicas para a participação em determinado certame -, o ponto é que o gestor se viu em situação na qual não havia competidores aptos a viabilizar a licitação."

No exemplo representado pelo texto da declaração acima transcrita, nota-se que há inclusive um período de validade de 90 (noventa) dias. O que significa dizer que transcorrido esse período a condição de exclusividade dispersar-se-ia, o que tornaria viável a competição. Porém, tendo a Administração a necessidade de realizar a contratação imediatamente, não podendo suportar essa espera, o fato, inarredável, é que a contratação seria, dentro do período de exclusividade, impossível de ser formalizada senão com o representante exclusivo.

### 4. O PROBLEMA DA COMPROVAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE

Uma das questões mais controvertidas quanto à exclusividade envolve justamente o modo pelo qual

se comprova a exclusividade, melhor dizendo, o meio de prova da situação de fornecedor ou prestador de serviço exclusivo. Segundo a parte final do inciso I do art. 25, a comprovação de exclusividade deve ser feita

"...através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local onde se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes."

Como se percebe do texto legal, a exclusividade não poderá ser meramente alegada pela autoridade competente ou mesmo pelo próprio "detentor" da dita exclusividade. Exige a norma que a situação de exclusividade deve ser apontada por alguma entidade idônea. O rol de entidades apontado no dispositivo em estudo é meramente exemplificativo, terminando, inclusive, com a peculiar expressão "...ou, ainda, pelas entidades equivalentes." Daí ser de extrema importância delimitar a abrangência do dispositivo de acordo com a realidade fática de mercado. Para esse fim, passaremos ao exame minudente desta parte do texto legal em tela.

### 4.1 O ELEMENTO FORMALÍSTICO DA PROVA DE EXCLUSIVIDADE

O primeiro ponto a ser esclarecido diz respeito à forma que deve assumir a prova de exclusividade. A norma indica que a comprovação deve ser feita "... através de atestados...". Conceitualmente, atestado é documento firmado por alguém, no qual declara um fato existente e do seu conhecimento em razão do cargo ou função que ocupa. José dos Santos Carvalho Filho8 explica que os atestados são atos enunciativos:

"...porque seu conteúdo expressa a existência de um certo fato jurídico. Nos atestados e declarações, os agentes administrativos dão fé, por sua própria condição, da existência desse fato."

O atestado distingue-se da **certidão**, pelo fato desta tratar-se de documento que afirma a existência de um fato constante de ato ou assentamentos ou ainda em processos, livro ou documentos que se encontrem em poder da repartição certificante.

Portanto, caracteristicamente, um **atestado** nada mais é do que uma afirmação do agente, um juízo de valor do declarante, baseado em fato de seu conhecimento. Tem menor grau de certeza e exatidão

do que a **certidão** porquanto esta última é o retrato do que de fato existe já formalizado em registro público. O atestado não demonstra uma coisa tangível, existente, expressando não mais do que uma opinião ou uma narrativa sob a ótica do declarante. O relevo especial que recebe o atestado, quando emitido por servidor público, é o fato de que o mesmo configura ato administrativo oficial e, quando presentes todos os seus pressupostos de validade (competência, objeto, forma, motivo e finalidade), como tal, recebe os seus atributos típicos, dentre os quais se destacam a presunção de legitimidade (competência para a expedição do ato) e veracidade (o que foi expresso compõe a verdade até prova em contrário, cujo ônus de produção é de quem o acusa de inverídico)9. Porém, na essência, continua sendo uma narrativa ou um juízo de valor.

Assim dito, é certo que nenhum **atestado**, pelo menos em tese, pode afirmar categoricamente que este ou aquele indivíduo é fornecedor exclusivo de determinado produto. Se assim o fizesse, o instrumento seria a **certidão** pela maior robustez de sua força probante. No **atestado** de exclusividade o declarante apenas relata o que "conhece", mas de forma alguma garante que de fato a empresa declarada é exclusiva. Não que não possa fazê-lo, mas a lei não exige essa afirmação taxativa, pois, repise-se, seria caso de exigir **certidão**. Frise-se ainda que o órgão de registro de comércio, isto é, a Junta Comercial, é uma autarquia, logo, uma repartição pública cujos servidores possuem o **múnus** público necessário para expedir certidões. Mas ainda sim o legislador se contentou com o atestado.

O Tribunal de Contas da União há muito vem demonstrando preocupação com o teor dos atestados de exclusividade que instruem os processos de adjudicação direta por inexigibilidade de licitação, tanto que já sumulou orientação aos órgãos jurisdicionados no sentido de se cercarem de cuidados no recebimento de documentos dessa natureza. Eis o verbete:

SÚMULA 255-TCU Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

A preocupação da Corte Federal de Contas é justamente em razão da natureza **enunciativa** ou **declaratória** do atestado. Fosse uma certidão tal inse-

gurança seria minimizado pelo fato de haver registro formal. O Acórdão 633/2010-Plenário, da relatoria do Min. José Jorge e que gerou a acima trasladada Súmula traz bem delineado o problema, senão vejamos:

"Bem de ver que a regra na Administração Pública é a licitação, sendo que a contratação direta, sobretudo na hipótese de inexigibilidade, deve ser entendida como exceção, e como tal foi tratada pelo legislador a contratação junto a fornecedor exclusivo ao impor como condição para sua efetivação a comprovação, por meio de atestado, da exclusividade. Então, em sendo a exclusividade a causa da inviabilidade de competição, razão da inexigibilidade, há que se ter o devido cuidado com sua caracterização. No entanto (...) o Tribunal lamentavelmente se deparou, em inúmeras oportunidades, com situações em que os atestados de exclusividade não condiziam com a realidade ou eram inverídicos, inclusive objeto de falsificação. Daí que a jurisprudência do Tribunal evoluiu no sentido de exigir dos agentes públicos responsáveis pelas contratações não só o recebimento e acolhimento do atestado de exclusividade mencionado no dispositivo legal, mas também a confirmação dessa condição, seja por diligências ou até mesmo consultas ao fabricantes, a exemplo do Acórdão 2.505/2006 - 2ª Câmara, em que se determinou à entidade jurisdicionada a adoção de medidas acautelatórias com vistas a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes. (...) Nesse contexto, afigura-se pertinente o projeto em questão, consistindo em mais um esforço do Tribunal no sentido de evitar irregularidades na comprovação da exclusividade de fornecedor e garantir a observância do preceito legal, não sendo demais ressaltar que a atuação do agente público não deve se resumir à exigência da documentação especificada, mas também à verificação da real condição de exclusividade invocada pelo fornecedor." (grifo acrescido)

Portanto, claro está que a simples apresentação do atestado de exclusividade será, em alguns casos, insuficiente para que se dê garantia no sentido de que a contratação sem licitação veio coberta pelo manto da legalidade. Nota-se do excerto de acórdão suso transcrito que a confirmação da veracidade do atesta-

do pode vir inclusive do próprio fabricante, conforme o segundo destaque.

## 4.2 A ATESTAÇÃO PELO ÓRGÃO DE REGISTRO DO COMÉRCIO, SINDICATO, FEDERAÇÃO E CONFEDERAÇÃO PATRONAL.

O dispositivo sub examine carrega uma incongruência. É que atribui às Juntas Comerciais (órgão de registro do comércio) e a entidades sindicais patronais a competência de fornecer atestado de exclusividade. Em primeiro lugar a expedição dessa documentação não constitui atribuição do Órgão de Registro de Comércio nem tampouco de entidades sindicais¹0. Tanto assim que o Departamento Nacional de Registro do Comércio expediu a da Instrução Normativa nº 93 de 05.12.2002 do DNRC/MICT, que dispõe, em seu art. 11:

"A Junta Comercial não atestará comprovação de exclusividade, a que se refere o inciso I, do art. 25, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, limitando-se, tão somente, à expedição de certidão de inteiro teor do ato arquivado, devendo constar da certificação que os termos do ato são de exclusiva responsabilidade da empresa a que se referir. (grifo acrescentado)

Recordando que atestado é, essencialmente, um ato revestido de um juízo de valor ou uma narrativa de fato conhecido do servidor no exercício das suas funções, nota-se que o DNRC preocupou-se justamente com a veracidade da informação a ser prestada e considerando o fato de que a Juntas Comerciais não são competentes para atestar a condição de exclusividade comercial. Portanto, nesse específico contexto, as Juntas Comerciais limitar-se-ão apenas a registrar o que alguém disse sobre a exclusividade a favor de outrem ou de si próprio. Para Jacoby<sup>12</sup>, tal dispositivo "...contraria frontalmente a Lei de Licitações, quando busca tornar ineficaz o imperativo ali contido."11 Ousamos discordar. A Lei n. 8.666/93 regula o art. 37, XXI da CF, ou seja, o procedimento de contratação de terceiros na Administração Pública, e não a atividade empresarial que é regida por normas próprias. Afinal, a Lei de Licitações é que terminou por discorrer sobre tema que não lhe é afeto, ultrapassando sua esfera de competência normativa, e invadindo a da Lei n. 8.934/1994, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins.

Portanto, reconhecendo a pertinência da IN 93/02 do DNRC/MICT, restaria o desafio no sentido de se determinar o significado prático da expressão "ato arquivado" referida no art. 11 daquela Instrução Normativa. O art. 32 da Lei Federal retro citado elenca quais atos e documentos podem ser submetidos a arquivamento pelas juntas comerciais:

Art. 32 – O registro compreende:

I ...(omissis)...

II – O arquivamento:

•••

e) de atos ou documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins **ou daqueles que possam interessar ao empresário e às empresas mercantis**; (grifado)

Assim, se a proprietária dos direitos de comercialização/distribuição é quem indica o seu único representante ou ser ela mesma a única a comercializar seu produto, seria razoável admitir, sob o ponto de vista lógico, que somente ela mesma fosse capaz para "atestar" a sua exclusividade ou a de seu representante comercial. O que, a final, a IN 93/02, do DNRC/ MICT pretendeu dizer ao fazer menção a "ato arquivado", seria, portanto, a declaração do fabricante ou distribuidor oficial (ou ainda a editora ou proprietária da patente) dando conta de que Fulano de Tal Ltda. é exclusivo para comercialização dos produtos tais e tais. O mesmo raciocínio pode ser aplicado por analogia nos casos em que o atestado de exclusividade for originário de Sindicatos, Federações e Confederações Patronais e nas entidades equivalentes.

Considerando que as Juntas Comerciais e também as demais entidades enumeradas no dispositivo legal em estudo, apenas se limitam a reproduzir o teor das declarações dos fabricantes e distribuidores e, ainda pelo fato de que o TCU entende que as diligências que confirmam a veracidade das declarações podem até mesmo ser feitas junto ao próprio fabricante, não se pode deixar de admitir que sua declaração ou o próprio contrato de representação comercial tem enorme força probante. Qual seria, portanto, a finalidade de se exigir que o atestado tenha sido expedido por uma dessas entidades? A resposta nos parece relativamente simples: sendo a atribuição de exclusividade um ato jurídico restrito ao fabricante/distribuidor e o fornecedor (exclusivo), o registro da declaração do fabricante em tais entidades daria a essa o caráter de publicidade

no meio empresarial relativo ao segmento do objeto da exclusividade, tornando seus reflexos jurídicos oponíveis a terceiros.

## 4.3 A EQUIVOCADA IMPRESSÃO DE QUE O ATESTADO DEVA SER DE ENTIDADE DO LOCAL ONDE SE REALIZARIA A LICITAÇÃO

Outra questão importante diz respeito ao local de expedição do atestado. Em interpretação literal, por óbvio, o aplicador da norma seria conduzido a somente aceitar como válido o atestado emitido por entidade com sede no "local onde se realizaria a licitação". Mas é sabido que nenhuma norma jurídica deve receber tratamento literal sob pena de estreitamento da sua aplicação. Mais ainda. Poderia levar o aplicador da norma a empreender um resultado impossível ou mesmo danoso para o bem jurídico tutelado pela mesma norma. É a lapidar lição de Carlos Maximilliano, *in verbis*:

"Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo" (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 1993, p.180). Em primeiro lugar, não se pode exigir da sociedade empresária duplo registro. Pelo princípio constitucional da livre iniciativa, uma empresa com sede em um Estado pode perfeitamente exercer sua atividade em qualquer lugar do País, independente de registro senão na sua sede. Logo, não pode ser forçada a manter registros em todos os Estados onde atua. Por lado outro, o mais das vezes os atestados terão abrangência nacional, sendo suficiente para o desiderato da comprovação. Veja-se a Orientação Normativa nº 56 /2010, expedida pela AGU/NAJ/MG, cujo entendimento caminha nessa mesma direção:

Os atestados devem ser emitidos pelo órgão local da sede da contratação, regra essa excepcionada nos casos em que o fornecedor exclusivo não possui representação comercial na praça ou a exclusividade é de âmbito nacional." (destaquei)

A correta interpretação, portanto, é de que somente se exigirá que o atestado seja do local onde a contratação se dará se o detentor da exclusividade possuir representação neste mesmo local. Mais ainda. Será admitido atestado de exclusividade de entidade de outra localidade na hipótese de essa entidade possuir abrangência nacional, ainda que o detentor da exclusividade tenha sede no local da contratação, como seria o caso dos atestados emitidos por Confederações ou



Sindicatos nacionais com sede em localidade diversa da do órgão ou entidade pública contratante.

### 4.4 O QUE SE DEVE ENTENDER POR "ENTIDADES EQUIVALENTES"

Por fim, cumpre esclarecer o alcance da expressão acima epigrafada para identificar de quais entidades, em substituição às entidades arroladas no dispositivo alvo do presente trabalho, poderão os órgãos e entidades da Administração Pública receber atestados de exclusividade.

O elenco do art. 25, I da Lei Geral de Licitações refere-se a entidades que congregam empresários, com exceção da Junta Comercial, que é órgão estatal regulador dos registros empresariais, mas que, no fundo, cumprem missão análoga às primeiras. Conforme visto anteriormente, a ideia central de os atestados serem emitidos por uma dessas entidades é a de promover publicidade, principalmente, dentro do meio empresarial a que pertence a detentora de cláusula de exclusividade. Não comportaria outra interpretação, ante a imprecisão da expressão, senão a de se considerar que "entidades equivalentes" devem ser associações de que congreguem o empresariado ou associações representativas do empresariado, assemelhados aos Sindicatos, Federações e Confederações patronais relativas ao segmento a que pertence o objeto da contratação.

Para Jacoby "além da associação comercial, até o Clube de Diretores Lojistas" poderia ser considerado entidades equivalentes. Cite-se também outras entidades, tais como a Câmara Brasileira do Livro-CBL, para livros e periódicos; a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico-ABCFARMA; a Associação de Empresas de Software e Informática-Assepro. Não será possível, contudo, admitir-se atestados emitidos por clubes recreativos ou entidades de promoção social ainda que indiscutivel-

mente idôneos, por falta de legitimidade para representar um segmento empresarial determinado.<sup>13</sup>

### 5. CONCLUSÃO

Diante do que foi aqui exposto, a contratação direta por inexigibilidade de licitação pelos órgãos e entidades do Poder Público, quando for o caso de contratação com fornecedor ou prestador de serviços deve observar, com base nas disposições do art. 25, I, da L. 8.666/93, o seguinte:

- a. a escolha do contratado tido como exclusivo deve ser decorrente da identificação de que sua solução técnica é a única que atenda às necessidades da Administração;
- b. é aceitável a inviabilidade transitória ou circunstancial, como nos casos de representação exclusiva somente em um território;
- c. que a exclusividade seja atestada por uma das entidades arroladas no dispositivo em tela e que, ao receber os ditos atestados, os órgãos adotem medidas que permitam averiguar a veracidade do que fora por elas declarado;
- d. não é necessário que a entidade atestante tenha sede no local do contratante, desde que tenha abrangência nacional ou que seu destinatário tenha sede em outra localidade, a fim de evitar obrigar a empresa à duplicidade de registro;
- e. entender-se como "equivalentes" as entidades que tenham finalidade social análoga às entidades sindicais patronais, aceitando apenas daquelas que puderem ser consideradas idôneas.



### **NOTAS**

- 1 Para Jessé Torres, "...as hipóteses dos incisos não têm autonomia conceitual; entender diversamente significa subordinar o *caput* do artigo a seus incisos, o que afronta regra palmar de hermenêutica; sendo, como devem ser, os incisos de um artigo subordinados à cabeça deste, a inexigibilidade de licitação materializa-se somente quando a competição for inviável." (*Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 8ª. Ed, Renovar, p.342).
- 2 Vide nota 1 do presente trabalho.
- 3 Essa classificação é adotada por José dos Santos Carvalho Filho, que, citando Gasparini defende a tese segundo a qual a inexigibilidade somente seria aplicável nos casos em que a mesma for do tipo absoluta. (Manual de Direito Administrativo, LumenJuris, 11<sup>a</sup>. Ed., p. 224). Discordamos, com todas as *vênias*, dessa teoria porquanto mesmo havendo outros competidores, é possível que o fornecimento esteja restrito a um determinado indivíduo, como nos casos de exclusividade territorial decorrente de representação comercial, em que o proprietário dos direitos de distribuição entrega uma faixa territorial a uma empresa credenciada. Ainda que haja outras que comercializem o mesmo produto, por força de cláusula contratual de exclusividade, não poderiam invadir o território comercial daquela. Uma editora, que detém os direitos de edição e distribuição de uma obra literária pode entregar a uma única livraria o direito de somente ela comercializá-la no Município onde tem sede, a despeito de outras livrarias venderem o mesmo título em outros municípios.

