

DÚVIDAS MAIS FREQUENTES – ASPECTOS CONTROVERTIDOS DAS HIPÓTESES DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

1 Para os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação são também exigíveis as provas de regularidade para com a fazenda federal, estadual e municipal?

Sim. É pacífico na doutrina e jurisprudência que, para contratar diretamente com a Administração Pública é necessária a comprovação de regularidade fiscal, em respeito ao Princípio da Isonomia, da Legalidade e da Moralidade. Permitir que pessoas em situação irregular contratem com a Administração Pública afrontaria os princípios já citados e geraria insegurança na contratação.

O TCE, em resposta recente à consulta decidiu:

"De início, faz-se mister observar que a verificação da regularidade fiscal se apresenta como corolário dos princípios da legalidade e da igualdade. A comprovação da regularidade em relação às Fazendas federal, estadual e municipal busca assegurar a contratação de empresa cumpridora das obrigações tributárias a ela impostas, afastando a possibilidade de que uma empresa em situação fiscal irregular venha a figurar como beneficiária de contrato entabulado com o ente público, o que representaria flagrante afronta ao Estado Democrático de Direito.

(...)

Esta Corte já se manifestou a respeito da matéria em questão, ao examinar a Consulta 391114, formulada pelo Presidente da Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais - EMATER, em Sessão Plenária de 06/11/1996, relatada pelo Conselheiro Murta Lages, em que restou consignado, in verbis:

Toda empresa tem, abstratamente, o direito de contratar com a Administração. Todavia, o exercício de tal direito está vinculado ao cumprimento de determinadas condições que a lei estabelece (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal). Necessita a empresa de estar devidamente capacitada para a contratação e de oferecer a proposta mais vantajosa para a Administração. (Grifos do Relator).

(Consulta 786.537. Relator Auditor Licurgo Mourão. Sessão de 08/07/2009)

2 Para se contratar por dispensa de licitação em razão do valor (art. 24, incisos I e II da Lei 8.666/93), os valores determinantes da dispensa são considerados mensalmente ou anualmente?

O TCEMG tem decidido, reiteradamente, que deverá ser observado o valor total dos dispêndios previstos para a contratação de objetos da mesma natureza ao longo do respectivo exercício financeiro, se o prazo contratual a ele se restringir, ou no decorrer de toda a sua possível vigência, no caso de contratos que comportem prorrogação. Vejamos resposta à Consulta sobre a matéria:

"(...) Embora a Lei de Licitação não tenha fixado qual o período (anual ou mensal) que deva ser observado para a utilização do limite permitido para a dispensa da licitação, entende-se que o mesmo vale para todo o exercício financeiro.

Assim, é importante que se atente para o lapso temporal a ser considerado. O 'caput' do art. 57 disciplina a situação de contratos que acarretam dispêndios para

a Administração e, desta forma, necessitam de créditos orçamentários para lhes fazer face. Além de se preservar o princípio da moralidade e o direito ao acesso às contratações públicas, é primordial a vinculação do prazo de vigência do contrato ao respectivo crédito orçamentário e, em regra, ao exercício financeiro em curso. As exceções apontadas nos incisos I, II e IV do referido art. correspondem às situações peculiares e que, certamente, serão alvo de previsão orçamentária sucessiva em mais de um exercício financeiro.

Portanto, se para cada despesa deve haver correspondente previsão orçamentária (e disponibilidade) que indique possibilidade de atendê-la, é necessário que o período considerado para verificação da modalidade ou do cabimento da dispensa em razão do valor reduzido seja, primordialmente, o exercício financeiro em curso, e, em segundo lugar, o provável prazo de duração do contrato, caso ele se enquadre em uma das exceções enumeradas nos incisos do art. 57 da Lei de Licitações. Ressalte-se que, nesse caso, deve ser levado em conta o período total correspondente às prorrogações previstas e, conseqüentemente, as despesas delas decorrentes. (Grifo nosso)

Diante do exposto, conclui-se que para aferir a modalidade de licitação a ser utilizada ou a possibilidade de se realizar dispensa fundada no art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/93, a Administração deverá observar o valor total dos dispêndios previstos para a contratação de objetos da mesma natureza ao longo do respectivo exercício financeiro, se o prazo contratual a ele se restringir, ou no decorrer de toda a sua possível vigência, no caso de contratos que comportem prorrogação." (Grifo do Relator). (Consulta n.º 610.717/2000; Processo Administrativo n.º 691934. Sessão do dia 23/10/2007; Recurso de Reconsideração n.º 716476. Sessão do dia 22/05/2007)

3 É possível a contratação de serviços jurídicos e/ou contábeis por meio de inexigibilidade de licitação (art. 25, II da Lei de Licitações)?

