



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ENUNCIADO 02 CPLC/DECOR/CGU/AGU

A compra institucional decorrente da chamada pública prevista no art. 17 da Lei n. 12.512, de 2011, dispensa a ratificação por autoridade superior e a respectiva publicação no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei n. 8.666, de 1993, como condição de eficácia do ato.

Referência: Parecer n.º 1/2017/PLENÁRIO/CRU3/CGU/AGU.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Instaurou-se controvérsia jurídica acerca da aplicabilidade do art. 24, XXX da Lei n.º 8.666, de 1993, aos casos de aquisição de gêneros alimentícios por dispensa de licitação, conforme prevê o art. 17 da Lei n.º 12.512, de 2011, com a consequente aplicação do art. 26, também da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, que condiciona à eficácia do ato a ratificação por autoridade superior e a respectiva publicação no prazo de cinco dias.

A regulação constitucional dada à contratação direta por parte do Poder Público demanda a existência de prévia e expressa autorização legal para que seja excepcionada a regra geral de realização de procedimento licitatório.

Como é sabido, a imposição da incidência do princípio da obrigatoriedade de licitar não é absoluta, tendo em vista que os princípios, ao contrário das regras, apresentam-se como normas jurídicas dotadas de flexibilidade. As hipóteses de ressalva encontram fundamento constitucional, pois o inciso XXI do artigo 37, da Constituição Federal, ao delinear a obrigatoriedade do procedimento de licitação para os contratos realizados pela Administração, já inicia seu texto assinalando "ressalvados os casos especificados na legislação".

Contudo, a espécie normativa a ser aplicada nas situações de exceção não foi discriminada, resumindo-se a indicar a competência normativa geral da União para a edição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, nos termos do art. 22 do texto constitucional, como segue:



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

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

Cabe ressaltar que, embora a Lei n.º 8.666/93 seja o principal diploma normativo sobre licitações e contratações públicas, não há qualquer hierarquia entre ela e as demais leis ordinárias federais. Os eventuais conflitos de aplicação serão resolvidos por intermédio de utilização das regras próprias de interpretação, em especial daquelas indicadas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Dessa forma, é plenamente admissível a coexistência de diversos diplomas normativos editados no âmbito dos diversos entes federativos, sendo assim permitido pelo ordenamento jurídico que sejam criadas novas hipóteses de dispensa de licitação em leis esparsas, sem necessidade de alteração das disposições contidas na Lei Geral de Licitações.

Como bem leciona Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11.ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 15):

A Lei n.º 8.666 não é hierarquicamente superior a outra lei ordinária. Por isso, é perfeitamente constitucional que outra lei federal contenha normas gerais sobre a matéria. Se forem incompatíveis com aquelas constantes da Lei n.º 8.666, aplicar-se-ão os princípios da posteridade (a lei posterior revoga a anterior, quando for com ela incompatível) e da especialidade (a lei especial não revoga a geral, nem vice-versa). No exercício dessa competência, a União editou novas leis veiculando normas gerais sobre licitações. O exemplo maior é a Lei n.º 10.520, que dispôs sobre o pregão.

As hipóteses de dispensa de licitação mencionadas em leis extravagantes não necessitam manter correlação com uma ou mais das situações previstas no art. 24 da Lei Geral de Licitações, tendo autonomia em relação a essas hipóteses legais. Dessa forma, a previsão



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

contida no art. 17 da Lei n.º 12.512, de 2011, tem campo de atuação próprio e diverso daquele mencionado pelo inciso XXX do art. 24 da Lei n.º 8.666, de 1993.

Deve-se atentar para o fato de que, na situação específica do inciso XXX do art. 24 da Lei n.º 8.666/93 e do art. 17 da Lei n.º 12.512/2011, não estamos diante de um conflito de regras, pelo contrário, a intenção normativa se revela nítida a partir da conjugação das duas normas, na medida em que são dirigidas à produção de um único resultado, quando atuam em duas frentes distintas e, ao mesmo tempo, complementares.