- 4 Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 14ª. Ed., São Paulo, 2010, p. 363.
- 5 Op. Cit.
- 6 É padrão nos contratos de edição, que o autor da obra ceda tais direitos à editora
- 7 SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Licitações & Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro, Esplanada ADCOAS, 1998, p. 165.
- 8 Op. Cit., p. 124.
- 9 MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª Ed., Malheiros, p.382-384.
- 10 Nesse sentido: FILHO, Marçal Justen, Op. Cit., p. 365 e MOTTA, Carlos Pinto Coelho, citando Toshio Mukai. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 10ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- 11 JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes, *Contratação Direta Sem Licitação*. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 9ª, 2011, p. 594. Cumpre ainda esclarecer que na sua obra o autor faz referência ao art. 12 da IN 56/96, do DNRC/MICT, mas que fora atualizada pela IN acima indicada, sendo que o texto foi mantido intacto, sendo apenas renumerado para o art. 11.
- 12 Op. Cit., p. 597.
- 13 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, Op. Cit., p. 598.



# A participação de consórcios empresariais em procedimentos licitatórios: Livre escolha da Administração licitante?



João Paulo da Silveira Ribeiro

é membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/ RJ, professor da FGV Direito Rio e sócio do Escritório Adalberto Ribeiro Advogados.



João Pedro Accioly Teixeira

é acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e associado do Escritório Adalberto Ribeiro Advogados.

### **RESUMO**

O escopo deste trabalho é bem delimitado pelo seu título. O presente artigo pretende discutir a participação de empresas consorciadas em licitações públicas. Espera-se, através dele, delinear alguns standards básicos para orientar a decisão administrativa que admite ou não a participação de consórcios em procedimentos licitatórios, identificando-se, por fim, situações que, tolhendo a discricionariedade do administrador, impõem determinada decisão.

**Palavras-chave:** Consórcios Empresariais. Licitação. Discricionariedade. Limites.

### 1. INTRODUÇÃO

Os consórcios são coligações despersonalizadas de empresas instituídas, pela via contratual, com vistas a executar determinado empreendimento em conjunto, conforme a disciplina jurídica dos arts. 278 e 279 da Lei 6.404/76. O instituto calca-se na autonomia recíproca dos que se associam para a persecução de um objetivo empresarial comum que, muito provavelmente, não seria alcançado somente com a capacidade individual de cada consorciado, seja por razões de ordem técnica, seja por motivos econômico-financeiros.

Algumas demandas, públicas ou privadas, por sua dilatada magnitude ou elevada complexidade, só logram ser satisfeitas através dessa ferramenta socie-



tária. No âmbito do Direito Administrativo, a Lei das Licitações (art. 33) e a Lei das Concessões (art. 19) expressamente autorizam que o ente promotor da licitação admita a participação de consórcios.

Contudo, como pretendemos expor adiante, a depender das circunstâncias e de suas implicações, essa facultas agendi ora pode tornar-se impositiva, ora pode ser completamente suprimida.

### 2. UM DEBATE EM EVOLUÇÃO

A jurisprudência e a doutrina costumavam asseverar, sem maiores temperamentos e problematizações, que a possibilidade da participação de consórcios em procedimentos licitatórios se sujeitaria a uma deliberação discricionária da Administração licitante.

Contudo, com o decorrer dos anos, o Tribunal de Contas da União e os mais proeminentes administrativistas passaram a relativizar a discricionariedade sobre o tema, que outrora, equivocadamente, dispunha de feições quase absolutas.

Aliás, a título de parêntesis, cabe pontuar que, nos últimos anos, grande parte da doutrina vem superando a rígida e clássica, porém anacrônica, dicotomia entre os atos administrativos discricionários e vinculados. De tal sorte, sobretudo tendo em vista o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios jurídicos, vem se desenvolvendo a teoria dos graus de vinculação à juridicidade¹ e delineando-se o instituto da discricionariedade justificável (MORAES, 2004, p.

34), em consonância com a necessidade de motivação das decisões administrativas<sup>2</sup>.

A discricionariedade administrativa, como se sabe, consiste na "margem de escolha deixada pela lei ao juízo do administrador público para que, na busca da realização dos objetivos legais, opte, entre as opções juridicamente legítimas, pela medida que, naquela realidade concreta, entender mais conveniente" (ARA-GÃO, 2013, p. 161). Neste prisma, não se pode, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, confundir discricionariedade com cheque em branco ou escusa universal para arbítrios vários<sup>3</sup>.

Regressando ao eixo temático proposto, verifica-se que, em um primeiro momento, consagrou-se a necessidade de se "demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios" (TCU, Acórdão 1.165/2012, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro).

Nessa mesma linha, Marçal Justen Filho alerta que a discricionariedade em voga:

evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto. Como toda decisão exercitada em

virtude de competência discricionária, admite-se o controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos (2014, p. 661). (Grifo dos autores).

Contemporaneamente, diversos autores, o e. Superior Tribunal de Justiça<sup>4</sup>, Tribunais de Justiça e a uníssona jurisprudência do Tribunal de Contas da União indicam que, embora aprioristicamente o Administrador disponha de grande margem decisória sobre o ponto, a participação de consórcios é obrigatória nas licitações em que a vultuosidade, a heterogeneidade e a inviabilidade de parcelamento material do objeto licitado tornem o universo de possíveis licitantes demasiadamente restrito.

Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld propugnou que, "nas hipóteses em que, embora tratando-se de um objeto de porte, mostre-se totalmente inviável, por razões operacionais, efetuar o parcelamento, deverá o edital, obrigatoriamente, admitir o consórcio de empresas" (1995, p. 67). Endossando tal posicionamento, assim se manifestaram Egonn Bockmann e Fernando Vernalha:

produzindo-se uma licitação expressiva e exigente, a Administração deve buscar meios de mitigar a alta concentração do mercado, admitindo a participação de licitantes em regime de consórcio, tal como facultado pelo art. 33 da LGL. É evidente que a sistemática do consórcio poderá favorecer a ampliação da participação do mercado, compensando, em certa medida, a restrição do universo de ofertantes imposta pela dimensão técnica ou econômica do objeto licitado. (2012, p. 119).

Baseados nessas premissas, tais autores concluem que o que determinará a existência ou não de discricionariedade sobre o ponto "serão as características do caso concreto: caso a competitividade seja mantida sem a participação de empresas consorciadas, o edital poderá vedar a participação por meio de consórcios" (2012, p. 120).

Não é outro o entendimento esposado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO – MULTIPLICIDADE DE SERVIÇOS – HABI-LITAÇÃO SIMULTÂNEA – EXIGÊNCIA ILE-

GAL – PREJUÍZO À CONCORRÊNCIA – LEI N° 8.666/1993 – ARTS. 15, IV E 23, § 1° – HONO-RÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESCABIMENTO EM SEDE DE WRIT. O parcelamento ou fracionamento do objeto licitado se faz imperioso quando, além de ser tecnicamente viável, não importar em prejuízo financeiro para a Administração.

O ente contratante, por sua vez, não procedendo à contratação por item, tem o dever de explicitar as razões pela aquisição global, **bem como prever no edital a possibilidade de participação de interessados constituídos sob a forma de consórcio, podendo, do contrário, restar caracterizada a ilegalidade da licitação, por violação ao princípio da competitividade. (TJMG – Apelação Cível 1.0024.06.098029-9/002, Relator(a): Des.(a) Cláudia Maia, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/09/2010, publicação da súmula em 29/10/2010). (Grifo dos autores).** 

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, além de considerar ilegal a injustificada vedação à participação de empresas consorciadas em licitações de grande porte, entende que o futuro contrato administrativo padece de nulidade absoluta e, mais grave, que o gestor que, através deste expediente, dolosamente frustra a competitividade do certame, comete improbidade administrativa (além de delito penal, ex vi do art. 90, da Lei de Licitações):

APELAÇÕES. LICITAÇÃO E CONTRA-TO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚ-BLICA. TOMADA DE PRECOS Nº 16/2007 DO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. VEDA-CÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM CONSÓRCIO. VIOLAÇÃO DA AMPLA CONCORRÊNCIA. CONTRATO ADMI-NISTRATIVO DECLARADO NULO. A Tomada de Preços visava à contratação de empresa para prestação dos serviços de vigilância volante e operação de embarcação pluvial. Certame do tipo Menor Preço Global que se atém apenas aos requisitos legais e à proposta de menor valor. Cláusula 2.1.2 do Edital obstativa da formação de consórcio que ofende o art. 33 da Lei 8.666/93 e não atende ao interesse público. Decretação de nulidade do pacto que se impunha. IMPROBIDADE ADMINISTRA-TIVA. LICITAÇÃO. COMPETITIVIDADE.

EDITAL. ALTERAÇÃO. EXIGÊNCIA. SERVIÇO DE VIGILÂNCIA ARMADA. OPERADOR DE EMBARCAÇÃO FLUVIAL. Constitui ato de improbidade administrativa inserir o Presidente da Comissão de Licitação, de ofício, sem solicitação de alguma Secretaria Municipal, no edital de licitação, exigência manifestamente descabida para o fim de frustrar a competitividade do certame. Hipótese em que, no edital para contratação do serviço de vigilância armada volante, se incluiu a de operador de embarcação fluvial, o qual jamais foi prestado. **Nulidade do Contrato**. Serviço PRESTADO RESSARCIMENTO DESCABIDO. A procedência da ação com o ressarcimento do dano pressupõe que o ato cuja nulidade se declara seja lesivo ao patrimônio público. Ausente a comprovação, não é devido o ressarcimento. Não há causa de imputação de responsabilidade à empresa contratada, que não praticou qualquer ato ilícito. Os valores percebidos em razão de efetiva prestação de serviço não necessitam ser devolvidos. APELO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO. UNÂNIME. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. POR MAIORIA. (TJ/RS, Apelação Cível N° 70052803954, Vigésima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Kraemer, Julgado em 28/11/2013). (Grifo dos autores).



Portanto, sempre que o objeto licitado for marcadamente vultuoso ou de composição complexa e inomogênea, o ente licitante deverá obrigatoriamente admitir a participação de coligações empresárias no certame. Em outras palavras, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro e o seu conjunto de princípios informadores impõem a admissão de consórcios em grandes ou heteróclitas licitações – sob pena de restar asfixiado o princípio da competitividade e, em algumas circunstâncias, a própria licitação acabar convertida em procedimento inidôneo e ineficaz.

Não em outro sentido, o Tribunal de Contas da União vem reiteradamente determinando que, em casos dessa natureza, o Administrador ou bem parcela o objeto licitado em diversos procedimentos, se possível for, ou bem realiza uma só concorrência, devendo, neste caso, impositivamente admitir a participação de empresas em consórcio. Ilustrativos dessa tendência jurisprudencial são os seguintes julgados:

9.1.1. considerando o disposto no art. 23, § 1°, da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 8.883/94, e na Súmula 247 do Tribunal, realize o parcelamento do objeto da licitação a ser promovida com vistas à contratação das obras, serviços e fornecimentos necessários à Implantação e Complementação do Centro de Lançamento de Alcântara e Centro Espacial de Alcântara, devendo proceder anteriormente, para fundamentar a escolha da forma de configuração dos "blocos" ou "lotes" a serem formados em função do parcelamento, a estudos técnicos que considerem as características de mercado e que indiquem a alternativa de divisão que melhor satisfaz aos princípios da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, respeitadas as limitações de ordem técnica, sem prejuízo da possibilidade alternativa de realizar concorrência única para a contratação de todo o complexo ou conjunto com um só licitante, mas, neste caso, desde que admitida expressamente a participação no certame de empresas em consórcio, como forma de assegurar o parcelamento material do objeto, respeitando as regras prescritas no art. 33 da Lei 8.666/93. (TCU, Acórdão 108/2006, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, com nova redação conferida pelo Acórdão 766/2006,

também do Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes). (Grifo dos autores).

\*\*\*

A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que a admissão ou não de consórcio de empresas em licitações e contratações é competência discricionária do administrador, devendo este exercê-la sempre mediante justificativa fundamentada. Não obstante a participação de consórcio seja recomendada sempre que o objeto seja considerado de alta complexidade ou vulto. tal alternativa também não é obrigatória. Devem ser consideradas as circunstâncias concretas que indiquem se o objeto apresenta vulto ou complexidade que torne restrito o universo de possíveis licitantes. Somente nessa hipótese, fica o administrador obrigado a autorizar a participação de consórcio de empresas no certame, com o intuito precípuo de ampliar a competitividade e proporcionar a obtenção da proposta mais vantajosa. (TCU, Acórdão 2.831, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes). (Grifo dos autores).

Nessa linha, mostra-se oportuno registrar que o TCU, acertadamente, já reputou ilegal até mesmo a injustificada restrição do número de empresas integrantes de cada consórcio, em dado procedimento licitatório – por entender que, ante às características do

objeto então licitado, tal prática implicaria constrição excessiva do caráter competitivo do procedimento. Confira-se trecho da mencionada decisão:

O parecer técnico não recomenda a limitação do número de empresas por consórcio. Mesmo que recomendasse, isto não seria suficiente para se justificar limitação não prevista na Lei. Além de não prevista na Lei, tal limitação, no presente caso, conforme exposto na análise inicial desta ocorrência, é fator de forte restrição ao caráter competitivo do certame. Dadas as peculiaridades, a dimensão, a quantidade e a diversidade de obras, serviços e sistemas, alguns bastantes específicos, que compõem o objeto da licitação, limitar o número de empresas por consórcio, ainda mais em apenas três, certamente limitará em muito o número de consórcios que se formarão com possibilidade de cumprir todas as exigências de qualificação técnica, quanto mais se perdurarem as que constaram do edital da Concorrência 002 [003]/AEB/06.

Quanto aos precedentes do Tribunal, ainda não formam jurisprudência pacífica a respeito, pois há decisões nos dois sentidos, conforme se constata do Acórdão citado na análise inicial. O que o TCU tem considerado fundamental é se verificar, no caso concreto, se a limitação provoca restrição ao caráter competitivo do



certame. No presente caso, em se prevalecendo o não-parcelamento do objeto, certamente essa restrição ocorrerá, pelos motivos já expostos.

Ademais, essa limitação vai de encontro à essência do entendimento prevalecente no Acórdão Plenário 108/2006. Ali, considerou-se que a participação de consórcios na licitação supriria a exigência legal do parcelamento, uma vez que o consórcio significaria um parcelamento material, na medida em que cada empresa participante se encarregaria de determinada parte do objeto contratual. Mas a Lei 8.666/93 determina que obras, serviços e compras devem ser divididos em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis. O parcelamento é a regra e deve ser levado até o limite da viabilidade técnica e econômica. O objetivo é ampliar ao máximo possível a competição para cada parcela. Para os consórcios realmente atenderem ao objetivo da Lei, consoante o entendimento exarado naquele Acórdão, deve ser permitida a participação de tantas empresas quantas forem as parcelas técnica e economicamente viáveis. Não há nada no processo administrativo da Concorrência 002 [003]/AEB/06, nem nos pareceres técnico e jurídico, que demonstre, técnica e economicamente, quantas e quais são essas parcelas. Portanto, limitar o número de empresas por consórcio é limitar o parcelamento material de que fala o Acórdão Plenário 108/2006, sem que haja embasamento técnico e econômico para essa limitação. (TCU, AC 397/2008, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman). (Grifo dos autores).

Dessa feita, se o TCU entende ser ilícito limitar o número de empresas por consórcio quando presentes os caracteres da complexidade e da vultuosidade do objeto, *a fortiori*, também é indiscutivelmente ilegal proibir a formação de consórcios *in totum*, quanto o objeto licitado for de tal natureza.

Por outro lado, embora seja menos frequente, é possível que, em alguns casos, não reste outra escolha à Administração licitante a não ser vedar a formação de consórcios. Pense-se, por exemplo, em um serviço, extremamente técnico (e.g., o fornecimento e a operação de uma modalidade específica de satélites militares), que somente seja prestado por duas ou três empresas especializadas. Num cenário como esse, a

admissão do pacto consorcial pode viabilizar a coligação de empresas que antes seriam adversárias naturais, restringindo-se assim o número de potenciais licitantes e, conseguintemente, a própria competitividade do certame, o que, por fim, acaba dificultando sobremaneira, senão impossibilitando, a contratação da proposta mais vantajosa possível para a Administração Pública.

Nesse sentido, merece nota o alerta de Carvalhosa (2004, p. 393), segundo o qual o instituto da associação consorcial pode ser convertido em eficiente ferramenta "de cartelização de atividades setoriais. Diferentemente dos monopólios individuais – trustes – o consórcio pode objetivar a constituição de um monopólio coletivo. Este se constitui pela regulamentação associativa da conduta mercadalógica das empresas até então concorrentes".

