

COMENTÁRIOS ÀS ORIENTAÇÕES NORMATIVAS DA AGU QUE VERSAM SOBRE CONTRATAÇÃO DIRETA, LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (PARTE 2)*

Aniello dos Reis Parziale

Advogado Membro da Consultoria NDJ

Orientação Normativa/AGU nº 13, de 1º.4.09 – “Empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a Administração Pública, para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993”¹

Analisando a referida orientação normativa, além dos demais requisitos impostos pelo inc. VIII do art. 24 do Estatuto federal Licitatório, sendo eles, conforme magistério de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:² “a) a contratante seja pessoa jurídica de direito público interno; b) o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública; c) o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração Contratante; d) a criação do órgão ou entidade contratada tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93; e) o preço deve ser compatível com o praticado no mercado”; quando no polo passivo desta contratação direta figurar uma empresa governamental (sociedade de economia mista ou empresa pública), tal não poderá exercer atividade econômica.³

Isso porque tais entidades governamentais, exercentes de atividade econômica, não se enquadram no requisito “criada para o fim especifi-

co” estabelecido no permissivo supramencionado, o qual entende a doutrina que foram criadas com a finalidade específica de atender apenas à demanda da Administração Pública, dando suporte à atuação administrativa, o que não é o caso dessas pessoas jurídicas apontadas, na medida em que prestam serviços ou vendem os bens que produzem também para particulares.

Nesse sentido claramente salienta a doutrina prelecionada novamente por Diogenes Gasparini,⁴ *in verbis*:

“A validade dessas aquisições somente se verificará se a contratação com órgão ou entidade que integra uma dessas pessoas públicas, ainda assim, se criada antes do Estatuto federal Licitatório para esse fim específico, ou seja, para fornecer-lhe bens e lhes prestar serviços. De toda sorte que se prestar serviços ou produzir bens para outrem ou se não for integrante da entidade que deseja seus bens e serviços, não se enquadra na hipótese examinada, e a licitação será indispensável”.

Além do mais, esclareça-se que no mercado correlato em que tais entidades governamentais exploradoras de atividade econômica atuam, como, por exemplo, na atividade bancária, nos serviços gráficos,⁵ na aquisição e distribuição de

* Nota do Editor: Segunda e última parte da matéria iniciada no BLC nº 2/11, p. 121.

1. *Referência*: art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição Federal; arts. 2º, parágrafo único, e 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93; Acórdãos TCU nºs 2203/2005 – Primeira Câmara, 2063/2005 – Plenário, 2399/2006 – Plenário.
2. *In Compras pelo Sistema de Registro de Preços*, 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 81.
3. Conceitua José Eduardo Martins Cardoso, aproveitando-se do conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, que “por atividade econômica – diz o Mestre – devemos entender ‘atividade própria dos particulares; atividade privada, portanto, e bem por isso, insuscetível de ser qualificada por serviço público’” (cf. *in Curso de Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 778).
4. *In Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 534.
5. TCU, Acórdão nº 576/2009 – Plenário: “1.5.1. Determinar à Infraero que, nas próximas contratações de ‘selos adesivos de controle de embarque de passageiros’, abstenha-se de contratar a Casa da Moeda do Brasil por meio da dispensa de licitação de que trata o art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, e promova o correspondente procedimento licitatório, em obediência ao art. 2º da referida lei”.

combustíveis^{6 e 7} e nos serviços postais⁸ (exceto atividades monopolizadas), há flagrante violabilidade de competição. Assim, inexistindo privilégios para tais entidades, competindo em pé de igualdade com os demais particulares no mercado correlato, a licitação, como regra, se imporá.

Por outro enfoque, admitir que tais empresas públicas e sociedades de economia mista sejam contratadas diretamente, com arrimo no dispositivo estudado, ofenderia o art. 173 da Constituição Federal, que restringe a participação do Poder Público na economia e estabelece, ainda, o princípio da livre iniciativa. Assim, tais pessoas jurídicas, que concorrem com o mercado, não podem deter privilégios na ocasião em que contratam com a Administração Pública, como claramente estabelece o § 2º do artigo mencionado.⁹

Nesse sentido claramente preleciona o jurista Marçal Justen Filho,¹⁰ *in verbis*:

“Se o inc. VIII pretendesse autorizar a contratação direta no âmbito das atividades econômicas, estaria caracterizada inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão disciplinadas

pelo art. 173, § 1º da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades”.

Nesse sentido, fazemos uso da lição proposta pelo jurista José Eduardo Martins Cardoso, que acertadamente assevera, *in verbis*:

“Sendo assim, parece-nos rigorosamente correto afirmar que as empresas públicas, as sociedades de economia jamais poderão receber da legislação infraconstitucional qualquer tipo de tratamento privilegiado que as coloque em patamar jurídico diferenciado daquele em que estão situadas as empresas comuns, de modo a que possam vir a receber qualquer favorecimento especial na sua atuação. Seria inconstitucional. Do mesmo modo, haverá de ser ofensivo à nossa Lei Maior o estabelecimento de quaisquer deveres ou ônus de atuação que impeçam sua atuação no mercado nos moldes em que uma empresa privada faria. Deverão atuar em pé de igualdade, vedados privilégios e o estabelecimento de ônus de qualquer natureza que impliquem forma de desigualdade jurídica de

6. TCE/SP, Súmula nº 12: “Depende de licitação a aquisição de combustíveis e derivados de petróleo pelos órgãos e entidades da administração pública estadual e municipal, direta e indireta, aí incluídas as fundações instituídas pelo poder público e empresas sob seu controle, não podendo eventual dispensa fundar-se no inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21.6.1993”.