De um lado, a norma do inciso XXX do art. 24 da Lei n.º 8.666/93 permite a contratação direta de instituições especializadas na capacitação, preparação e organização de pequenos produtores rurais que atendam aos requisitos legais. De outro lado, a norma do art. 17 da Lei n.º 12.512/2011 obriga a Administração a atuar – também por contratação direta – na etapa final desse processo, adquirindo os produtos comercializados pelos produtores beneficiários.

Em resumo, dada a localização do art. 17 da Lei n.º 12.512/11 fora do contexto mencionado pelo art. 26 da Lei n.º 8.666/93, deve-se reconhecer que o procedimento de compra institucional decorrente da chamada pública dispensa a ratificação por autoridade superior e a publicação do respectivo ato no prazo de cinco dias, como condição de eficácia do ato.



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ENUNCIADO 03 CPLC/DECOR/CGU/AGU

I – O art. 31, II, da Lei n.º 8.666/93 refere-se, indistintamente, à exigência de certidão negativa de concordata e recuperação judicial ou extrajudicial.

II – A certidão prevista no art. 31, II, da Lei n.º 8.666/93 somente deve ser exigida quando a Administração justificar que a execução das obrigações previstas no contrato exige que a empresa possua sólida situação financeira e que o inadimplemento das obrigações contratuais importará em risco de severos prejuízos à Administração.

III – Quando admitida a participação na licitação de empresa em concordata ou recuperação, a empresa não se eximirá da apresentação das demais certidões e documentos de habilitação exigidos no edital, nos termos do art. 52, II, da Lei n.º 11.101/05.

IV – É obrigatória a exigência de certidão negativa de recuperação nos contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra.

Referência: Parecer n.º 2/2016/CPLC/CGU/AGU; Parecer n.º 04/2015/CPLC/DEPCONSUS/PGF/AGU; e Acórdão n.º 425/2002 – Plenário do Tribunal de Contas da União.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A redação do art. 31, II, da Lei n.º 8.666/93 exige como requisito de qualificação econômico-financeira, que condiciona a participação no procedimento licitatório, a apresentação de certidão negativa de falência e concordata.

Da imposição normativa do art. 31, II, da Lei n.º 8.666/93 sobressaem alguns questionamentos. Primeiramente, cumpre ressaltar que não se deve utilizar da interpretação meramente literal na análise do citado dispositivo, tendo em vista que isso resultaria na impossibilidade de se exigir certidão negativa de recuperação, uma vez que tal comando refere-se apenas à falência e concordata.



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Como é sabido, a Lei n.º 11.101/2005 tratou sobre falência, recuperação judicial e extrajudicial (não mais utilizando a expressão concordata). Tal mudança não se constitui em uma mera alteração de nome, pois os institutos são diferentes. Todavia, para os fins do contrato administrativo, mesmo o artigo da Lei n.º 8.666/93 ainda tratando de concordata, acreditamos que deve e pode ser exigida a certidão referente à recuperação judicial.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que o instituto da recuperação substituiu a concordata (vide Agravo Regimental no Conflito de Competência n.º 112646 e Recurso Especial n.º 363206). O Tribunal de Contas da União também se manifestou por diversas vezes no mesmo sentido (Acórdão n.º 3.390/2011 – Segunda Câmara e Acórdão n.º 10.041/2015 – Segunda Câmara).

Deve-se reconhecer que o art. 31, II, da Lei n.º 8.666/93 permite, indistintamente, a exigência de certidão negativa de concordata e recuperação judicial ou extrajudicial, descartando-se a interpretação de que a exigência de certidão negativa de recuperação vai de encontro à Lei n.º 11.101/05.