Ressoa evidente, nessa perspectiva, que a decisão administrativa não pode se fundamentar em considerações abstratas e genéricas. Deve-se pesquisar, concreta e individualmente, quais serão as prováveis implicações da admissão ou da exclusão de empresas consorciadas em cada licitação específica, dadas as características peculiares do segmento de mercado pertinente.

### 3. **CONCLUSÕES E APONTAMENTOS**

Mostra-se possível, a partir das considerações até aqui desenvolvidas, asseverar que o princípio da competitividade<sup>5</sup> deve figurar como o fiel da balança para que se admita ou se vede a participação de empresas consorciadas em licitações públicas. Sempre acompanhada de substanciosa e específica fundamentação, a aludida decisão deve, justamente, mirar na ampliação do universo de potenciais concorrentes do certame, buscando estimular a competitividade do procedimento licitatório e, assim, assegurar a contratação mais vantajosa para a Administração.

Nesse prisma, registre-se a importante lição de Alexandre de Aragão:

Como a competitividade é o próprio espírito da licitação, ela também é um importante guia hermenêutico, de maneira que, diante de diversas interpretações em tese possíveis em determinada situação, se deve optar pela que mais competitividade trouxer (*in dubio pro competitionem*). (2013, p. 297).

Não raro, infelizmente, deparamo-nos com instrumentos convocatórios inquinados, nesse particular,

por uma dupla ilegalidade. De um lado, verifica-se um vício formal, consistente na ausência de motivação da decisão que permite ou exclui a participação das coligações empresariais do certame. Do outro, constata-se uma ilegalidade material, porquanto, a depender do caso concreto, tanto a admissão quanto a vedação dos consórcios pode configurar prática restritiva à competividade da licitação.

Considerando as dimensões e a complexidade crescentes das atividades estatais e, via de consequência, dos objetos das licitações públicas, pode-se afirmar que a associação consorcial no âmbito das contratações administrativas consiste em fenômeno de grande atualidade e relevância. O seu manejo adequado, em consonância com os parâmetros apontados, pode ampliar muito a competitividade de alguns certames, gerando consideráveis ganhos ao erário. Por outro lado, o instituto, se empregado ardilosa ou atecnicamente, pode viabilizar o doloso direcionamento de importantes procedimentos licitatórios ou a culposa constrição da ampla competitividade que deve ser inerente a qualquer licitação, implicando incalculáveis prejuízos à Administração, às empresas eventualmente alijadas do direito de concorrer e, indiretamente, à sociedade.



### **REFERÊNCIAS:** I

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2 a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013;

BINENBOJM, Gustavo. Uma *Teoria do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014;

BOCKMANN, Egon. Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na internet: <a href="http://goo.gl/A2oL4U">http://goo.gl/A2oL4U</a>>. Acesso em: 31.08.2015.

\_\_\_\_\_; VERNALHA, Fernando. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações*, 2012, p. 119.

CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 28. Ed., 2015;

GAPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 17. Ed., 2012;

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª Ed., 2014;

MODESTO CARVALHOSA. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 4º vol., t. II, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 67.

### **NOTAS**

- 1 A respeito do tema, confira-se, no cenário pátrio, o magistral contributo doutrinário de Gustavo Binenbojm em Uma Teoria do Direito Administrativo, mais especificamente no "Capítulo V Da Dicotomia Ato Vinculado versus Ato Discricionário à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade", p. 195-241, 2008, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. No Direito Comparado, ver Georges Vedel, Droit Administratif, p. 318/319: "La Administration ne se trouve jamais dans une situation de pur pouvouir discrétionnaire ou de purê compétence liée. Il n'y a jamais purê compétence liée. [...] Mais surtout, il n'y a jamais pur pouvoir discrétionnaire".
- 2 Portanto, hodiernamente, não só no que toca à problemática tratada neste artigo, mostra-se equivocado emprestar feições absolutas à discricionariedade administrativa – que hoje é limitada pelos princípios constitucionais e pode, observados alguns parâmetros, ser objeto de controle do Poder Judiciário.
- 3 O termo "discricionariedade", ao longo dos séculos XVI a XVIII, possuía justamente este significado. Em sua origem, a palavra "expressava a soberania decisória do monarca absoluto (voluntas regis suprema lex). Naquela época, do chamado Estado de polícia, em que o governo confundia-se integralmente com a Administração Pública, a sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade era total". BINENBOJM, 1995. Em idêntico sentido, ver Paulo Magalhães de Costa Coelho, Controle Jurisdicional da Administração Pública, 2002, p. 40: "Haverá, portanto, plena identidade entre a vontade do príncipe absoluto e a ordem jurídica".
- 4 Observe-se o seguinte precedente: "A EXIGÊNCIA GLOBALIZADA EM UMA ÚNICA CONCORRÊNCIA DESTINADA À COMPRA DE UMA VARIEDADE HETEROGÊNEA DE BENS DESTINADOS A EQUIPAR ENTIDADE HOSPITALAR NÃO VEDA A COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS CONCORRENTES, DESDE QUE O EDITAL PERMITA A FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO QUE, ULTIMA RATIO, RESULTA NO PARCELAMENTO DAS CONTRATAÇÕES DE MODO A AMPLIAR O ACESSO DE PEQUENAS EMPRESAS NO CERTAME, NA INTELIGÊNCIA HARMÔNICA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NOS ARTIGOS 23, PARÁGRAFO 1 E 15, IV, COM A REDAÇÃO DO ART. 33, TODOS DA LEI 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993". (RMS 6.597/MS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/1996, DJ 14/04/1997). (Grifo dos autores).
- 5 Sobre o princípio da competitividade, ver as doutrinas de: José Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 28. ed., 2015, p. 252; Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16. ed., 2014, p. 93; Alexandre Santos de Aragão, Curso de Direito Administrativo, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 297; Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, 17. ed., 2012, p. 544.

# A indicação da marca na hora de elaborar a descrição do item dentro da modalidade pregão presencial



### **Fabricio Daniel Nichele**

é graduado em Administração de Empresas pela Faculdade de Campina Grande do Sul (FACSUL), pós-graduando em Gestão Pública e Gerência de Cidades pela FATEC/FACINTER e atua na área de Licitações na Federação das Indústria do Estado do Paraná.

### **RESUMO**

O pregão, que foi implantado em consonância com o princípio constitucional da eficiência, revelou a mais importante inovação na Administração Pública Brasileira na mudança de século. Este artigo pretende demonstrar a dificuldade encontrada na elaboração do objeto e citação da marca na modalidade de licitação Pregão Presencial. O pregão tem se mostrado uma excelente ferramenta para aquisição de bens e serviços comuns, pois visa o menor preço. Porém, tem-se a preocupação de adquirir produtos de baixa qualidade. Como todas as aquisições de bens e serviços comuns são realizadas por meio do pregão, nem todas as empresas vencedoras fornecem produtos de qualidade, dessa forma a administração acaba contratando empresas que não conseguem atender a suas necessidades. Este artigo irá destacar alguns pontos, conceitos e métodos para que a administração pública indique a marca de forma legal e não sofra com aquisições simplesmente pelo menor preço. Vale lembrar que este conceito de menor preço está chegando ao fim, pois na realidade a ideia é adquirir pelo menor preço produtos de melhor qualidade.

**Palavras-chave:** Administração Pública; Pregão Presencial; Termo de Referência; Marca.

### 1. INTRODUÇÃO

Termo de Referência (TR) é um documento de apresentação obrigatória por meio do qual o município



descreve os produtos a serem adquiridos de forma clara, concisa, evitando termos que não possuem um significado exato ou que permitam interpretações ambíguas. As compras na modalidade pregão presencial estão vinculadas apenas a descrição existente no termo de referência, pois esta modalidade, embora tenha demonstrado ser uma excelente ferramenta para aquisição de bens e serviços comuns, visa o menor preço, diferente das demais modalidades que a Lei 8.666/93 abre para contratação visando melhor técnica ou técnica e preço.

A dificuldade de aquisição de produtos que satisfaçam a Administração Pública está tornando-se cada vez mais frequente, pois o número de empresas que fornecem produtos de baixa qualidade cresce a cada dia. Muitas vezes compensa pagar um pouco mais caro em um produto de qualidade do que avaliar o menor preço e adquirir um produto o qual irá trazer malefícios a Administração.

O entendimento de se comprar o mais barato está ficando cada dia mais obsoleto, uma vez que se prezam produtos de qualidade na descrição do edital. Diante do exposto, este artigo tem como objetivo relatar, de forma sintetizada, os procedimentos da descrição detalhada e a menção da marca nas descrições dos produtos a serem adquiridos por meio da modalidade "pregão presencial".

Com isso, o presente artigo se propõe a analisar de maneira pragmática as indicações da marca, apresentando críticas e possíveis soluções a fim de equacionar as interpretações acerca do tema.

Nessa linha de pensamento, espera-se que o estudo sobre o tema ora em análise possa ser útil para a

sociedade em geral, pois se pretende, com o presente artigo científico, aprimorar o entendimento quanto à indicação da marca em consonância aos princípios constitucionais vigentes no Direito Brasileiro.

Para tanto, a pesquisa compreendida foi eminentemente bibliográfica, servindo-se, também, de outros meios, dos quais foi possível discorrer sobre os posicionamentos, bem como apresentar aspectos atuais sobre a matéria.

### 2. REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 HISTÓRIA

Para permitir um melhor entendimento, o pregão foi introduzido por meio da Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000. Essa medida provisória foi convertida na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual é instituída, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

A Lei 10.520/02, conhecida como "Lei do Pregão", em seu art. 9° menciona que a esta modalidade se subsidia as normas da Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Dessa forma é interessante destacar, que partimos de conclusões baseadas não só na Lei 10.520/02 como também da Lei 8.666/93.

### 2.2 DEFINIÇÃO DE MARCA

Para Furrier (2004), é "um nome, termo, sinal, símbolo ou desenho, ou uma combinação deles, com o objetivo de identificar bens ou serviços de um vendedor ou grupo e diferenciá-los da concorrência" (p. 1).

Do ponto de vista econômico, a marca facilita as transações, pois torna mais rápida a interpretação e processamento das informações pelo cliente em relação à determinada experiência com o produto, aciona ou não suas expectativas de confiança, identificação, ética, satisfação e autoexpressão, servindo como critério de redução de risco na decisão de compra.

Dessa forma, podemos observar que a marca facilita as transações e torna a descrição mais compreensiva, podendo até evitar aquisições desnecessárias.

Com base neste contexto, vamos estudar a possível indicação da marca no objeto de um processo licitatório na modalidade Pregão Presencial. Mas primeiro precisamos entender como elaborar este objeto.

### 2.3 ELABORAÇÃO DO OBJETO

A Lei 10.520/02 tem foco apenas em aquisição de bens ou serviços comuns, conforme seu art. 1°. Dessa forma, pergunta-se: o que vêm a ser bens ou serviços comuns? "[...] Bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, [são] aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado" (ART. 1, 2009, p. 75).

Ainda na Lei 10.520/02, "a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição" (ART. 3, 2009, p. 76).

Portanto, o próprio artigo menciona que bens e serviços comuns são todos aqueles que podem ser objetivamente definidos pelo edital, e que a definição deverá ser precisa, suficiente e clara, ou seja, traduzir a real necessidade do Poder Público com todas as características indispensáveis, afastando, evidentemente, as características irrelevantes e desnecessárias, que têm o condão de restringir a competição.

O advogado especializado em Direito Público e professor Benedicto de Tolosa Filho, em sua obra **Pregão – uma nova modalidade de licitação**, destaca a importância da definição correta do objeto da licitação e ainda analisa de forma inteligente a Súmula nº 177 do Tribunal de Contas da União (TCU), assim redigida:

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, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão (TOLOSA FILHO, 2005, p. 8).

Ao utilizar os vocábulos "precisa" e "suficiente", há um indicativo claro de que na definição do objeto todos os aspectos fundamentais devem ser contemplados de modo a não ensejar dúvidas aos eventuais interessados, e ainda, se a formulação for imprecisa e insuficiente, os afetados são não somente os licitantes, mas também a própria administração.

Justen Filho afirma catedraticamente:

Nada poderá ser decidido além do constante no Edital. A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública. Tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. Mas "minúcia" não significa "obscuridade". Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade [...] São os princípios norteadores da licitação a "vinculação ao edital" e o "julgamento objetivo". (JUSTEN FILHO, ano 2003, p. 217)<sup>1</sup>

Fica evidente que a administração pública deve expressar a real necessidade, esmiuçando o objeto de forma a não gerar dúvidas às licitantes. Contudo, depois de realizada a aquisição/contratação, não se pode trocar o objeto licitado.

O que a administração fica vedada a realizar são licitações cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridades ou marcas, como visto no documento: "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." (ART. 7, parágrafo 05 da Lei 8.666/93).

Qualquer descrição, seja de produto ou serviço que não tenha similaridade no mercado, é considerada direcionamento de licitação, ou seja, a administração estará favorecendo uma única licitante/fabricante, ferindo, assim, os princípios da igualdade e competitividade (salvo nos casos que sejam tecnicamente justificáveis pela administração).

### 2.4 INDICAÇÃO DA MARCA

Após um breve comentário em relação à importância da descrição do objeto, vamos ao ponto que nos traz a grande dúvida. Podemos indicar, no objeto da licitação, a marca de um produto visando à preferência por tal?

O saudoso mestre Meirelles, em escólio a dispositivo similar do Estatuto de Licitações anterior, asseverava que:

continuamos entendendo, portanto, que, a aquisição de produto de marca determinada, com exclusão de similares é possível em três hipóteses: para continuidade de utilização de marca já existente no serviço público; para adoção de nova marca mais conveniente que as existentes; para padronização de marca ou tipo no serviço público. O essencial é que a Administração demonstre a efetiva vantagem de determinada marca ou tipo, para continuidade, adoção ou padronização em seus órgãos e serviços com exclusividade<sup>2</sup>

Observamos que existe a oportunidade de preferência, desde que as exigências sejam cumpridas e que seja demonstrada a real necessidade da administração.

O TCU destaca que "[...] a indicação de Marca como parâmetro de qualidade pode ser admitida para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, desde que seguida da expressão 'ou equivalente', 'ou similar', ou de 'melhor qualidade'" (ACÓRDÃO nº 2401/2006).

Pacificando o entendimento, "a indicação de marca na licitação deve ser precedida de apresentação de justificativas técnicas que demonstrem, de forma clara e inafastável, que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da licitação." (ACÓRDÃO nº 636/2006).

Entendemos, então, que ao descrever um item mencionando as expressões "ou equivalente", "ou similar", ou "de melhor qualidade" e ainda apresentando uma justificativa técnica demonstrando que a marca citada é a única que atende as necessidades da administração, não estaremos direcionando e muito menos limitando a competição entre as licitantes.

No Acórdão 99/2005, o TCU frisa que

[...] a descrição minuciosa ou a indicação de marca podem conduzir a uma inaceitável restrição à competitividade do certame. Entretanto, a indicação de marca pode ser aceita em casos de padronização, desde que devidamente justificada a opção realizada.

Fica evidente que a indicação ilegal da marca acarreta transtornos à administração pública, porém, se justificada, reforça a real necessidade da aquisição.

Em seus editais, o TCU especifica o objeto da seguinte forma: "esponja para limpeza, dupla face, medindo aproximadamente  $110 \times 70 \times 20$  mm, ref, Scotch, 3M ou similar" (IBRAP, 2009, p. 142). Vemos que foi descrito de forma objetiva, com especificações usuais do mercado, com medidas aproximadas, mencionada marca e destacada a palavra "ou similar". Em momento algum houve direcionamento ou especificações que limitem a competição.

Outra especificação do TCU/MG pouco mais complexa quanto ao objeto: "Acabamento completo para válvula de descarga, linha Hydra Max, modelo 2550, marca Deca" (TCE/MG, 2009). Nessa descrição vemos que não foi mencionada nenhuma das expressões que acabamos de estudar. O motivo se esconde na interpretação do texto. Vejamos: ao mencionar a palavra "acabamento", entendemos que somente vamos adquirir o acabamento da válvula de descarga, então sabemos que já existe uma válvula, que por sinal é da marca Deca e modelo 2550. Por qual motivo, então, adquirir um acabamento que não seja desta marca ou incompatível a ela? Situações como esta merecem uma justificativa técnica do porquê da aquisição do referido acabamento, uma vez que se torna evidente a real necessidade da administração pública.

Outro exemplo que causa polêmica em todos os editais é a descrição de suprimentos de informática, vejamos um exemplo: "cartucho toner hp 2550l amarelo ref. q3962a – original do fabricante do equipamento" (TCE/CE, 2010). Observando a descrição, nos deparamos com a frase "original do fabricante do equipamento", que deixa bem evidente que o produto deverá ser original da HP, restringindo a participação de fabricantes de cartuchos compatíveis com o licitado. Entretanto, ainda existe competitividade, pois há diversas revendas autorizadas da marca HP.