O TCEMG, em novembro de 2008, publicou o enunciado de Súmula nº 106, *in verbis*:

ENUNCIADO DE SÚMULA 106 - Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração. (Grifo nosso)

Nesse sentido, o Tribunal tem decidido reiteradamente que, para se contratar serviços técnicos especializados por meio de inexigibilidade de licitação, entre os quais se incluem os serviços jurídicos e contábeis, nos termos do art. 25, II da Lei 8.666/93, é necessária comprovação da caracterização da singularidade do objeto a ser contratado e da notória especialização do executor, elementos essenciais para a configuração da inexigibilidade. Vejamos trechos de decisões do Tribunal:

"Impossibilidade de contratação direta de serviços rotineiros, que devem ser prestados por quadro próprio de procuradores. Excepcional possibilidade de contratação direta, quando o serviço for singular e houver notória especialização." (Consulta n.º 735385. Sessão do dia 08/08/2007)

"(...) de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias (...) e com o entendimento expresso no já citado incidente de Uniformização de Jurisprudência desta Corte, deve ser comprovada no caso concreto, por um lado, a caracterização

da singularidade do objeto a ser contratado e, por outro lado, que a notória especialização do executor seja elemento essencial para a adequada realização deste objeto. Atendidos esses requisitos, poderá ocorrer a contratação mediante a formalização do processo de inexigibilidade de licitação. Nos casos em que os serviços são considerados atividades corriqueiras, habituais da Administração Pública, a contratação deve ocorrer mediante a realização de procedimento licitatório, como determinam os artigos 2º e 3º da Lei de Licitações". (Consulta n.º 746716. Sessão do dia 17/09/2008)

Em resposta à consulta nº 765.192, o Tribunal aprofunda-se na matéria sobre a contratação de advogados. No caso, indagava-se sobre a possibilidade de contratação de advogados ou escritórios de consultoria e assessoria jurídica pelos municípios, ou mesmo em cidades vizinhas ao ente público, para resolver questões administrativas e jurídicas que envolvam os municípios, na Capital do Estado, sem licitação:

"(...) cumpre ressaltar, de início, que todo Município deve possuir, no seu quadro de pessoal, um corpo jurídico mínimo de advogados, de acordo com a complexidade da máquina administrativa, que possa exercer tarefas rotineiras, permanentes e não-excepcionais do ente. Em regra, não devem ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais que fazem parte do plano de cargos do órgão ou entidade.

Contudo, essa regra comporta exceções, diante das situações concretas, cabendo ao Administrador Público, em cada caso, ater-se aos termos da lei e aos princípios norteadores da Administração Pública. Se o serviço advocatício for de natureza singular, por exemplo, não se inserindo nas atividades rotineiras ou habituais dos procuradores municipais, poderá o ente recorrer à contratação de advogado, valendo-se da hipótese do art. 25, inciso II da Lei 8.666/93, que remete à inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos enumerados no seu art. 13, de natureza singular. Os motivos da contratação devem ser prévia e claramente expressos, observando-se as formalidades do art. 26 da citada Lei Nacional de Licitações. Trata-se de hipótese que tem sua regularidade vinculada não apenas à singularidade ou invulgaridade do serviço - que constituiu atributo do objeto contratado - como também à notória especialização do profissional, mediante comprovado desempenho anterior, reconhecimento no seu campo de atuação e formação jurídica especializada.

Na hipótese em tela, porém, a questão não me parece cingir-se à característica especial e incomum do objeto contratado, mas à inexistência de procuradores suficientes para defender o Município fora de sua sede. Trata-se da possibilidade de se recorrer a advogados ou escritórios de advocacia para questões jurídicas ou administrativas comuns, rotineiras, afeitas à dinâmica operacional do ente público, quando o quadro de advogados do ente for insuficiente para a tarefa demandada.

Em ambos os casos, quais sejam, quando o Poder Público não possui profissionais especializados para a tarefa, de natureza singular, ou, se possuindo, a natureza da tarefa pretendida, pelo volume, não puder ser realizada pelos profissionais do quadro, é possível a contratação de advogado, segundo remansosa jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como assinala o conceituado Jacoby Fernandes, em sua importante obra Vade-Mécum das Licitações e Contratos, 2ª Ed, Editora Fórum (ps. 239 e 241).