Quanto à exigência de certidão negativa de concordata ou recuperação, tem-se que tal imposição nem sempre é obrigatória. A própria Lei n.º 8.666/93 admite expressamente a dispensa dos requisitos de habilitação previstos nos artigos 28 a 31:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994)

§ 1.º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

De acordo com a literalidade da lei, a exigência é dispensada nas licitações na modalidade concurso e leilão e nos contratos de valor até R\$ 80.000,00 ou de fornecimento de bens para pronta entrega. Contudo, as hipóteses elencadas no dispositivo são meramente exemplificativas. Tendo em vista que, nos termos do art. 37, XXI da Constituição, a



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Administração somente deverá fazer as "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações", é dispensável a documentação de habilitação sempre que for dispensável para assegurar a execução satisfatória do contrato.

Corroborando com tal entendimento, o Tribunal de Contas da União, por intermédio da Decisão n.º 425/2002 – Plenário, destaca que a certidão somente deve ser exigida quando necessária para assegurar o adimplemento dos compromissos assumidos:

2. A questão central diz respeito ao impedimento à participação de empresas concordatárias no certame, em face do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição. O inciso mencionado preocupa-se em evitar a imposição de exigências descabidas, admitindo apenas aquelas necessárias a assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas. O mesmo entendimento pode ser extraído do art. 31 da Lei nº 8.666/93 que, ao incluir a certidão negativa de concordata entre os documentos por meio dos quais se pode comprovar a qualificação econômico-financeira dos participantes da licitação, não a coloca como elemento obrigatório, mas sim como um dos documentos que podem ser exigidos, de acordo com as peculiaridades de cada procedimento licitatório. No caso em exame, manifestação do DNER presente nos autos assegura serem as exigências inseridas no edital indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, não havendo, portanto, embasamento para questionar sua inclusão, posto que destinada a assegurar o regular adimplemento dos compromissos assumidos.

Por intermédio do Parecer n.º 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, o Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal pacificou, no âmbito das entidades da Administração federal indireta, o entendimento de que empresas em recuperação não podem ser impedidas de participar de licitações, desde que demonstrem que atendam os demais requisitos exigidos para a contratação, vejamos:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES.
CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. PECULIARIDADE DO



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE EXIGE QUE O CONTRATADO TENHA CAPACIDADE DE SUPORTAR OS ÔNUS DA CONTRATAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DO PAGAMENTO ANTECIPADO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA PRESERVAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE A FASE POSTULATÓRIA E DELIBERATIVA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE O ART. 52 E O ART. 58 DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS. NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLANO PELO JUÍZO PARA ATESTAR A VIABILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

Seguindo esse raciocínio, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que as empresas em recuperação judicial têm o direito de participar de licitações, mesmo com a exigência da Lei de Licitações de apresentação da certidão negativa de falência ou concordata. Assim, segundo o Tribunal, preserva-se a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica (STJ, Medida Cautelar n.º 23.499).

Outrossim, a própria Lei n.º 8.666/93 não considera a concordata – e, conseqüentemente, a recuperação – como fator impeditivo absoluto à contratação com a Administração Pública, uma vez que existe expressa previsão de que, na hipótese de decretação superveniente da concordata, a Administração poderá manter o contrato:

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

(...)

§ 2.º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

Para reconhecer a possibilidade de dispensa do requisito previsto no art. 31, II, da Lei n.º 8.666/93, basta considerar, ademais, a natureza e finalidade da concordata e recuperação



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

judicial. Como disposto expressamente no texto da norma (art. 48 da Lei n.º 11.101, de 2005), a recuperação judicial busca viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, objetivando permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, dessa forma, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Não seria razoável admitir que o mesmo Estado que reconhece que a empresa possui condições econômicas para continuar praticando atos empresariais em geral, aprovando, por isto, o seu plano de recuperação, manifeste-se pela impossibilidade de a empresa celebrar acordos econômicos com o Estado.

Assim sendo, o impedimento de participação em licitação de empresa em concordata ou recuperação só deverá ocorrer quando a situação de fragilidade econômica da empresa configurar-se em risco inadmissível para a Administração, assim considerado quando o contrato for de grande vulto, grande complexidade técnica ou cujo inadimplemento importe em severos prejuízos econômicos para a Administração Pública.