O TCU, de seu ponto de vista, destaca no ACÓR-DÃO N.º 1122/2010-1ª CÂMARA que:

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.o 113/2008, realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE/PR), que tinha por objeto a aquisição de toners para fax multifuncional da marca Xerox, original do fabricante do equipamento. Suscitou-se, basicamente, possível restrição ao caráter competitivo da licitação, em razão da exigência de marca na aquisição de toner pelo TRE/PR, contrariando o art. 15, § 7°, I, da Lei n.o 8.666/93. Em seu voto, afirmou o relator que o TCU vem se manifestan-

do pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundada em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor. No caso concreto, o relator entendeu que houve a devida justificativa técnica e econômica para a exigência da marca, com vistas à manutenção da garantia do fornecedor. Conforme razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, fundadas em análise do setor técnico do TRE/ PR, "caso fosse perdida a garantia contratual de 36 meses, em razão da instalação de toners de outras marcas, o prejuízo estimado decorrente de um novo contrato de manutenção das 270 impressoras recém-adquiridas poderia superar o valor de R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais) no período de três anos, informações essas baseadas em anteriores contratos de manutenção de impressoras daquele órgão". Ponderou, também, que a documentação juntada aos autos atestou que, não obstante a exigência de marca, participaram do certame diversas empresas que apresentaram seus valores unitários para o toner especificado no edital, "propiciando redução do valor contratado em relação ao valor do produto inicialmente estimado pela Administração do TRE/PR, havendo assim efetiva competição entre distintos fornecedores da aludida marca e redução de custos para aquele órgão". Enfatizou, por fim, a participação no certame de empresas que ofertaram toners de outras marcas que não a do fabricante das impressoras, com valores unitários significativamente acima do valor final contratado pelo TRE/PR para os toners originais da marca Xerox. Acolhendo proposta do relator, decidiu a Primeira Câmara considerar improcedente a representação. Precedentes citados: Decisão n.o 664/2001-Plenário, Acórdão n.o 1.334/2006-1ª Câmara, Acórdão n.o 1.685/2004-2ª Câmara e Acórdãos n.os 1.010/2005 e 1.916/2009, ambos do Plenário.<sup>3</sup>"(Texto original)

Vemos que a descrição é semelhante à citada mais acima, porém com uma justificativa plausível, na qual a administração faz menção aos possíveis gastos se não forem adquiridos toners originais do fabricante do equipamento. Dessa forma, ao mencionarmos a "frase", não podemos esquecer-nos de justificar tal necessidade.

Outro exemplo:

Cartucho de toner para impressora samsung, modelo ml3051nd, novo, original, capacidade mínima

para 8.000 (oito mil) páginas, marca samsung. Considerando se tratar de impressoras novas, ainda em garantia de fábrica, e tendo em vista que tal garantia cessaria na hipótese de utilização de tonners de marca diversa do fabricante, somente serão aceitas cotações que indiquem expressamente que a licitante fornecerá produtos novos e originais do fabricante samsung.

Verificamos que na descrição existe a marca do toner Samsung e uma pequena justificativa informando o porquê da indicação da marca sem similaridade. Este caso é semelhante ao estudado, mas um pouco mais ousado ao mencionar que "somente serão aceitas cotações que indiquem expressamente que a licitante fornecerá produtos novos e originais do fabricante samsung", motivo para empresas entrarem com impugnação ao edital.

Em alguns casos, empresas fornecedoras de produtos compatíveis não concordam com as descrições dos editais e com as justificativas apresentadas, pois alegam que a administração está beneficiando somente os fabricantes das impressoras. Dessa forma, a polêmica se estende em diversas instituições, sempre retardando o andamento do processo licitatório.

Uma sugestão para evitar transtornos nos processos de aquisição de suprimentos de informática, é deixar bem claro no item ou no corpo do edital que os licitantes que cotarem toners de marcas diferentes das impressoras deverão apresentar atestado de qualificação técnica emitido pela fabricante da impressora, informando que os produtos são de qualidade igual aos originais do fabricante da impressora, se responsabilizando por problemas que porventura aconteçam.

### 3. RESULTADO

A marca, considerada como nome, termo, sinal, símbolo ou desenho, facilita a interpretação da licitante na hora da venda e da administração na hora da descrição. Hoje, a celeridade é um dos princípios balizadores do Pregão, destacada por ser um instrumento de eficácia na aquisição em curto prazo, a celeridade se vale desde que a descrição do objeto esteja indicando a real necessidade da Administração Pública. Essa é a evidência concreta de que a descrição precisa estar de acordo com as especificações usuais de mercado para uma boa aquisição.

A procura pela marca está se tornando cada vez mais acirrada. As pessoas estão associando produtos a marcas de grande sucesso, deixando mais fácil a compreensão da necessidade. Esse pensamento define a importância de se destacarem similaridades de marcas nas

descrições e defende a ideia dos autores de que o essencial é que a Administração demonstre a efetiva vantagem e necessidade por determinada marca.

### 4. CONCLUSÃO

Consegue-se identificar diversas formas legais de interpretar a necessidade da instituição em adquirir um produto. Compreende-se a importância de esmiuçar a descrição de um objeto a ser licitado e da indicação da marca, quando legal, para ajudar a licitante a identificar o produto a ser adquirido. Contudo, deparamos com identificações que geram dúvidas aos participantes, motivos para solicitações de esclarecimento e até mesmo pedidos de impugnação do edital.

Fica evidente que o Pregão Presencial é uma excelente ferramenta para aquisição de bens ou serviços comuns, permitindo que seja descrita a real necessidade da Administração Pública de forma clara e objetiva.

A importância do pregão como instituto precursor da implementação da "Nova Administração Pública" na gama das licitações públicas no Brasil inspiram o surgimento de novos horizontes, que nas sábias palavras do doutor Marçal Justen Filho, arrematam as considerações deste trabalho.

### REFERÊNCIAS I

TOLOSA FILHO, Benedicto, Pregão uma Nova Modalidade de Licitação, 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003.

TOLOSA FILHO, Benedicto, Pregão uma Nova Modalidade de Licitação, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

ACCORSI MARIA ALICE B. (Cadernos do Programa Habitar Brasil/Bid), Vol. 02, 2002;

JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico), 2ª ed., São Paulo, Dialética, 2003;

IBRAP – Instituto Brasileiro de Administração Pública, Edição – 1.09-009-22/011-C.016

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A qualidade na Lei de Licitações: o equívoco de comprar pelo menor preço, sem garantir a qualidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000.

IBRAP – Instituto Brasileiro de Administração Pública, Edição – 1.09-009-22/011-C.016, pg. 142

FURRIER - Marcio Tadeu. Graduado em Administração pela FEA/ USP, pós graduado em Marketing pela ESPM/SP e mestrando pela PUC/SP. Atualmente desenvolve sua dissertação com o tema Reposicionamento de Marcas, 2004, pag.01.

JAQUES, Nájila, TCE/MG - ROTINAS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO/PREGOEIRO PROCEDIMENTOS DA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO, 2009. Completo.

http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=65. Acesso em 05 de junho de 2010.

http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto. asp?id=1116. Acesso em 18 de agosto de 2010.

http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3171/ PREGAO\_E\_A\_CORRETA\_DEFINICAO\_DO\_OBJETO\_DA\_ LICITACAO. Acesso em 18 de agosto de 2010.

http://www.tce.ce.gov.br/sitetce/arq/licitacao/editais/ EDITAL\_06\_2010.pdf. Acesso em 18 de agosto de 2010.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, p.

BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, p.75 à 80.

BRASIL. Acórdão 99/2005, Plenário

BRASIL. Acórdão nº. 636/2006, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo

BRASIL. Acórdão nº 2401/2006, Plenário

### **NOTAS**

- 1 http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=65
- 2 Texto de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, inserido no Jus Navigandi nº 38 (01.2000)
- 3 Matéria publicada por meio do Acórdão n.º 1122/2010-1ª Câmara, TC-033.420/2008-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.03.2010.

# A Descaracterização do Objeto Contratual: Casos do TCU



### Sidcley Dalmo Teixeira Caldas

é engenheiro civil, especialista em Gestão Ambiental e atualmente ocupa o cargo de analista em Infraestrutura de Transportes no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), já tendo atuado como técnico de Habitação (CAIXA) e técnico de Projetos, Construção e Montagem (PETROBRAS);

### **RESUMO**

Este trabalho teve o objetivo de apresentar um rol de argumentos presentes em Acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca do que este Tribunal entende por descaracterização do objeto contratual. Foi motivado pelo contato com alterações contratuais, enquanto Analista em Infraestrutura de Transportes no DNIT/BA, e pela publicação do Acórdão nº 2819/2011 - Tribunal de Contas da União - TCU - Plenário. Tomando como base Acórdãos do TCU, principalmente o Acórdão nº 2819/2011, que determina ao DNIT obediência aos limites impostos e previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, foram destacados alguns casos e as observações feitas pelo Tribunal em contraste com as justificativas dos correspondentes órgãos auditados. Nesses casos apresentados, verificou-se, além da recorrente desobediência aos limites legais, formas utilizadas como justificativas e o quanto é importante a compreensão do que significa a descaracterização do objeto contratual de modo a coibir ações que provoquem prejuízos para o erário público, neste caso, mais relacionado aos investimentos em infraestrutura

**Palavras-chave:** Descaracterização; Objeto contratual; TCU.



### 1. INTRODUÇÃO

O interesse em tratar da descaracterização do objeto contratual é devido ao fato de, como Analista em Infraestrutura de Transportes do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), ter contato com processos relacionados aos serviços de manutenção e conservação rodoviária, dos quais alguns apresentam solicitações de alterações, quer sejam supressões ou acréscimos de serviços, bem como a partir da publicação do Acórdão nº 2819/2011 – Tribunal de Contas da União – TCU – Plenário, o qual determinou ao DNIT a obediência aos limites previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993.

O objetivo do estudo é apresentar um rol de argumentos presentes em Acórdãos do TCU acerca do que este Tribunal entende por descaracterização do objeto contratual. De forma mais específica, serão descritas situações de alterações contratuais por motivo de auditoria do TCU e serão examinados possíveis casos onde pudesse ocorrer a descaracterização do objeto.

A pesquisa, descritiva e documental, foi realizada no primeiro semestre de 2015, quando foram feitas, principalmente, análises de Acórdãos publicados pelo TCU, tendo como guia o Acórdão nº 2819/2011, que, na sua redação, se remete a diversos outros Acórdãos que tratam da mesma temática em questão.

Inicialmente, será feita uma apresentação sobre o que discorre o Acórdão nº 2819/2011 e sua conclusão final. Em seguida, serão apresentadas situações nas quais se verifica a descaracterização do objeto contratual, agru-

padas nas seguintes temáticas: casos reais, casos pitorescos e caso hipotético. Esses casos não contemplaram as reformas em edifícios ou equipamentos<sup>1</sup>.

Possibilitando sugerir futuras pesquisas correlacionadas à temática abordada, compreende-se que este trabalho é importante porque, ao procurar apresentar um rol de argumentos baseados em Acórdãos do TCU acerca do que este Tribunal entende por descaracterização do objeto contratual, favorece a implementação de melhorias na prestação de serviços públicos, em nosso caso mais especificamente voltados para a infraestrutura.

### 2. O ACÓRDÃO Nº 2819/2011 - TCU - PLENÁRIO

O Acórdão n° 2819/2011 trata da análise do pedido de reexame interposto pelo DNIT, em face do subitem 9.2 do Acórdão n° 749/2010, parcialmente alterado pelo Acórdão n° 591/2001 – TCU – Plenário.

Como resultado da análise, destaca-se o item 9.2, que ensejou novo olhar do DNIT às alterações promovidas em alguns de seus contratos.

[...] determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste Acórdão no Diário Oficial da União, passe a considerar, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, as reduções ou supressões de

quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal (BRASIL, 2011b, p. 17).

Uma interpretação pouco cuidadosa desta determinação pode contribuir para uma mera observância do limite percentual imposto pela lei, sem a devida atenção para o entendimento que propiciou a tomada de decisão por parte deste Tribunal: a descaracterização do objeto em contratos firmados no âmbito da Administração Pública. Nesse sentido, procede a importância acerca da leitura completa do documento em questão, no qual são apresentadas situações reais, suas peculiaridades, bem como o desenvolvimento argumentativo que, recorrendo a outros Acórdãos e à legislação vigente, oferece a compreensão do que objetivou a decisão final. Esta, é claro, pode sempre ser rediscutida e reexaminada, conquanto mediante o espectro legal vigente.

Sem desejar dar conta de toda a temática tratada no referido Acórdão, assim como dos pormenores presentes na dinâmica argumentativa, serão apresentados alguns casos que podem favorecer um olhar mais amplo, embora resultado de um olhar mais cirúrgico, sobre a temática abordada neste trabalho.

### 3. CASOS REAIS

Aqui serão apresentadas duas situações reais, motivo de auditoria pelo TCU, em que foi constatada a modificação do objeto contratual mediante alterações por aditivos.

### 3.1 UM ACRÉSCIMO MAIOR QUE 100%

Relacionado às obras de construção do Centro Regional de Ciências Nucleares (CRCN) em Pernambuco, e

presente no Acórdão nº 1733/2009 – TCU – Plenário, este caso será mais bem comentado com o auxílio da Tabela 1.

Observa-se que apenas considerando os 5 primeiros aditivos feitos ao contrato, o valor suprimido total equivale a 73,4% do valor original, enquanto o valor acrescido total representa 90,4%. Na coluna "Reflexo Financeiro Suposto", acrescentada, estão indicados os percentuais para cada aditivo, mediante a suposição de que cada alteração não guardava relação com as anteriores. No entanto convém observar que:

- O reflexo financeiro suposto total (17%) refere-se ao saldo dos acréscimos e decréscimos:
- O total de decréscimos supera o limite de 25%;
- O total de acréscimos supera o limite de 25%;
- Alguns termos aditivos (1°, 3° e 4°) possuem valores iguais para seus respectivos decréscimos e acréscimos, o que representaria um reflexo total, por cada adequação, de 0%. Contudo, neste caso específico, não se leva em consideração o somatório de acréscimos e o de decréscimos isoladamente. Além disso, essa situação em que o total de supressões coincide com o total de acréscimos, apesar de possível, apresenta-se como um grande desafio no que tange a sua generalização de execução, considerando a dinâmica e natureza dos serviços de engenharia. Observa-se que, além de ser engenhoso o processo requer certa dose de sorte. Ademais, o próprio TCU tem apontado situações nas quais alguns preços unitários apresentam os maiores percentuais de sobrepreço em detrimento de itens necessários, suprimidos sem inclusão de itens substitutos, simulando alteração sem reflexo financeiro, como se verifica no Acórdão nº 177/2005 - TCU - Plenário e comentado no material produzido para os cursos de Auditoria de Obras Públicas deste mesmo Tribunal.

No caso em questão, a auditoria relatou que após o 6° aditivo, o total de acréscimos representou 27,35% do valor contratado, perfazendo um total de 77,94% de su-

Tabela 1:
Supressões e acréscimos
mediante os 5
primeiros aditivos

VALOR ORIGINAL DO CONTRATO: R\$ 16.186.749,95					
TERMO ADITIVO	VALOR SUPRIMIDO (R\$)	VALOR ACRESCIDO (R\$)	REFLEXO FINANCEIRO SUPOSTO (%)		
10	2.405.595,37	2.405.595,37	0		
20	1.222.946,71	2.872.599,10	10,20		
3°	6.228.532,96	6.228.532,96	0		
40	1.977.454,68	1.977.454,68	0		
50	55.788,85	1.155.788,85	6,80		
Total (R\$)	11.890.318,57	14.639.970,96	2.749.652,39		
Total (%)	73,4	90,4	17,0		

Fonte: Adaptado, pelo autor, de Brasil (2009).

pressões perante 117,80% de acréscimos, resultando num aumento de 39,85% sobre o valor inicial do contrato. Dessa forma demonstra-se a descaracterização do objeto.

Com relação ao argumento da parte auditada de que os aditivos, até o 5° aditivo, não ultrapassaram o limite de 25%, haja vista que computaram 17%, o Tribunal afirma que:

Se fosse considerado para se calcular do limite de 25% estabelecido no art. 65, §§ 1° e 2°, da Lei n° 8.666/1993 somente o saldo dos acréscimos menos os decréscimos, seria possível suprimir 100% dos itens de um contrato e acrescer outros itens no valor de 125%, e mesmo modificando-se completamente o projeto licitado, estaria se respeitando o limite imposto na lei. Evidentemente que tal entendimento não pode prosperar (BRASIL, 2009, p. 18).

### 3.2 O OBJETO EM CAMADAS

Observa-se, no Acórdão n° 749/2010 – TCU – Plenário , que a análise acerca da descaracterização do objeto contratado se dá mediante uma estratificação dele, como num fatiamento, um corte em camadas.

Na primeira camada, denominada de primeiro nível (natureza da intervenção), consta a execução dos serviços de adequação, duplicação, melhoramentos e restauração da Rodovia BR-153/MG. Na segunda camada (grupo de serviços), os serviços de terraplanagem, drenagem, construção de obras de arte especiais, pavimentação, proteção ambiental, sinalização e obras complementares. Nestas duas camadas, segundo a análise do Tribunal, o objeto teria permanecido.