*Neste passo, a figura que mais se ajusta ao cerne da consulta é a contratação por meio do **credenciamento**.*

Mesmo inexistindo lei específica que cuide do sistema de credenciamento, trata-se de procedimento reconhecido pela doutrina e também pelo Tribunal de Contas da

União e recomendada por aquele órgão de controle externo, para a contratação de serviços advocatícios comuns, que possam ser realizados de modo satisfatório pela maior parte dos advogados. Tal modelo vem sendo adotado, quando configurada a hipótese em tela, e tem ganhado força na doutrina e jurisprudência, com destaque na jurisprudência do controle externo, quando a licitação para a escolha de um único contratado, mostrar-se inviável.

Na Consulta de nº 735.385 (...) foi acolhido o entendimento do Conselheiro Simão Pedro Toledo, que trouxe a lume a figura do credenciamento, por meio da pré-qualificação, pelo ente público, de firmas individuais ou sociedades de advogados. Naquela assentada, foram listados os seguintes requisitos para a contratação, pelo sistema de credenciamento, que resumidamente assim identifico:

- que a definição da demanda por contratado observe critério uniforme e impessoal, possibilitando tratamento isonômico de todos os credenciados que satisfaçam as condições exigidas;*
- que o objeto satisfaça à Administração, desde que executado na forma definida no Edital; e*
- que a tabela de valores dos serviços a serem prestados, definida previamente, seja uniforme, e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração.*

Na linha de pensamento adotada no parecer do Conselheiro Simão Pedro, em adição à mencionada consulta, entendo que o sistema de pré-qualificação para o credenciamento dos advogados deve se dar em consonância com a hipótese do art. 114 da Lei 8.666/93, que preconiza a adoção do procedimento de qualificação dos interessados, pela modalidade Concorrência.

Por meio da pré-qualificação, impõe-se a observância, no que couber, dos requisitos previstos no arts. 27 a 31 da Lei Federal nº 8666/93, relacionados à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal.

Devo frisar, que o procedimento licitatório destinado à pré-qualificação dos futuros credenciados deve ser pautado nos princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade e eficiência, com ampla divulgação do edital de pré-qualificação aos profissionais interessados na prestação de serviços advocatícios, com a indicação de condições uniformes, tabela única de remuneração, vinculação ao instrumento convocatório, além de previsão de distribuição imparcial das demandas, recomendando-se o uso do sistema de sorteio aleatório entre todos os credenciados, excluindo-se sempre os anteriormente sorteados.

Com os fundamentos expostos, e considerando o cerne da consulta formulada, parece-me, em tese, que a solução possível e adequada é o sistema de credenciamento para contratação dos serviços advocatícios, mediante a pré-qualificação dos advogados ou sociedades de advogados, quando existam demandas judiciais em que o ente seja parte e se mostre desarrazoado ou economicamente inviável o deslocamento do procurador do próprio órgão, para prestação dos serviços advocatícios.” (CONSULTA 765.192. Relator Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão de 27/11/2008)

Em resposta à Consulta nº 746.716, o Exmo. Sr. Conselheiro Antônio Carlos Andrada definiu que alguns critérios para a contratação de serviços jurídicos:

"1 - Deve existir quadro próprio para serviços rotineiros, permanentes e não excepcionais

2 - Se os serviços forem de natureza singular, contratar com base no art. 25,II da lei 8.666/93

3 - Se pelo volume não puder ser realizada pelo quadro próprio, fazer credenciamento

Acrescento que se não tiver quadro próprio, para fazer o serviço rotineiro, deve ser feita licitação." (Consulta n.º 746716. Sessão do dia 17/09/2008)

4 Se no município existe apenas um único posto de combustível, é possível contratá-lo por inexigibilidade de licitação?

O TCEMG tem decidido que o simples fato de existir um único posto de combustível no município não justifica a contratação por inexigibilidade de licitação. Segundo o entendimento do Tribunal há que ficar devidamente demonstrada a vantagem de se contratar com aquele posto. Vejamos trechos de decisões do TCEMG sobre o assunto:

Processo Administrativo. Viabilidade de competição na aquisição de combustível. "Quanto à irregularidade apontada (...), referente à Inexigibilidade de Licitação para aquisição de combustível (...), sob o argumento de inviabilidade de competição, tendo em vista que existia apenas um posto de gasolina no Município, (...) não bastasse o valor excessivo a que chegou tal contratação, ainda pesa contra ela o seguinte entendimento desta Corte, (...) 'É exigível a licitação para a aquisição de combustíveis, cabendo ao administrador observar, além do preço e condições de pagamento, se o custo final do produto não anula tais fatores, em decorrência do deslocamento da frota para abastecimento'". (Processo Administrativo n.º 705142. Sessão do dia 24/07/2007)