É considerando tal premissa, que o Tribunal de Contas da União veda a contratação de empresa em concordata ou recuperação para execução de serviços continuados com dedicação de mão de obra. Tal entendimento mostra-se razoável, haja vista que nesses contratos, em razão da responsabilidade subsidiária da Administração pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa contratada aos seus empregados (Enunciado TST nº 331), há enorme risco de graves prejuízos à Administração em razão do inadimplemento da empresa contratada, por isso, recomenda-se maior rigor na análise da saúde financeira da empresa.

Tem-se também que o reconhecimento da idoneidade da empresa para continuar praticando atos empresariais não proíbe que o Estado exija dela a comprovação de requisitos de qualificação econômico-financeira para participar dos certames. A Lei n.º 11.101/2005 expressamente prevê que a recuperação da empresa não a isenta de apresentação das demais certidões exigidas.



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ENUNCIADO 04 CPLC/DECOR/CGU/AGU

O edital de credenciamento pode vigorar por prazo indeterminado.

Referência: §2º do artigo 35 da IN SEGES nº 05/2017 c/c item IV do anexo I e item 3 do anexo VII-B da referida Instrução Normativa.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

É comum identificar o entendimento de que o credenciamento é uma hipótese de contratação direta. Embora seja plausível e rotineira esta percepção, o credenciamento não é a contratação direta em si, nem se constitui, por si só, em uma hipótese de inexigibilidade. Na verdade, o credenciamento é um procedimento auxiliar utilizado para permitir a contratação direta, por inexigibilidade, quando interessa à Administração a contratação de todos os fornecedores interessados e aptos possíveis.

Em síntese, o credenciamento não é uma hipótese de inexigibilidade, mas um procedimento auxiliar necessário para posteriores contratações diretas, por inexigibilidade, em relação a pretensões contratuais para as quais atenda ao interesse público a oportunidade de contratação de todos os fornecedores interessados e aptos para a contratação. Nesse prumo, tal procedimento auxiliar pode ser utilizado para várias contratações, com certa flexibilidade em sua compleição, notadamente nas prestações de serviço em que, para o atendimento do interesse público, é mais vantajosa a contratação simultânea de vários particulares ao invés da seleção excludente de um ou poucos vencedores de um certame.

Não se deve confundir o credenciamento com os contratos ou contratações que serão firmados a partir dele. A natureza jurídica do credenciamento não equivale à do contrato administrativo. Ele mais se aproxima de um procedimento auxiliar, como o registro cadastral ou a pré-qualificação permanente, produzido para justificar posteriores contratações diretas, por inexigibilidade, tendo em vista que o interesse público não objetiva selecionar um contratado, mas todos os potenciais fornecedores da pretensão contratual.



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ENUNCIADO 05 CPLC/DECOR/CGU/AGU

I – O procedimento de negociação dos valores registrados em ata de registro de preços, previsto nos artigos 17 a 19 do Decreto n.º 7.892/2013, não se confunde com o reconhecimento do direito da parte contratante à alteração do valor contratual para manutenção do equilíbrio econômico do contrato.

II– Não cabe o reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico (revisão econômica) em relação à ata de registro de preços, uma vez que esses institutos estão relacionados à contratação (contrato administrativo em sentido amplo).

Referência: Parecer n.º 1/2016/CPLC/CGU/AGU

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O Sistema de Registro de Preços possui algumas características específicas, entre elas, destacamos sua potencial utilização para atendimento de diversas pretensões contratuais e a formação do documento vinculativo denominado ata de registro de preços.

A ata de registro de preços é o documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas.

Importante perceber que a ata não equivale ao contrato. Sua função específica está relacionada ao registro dos preços aferidos pelo certame, os quais vinculam a empresa durante o período de vigência do instrumento. Assim, não é tecnicamente correta a atitude de utilizar a ata para regramento das obrigações contratuais, como fosse um contrato.