Entretanto, acerca da terceira camada (serviços específicos), houve o entendimento de que o objeto licitado sofreu modificação. Para exemplificar: no grupo de pavimentação, ocorreu a alteração estrutural do pavimento; na terraplanagem, foi suprimido o item relativo ao escoamento e transporte do solo mole; nas obras de arte especiais, foi alterada a técnica de construção de viadutos e pontes; na sinalização, foram suprimidos os serviços de sinalização vertical.

Esse entendimento é, ainda, reforçado pelas referências a outros Acórdãos, como o Acórdão 2.065/2007 – TCU – Plenário, no qual se destaca:

- Alterações antieconômicas das distâncias médias de transporte nos serviços de terraplanagem;
- Substituição da base melhorada com areia e cimento 4% por base de solo-cimento 6%;

- Substituição de sub-base estabilizada com solo e areia por sub-base estabilizada granulometricamente;
- Retirada da cal na regularização do subleito;
- Alteração do consumo de materiais betuminosos;
- Substituição dos meios-fios MFC-01 por meios-fios MFC-03;
- Supressão de obras de arte especiais licitadas e inclusão de outras não licitadas.

Dessa forma, segundo a análise apresentada no documento, ocorreram:

[...] falhas e omissões no projeto básico, em afronta ao art. 6°, IX e ao art. 7°, I, da Lei n° 8.666/1993 [...] E a mudança do objeto constitui desrespeito ao art. 3° da Lei n° 8.666/1993 e ao art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, pela não observância aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia (BRASIL, 2010, p. 6).

### 4. CASOS PITORESCOS

Nesses casos, procurou-se atentar aos exemplos considerados mais didáticos, embora às vezes um tanto pitorescos, presentes nas justificativas dadas pelos órgãos auditados e, também, nas consequentes argumentações do TCU.

### 4.1 A TROCA DAS ESTRADAS

Para melhor exemplificar uma situação que estaria em confronto com a alegação de dirigentes do DNIT, os quais defendiam a tese de que as alterações contratuais deveriam ser aquilatadas tão somente pelo reflexo financeiro final que produzem no preço do contrato, lançou-se mão do seguinte comparativo:

[...] tendo contratado, por exemplo, a construção de uma 'estrada com pavimentação asfáltica', a Administração não está autorizada a alterar o objeto contratual para 'estrada com pavimentação de concreto', ainda que os preços sejam equivalentes (BRASIL, 2011b, p. 5, grifos nossos).

Se a argumentação fosse plausível, numa situação em que uma **estrada pavimentada** fosse alterada para uma **estrada não pavimentada**, o argumento de que

o objeto foi mantido recairia no fato de continuar se tratando de uma estrada.

Assim, mesmo que, num caso como o retratado pelo TCU no citado Acórdão, não ocorra uma expressiva alteração no preço total da obra, a alteração dos quantitativos de serviços e de materiais originalmente levados à licitação seria em muito superior aos limites admitidos por lei.

### 4.2 A TROCA DOS CARROS

No Acórdão nº 1428/2003 – TCU, contrapondo o argumento de defesa da Secretaria Extraordinária do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e Minerais do Estado da Paraíba (SEMARH), é apresentado o seguinte exemplo, para melhor compreensão do que aponta o Tribunal:

[...] questiono se seria razoável admitir que seja adjudicado a um certo licitante a compra de **dez carros populares** a um preço global de R\$ 230.000,00 e, posteriormente, se assine termo aditivo substituindo aqueles por **seis automóveis de luxo**, no valor total de R\$ 280.000,00, sob a alegação de que ambos são carros e que, dessa forma, não houve alteração do objeto e não foi ultrapassado o limite fixado no art. 65 multicitado (BRASIL, 2011b, p. 6, grifos nossos).

Embora pareça esclarecedor por si só, neste caso, segundo o TCU, nem se pode falar em licitação, haja vista que foi licitado um objeto e adquirido outro, mesmo que ambos tenham a mesma designação genérica. Ainda, estaria ferindo o princípio da isonomia entre os licitantes e não asseguraria à Administração o melhor preço, como exigido pelo art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

### 4.3 A TROCA DAS BARRAGENS

Ainda no Acórdão nº 1428/2003, o documento apresenta parte da defesa da SEMARH, segundo a qual "se uma **barragem de terra**, por exemplo, tem seu método construtivo alterado para uma d**e concreto compactado a rolo (CCR)** não pode de modo algum afirmar que houve alteração do objeto" (BRASIL, 2003, p. 6, grifo nosso).

Na sua defesa acerca da metodologia escolhida (BRASIL, 1999), a SEMARH pontuou:

 A necessidade de acréscimos nos quantitativos de obras e serviços em virtude da situação encontrada quando das escavações da fundação;

- A substituição do maciço de terra, originalmente previsto no projeto básico e no contrato, por maciço em concreto compactado a rolo (CCR), traria benefícios econômicos e sociais à comunidade alcançada pela obra;
- A tecnologia CCR quase não era utilizada na construção de barragens no Brasil, à época da elaboração do projeto básico.

Conforme a argumentação do Tribunal, é óbvio que o objeto continuará sendo uma barragem, mas jamais poderá ser considerado o mesmo objeto licitado. O próprio Tribunal, no Acórdão nº 100/2011, lembra que:

No que respeita às novas soluções técnicas, espera-se que boa parte das escolhas técnicas já sejam resolvidas na fase de projeto, não na de obras. As melhorias nas condições das rodovias já deveriam também estar consagradas no projeto da obra, embora a lei admita o aperfeiçoamento qualitativo do projeto, na fase de execução, em caso de benefício comprovado ao interesse público (p. 8, grifo nosso).

### 5. CASOS HIPOTÉTICOS

Nesta parte, permitiu-se elaborar situações hipotéticas, mas possíveis, como forma de propiciar novas análises e discussões sobre os modos de ocorrer a alteração do objeto contratado.

### 5.1 OS ADITIVOS SUCESSÍVEIS

Baseado no Acórdão nº 2819/2011 – TCU acerca de se atender aos limites legais para os grupos de serviços suprimidos e os acrescidos, imaginemos uma situação de sucessivos aditivos, num contrato hipotético firmado entre uma empresa de obras rodoviárias, a "Fábrica de objetos Ltda.", também hipotética, e um órgão da Administração Pública. Na Tabela 2 aparecem as informações apresentadas pelo órgão.

O que mostra a tabela:

- Em cada aditivo os valores das supressões e dos acréscimos são iguais. Daí deduz-se um reflexo financeiro nulo;
- Isoladamente, em cada aditivo, os valores das supressões e dos acréscimos estão dentro dos limites legais, ou seja, até 25% do valor original do contrato;

**Tabela 2:**Supressões e acréscimos mediante 4 aditivos

VALOR ORIGINAL DO CONTRATO: R\$ 1.000.000,00							
TERMO ADITIVO	VALOR SUPRIMIDO		VALOR ACRESCIDO		REFLEXO FINANCEIRO		
10	(R\$)	(%)	(R\$)	(%)	00/		
	249.999,99	24,99	249.999,99	24,99	0%		
2º	(R\$)	(%)	(R\$)	(%)	0%		
	249.999,99	24,99	249.999,99	24,99			
20	(R\$)	(%)	(R\$)	(%)	0%		
30	249.999,99	24,99	249.999,99	24,99	0%		
40	(R\$)	(%)	(R\$)	(%)	0%		
	249.999,99	24,99	249.999,99	24,99			
Total	(R\$)	(%)	(R\$)	(%)	(R\$)	(%)	
	999.999,96	99,99	999.999,96	99,99	0,00	0	

Fonte: Elaboração do autor.

 Apesar de vários aditivos ao contrato, este não sofreu reflexo financeiro algum.

Todavia o que se constata:

- No 1° aditivo, tanto as supressões quanto os acréscimos atendem aos limites legais de 25%;
- No 1º aditivo, pelo fato de os valores das supressões e dos acréscimos serem iguais, o reflexo financeiro no contrato é nulo;
- Considerando que no 1° aditivo as alterações feitas praticamente atingiram o limite aceitável, a partir do 2° aditivo já não havia condições de suprimir ou acrescer serviços;
- Já após o 4º aditivo verifica-se que foram suprimidos todos os serviços originais contratados, em detrimento dos acréscimos de novos serviços, descaracterizando por completo o objeto contratual.

Numa relação figural, teríamos a seguinte distribuição, abaixo:

**Quadro 1:** Alteração do objeto contratual

ADITIVO	OBJETO (ANTES)	OBJETO (DEPOIS)
1°		
2°		
3°		
4°		

Fonte: Elaboração própria

No qual:

- Cada retângulo menor representa um grupo de serviços que caracteriza o objeto contratado (retângulo maior), sendo diferenciados pela sua tonalidade;
- E, ainda, cada um deles, em termos financeiros, representa 24,99% do valor original do contrato.

Sendo assim, observa-se que, apesar da suposição de que a cada aditivo os limites dos acréscimos e dos decréscimos atenderiam à legislação (25%), bem como o reflexo financeiro seria nulo, ao final das quatro alterações o objeto não mais seria composto pelos quatro grupos de serviços originais (os retângulos de tonalidades diferentes), mas por outros quatro grupos de serviços, representados, no esquema, pelo conjunto dos quatro retângulos hachurados, descaracterizando totalmente o objeto então contratado. Cabe então salientar:

Se fosse considerada apenas a alteração líquida, em última análise seria possível suprimir todas as obras, compras e serviços anteriormente contratados, e acrescentar novas obras, compras e serviços que importem em 125% do valor originariamente contratado, atualizado. O objetivo da lei, no entanto, não é ensejar evidentes violações do princípio da obrigatoriedade da licitação (BRASIL, 2011a, p. 5).

Embora o uso de um percentual de reflexo de 24,99% possa parecer incomum, ou até mesmo não factível, salienta-se que isso não é apenas um esforço pedagógico para a compreensão da temática. Para constatações, sugere-se consultar:

 DOU, de 7/11/2013, seção 3, p. 205 – Extrato de Termo Aditivo nº 4/2013 (DNIT);

- Relatório Sintético do Levantamento de Auditoria/ 2004 da Câmara dos Deputados – Ponte sobre o rio Acre (DNIT);
- Acórdão nº 1502/2004 TCU Plenário (DNIT/ Deracre).

### 5.2 LIBERDADE PARA ALTERAR

Vejamos outra situação hipotética na Tabela 3 a seguir.

O que mostra o quadro:

- No 1º aditivo, os valores das supressões e dos acréscimos estão dentro dos limites exigidos pela Lei nº 8.666/1993, sendo que o reflexo financeiro no contrato é de 10%;
- No 2º aditivo não ocorreram supressões e o valor dos acréscimos está dentro do limite exigido pela Lei 8.666/1993, sendo que o reflexo financeiro no contrato é de 10%;
- O valor total das supressões é de 10%, enquanto o total dos acréscimos é de 30%, sendo o reflexo financeiro total de 20%.

Porém, conclui-se que:

- No 1° aditivo, os valores estão aceitáveis, legalmente, e corretamente informados;
- No 2° aditivo, individualmente, os valores estão, também, aceitáveis. Contudo, ao considerar o total dos acréscimos (1° e 2° aditivos), observa--se que seu valor ultrapassa o limite de 25%.

Apesar de ter ultrapassado o limite legal, o que comprova a descaracterização do objeto, o órgão esteve amparado legalmente, considerando o que aponta o Acórdão nº 215/1999 do TCU, segundo o qual:

[...] é permitido à Administração ultrapassar os aludidos limites, na hipótese de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalís-

simas [...] quando as consequências da outra alternativa – a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação – forem gravíssimas ao interesse público primário (Ata 18 – Plenário, VII, b, grifo nosso).

Ou seja, considerando a situação crítica referente à obra em questão, que concorreu para o citado acréscimo, observou-se o pleno atendimento ao tratado pelo Acórdão anteriormente citado. Contudo, quanto ao detalhamento da situação crítica comentada, espera-se que, hipoteticamente, o leitor também possa elaborar o suposto acontecimento, como forma de exercitar múltiplas análises quanto à possibilidade de ultrapassar os limites impostos pela lei, neste caso a Lei nº 8.666/1993. Claro, longe do objetivo de poder extrapolar os limites, mas visualizando tomadas de decisões que estejam sempre a bem do serviço público.

### 6. CONCLUSÃO

Considerando a motivação para se realizar este estudo, que se baseou pelo contato, no labor profissional, com processos que apresentaram alterações, bem como a publicação do Acórdão nº 2819/2011 - TCU - Plenário, observou-se que foi atingido o objetivo, considerando que se apresentou um rol de argumentos contidos em Acórdãos do TCU acerca do entendimento deste Tribunal sobre descaracterização do objeto contratual, isso a partir da descrição de situações auditadas e pelo exame de outros casos nos quais seja possível haver alteração do objeto licitado. Claro, sem a intenção de exaurir a temática aqui tratada, acredita--se que o breve estudo pode colaborar no sentido de ampliar a compreensão sobre o imperioso dever de atendimento aos ditames legais que regem os procedimentos na esfera pública, concorrendo para a melhoria na prestação de serviços, mais especificamente acerca de obras de infraestrutura.

**Tabela 3**Supressões e acréscimos mediante 2 aditivos

VALOR ORIGINAL DO CONTRATO: R\$ 1.000.000,00							
TERMO ADITIVO	VALOR SUPRIMIDO		VALOR ACRESCIDO		REFLEXO FINANCEIRO		
10	(R\$)	(%)	(R\$)	(%)	100/		
	100.000,00	10,0	200.000,00	20,0	10%		
20	(R\$)	(%)	(R\$)	(%)	100/		
	0,00	0,00	100.000,00	10,0	10%		
Total	(R\$)	(%)	(R\$)	(%)	(R\$)	(%)	
	100.000,00	10,0	300.000,00	30,0	200.000,00	20	

Fonte: Elaboração própria

### **REFERÊNCIAS I**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 215/1999. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 12 maio 1999. Disponível em: <a href="http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU">http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU</a>. Acesso em: 08. abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1428/2003. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 24 setembro 2003. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: 04. abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1502/2004. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 29 setembro 2004. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: 12. abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 177/2005. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 02 março 2005. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: 10. mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1733/2009. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 05 agosto 2009. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: 05. mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 749/2010. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 14 abril 2010. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: 20. fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 100/2011 (a). Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 26 janeiro 2011. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: 10. abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2819/2011 (b). Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 25 outubro 2011. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: 20. fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Auditoria em obras públicas: jogo de planilhas. Disponível em: <a href="http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca\_tcu/documentos\_temas?tema=501528">http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca\_tcu/documentos\_temas?tema=501528</a>. Acesso em: 10. mar. 2015.

### **NOTA**

1 No período de elaboração deste trabalho foi aprovado, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, o Projeto de Lei do Senado nº 25/2012, que altera o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/2003, para limitar em patamar único de 25% do valor inicial atualizado do contrato os acréscimos e as supressões em todas as obras, serviços ou compras, sem exceção.

# A Participação das Cooperativas em Licitações Públicas e a Função da Apresentação do **Documento Denominado** "Modelo de Gestão Operacional"



é advogado, consultor em

Direito Público. Membro do corpo jurídico da Editora NDJ, mestrando em Direito Econômico e Político pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

### **RESUMO**

As cooperativas estão legitimadas a participar de licitações. Não se pode negar, todavia, a existência de falsas cooperativas, que na prática são empresas intermediadoras de mão de obra subordinada. A fim afastar tais entidades dos certames, o art. 4°, parágrafo único, da IN nº 2/2008, da SLTI do MPOG determinou que tais cooperativas apresentem na licitação um documento denominado "modelo de gestão operacional", a fim de comprovar se tais proponentes detêm autonomia, autogestão e não exercem atividades necessárias para o cumprimento do contrato que acabe por criar sujeição, pessoalidade e habitualidade dos cooperados.

**Palavras-chave:** Licitação – Cooperativa – Modelo de gestão operacional - Autonomia - Autogestão.



As sociedades cooperativas estão legitimadas a participar de licitações públicas, podendo se sagrar vencedoras do certame se preencherem os requisitos impostos para habilitação, fixados no ato convocatório, e apresentarem o preço mais vantajoso para a Administração.

Tanto é assim que o inc. I do § 1° do art. 3° da Lei Federal n° 8.666/1993, alterado pela Lei Federal n° 12.349/2010, veda, entre outras coisas, aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas.

Aliás, a participação de sociedades cooperativas nas licitações públicas não é apenas permitida, mas estimulada pelo Poder Público, conforme se infere da leitura do art. 34 da Lei Federal nº 11.488/2007, cujo teor estabelece que as benesses garantidas às microempresas e empresas de pequeno porte sejam também estendidas às sociedades cooperativas como forma de incentivar esse tipo de organização.

Não podemos negar, todavia, a existência de falsas sociedades cooperativas, sendo aquelas entidades que na prática figuram como verdadeiras empresas intermediadoras de mão de obra subordinada. Nesse sentido, grife-se que a Lei Federal nº 12.690/2012, cujo teor dispõe sobre a organização e o funcionamento destas sociedades, estabeleceu, em seu art. 5°, que a "cooperativa de trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada" e, adian-

te, em seu art. 17, conceitua o que vem a ser a intermediação de mão de obra e estabelece uma multa em caso de descumprimento.