Consulta. Único fornecedor no município não implica, necessariamente, inviabilidade de competição. "a (...) existência de único fornecedor no Município não implica, de pronto, a possibilidade de contratação direta, pois, também nesse caso, haverá de a Administração comprovar, em regular procedimento licitatório, a inviabilidade fática de competição, a vantagem custo-benefício e a compatível oferta com o mercado, que não se restringe ao do Município. A propósito, é bom não se esquecer de que (...) o universo de contratação não se limita à circunscrição territorial do Município; ao contrário, é ele bem mais amplo, abrangendo outros municípios, estados-membros e até países". (Consulta n.º 700280. Sessão do dia 26/10/2005)

Consulta. Contratação direta de aquisição de combustível por único fornecedor existente no município, pois outros possíveis fornecedores estão muito distantes. "Na hipótese em apreço, se existente apenas no município um único fornecedor autorizado, segundo as normas impessoais vigentes, a comercializar combustíveis para veículos automotores; se outro possível fornecedor, igualmente credenciado, se encontra estabelecido tão distante, no caso por mais de 30 quilômetros da sede da administração municipal, não me parece ser vantajoso para o Poder Público promover um certame, no qual uma possível oferta de fornecimento por preço inferior feita por proponente estabelecido tão distante e, se aceita, anule com a despesa que acarretará para se deslocar o veículo a ser abastecido em local tão recuado o sentido de escolha mais conveniente, e até mesmo mais econômica, a ser feita pela Administração. A proposta mais vantajosa, necessariamente, não é a de menor preço, como é cediço. É claro que o meu entendimento no sentido de caracterizar a inexigibilidade da licitação, na hipótese em tela, pressupõe fornecimento de produto, no caso combustível, por preços que não ultrapassem aqueles praticados na localidade, regularmente, mesmo porque, caracterizado o superfaturamento, é de aplicar-se, implacavelmente, o disposto no parágrafo

segundo do art. 25 da Lei 8.666/93 de licitações." (Consulta n.º 455505. Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão do dia 17/09/1997)

"(...) Se no decorrer da execução do contrato for credenciado outro fornecedor de combustível no município, a Prefeitura deverá instaurar imediatamente procedimento licitatório." (Consulta n.º 767.269. Rel. Conselheiro Substituto Licurgo Mourão. Sessão de 29/04/2009)

5 É possível a participação de empresas e bancos privados em licitação para prestarem serviços de arrecadação de receitas, ou tais serviços somente podem ser prestados por bancos oficiais?

Sobre a matéria, o TCEMG já se manifestou no seguinte sentido:

"Arrecadação de receita pode ser licitada para bancos privados, não sendo possível a participação de empresas alheias ao sistema financeiro. Seria melhor fazer o credenciamento dada a inviabilidade de se acometer a uma única instituição financeira o monopólio de receber os tributos municipais." (Consulta n.º 618.075. Rel. Conselheiro Moura e Castro. Sessão de 23/02/2000)

6 É possível a contratação de profissional artístico diretamente, com base no art. 25, III, da Lei de Licitações, através de representante que apresenta declaração de exclusividade somente para o dia da apresentação?

RESPOSTA

O Tribunal diferencia o empresário exclusivo do mero intermediário, que é aquele que agencia eventos em datas específicas. Para configurar a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso III, do art. 25, da Lei de Licitações, a contratação deve se dar diretamente com o artista ou através do seu empresário exclusivo, que é aquele que gerencia o artista de forma permanente. Vejamos decisão do TCEMG sobre o assunto:

Contratação de músicos sem licitação só pode se dar diretamente ou através de empresário exclusivo. Distinção entre empresário e intermediário. "(...) pela irregularidade da contratação direta dos shows, mediante inexigibilidade de licitação, pelas razões a seguir expostas: (...) a empresa (...) detinha a exclusividade de venda das referidas bandas apenas nas datas dos referidos shows, o que comprova que esta foi apenas uma intermediária na contratação dos grupos. A dita exclusividade seria apenas uma garantia de que naquele dia a empresa (...) levaria o referido grupo para o show de seu interesse, ou seja, a contratada não é empresária exclusiva das bandas em questão, o que contraria o art. 25, III da Lei de Licitações. (...) a figura do empresário não se confunde com a do intermediário. Aquele é o profissional que gerencia os negócios do artista de forma permanente, duradoura, enquanto que o intermediário, hipótese tratada nos autos, agencia eventos em datas aprazadas, específicas, eventuais. (...)". (Denúncia n.º 749058. Sessão do dia 09/10/2008)