Pois bem, uma característica marcante da ata de registro de preços reside no fato de que ela é um instrumento de utilização plúrima. As condições (preço, objeto, prazo de fornecimento, etc.) firmadas nesse instrumento podem balizar diversas relações contratuais, com variados órgãos contratantes (seja gerenciador, participante ou não participante) em diferentes localidades. Assim, o Sistema de Registro de Preços permite que única licitação gere uma ata de registro de preços que servirá para o atendimento de



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

diferentes pretensões contratuais, por diversos órgãos/entes públicos, sejam eles gerenciadores, participantes ou mesmo não participantes. Nessa sistemática organizacional, uma única ata pode dar ensejo ao atendimento de diversas pretensões administrativas, as quais serão potencialmente afetadas por condições específicas, em cada execução contratual.

Essa característica, bem como a percepção de que a ata de registro de preços não se confunde com um contrato (ou mesmo com uma contratação), é fundamental para identificar a admissibilidade (ou não) da aplicação dos institutos de manutenção do equilíbrio econômico (entre eles o reajuste) nas atas de registro de preços.

Nesta feita, é importante observar que os institutos de manutenção do equilíbrio econômico (reajuste, repactuação e revisão) são direitos relacionados à contratação (contrato em sentido amplo) que surgem à partir da ocorrência do fato gerador específico e podem ser exigidos, mesmo sem a concordância ou assentimento da outra parte.

Não convém confundir-se os institutos de revisão econômica/manutenção do equilíbrio econômico (reajuste, repactuação e reequilíbrio econômico) com o procedimento prescrito pelo Decreto n.º 7.892/2013. Este regulamento admite certa negociação entre órgão gerenciador e fornecedores registrados na ata, quando identificadas supervenientes discrepâncias entre os preços registrados e os valores de mercado. Importante firmar que essa negociação não é um direito, mas uma possibilidade de alteração consensual, pelo órgão gerenciador, não do contrato, mas dos preços firmados na ata de registro de preços. Assim, na hipótese de o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados, a negociação não admite aumento dos valores registrados, mas apenas a liberação do compromisso, sem aplicação de penalidades. Mesmo quando o preço de mercado é inferior, ela não obriga a redução, impondo apenas ao órgão público contratante a abertura da negociação, que pode ou não ser aceita pelo contratado. Em suma, o procedimento de negociação se diferencia dos institutos de revisão econômica, entre outras coisas, porque, não sendo propriamente um direito patrimonial, não pode ser alcançado sem a concordância da outra parte.

Essa nuance, *per se*, é suficiente para demonstrar que o procedimento de negociação dos preços registrados na ata, previsto pelo regulamento federal, não se confunde com o aumento ou diminuição de valores da contratação, através dos institutos de manutenção



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

do equilíbrio econômico. Como direito subjetivo, a manutenção do equilíbrio econômico pode ser exigida, mesmo sem a concordância da outra parte, desde que ocorra algum fato gerador que a justifique.

Necessário reiterar-se, então, que a manutenção do equilíbrio econômico é um fenômeno jurídico da contratação (do contrato em sentido amplo) e não da ata de registro de preços. Identificada a ocorrência do respectivo fato gerador, a alteração do valor contratual pela incidência de um dos institutos pertinentes se dará no âmbito da relação contratual, não na ata de registro de preços. Já o procedimento de negociação previsto no Decreto n.º 7.892, de 23 de janeiro de 2013, repercute diretamente no preço registrado na ata, beneficiando, em caso de redução, todos os órgãos que a utilizarem a partir de então.



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ENUNCIADO 06 CPLC/DECOR/CGU/AGU

O ato de aprovação jurídica da minuta de edital ou contrato, obrigatório, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei n.º 8.666/93, compete ao órgão de assessoramento jurídico do órgão gerenciador. Na adesão à ata de registro de preços, portanto, a manifestação do órgão de assessoria jurídica não é obrigatória, pois não tem o condão de aprovar a minuta, embora seja recomendável o envio do processo para a análise jurídica da contratação.