A fim de coibir o funcionamento das falsas cooperativas, estabeleceu o caput do art. 2º da Lei Federal nº 12.690/2012 que estas sociedades são constituídas por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito **comum**, **autonomia** e **autogestão** para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

Com o propósito de garantir tais vetores, estabelece o § 1º do dispositivo legal citado que a autonomia concedida à sociedade cooperativa deve ser exercida de forma coletiva e coordenada pelos próprios cooperados, mediante a fixação, em assembleia geral, das regras de funcionamento da sociedade e da forma de execução dos trabalhos. Demais disso, considera o § 2º do mesmo dispositivo legal autogestão como sendo o processo democrático no qual a assembleia geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei.

O art. 5° da Lei n° 12.690/2012, por sua vez, expressamente estabelece que as cooperativas de trabalho não podem ser utilizadas para a intermediação de mão de obra subordinada, ressaltando-se que o § 2° do art. 17 define (presunção legal) "intermediação de mão de obra".

Verifica-se, por meio da referida disciplina, o esforço da lei no sentido de extinguir as sociedades cooperativas de "fachada", que se prestam unicamente a atuar como empresas intermediadoras de mão de obra, na medida em que estabelecem que as decisões desta pessoa jurídica devem ser deliberadas pela maioria dos seus cooperados e que todas as regras de funcionamento da entidade sejam fixadas em sua assembleia geral. Logo, com tal regramento busca-se impedir a concentração de poder nas mãos de poucos cooperados responsáveis pela gestão da entidade.

Sendo, portanto, uma realidade a existência de cooperativas que realizam intermediação de mão de obra, observa-se a existência de decretos, a exemplo do Dec. Estadual Paulista n° 55.938/2010, alterado pelo de n° 57.159/2011, e do Dec. Municipal de São Paulo n° 52.091/2011, que vedam a participação de cooperativas nas licitações quando a execução do objeto demandar relação de subordinação, e especificam alguns dos serviços que não podem ser executados por cooperativas.

Nesse passo, para que a participação de cooperativas em licitações públicas seja lícita, será imprescindível, primeiramente, que a sua atividade esteja diretamente ligada ao objeto licitado, conforme leciona o prof. Marçal Justen Filho (2012):

Essas considerações permitem afirmar que é possível e viável a participação de cooperativa em licitação quando o objeto licitado se enquadra na atividade direta e específica para a qual a cooperativa foi constituída. Se, porém, a execução do objeto contratual escapar à dimensão do 'objeto social' da cooperativa ou caracterizar atividade especulativa, haverá atuação irregular da cooperativa (p. 471).

Outrossim, diante da impossibilidade de a cooperativa de trabalho ser utilizada com o escopo de intermediar mão de obra subordinada, deverá ser aferido, na fase interna da licitação, se o objeto demandado pela Administração pode ser executado pelos cooperados de forma autônoma, vale dizer, a atuação dos referidos colaboradores não poderá apresentar subordinação – seja entre a cooperativa e os cooperados, seja entre a Administração e os cooperados –, pessoalidade, habitualidade.

Nesse passo, caso se verifique que a atuação dos cooperados na execução do objeto contratado apresenta subordinação, pessoalidade e habitualidade, fato

que traduz flagrante ausência de autonomia dos cooperados na execução das atividades necessárias para cumprimento do objeto pactuado, restará afastada a possibilidade da sua realização por uma sociedade cooperativa. Logo, a proibição da participação destas entidades no certame licitatório será imposta.

De outra banda, vislumbrando-se, na ocasião oportuna, a possibilidade de o objeto do certame ser executado de forma autônoma pelos cooperados, inexistindo, portanto, sujeição, pessoalidade e habitualidade no cumprimento do pactuado, poderão as cooperativas participar de licitações públicas.

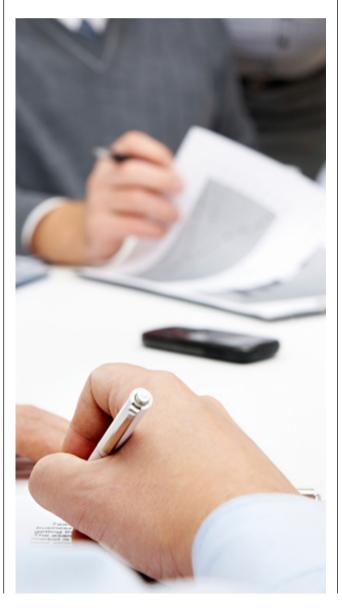
Com o escopo de a Administração promotora do certame comprovar tais requisitos, de modo a afastar qualquer dúvida sobre a licitude da contratação da cooperativa no âmbito da Administração Pública Federal, as entidades que acudiram ao chamado da Administração deverão apresentar um documento denominado "modelo de gestão operacional", citado no art. 4°, parágrafo único, da IN n° 2/2008, da SLTI do MPOG, cujo teor deverá apontar que:

- 1. O objeto da licitação pode ser executado por uma cooperativa de trabalho com autonomia pelos seus cooperados, não apresentando qualquer traço de subordinação entre a cooperativa e os cooperados ou entre a Administração e os cooperados, fato que, caso seja observado, impossibilitará a participação destas entidades no certame licitatório; e
- 2. Ser possível a realização da gestão operacional do serviço demandado de forma compartilhada ou em rodízio pelos cooperados, em que as atividades de coordenação e supervisão da execução das atividades, bem como o desempenho da função de preposto, possam ser realizados por todos os membros da cooperativa.

Reforça-se que, por meio do referido documento, restará constatado que a cooperativa que acudiu ao chamado da Administração de fato (1) detém autonomia, ou seja, é dirigida de forma coletiva e coordenada por meio de assembleia geral, sendo detentora de regras de funcionamento e da forma de execução dos trabalhos, (2) possui autogestão, na medida em que as decisões da entidade ocorrem por meio de processo democrático no qual a assembleia geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de

execução dos trabalhos, por efeito do teor constante do caput e incisos do art. 2° da Lei n° 12.690/2012 e, por fim, (3) não exerce as atividades necessárias para o cumprimento do pactuado de forma a criar sujeição, pessoalidade e habitualidade dos cooperados.

Observa-se, portanto, que o modelo de gestão operacional, que deverá ser exigido nas licitações processadas pela Administração Pública Federal para fins de classificação da proposta por força do disposto no parágrafo único do art. 4° da IN n° 2/2008, apresenta-se como um eficiente instrumento para afastar as falsas cooperativas das contratações públicas, permitindo, assim, que apenas as organizações alinhadas ao espírito do cooperativismo celebrem contratos com o Poder Público.



### REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 jul. 1994. Seção 1, p. 10149.

BRASIL. Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. Cria o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura - REIDI; reduz para 24 (vinte e quatro) meses o prazo mínimo para utilização dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS decorrentes da aquisição de edificações. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 jun. 2007. Seção 1, p. 2. (Edição extra)

BRASIL. Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 jul. 2012. Seção 1, p. 2.

BRASIL. Decreto nº 55.938, de 22 de junho de 2010. Veda a participação, em licitações, de cooperativas nos casos que especifica e dá providência correlata. Diário Oficial [do] Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 22 jun. 2010. Caderno 1, p. 3.

BRASIL. Decreto nº 52.091, de 19 de janeiro de 2011. Veda a participação de cooperativas em licitações e contratações nos casos que especifica. Diário Oficial [da] Cidade de São Paulo, São Paulo, SP, 20 de jan. de 2011, p. 3.

BRASIL. Decreto nº 57.159, de 22 de junho de 2011. Dá nova redação ao artigo 1º do Decreto nº 55.938, de 21 de junho de 2010. Diário Oficial [do] Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 22 de jul. de 2011. Caderno 1, p. 10.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 de mai. de 2008, Seção 1, página 91.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

# Criação de Hipótese de Dispensa de Licitação por meio de Lei "Promulgada": Um Caso de Inconstitucionalidade no Estado do Amazonas



### Carlos Eduardo Araujo de Assis

é graduado em Ciências Navais pela Escola Naval, pós-graduado em Administração Pública pelo Centro de Instrução Almirante Wandenkolk. Na Marinha do Brasil, foi gestor, pregoeiro e presidente de Comissão de Licitação. Atualmente é professor e consultor de Licitações e Contratos para empresas.

### **RESUMO**

Este artigo tem o intuito de analisar a legitimidade da Lei Promulgada nº 254/2015 do Estado do Amazonas, que cria hipótese de dispensa de licitação no âmbito estadual, utilizando o método dedutivo e abordagem qualitativa, concluindo que há inconstitucionalidade na norma no que tange a sua forma e matéria.

**Palavras-chave:** Dispensa; Inconstitucionalidade; Licitação; Lei Promulgada.

### 1. INTRODUÇÃO

Em virtude da necessidade de se dar amparo aos pequenos produtores rurais situados no Estado do Amazonas, os dirigentes locais tentaram, por via imprópria, criar legislação para a aquisição da sua produção por meio de afastamento de processo licitatório, de forma a promover a economia local.

Muito embora o estabelecimento da lei tenha partido de uma boa intenção de bem cuidar dos amazonenses, vivemos num Estado de Direito. Assim, o Poder Legislativo deve, dentro da legalidade, estabelecer mecanismos de fomento à produção e ao desenvolvimento regional, em respeito ao ordenamento vigente no nosso país.



### 2. O DEVER DE LICITAR

A regra geral que obriga a realização de licitação para a concretização das contratações públicas decorre do texto constitucional, estabelecido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988. O mesmo dispositivo mostra que as hipóteses de afastamento serão estabelecidas em lei.

A lei maior também determinou que as normas gerais de licitações e contratações teriam alcance nacional e seriam estabelecidas pela União, que detém competência privativa para definir as regras da área, de acordo com o inciso XXVII do art. 22 da CF. Por essa competência privativa entende-se que somente a União detém a atribuição de legislar sobre o assunto, ou seja, de determinar as normas jurídicas aplicáveis a ela mesma, a Estados, Municípios e Distrito Federal, o que se deu por meio de diversas leis, entre as quais destacamos o Estatuto Geral das Licitações, Lei nº 8.666/93.

Os afastamentos de licitação foram positivados nessa lei nos seus artigos 17 (licitação dispensada), 24 (licitação dispensável) e 25 (licitação inexigível). Tratam-se, na verdade, de situações de exceção, uma vez que a regra constitucional aponta para a realização da licitação.

### 3. POSSIBILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS FIRMAREM NORMAS SOBRE LICITAÇÕES

Podemos perceber que, muito embora a competência da União para legislar sobre o tema em comento seja da União, devemos atentar que a regra se aplica às normas gerais. Talvez tenha o legislador pensado em criar um padrão de aquisição pública que fosse observado em todo o Brasil, de forma a se privilegiar a competição, pois, em princípio, a mesma regra atenderia todos os Estados e Municípios, facilitando de certa forma a instrução das licitantes. Contudo, a presença da expressão **norma geral** no inciso XXVII do art. 22 da CF pressupõe a possibilidade de haver **norma específica** sobre a matéria.

Em decorrência desse fato, o parágrafo único do art. 22 da CF normatizou expressamente a forma como os Estados poderiam exercer a competência: por meio de lei complementar autorizativa da União. Dessa forma, no caso de haver uma lei complementar que autorize uma normatização específica sobre licitações, seria possível que algum Estado elaborasse norma jurídica própria. Perceba que na redação do texto, não foi atribuída ao Município tal capacidade. Entretanto, há no meio jurídico bastante discussão sobre a melhor maneira de interpretar o dispositivo.

Ressaltamos que o legislador abriu a possibilidade, mas estabeleceu também um rito legislativo de maior rigor para o seu exercício. Uma lei comple-

mentar exige quórum diferenciado para a sua aprovação Enquanto uma lei ordinária demanda aprovação por maioria simples, a lei complementar necessita da maioria absoluta do parlamento. Isso nos faz inferir que há maior dificuldade, necessidade de maior apoio para a realização do intento do Estado que, pelas vias legais, consegue apresentar ao Congresso Nacional o seu pleito. Significa que legislar sobre uma especificidade no que tange a licitações e contratos requer maior esforço legislativo no âmbito da União. Podemos dizer que a regra foi feita de maneira proposital, de forma a provocar a maior dificuldade possível para os demais entes.

Essa competência legislativa que a União possui para regular o assunto atinente às aquisições públicas, privativas, difere da competência concorrente disposta pelo art. 24 da CF. Elas se diferem visto que, no âmbito das competências concorrentes, inexiste a necessidade de lei complementar autorizativa para Estados, Distrito Federal e Municípios legislarem. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2013, p. 28) afirma que "essa regra é uma condição suspensiva, imposta pelo parágrafo único do art. 22, que demonstra, a toda evidência, que a competência do Estado-membro para legislar sobre os assuntos desse artigo não é regra, mas exceção".

Assim, diante de questões específicas o Estado deve, após a aprovação e entrada em vigor de lei complementar, exercer uma competência supletiva, quando omissa a lei, conforme a melhor interpretação do art. 118 da Lei nº 8.666/93.

Uma vez normatizado algum assunto sobre o tema de licitações pela União, não mais será possível que os Estados o façam, segundo o que determina o Supremo Tribunal Federal:

Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da CF). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. O art. 22, XXVII, da CF dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação. A Lei federal 8.666/1993 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência le-

gislativa distribuída pela CF, já exercida pela Lei federal 8.666/1993, que não contém essa exigência (**RE 547.063**, Rel. Min. **Menezes Direito**, julgamento em 7102008, Primeira Turma, DJE de 12122008).

### 4. O CASO DO ESTADO DO AMAZONAS

O Estado do Amazonas estabeleceu por meio da Lei Promulgada nº 254, de 31 de março de 2015, uma nova hipótese de dispensa de licitação. São os seus termos:

Art. 1.° Os órgãos e entidades da administração pública estadual que realizem a aquisição regular de gêneros alimentícios deverão destinar no mínimo 30% (trinta por cento) dos recursos destinados a essa finalidade à compra direta de gêneros produzidos por agricultor familiar ou empreendedor familiar rural ou de suas organizações.

§1.° A aquisição de que trata o artigo 1.° poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os gêneros alimentícios atendam às exigências de higiene e qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria e que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local.

§2.° A observância do percentual previsto no artigo 1.° poderá ser reduzida ou dispensada quando presentes uma das seguintes circunstâncias:

I - impossibilidade de emissão de documento fiscal referente à aquisição;

II - inviabilidade de fornecimento regular e constante dos gêneros alimentícios;

III - inadequação dos gêneros alimentícios às condições higiênico-sanitárias pertinentes.

Isso mesmo: por meio de **LEI PROMULGA- DA**, estabeleceu-se uma nova hipótese de dispensa de licitação. O Estado do Amazonas vem utilizando essa espécie normativa para vários assuntos, inclusive este, como poderemos verificar na figura 1.

Pesquisamos nos sites oficiais das Assembleias Legislativas dos demais Estados e Distrito Federal para verificar se somente o Estado do Amazonas utilizava esta espécie de norma, e encontramos somente no Estado de Santa Catarina figuras similares: Lei Ordinária Promulgada e Lei Complementar Promulgada, conforme a tela de consulta a legislação da ALESC (Figura 2).

### **Figura 1:** Tela de consulta à legislação do Estado do Amazonas no site da ALEAM



Fonte: Disponível em: <a href="http://legislador.aleam.gov.br/LegisladorWEB/LegisladorWEB.ASP?WCI=LeiPara metro&ID = 201">http://legislador.aleam.gov.br/LegisladorWEB/LegisladorWEB.ASP?WCI=LeiPara metro&ID = 201</a>. Acesso em: 05 jun. 2015

Figura 2: Tela de consulta à legislação do Estado de Santa Catarina no site da ALESC



 $Fonte: Disponível\ em: < http://200.192.66.20/alesc/Pesquisa Documentos. asp>.\ Acesso\ em:\ 05\ jun.\ 2015$ 

Trazemos como exemplo uma Lei Complementar Promulgada do Estado de Santa Catarina (Figura 3).

### Figura 3: Parte inicial da Lei Complementar Promulgada nº 1167/1994 de Santa Catarina

LEI COMPLEMENTAR PROMULGADA № 1.167, de 12 de abril de 1994

Procedência – Governamental
Natureza – PC 32/93
Veto Parcial Rejeitado - MG 590/93
DO 14.913 de 14/04/94
DA 3.869 de 14/04/94
PADIN TISC nº 1988.074945-2 No mérito
declarada a inconstitucionalidade da Lei, vinculada ao
art. 2º da LC 100. DI 10.076
Fonte ALESC/Div. Documentação

O Presidente da Assembléia Legislativa, no uso de suas atribuições, que lhe
confere o art. 54, § 7º da Constituição do Estado de Santa Catarina, promulga a presente Lei, que
inclui na Lei Complementar nº 100, de 30 de novembro de 1993, que "Fixa política de reajuste
de vencimento para os servidores públicos estaduais pertencentes aos Quadros de Pessoal dos
órgãos da Administração Direta, Autarquias e Fundações, do Poder Executivo e dá outras
providências", os artigos e expressões cujos vetos foram rejeitados pela Assembléia Legislativa:

Fonte: Disponível em: <a href="http://200.192.66.20/alesc/PesquisaDocumentos.asp">http://200.192.66.20/alesc/PesquisaDocumentos.asp</a>. Acesso em: 05 jun. 2015

Vale lembrar que o site da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba apresentou na tela de consulta a opção Lei Ordinária Promulgada, muito embora somente com a finalidade de consulta às leis promulgadas.