Referência: Parecer n.º 9/2015/DECOR/CGU/AGU e Nota n.º 141/2017/DECOR/CGU/AGU.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Uma das principais características do Sistema de Registro de Preços é o fato de que ele permite que uma licitação reúna pretensões contratuais de diversos órgãos/entes públicos. Na sistemática admitida pelo Sistema de Registro de Preços, tais órgãos reúnem suas pretensões contratuais para a realização de certame único, que será conduzido pelo órgão gerenciador.

Essa reunião pode produzir a obtenção de melhores propostas, uma vez que a ampliação do objeto da licitação, pela reunião de várias pretensões contratuais, permite ganhos em economia de escala, além da evidente diminuição dos custos burocráticos na realização da licitação.

Para que essa sistemática funcione, com a eficiência que se exige, é importante racionalizar a lógica de processamento das demandas administrativas contratuais. Nesse sentido, por exemplo, firmou-se no Decreto n.º 7.892/2013, restrição à incumbência de aprovação jurídica das minutas do edital e contratos, nas licitações para registro de preços. Vejamos:



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo:

(...) § 4º O exame e a aprovação das minutas do instrumento convocatório e do contrato serão efetuados exclusivamente pela assessoria jurídica do órgão gerenciador. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

A regra acima deixa claro que não cabe a aprovação jurídica da minuta do edital e contrato, pela assessoria jurídica do órgão participante. Esse ato (aprovação da minuta) é praticado pela assessoria jurídica do órgão gerenciador (que, em princípio, é o responsável pela condução das fases interna e externa da licitação, além do próprio gerenciamento da ata de registro de preços), por uma questão de eficiência administrativa e de racionalização do procedimento licitatório.

É cediço que a manifestação jurídica de aprovação das minutas de editais e de contratos, conforme parágrafo único do artigo 38 da Lei n.º 8.666/93, possui caráter obrigatório, mas não vinculante. Nada obstante, no que pese tal obrigatoriedade, a regra que a relativiza, em relação à assessoria jurídica dos órgãos participantes (ou, em nossa opinião, também pelos órgãos não participantes) busca, corretamente, racionalizar a tramitação burocrática do processo, evitando contradições opinativas que apenas prejudicariam a célere conclusão do certame ou da contratação.

No mesmo sentido, a futura contratação, lastreada na ata de registro de preços, está vinculada ao edital e a seus anexos, o que gera uma hipótese *sui generis*, prejudicando a aprovação jurídica da minuta do edital e contrato, pela assessoria jurídica do órgão participante ou não participante, uma vez que tal ato jurídico já foi praticado, quando da licitação (trata-se, *in casu*, de um parecer de natureza obrigatória).

Mesmo em relação ao contrato que será firmado pelo órgão participante ou não participante (aderente), descabe a aprovação da minuta, pela percepção lógica de que o princípio da vinculação impede que eventual discordância jurídica, em relação ao teor da minuta contratual estabelecida para o certame, possa gerar sua retificação, pela assessoria do órgão participante ou não participante, como condição para que o contrato seja firmado. Tal impedimento ocorre porque a alteração da minuta contratual, via de regra,



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

não poderá ser feita, sob pena de descumprimento ao princípio da vinculação ao edital e riscos de desrespeito à isonomia e à competitividade.

Caso admitíssemos que o órgão de assessoramento jurídico do órgão não participante (aderente) permanece com a atribuição de aprovar as minutas de contratos decorrentes da ata de registro de preços, poder-se-ia gerar uma situação constrangedora, em que, por exemplo, órgãos da Advocacia-Geral da União estariam reprovando total ou parcialmente, minutas aprovadas por órgão integrante desta mesma instituição, incumbido do assessoramento jurídico do órgão gerenciador. Essa superposição da atuação de diversos órgãos jurídicos, pertencentes ao mesmo órgão, para realização da mesma atividade (aprovação de uma mesma minuta) é ineficiente e inadequada.

É necessário realizar uma interpretação ampliativa, compreendendo que a aprovação da minuta (manifestação de natureza obrigatória), nas licitações sobre o Sistema de Registro de Preços, incumbe, apenas, ao órgão gerenciador, mesmo para as contratações relacionadas ao órgão aderente.

Importante frisar que a desnecessidade de aprovação (obrigatória) da minuta contratual, pela assessoria jurídica do órgão não participante (aderente) não prejudica que seu órgão de assessoramento jurídico aprecie, a pedido do órgão consulente, a licitude da contratação, da adesão ou mesmo responda a qualquer dúvida jurídica relacionada. Contudo, ocorrerá, na espécie, uma manifestação de caráter facultativo (e não obrigatório, como sói ocorrer na aprovação das minutas).

Outrossim, no exercício do assessoramento, por fatores diversos, o órgão jurídico pode orientar o órgão assessorado a enviar determinadas espécies de processo para análise jurídica, definitivamente ou por um determinado período, como forma de evitar erros que tenham sido identificados ou prevenir equívocos nas adesões de contratações mais relevantes ou estratégicas.

De qualquer forma, quando provocada pelo órgão consulente ou quando decorrente de orientação do órgão de assessoramento jurídico, na condição de órgão participante ou não participante (aderente), a manifestação do órgão de assessoria jurídica não tem o condão de aprovar a minuta (atividade jurídica já realizada pelo órgão de assessoria jurídica do órgão gerenciador), mas opinar sobre a viabilidade jurídica da contratação ou sobre outro



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

aspecto suscitado em consulta, manifestação que não traz consigo a nuance da obrigatoriedade preconizada pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei n.º 8.666/93.



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ENUNCIADO 07 CPLC/DECOR/CGU/AGU

Constatada a ausência de imóveis públicos disponíveis que supram as necessidades da Administração, é recomendável a promoção de chamamento público para a prospecção do mercado imobiliário, findo o qual a autoridade competente terá elementos para decidir pela realização de licitação, pela dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Referência: Parecer n.º 92/2017/DECOR/CGU/AGU; Parecer n.º 501/2016/CJU-SP/CGU/AGU; e Parecer n.º 1/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. Acórdão 1.273/2018, Plenário do TCU.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Como boa prática de gestão, na escolha de imóveis públicos, para locação, vale citar a iniciativa de realização de chamamentos públicos. Trata-se de uma consulta ao mercado imobiliário sobre as ofertas disponíveis para locação. A Administração Pública informa a sua intenção de realizar locação em determinado local ou região (podem ser incluídas todas as áreas aptas ao atendimento do interesse administrativo) e determina suas condições. Além das exigências do chamamento público, como área, localização e garagem, registram-se as relacionadas à eficiência energética, economia e racionalidade no uso da água.

A adoção dessa prática é muito interessante, pois, mesmo podendo utilizar a contratação direta por dispensa, o gestor divulga previamente ao setor privado sua pretensão contratual, dando mais publicidade à escolha do imóvel a ser contratado (mesmo que por dispensa), o que pode gerar importantes benefícios na busca pela melhor opção contratual. O chamamento consiste em procedimento preliminar de pesquisa de mercado. Não é fase nem nova modalidade de licitação pública, mas pode ser classificado como um procedimento auxiliar à contratação, que tem como intuito orientar o gestor na tomada de decisão e conferir mais transparência a eventual contratação direta.



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Se somente um imóvel for identificado, após o chamamento público, pode restar caracterizada uma hipótese de inexigibilidade. Se mais de um imóvel for identificado, pode ser realizada licitação ou firmada uma contratação direta por dispensa, caso cumpridos os requisitos legais.



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ENUNCIADO 08 CPLC/DECOR/CGU/AGU

Nos casos em que um único imóvel atenda às necessidades da Administração, a contratação direta deve fundar-se no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993, dada a inviabilidade de competição. A dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666, de 1993, pode ser aplicada nos casos em que haja mais de um imóvel apto à contratação, desde que: a) o imóvel se preste para atendimento das finalidades precípuas da administração; b) as instalações e localização do imóvel sejam determinantes para sua escolha; e c) o preço seja compatível com os valores de mercado, conforme prévia avaliação.