### 4.1 O VÍCIO DE FORMA

A Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas (ALEAM) vem desde 1945¹ promulgando normas classificadas como **leis promulgadas**.

Neste estudo, vamos nos ater somente ao processo legislativo estabelecido pela CF 88, cujas normas são de repetição obrigatória em todos os Estados, conforme jurisprudência firmada pelo STF:

Dentre as regras básicas do processo legislativo federal, de observância compulsória pelos Estados, por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes, encontramse as previstas nas alíneas a e c do art. 61, § 1°, II, da CF, que determinam a iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo na elaboração de leis que disponham sobre o regime jurídico e o provimento de cargos dos servidores públicos civis e militares. Precedentes: ADI 774, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 2621999; ADI 2.115, Rel. Min. Ilmar Galvão; e ADI 700, Rel. Min. Maurício Corrêa. Esta Corte fixou o entendimento de que a norma prevista em Constituição estadual vedando a estipulação de limite de idade para o ingresso no serviço público traz em si requisito referente ao provimento de cargos e ao regime jurídico de servidor público, matéria cuja regulamentação reclama a edição de legislação ordinária, de iniciativa do chefe do Poder Executivo. Precedentes: ADI 1.165, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 1462002; e ADI 243, Rel. p/o ac. Min. Marco Aurélio, DJ de 29112002. Ação direta cujo pedido se julga procedente (ADI 2.873, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 2092007, Plenário, DJ de 9112007). No mesmo sentido: ADI 2.856, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1022011, Plenário, DJE de 1°32011; ADI 3.167, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 1862007, Plenário, DJ de 692007.

O art. 59 da CF 88 estabelece quais são os produtos do processo legislativo: emendas Constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Como a norma é de repetição obrigatória, os mesmos

produtos legislativos, à exceção da medida provisória (sem adentrarmos no porquê neste momento), foram estabelecidos no processo legislativo Amazonense, de acordo com o art. 31 da Constituição Política do Estado do Amazonas. Repare que não há nesse último dispositivo legal a possibilidade de aprovação de lei cuja natureza seja **promulgada**. O fato é que, em vigor, existem diversas leis do tipo **promulgadas** nesse ordenamento estadual.

É provável que o título de **lei promulgada** se refira à situação em que o Governador do Estado do Amazonas não tenha sancionado ou vetado algum projeto de lei aprovado pela ALEAM, nos prazos definidos pelos termos do art. 36 da Constituição do Amazonas, e que, dessa forma, tenha retornado ao Presidente da ALEAM para sua devida promulgação, de acordo com o § 6° do mesmo art. 36.

Quando tomamos o texto da lei promulgada estudada, podemos notar a seguinte introdução: "A MESA DIRETORA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS, na forma da alínea e, I, do artigo 17, da Resolução Legislativa n. 469, de 19 de março de 2010, Regimento Interno, faz saber a todos que a presente virem que promulga a seguinte".

Verificando-se o texto do Regimento Interno da ALEAM, supracitado, percebemos que cabe à Mesa Diretora da ALEAM "promulgar [...] lei ou parte de lei não promulgada pelo Governador, no prazo firmado no § 6º do art. 36 da Constituição do Estado". Note que o texto traz consigo a definição de lei em sentido lato, da qual as espécies admitidas no Direito Brasileiro são, atualmente, as Complementares, Ordinárias e Delegadas.

Não achamos ser possível a proposição de uma lei que não seja das espécies especificadas. É absurdo pensar num projeto de lei que não possa, no encerramento do seu processo legislativo, ser apresentado ao Chefe do Poder Executivo para sanção ou veto, ante a previsão expressa no art. 36 da Constituição Estadual. Assim, não é nem mesmo possível admitir que haja um **Projeto de Lei Promulgada**, considerando a ausência de previsão Constitucional.

Outro fator muito importante é a numeração utilizada para as **leis promulgadas** pela ALEAM, que possui série própria, o que pode ser verificado em seu site. Além disso, a Lei Complementar n° 95/98, que trata da forma de elaboração e redação como as leis serão elaboradas, prevê em seu art. 6° que o fundamento constitucional ou a delegação de competência para legislar devem ser especificados no texto do projeto de lei a ser recebido no ordenamento jurídico.

No texto da Lei Promulgada nº 254/2015 do Estado do Amazonas, não fica evidenciada a delegação de competência para legislar sobre esse assunto, que conforme acima comprovado, deverá acontecer por meio de lei complementar. Mesmo admitindo-se a hipótese de falha na redação do seu texto em busca da legislação da União, este pesquisador não encontrou lei que delegasse a competência necessária para tratar sobre o assunto. Hoje, no Brasil, somente a lei nacional poderá estabelecer uma hipótese de dispensa de licitação, o que foi realizado por meio de relação exaustiva no texto da Lei nº 8.666/93.

### 4.2 O VÍCIO DE MATÉRIA

Os afastamentos de licitação são possíveis quando constatadas as exceções à regra de licitar prevista pela Constituição e positivadas por lei nacional da União.

As melhores lições de hermenêutica jurídica indicam que interpretação a ser obtida de textos relacionados às exceções legais deve ser feita de maneira restritiva, fato por várias vezes reafirmado pela jurisprudência do STF. Achamos pertinente citar um desses julgamentos:

Ação direta de inconstitucionalidade: Lei distrital 3.705, de 21112005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão de obra: inconstitucionalidade declarada. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre direito do trabalho e inspeção do trabalho (CF, art. 21, XXIV, e art. 22, I) (ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 242007, Plenário, DJ de 1852007).

Essa interpretação leva em consideração o intento da norma de reduzir ao máximo o número de possibilidades de afastamento de um processo licitatório, já que a regra constitucional é licitar. Se uma lista de exceções é feita para um processo, obviamente não pode ser ampliada sem a devida autorização legal.

Concluímos que, se as hipóteses de dispensa, dispensabilidade e inexigibilidade devem ser entendidas de maneira restrita, não seria possível entender de forma diversa a lista de situações prevista em lei, a menos que uma outra lei assim determine. Oportuno é lembrar uma excelente lição doutrinária:

Por uma questão mais lógica do que propriamente jurídica, não se conceberia que o legislador regulasse o tema deixando ao inteiro alvedrio das demais esferas do governo a conveniência de abrir exceções. Para ilustrar, basta referir que as hipóteses de dispensa de licitação tentadas por alguns municípios acabaram por violar frontalmente relevantes princípios constitucionais, como o da livre iniciativa, quando buscaram estabelecer privilégios a entidades paraestatais ou favorecimentos, e quando criaram cadastro para contratação direta, no qual só poderiam participar entidades com sede na localidade, entre outros infelizes casos (JACO-BY FERNANDES, 2013, p. 35).

Então, em princípio, uma nova hipótese de dispensa de licitação somente seria possível desde que o texto da lei nacional fosse alterado, continuando a ser classificadas como taxativas as listas previstas nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/93, como bem entendem Jessé Torres Pereira Filho (2003, p. 258), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2013, p. 35), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 394) e Lucas Rocha Furtado (2013, p. 82, 84), entre muitos outros doutrinadores.

### 5. CONCLUSÃO

Ao encerramento desta exposição de motivos, entendemos que somente seria possível o estabelecimento de nova hipótese de dispensa de licitação para o âmbito estadual desde que lei complementar da União assim permita e que o processo legislativo estadual seja cumprido dentro da sua legalidade.

Como visto, temos a certeza de que a União já exerceu a sua competência legislativa sobre o assunto. Não vemos a possibilidade de Estados, Distrito Federal e Municípios tentarem inovar o direito criando, por meio de legislação própria, outras hipóteses de dispensa de licitação. Deve, então, a ALEAM, uma vez que entende ser necessária tal hipótese de dispensa, propor ao Congresso Nacional a inclusão da hipótese no rol exaustivo do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, a Lei Promulgada nº 254/2015 do Estado do Amazonas é material e formalmente inconstitucional. Vem causando restrição à competitividade nas licitações públicas e possivelmente trazendo prejuízos à fazenda estadual devido à perda de escala nas suas com-

pras. Finalizando, todas as outras leis promulgadas do Estado do Amazonas também são formalmente inconstitucionais, haja vista a impossibilidade de utilização dessa espécie legislativa, salvo melhor juízo.

### REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Constituição Política do Estado do Amazonas. Disponível em: < http://www.ale.am.gov.br/wp-content/uploads/2015/01/Constituicao-do-Estado-do-Amazonas-atualizada-2015.pdf>. Acesso em 04 jun. 2015.

AMAZONAS. Lei Promulgada nº 254 de 31 de março de 2015. Disponível em: < http://legislador.aleam.gov. br/LegisladorWEB/LegisladorWEB.ASP?WCI=LeiTexto&ID=20 1&inEspecieLei=21&nrLei=254&aaLei=2015&dsVerbete=> Acesso em 04 jun. 2015.

AMAZONAS. Resolução Legislativa nº 469 de 16 de março de 2010. Disponível em: < http://www. ale. am.gov.br/wp-content/uploads/2015/05/Regimento\_Interno\_Atualizado\_04\_2015.pdf>. Acesso em 04 jun. 2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 04 jun. 2915.

BRASIL. Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/LCP/Lcp95.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/LCP/Lcp95.htm</a>. Acesso em 04 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L8666cons.">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L8666cons.</a> htm>. Acesso em: 04 jun. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5 ed. rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

### **NOTA**

1 Consulta efetuada no site da ALEAM. Disponível em: < http://legislador.aleam.gov.br/LegisladorWEB/LegisladorWEB. ASP?WCI = LeiParametro&ID=201>. Acesso em: 4 jun. 2015

### A

### Adiantamento (finanças)

TCU conclui parecer sobre contas do governo referentes a 2014
 Revista TCU 134/2015, 12

### Administração pública - aquisição

 A indicação da marca na hora de elaborar a descrição do item dentro da modalidade pregão presencial
 Nichele. Fabricio Daniel

### Revista TCU 134/2015, 36

 Evento de Diálogo Público discute governança nas aquisições da administração pública

Revista TCU 134/2015, 10

### Administração pública - Entrevista

Modernidade e legalidade

Revista TCU 134/2015, 6

### Alteração contratual

 A descaracterização do objeto contratual: casos do TCU Caldas, Sidcley Dalmo Teixeira
 Revista TCU 134/2015, 42

### Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas

 Criação de hipótese de dispensa de licitação por meio de lei "promulgada": um caso de inconstitucionalidade no estado do Amazonas

Assis, Carlos Eduardo Araujo de **Revista TCU 134/2015, 54** 

### Auditoria – normas

 TCU faz balanço de ações e iniciativas realizadas no exercício da presidência da Olacefs

Revista TCU 134/2015, 14

### Auditoria coordenada

 TCU faz balanço de ações e iniciativas realizadas no exercício da presidência da Olacefs
 Revista TCU 134/2015, 14

### Autogestão

 A participação das cooperativas em licitações públicas e a função da apresentação do documento denominado "modelo de gestão operacional"

Parziale, Aniello dos Reis

Revista TCU 134/2015, 50

### Autonomia administrativa

 A participação das cooperativas em licitações públicas e a função da apresentação do documento denominado "modelo de gestão operacional"

Parziale, Aniello dos Reis Revista TCU 134/2015, 50

### C

### Consórcio de empresas - licitação - participação

 A participação de consórcios empresariais em procedimentos licitatórios: livre escolha da administração licitante?
 Ribeiro, João Paulo da Silveira
 Teixeira, João Pedro Accioly
 Revista TCU 134/2015, 28

### Contas do governo (2014) - parecer - relatório

TCU conclui parecer sobre contas do governo referentes a 2014
 Revista TCU 134/2015, 12

### **Contas irregulares**

TCU conclui parecer sobre contas do governo referentes a 2014
 Revista TCU 134/2015, 12

### Contratação de bens e serviços

 Evento de Diálogo Público discute governança nas aquisições da administração pública

Revista TCU 134/2015, 10

### Contratação direta

 A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo.
 Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93

Chaves, Luiz Claudio de Azevedo

Revista TCU 134/2015, 18

### Cooperação internacional

 TCU faz balanço de ações e iniciativas realizadas no exercício da presidência da Olacefs

Revista TCU 134/2015, 14

### Cooperativa - licitação - participação

 A participação das cooperativas em licitações públicas e a função da apresentação do documento denominado "modelo de gestão operacional"

Parziale, Aniello dos Reis

Revista TCU 134/2015, 50

### Despesa pública

TCU conclui parecer sobre contas do governo referentes a 2014
 Revista TCU 134/2015, 12



### Discricionariedade - licitação

 A participação de consórcios empresariais em procedimentos licitatórios: livre escolha da administração licitante?
 Ribeiro, João Paulo da Silveira
 Teixeira, João Pedro Accioly

Revista TCU 134/2015, 28

### Dispensa de licitação

 Criação de hipótese de dispensa de licitação por meio de lei "promulgada": um caso de inconstitucionalidade no estado do Amazonas

Assis, Carlos Eduardo Araujo de Revista TCU 134/2015, 54

### Dívida pública

• TCU conclui parecer sobre contas do governo referentes a 2014 **Revista TCU 134/2015, 12** 

### DNIT

 A descaracterização do objeto contratual: casos do TCU Caldas, Sidcley Dalmo Teixeira
 Revista TCU 134/2015, 42

Е

### Energia elétrica - fiscalização

Modernidade e legalidade

Revista TCU 134/2015, 6

E

### Fornecedor exclusivo

 A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo.
 Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93

Chaves, Luiz Claudio de Azevedo Revista TCU 134/2015, 18

G

### Gestão fiscal

TCU conclui parecer sobre contas do governo referentes a 2014
 Revista TCU 134/2015, 12

### Inconstitucionalidade das leis

 Criação de hipótese de dispensa de licitação por meio de lei "promulgada": um caso de inconstitucionalidade no estado do Amazonas

Assis, Carlos Eduardo Araujo de Revista TCU 134/2015, 54

### Inexigibilidade de licitação

 A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo.
 Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93

Chaves, Luiz Claudio de Azevedo Revista TCU 134/2015, 18

### Infraestrutura de transporte

 A descaracterização do objeto contratual: casos do TCU Caldas, Sidcley Dalmo Teixeira
 Revista TCU 134/2015, 42

### Lei de Licitações

Modernidade e legalidade
 Revista TCU 134/2015, 6

### Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)

TCU conclui parecer sobre contas do governo referentes a 2014
 Revista TCU 134/2015, 12

### Lei promulgada - inconstitucionalidade

 Criação de hipótese de dispensa de licitação por meio de lei "promulgada": um caso de inconstitucionalidade no estado do Amazonas

Assis, Carlos Eduardo Araujo de Revista TCU 134/2015, 54

### Licitação

 A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo.
 Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93

Chaves, Luiz Claudio de Azevedo Revista TCU 134/2015, 18

• Modernidade e legalidade

### Revista TCU 134/2015, 6

 A participação das cooperativas em licitações públicas e a função da apresentação do documento denominado "modelo de gestão operacional"

Parziale. Aniello dos Reis

Revista TCU 134/2015, 50

### Licitação – competitividade

 A participação de consórcios empresariais em procedimentos licitatórios: livre escolha da administração licitante?

Ribeiro, João Paulo da Silveira Teixeira, João Pedro Accioly **Revista TCU 134/2015, 28** 

### Licitação - normas

 Criação de hipótese de dispensa de licitação por meio de lei "promulgada": um caso de inconstitucionalidade no estado do Amazonas

Assis, Carlos Eduardo Araujo de Revista TCU 134/2015, 54

M

### Marca

 A indicação da marca na hora de elaborar a descrição do item dentro da modalidade pregão presencial Nichele, Fabricio Daniel

Revista TCU 134/2015, 36



### Objeto da licitação

 A descaracterização do objeto contratual: casos do TCU Caldas, Sidcley Dalmo Teixeira
 Revista TCU 134/2015, 42

## Organização Latino Americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS)

 TCU faz balanço de ações e iniciativas realizadas no exercício da presidência da Olacefs

Revista TCU 134/2015, 14

### P

### Pregão presencial

 A indicação da marca na hora de elaborar a descrição do item dentro da modalidade pregão presencial

Nichele, Fabricio Daniel

Revista TCU 134/2015, 36

### Previdência social – sustentabilidade

Modernidade e legalidade

Revista TCU 134/2015, 6



### Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)

Modernidade e legalidade

Revista TCU 134/2015, 6



# Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog)

 Evento de Diálogo Público discute governança nas aquisições da administração pública

Revista TCU 134/2015, 10

### SeinfraPetróleo

 TCU cria secretaria para combate à corrupção Revista TCU 134/2015, 14

### Serviço de limpeza - contratação - qualidade

 Evento de Diálogo Público discute governança nas aquisições da administração pública

Revista TCU 134/2015, 10



### TCU - acórdão

 A descaracterização do objeto contratual: casos do TCU Caldas, Sidcley Dalmo Teixeira Revista TCU 134/2015, 42

### **TCU**

 Evento de Diálogo Público discute governança nas aquisições da administração pública

Revista TCU 134/2015, 10

• TCU conclui parecer sobre contas do governo referentes a 2014

### Revista TCU 134/2015, 12

TCU cria secretaria para combate à corrupção **Revista TCU 134/2015, 14** 

• TCU faz balanço de ações e iniciativas realizadas no exercício da presidência da Olacefs

Revista TCU 134/2015, 14

### Termo de referência

 A indicação da marca na hora de elaborar a descrição do item dentro da modalidade pregão presencial

Nichele, Fabricio Daniel

Revista TCU 134/2015, 36

### A

### Assis, Carlos Eduardo Araujo de

 Criação de hipótese de dispensa de licitação por meio de lei "promulgada": um caso de inconstitucionalidade no estado do Amazonas

Revista TCU 134/2015, 54

### C

### Caldas, Sidcley Dalmo Teixeira

 A descaracterização do objeto contratual: casos do TCU Revista TCU 134/2015, 42

### Chaves, Luiz Claudio de Azevedo

 A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo.
 Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93

Revista TCU 134/2015, 18

### N

### Nichele, Fabricio Daniel

 A indicação da marca na hora de elaborar a descrição do item dentro da modalidade pregão presencial

Revista TCU 134/2015, 36

### P

### Parziale, Aniello dos Reis

 A participação das cooperativas em licitações públicas e a função da apresentação do documento denominado "modelo de gestão operacional"

Revista TCU 134/2015, 50

### R

### Ribeiro, João Paulo da Silveira

 A participação de consórcios empresariais em procedimentos licitatórios: livre escolha da administração licitante?

Revista TCU 134/2015, 28

### Т

### Teixeira, João Pedro Accioly

• A participação de consórcios empresariais em procedimentos licitatórios: livre escolha da administração licitante?

Revista TCU 134/2015, 28

### **Distrito Federal**

*Telefone:* (61) 3316-5338 *Fax:* (61) 3316-5339 *E-mail:* segepres@tcu.gov.br *Endereço:* Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria-Geral da Presidência

Setor de Administração Federal

Sul, Quadra 04, Lote 01

Edifício-Sede, Sala 153 *CEP:* 70042-900, Brasília – DF

### Acre

Telefones: (68) 3321-2400/3321-2400 Fax: (68) 3321-2402 E-mail: secex-ac@tcu.gov.br Endereço: Tribunal de Contas da União – TCU Secretaria de Controle Externo no Estado do Acre Rua Guiomard Santos, 353 – Bosque CEP: 69900-724, Rio Branco – AC

### **Alagoas**

Telefone: (82) 3221-5686
E-mail: secex-al@tcu.gov.br
Endereço: Tribunal de
Contas da União – TCU
Secretaria de Controle Externo
no Estado de Alagoas
Avenida Assis Chateaubriand,
n° 4.118 – Trapiche da Barra
CEP: 57010-070, Maceió – AL

### **Amapá**

**Telefones:** (96) 2101-6700 **E-mail:** secex-ap@tcu.gov.br **Endereço:** Tribunal de Contas da União – TCU Secretaria de Controle Externo no Estado do Amapá Rodovia Juscelino Kubitschek, Km 2, n° 501 – Universidade **CEP:** 68903-419, Macapá – AP

### **Amazonas**

Telefones: (92) 3303-9800

E-mail: secex-am@tcu.gov.br

Endereço: Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle Externo no

Estado do Amazonas

Avenida Joaquim Nabuco,

n° 1.193 – Centro

CEP: 69020-030, Manaus – AM

### **Bahia**

*Telefone:* (71) 3341-1966 *Fax:* (71) 3341-1955 *E-mail:* secex-ba@tcu.gov.br *Endereço:* Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle

Externo no Estado da Bahia

Avenida Tancredo Neves,

n° 2.242 – STIEP *CEP:* 41820-020, Salvador – BA

### Ceará

Telefone: (85) 4008-8388
Fax: (85) 4008-8385
E-mail: secex-ce@tcu.gov.br
Endereço: Tribunal de
Contas da União – TCU
Secretaria de Controle Externo
no Estado do Ceará
Av. Valmir Pontes, n°
900 – Edson Queiroz
CEP: 60812-020, Fortaleza – CE

### **Espírito Santo**

*Telefone:* (27) 3025-4899 *Fax:* (27) 3025-4898 *E-mail:* secex-es@tcu.gov.br *Endereço:* Tribunal de
Contas da União – TCU
Secretaria de Controle Externo
no Estado do Espírito Santo
Rua Luiz Gonzalez Alvarado,
s/ n° – Enseada do Suá *CEP:* 29050-380, Vitória – ES

### Goiás

4005-9250

Fax: (62) 4005-9299

E-mail: secex-go@tcu.gov.br

Endereço: Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle

Externo no Estado de Goiás

Avenida Couto Magalhães,

Qd. S-30 lt.03 n° 277

Setor Bela Vista

CEP: 74823-410, Goiânia – GO

**Telefone:** (62) 4005-9233 /

### Maranhão

*Telefone:* (98) 3232-9970/ 3232-9500 *Fax:* (98) 3313-9068 *E-mail:* secex-ma@tcu.gov.br *Endereço:* Tribunal de Contas da União – TCU Secretaria de Controle Externo no Estado do Maranhão Av. Senador Vitorino Freire, nº 48 Areinha – Trecho Itaqui/ Bacanga *CEP:* 65010-650, São Luís – MA

### **Mato Grosso**

**Telefone:** (65) 3644-2772/

/ 3644-8931/3644-3164

Telefax: (65) 3644-3164

E-mail: secex-mt@tcu.gov.br

Endereço: Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle Externo
no Estado de Mato Grosso

Rua 2, Esquina com Rua C,

Setor A, Quadra 4, Lote 4

Centro Político

Administrativo (CPA)

CEP: 78050-970, Cuiabá – MT

### Mato Grosso do Sul

**Telefones:** (67) 3382-7552/3382-3716/3383-2968 **Fax:** (67) 3321-2159

**E-mail:** secex-ms@tcu.gov.br **Endereço:** Tribunal de

Contas da União - TCU

Secretaria de Controle Externo no Estado de Mato Grosso do Sul Rua da Paz. nº 780 –

Jardim dos Estados **CEP:** 79020-250, Campo

Grande – MS

### **Minas Gerais**

*Telefones:* (31) 3374-7233 / 3374-7239 / 3374-7277 *Fax:* (31) 3374-6893

**E-mail:** secex-mg@tcu.gov.br

**Endereço:** Tribunal de Contas da União – TCU Secretaria de Controle Externo no Estado de Minas Gerais Rua Campina Verde, n° 593 – Bairro Salgado Filho

**CEP:** 30550-340, Belo Horizonte – MG

### Pará

*Telefone:* (91) 3366-7453/3366-7454/3366-7451 *Fax:* (91) 3366-7451 *E-mail:* secex-pa@tcu.gov.br *Endereço:* Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle

Externo no Estado do Pará

Travessa Humaitá,

n° 1.574 – Bairro do Marco

**CEP:** 66085-148, Belém - PA

### **Paraíba**

Telefones: (83) 3208-2000/
Fax: (83) 3533-4055

E-mail: secex-pb@tcu.gov.br

Endereço: Tribunal de
Contas da União – TCU
Secretaria de Controle Externo
no Estado da Paraíba
Praça Barão do Rio Branco,
n° 33 – Centro

CEP: 58010-760. João Pessoa – PB

### Paraná

*Telefax:* (41) 3218-1350 *Fax:* (41) 3218-135 *E-mail:* secex-pr@tcu.gov.br *Endereço:* Tribunal de
Contas da União – TCU
Secretaria de Controle Externo
no Estado do Paraná
Rua Dr. Faivre, n° 105 – Centro *CEP:* 80060-140, Curitiba – PR

### **Pernambuco**

**Telefone:** (81) 3424-8100 /

3424-8109

Telefax: (81) 3424-8109
E-mail: secex-pe@tcu.gov.br

Endereço: Tribunal de
Contas da União – TCU
Secretaria de Controle Externo
no Estado de Pernambuco
Rua Major Codeceira,
n° 121 – Santo Amaro

CEP: 50100-070. Recife – PE

### Piauí

*Telefones:* (86) 3301-2700 *Fax:* (86) 3218-1918 *E-mail:* secex-pi@tcu.gov.br *Endereço:* Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle

Externo no Estado do Piauí

Avenida Pedro Freitas, n° 1.904

Centro Administrativo *CEP:* 64018-000. Teresina – PI

### Rio de Janeiro

Telefones: (21) 3805-4200 / 3805-4201 / 3805 4206

Fax: (21) 3805-4206

E-mail: secex-rj@tcu.gov.br

Endereço: Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle Externo
no Estado do Rio de Janeiro

Avenida Presidente

Antônio Carlos, n° 375

Ed. do Ministério da Fazenda,
12° andar, Sala 1.204 – Centro

CEP: 20030-010. Rio de Janeiro – RJ

### **Rio Grande do Norte**

**Telefones:** (84) 3092-2500/3211-8753

Fax: (84) 3201-6223

**E-mail:** secex-rn@tcu.gov.br **Endereço:** Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle Externo no
Estado do Rio Grande do Norte

Avenida Almirante Alexandrino

de Alencar, 1402 – Tirol **CEP:** 59015-290, Natal – RN

### Rio Grande do Sul

Telefone: (51) 3228-0788 / 3778-5600 / 3778-5601

Fax: (51) 3778-5646

E-mail: secex-rs@tcu.gov.br

Endereço: Tribunal de
Contas da União – TCU
Secretaria de Controle Externo
no Estado do Rio Grande do Sul
Rua Caldas Júnior, n° 130

Ed. Banrisul, 20° andar – Centro

**CEP:** 90018-900, Porto Alegre – RS

### Rondônia

**Telefones:** (69) 3223-1649 / 3223-8101 / 3224-5703 / 3224-5713/ 3301-3602/ 3301-3604

Fax: (69) 3224-5712

E-mail: secex-ro@tcu.gov.br

Endereço: Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle Externo
no Estado de Rondônia

Rua Afonso Pena,
n° 345 – Centro

CEP: 76801-100, Porto Velho - RO

### Roraima

Telefones: (95) 3623-9411/
3623-9412 / 3623 9414
Telefax: (95) 3623-9414
E-mail: secex-rr@tcu.gov.br
Endereço: Tribunal de
Contas da União – TCU
Secretaria de Controle Externo
no Estado de Roraima
Avenida Getúlio Vargas
n°4570-B – São Pedro
CEP: 69306-700, Boa Vista – RR

### Santa Catarina

Telefone: (48) 3952-4600
Fax: (48) 3952-4624/ 3952-4636
E-mail: secex-sc@tcu.gov.br
Endereço: Tribunal de
Contas da União – TCU
Secretaria de Controle Externo
no Estado de Santa Catarina
Rua São Francisco,
n° 234 – Centro
CEP: 88015-140, Florianópolis – SC

### São Paulo

Telefone: (11) 3145-2600 / 3145-2601 / 3145-2626

Fax: (11) 3145-2602

E-mail: secex-sp@tcu.gov.br

Endereço: Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle Externo
no Estado de São Paulo

Avenida Paulista, n° 1842

Ed. Cetenco Plaza Torre

Norte 25° andar – Centro

CEP: 01310-923, São Paulo – SP

### Sergipe

Telefones: (79) 3301-3600
Fax: (79) 3259-3079
E-mail: secex-se@tcu.gov.br
Endereço: Tribunal de
Contas da União – TCU
Secretaria de Controle Externo
no Estado de Sergipe
Avenida Dr. Carlos Rodrigues
da Cruz, n° 1.340
Centro Administrativo
Augusto Franco – CENAF
CEP: 49080-903, Aracaju – SE

### **Tocantins**

*Telefone:* (63) 3232-6700 *Fax:* (63) 3232-6725 *E-mail:* secex-to@tcu.gov.br *Endereço:* Tribunal de

Contas da União – TCU

Secretaria de Controle Externo
no Estado do Tocantins

302 Norte, Av. Teotônio Segurado

Lote 1A – Plano Diretor Norte *CEP:* 77001-020. Palmas – TO

## Como publicar artigos na Revista do TCU

### A REVISTA

A Revista do TCU é publicação oficial da instituição e veicula artigos técnicos com temática relativa aos Tribunais de Contas, ao Controle Externo, à Administração Pública, ao Direito Público, à Contabilidade, às Finanças e à Auditoria no âmbito do setor estatal.

### O CONSELHO EDITORIAL

O Conselho Editorial da Revista, órgão colegiado de natureza técnica e de caráter permanente, é responsável pela seleção final das matérias publicadas. O Conselho é presidido pelo Vice-Presidente do Tribunal e integrado pelo Auditor mais antigo em exercício, pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal, pelo Secretário-Geral de Controle Externo, pelo Secretário-Geral da Presidência e pelo Diretor-Geral do Instituto Serzedello Corrêa.

### A SELEÇÃO DE MATÉRIAS

O exame e seleção do material a ser publicado observa os seguintes critérios:

- 1. compatibilidade com a temática da Revista;
- contribuição ao aprimoramento técnico e profissional dos servidores do TCU e ao estudo de temas de trabalho:
- 3. qualidade, objetividade e impessoalidade do texto produzido.

### AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO

A aprovação e publicação de trabalhos na Revista do TCU não dá aos autores o direito de percepção de qualquer retribuição pecuniária, devido à gratuidade na distribuição do periódico, resguardados os direitos autorais na forma da Lei.

Cada autor receberá cinco exemplares do número da revista no qual seu trabalho tenha sido publicado.

### RESPONSABILIDADE INTELECTUAL

Os textos aprovados são publicados sem alteração de conteúdo. Os conceitos e opiniões emitidas em tra-

balhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores.

Os trabalhos publicados poderão ser divulgados em outros lugares desde que citada a Revista do TCU, ano, número e data de publicação.

### COMO ENVIAR CONTRIBUIÇÕES

Os interessados em publicar artigos na revista do TCU devem encaminhar o texto para o seguinte e-mail: revista@tcu.gov.br, com as seguintes especificações:

### Quanto à formatação

- 1. Formato de arquivo: extensão.doc/docx.
- 2. Fonte Times New Roman tamanho 11.
- 3. Títulos e subtítulos em negrito.
- 4. Primeira linha dos parágrafos com 1 cm de recuo e com alinhamento justificado.
- 5. Espaçamento simples entre as linhas.
- 6. Evitar linhas em branco entre os parágrafos.
- 7. Formato da página: A4 (21x29,7 cm)
- 8. Todas as margens com 2 cm.
- 9. Máximo de sete páginas (desconsideradas as referências.
- 10. Resumo do texto nos padrões das normas técnicas.
- 11. Todo destaque que se deseje fazer no texto deverá ser feito com o uso de negrito. O uso do itálico se restringe ao uso de palavras que não pertençam à língua portuguesa.

### Quanto à identificação do autor

Incluir currículo resumido no artigo com máximo de cinco linhas, no seguinte padrão:

Fulano de Tal é servidor do Tribunal de Contas da União, graduado em Administração pela Universidade de Brasília (UnB) e mestre em Administração Pública pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Enviar foto com, no mínimo, 10x15cm e resolução de 300dpi.

Informar endereço de correspondência para envio de

exemplares da edição da Revista em que for publicado o artigo.

### Quanto ao conteúdo

Os textos deverão apresentar linguagem adequada à norma culta da língua portuguesa.

Sugere-se que seja evitado o uso excessivo de notas de rodapé e citações.

### Quanto às citações

As citações deverão ser feitas de acordo com a versão mais atual da NBR 10520, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

As informações oriundas de comunicação pessoal, trabalhos em andamentos ou não publicados devem ser indicados exclusivamente em nota de rodapé da página em que forem citados;

As citações deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e suas fontes deverão constar no próprio corpo do texto, conforme os exemplos abaixo.

### Citação direta

Segundo Barbosa (2007, p. 130), "entende-se que ...", ou "Entende-se que ..." (BARBOSA, 2007, p. 130).

### Citação indireta

A teoria da ... (Cf. BARBOSA, 2007, p. 130), ou,

A teoria da ... (BARBOSA, 2007, p. 130).

As citações de diversos documentos de um mesmo autor, publicados num mesmo ano, são distinguidas pelo acréscimo de letras minúsculas, após a data e sem espaçamento, conforme a ordem alfabética da lista de referências.

Segundo Barbosa (2007a, p. 130), ...

(BARBOSA, 2007b, p. 94).

### **Ouanto** às referências

Ao final, o texto deverá conter lista de referências completas dos documentos utilizados pelo autor para seu embasamento teórico.

Somente deverão ser citados na lista de referências trabalhos editados ou disponíveis para acesso público.

As referências deverão ser elaboradas de acordo com a versão mais atual da NBR 6023 da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

As referências deverão ser apresentadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda.

As obras poderão ser referenciadas em parte ou no todo, em formato impresso ou digital, conforme as orientações para elaboração de referências disponíveis no portal do TCU no endereço abaixo.

http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca\_tcu/servi%C3%A7os/normalizacao\_publicacoes/REFERENCIAS.pdf