Referência: Parecer n.º 92/2017/DECOR/CGU/AGU; Parecer n.º 501/2016/CJU-SP/CGU/AGU; Parecer n.º 1/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU; Acórdão 5.244/2017 – 1.ª Câmara do Tribunal de Contas da União.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Importante perceber uma diferença fundamental entre os institutos da inexigibilidade e da dispensa. Se naquela (inexigibilidade) é identificada uma inviabilidade de competição, na dispensa a pluralidade de possíveis particulares fornecedores do bem ou do serviço não impede a utilização da permissiva de contratação direta, pois a competição é possível. Da mesma forma que se admite a dispensa para uma aquisição de pequeno valor mesmo existindo vários fornecedores aptos e interessados na contratação, deve-se admitir a utilização da dispensa para a locação de imóvel, mesmo que existam outros imóveis aptos ao atendimento das finalidades precípuas da Administração.

Necessário também compreender que, além da aptidão objetiva (como o tamanho ou a estrutura do bem), a escolha do imóvel apto ao atendimento da necessidade administrativa envolve fatores outros, que, embora pareçam afeitos à subjetividade, estão relacionados à finalidade pública que se visa atingir. Nesse diapasão, a localização é um importante fator que pode justificar a escolha (contratação direta) de um imóvel, mesmo existindo outro de mesmas dimensões, com valor de locação menor. Outrossim, um melhor acesso



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

através de transporte público (pelo público usuário ou pelos servidores e colaboradores do órgão contratante) ou mesmo a proximidade com outro órgão ou instituição para o qual seja necessário rotineiro deslocamento (como se dá entre uma estatal que desenvolve tecnologia e determinado laboratório ou entre uma Procuradoria e os órgãos judiciais de maior atuação) podem se apresentar como fatores determinantes de escolha.

Obviamente, tal opção, para ser legítima, deve ser fulcrada no interesse público e não nas preferências subjetivas do gestor. Assim, parece justificável que, desejando atingir a prestação de um serviço público para determinado segmento social, seja feita a opção, por exemplo, para a locação de um imóvel existente dentro de shopping (de valor sabidamente mais elevado); noutra diapasão, é ilegítima a escolha desse imóvel, se ela não trazer qualquer benefício à prestação do serviço público.

Recente parecer aprovado pela Exm.^a Sr.^a Advogada-Geral da União ressaltou que “não deve prevalecer a tese no sentido de que o inciso X do art. 24 da Lei n.º 8.666/93 representa caso de inexigibilidade. O dispositivo trata de dispensa de licitação. Os arts. 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93 são independentes. E, sem dúvida alguma, não se pode negar vigência ao inciso X do art. 24. A presunção de constitucionalidade das normas jurídicas milita em seu favor” (Parecer n.º 92/2017/DECOR/CGU/AGU). Sob tal prisma, a defesa da constitucionalidade do dispositivo implica o reconhecimento da possibilidade de contratação direta ainda que exista mais de um imóvel à disposição do gestor, o que não dá ensejo a uma escolha aleatória ou pessoal, pois além dos elementos exigidos pela própria hipótese de dispensa e os elementos de instrução apontados pelo artigo 26 (justificativa do preço e razão da escolha do fornecedor), não sempre de prevalecer princípios que conformam a atividade administrativa, como impessoalidade, moralidade e economicidade.

De qualquer forma, em respeito à legalidade e à hipótese estabelecida pelo legislador, importante firmar-se que é possível a utilização da dispensa, mesmo quando exista uma pluralidade de imóveis aptos ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, desde que cumpridos os requisitos definidos pelo ordenamento jurídico.

Esse entendimento vem sendo objeto de manifestações, inclusive, do Tribunal de Contas da União, que através de acórdão relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, vem firmando posição de que “a existência de um único imóvel apto a, por suas características de



COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

instalação e localização, atender às finalidades precípua da Administração não é requisito para a contratação por dispensa de licitação fundada no art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993” (Acórdão n.º 5.244/2017 – 1.ª Câmara).