7. TCU, Acórdão nº 2063/2005 – Plenário – “6. Elucidativo a esse respeito é, ainda, o seguinte trecho do parecer do Ministério Público junto ao TCU no presente processo: ‘Convém destacar que o art. 173, § 1º, da Constituição dispõe que empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas e, portanto, não podem gozar de privilégios nas contratações’.

Admitindo-se como correta a situação examinada (contratação direta), desconsiderar-se-ia um dos princípios maiores da República, qual seja, o da livre concorrência.

A sociedade de economia mista em questão (Petrobras Distribuidora S.A.) não foi criada com o fim exclusivo de promover fornecimento de combustível à Administração Pública, faltando assim o quesito necessário à aplicação da norma do art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93”.

8. TCU, Acórdão nº 6931/2009 – Primeira Câmara: “1. Os serviços prestados pelos Correios, em caráter complementar aos previstos na Lei nº 6.538/78, não integram o serviço postal, explorado em regime de monopólio pela União (CF, art. 21, X). 2. Apenas as entidades que prestam serviços públicos de suporte à Administração Pública, criadas para esse fim específico, podem ser contratadas com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93.

3. As empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas (CF, art. 173), em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, e não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93”.

9. Oportunamente, assevera José Afonso da Silva que “Apesar da previsão de que o estatuto deve dispor sobre a sujeição das empresas estatais ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos seus direitos e obrigações tributárias, a Constituição ainda acrescenta a direta e expressa proibição de gozarem de privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado. Se num caso concreto isso acontecer, as empresas discriminadas podem recorrer a judiciários” (cf. *in Comentário Contextual da Constituição*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 719).

10. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 2009, p. 305.

tratamento ao longo das suas respectivas atuações no campo econômico”.¹¹

Sobre o tema, ressalte-se o Tribunal de Contas da União nessa mesma forma, *in verbis*:

“1. Determinar à Delegacia Federal de Agricultura/AM que: (...) 1.7. observe, em especial, o inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 e o § 2º do art. 173 da Constituição Federal, de forma a aplicar a dispensa de licitação apenas às entidades integrantes da Administração Pública que tenham como finalidade específica a prestação de serviços públicos ou a prestação de serviços de apoio, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista que não desempenhem atividade econômica, sujeita à livre concorrência, pois estas não devem possuir privilégios que não sejam extensíveis às empresas da iniciativa privada” (Acórdão nº 2.203/2005 – TCU – 1ª Câmara).

Assim, com arrimo no inc. VIII do art. 24 do Estatuto federal Licitatório, somente seria lícita a contratação de empresas governamentais prestadoras de serviço público, que, na preleção de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹² “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos admi-

nistrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público”.¹³

Orientação Normativa/AGU nº 14, de 1º.4.09 – “Os contratos firmados com as fundações de apoio com base na dispensa de licitação prevista no inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, devem estar diretamente vinculados a projetos com definição clara do objeto e com prazo determinado, sendo vedadas a subcontratação; a contratação de serviços contínuos ou de manutenção; e a contratação de serviços destinados a atender às necessidades permanentes da instituição”¹⁴

A Lei federal nº 8.958/94 autoriza as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica a contratar, nos termos do inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, por prazo determinado, instituições criadas com o objetivo de dar apoio a projetos de pesquisa, de ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

Em face da constatação da utilização desenfreada dessas fundações para a execução de objetos que estejam em descompasso com os contornos legais, a orientação normativa em des-

11. *In Curso de Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, p. 784.

12. *In Curso de Direito Administrativo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 641/652.

13. TCU, Acórdão nº 615/2005: 13. As previsões de dispensa de licitação constantes dos incs. VIII e XVI do art. 24 da Lei nº 8.666/93 não se referem às entidades que desenvolvam atividade econômica, mas tão-somente às prestadoras de serviço público.

Expressivamente elucidador quanto a esse aspecto é o pronunciamento do professor Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. O doutrinador, ao considerar que a mesma disciplina do inc. VIII aplica-se integralmente ao inc. XVI, afirma que “a regra não dá guarida a contratações da Administração Pública com entidades administrativas que desempenhem atividade econômica em sentido estrito. Se o inc. VIII pretendesse autorizar contratação direta no âmbito de atividades econômicas, estaria caracterizada a inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão subordinadas ao disposto no art. 173, § 1º, da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado aos particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia” (p. 257).

14. O requisito legal, contudo, não se resume a esse ponto. Além de serem prestadoras de serviço público, as entidades, para poderem enquadrar-se no inc. XVI do art. 24 da Lei nº 8.666/93, deverão haver sido originariamente constituídas com o objetivo de prestar os serviços objeto de contratação para a Administração Pública direta da mesma esfera de governo. Quanto a isso, assevera a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Esta hipótese veio permitir a dispensa de licitação nas contratações com as entidades abrangidas no conceito do art. 6º, inc. XI, desde que estas tenham sido criadas com o objetivo (inserido em sua lei instituidora) de prestar os serviços indicados no inc. XVI à pessoa jurídica de direito público interno” (*Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 310).

14. *Referência*: Lei nº 8.666/93; Lei nº 8.958/94; Dec. nº 5.205/04; Acórdãos TCU nºs 1516/2005 – Plenário, 248/2006 – Plenário, 918/2008 – Plenário.

taque objetiva delimitar o escopo dos ajustes celebrados entre as instituições federais de ensino superior de pesquisa científica e tecnológica e as suas fundações de apoio, atrelando-os às reais necessidades e objetivos iniciais fixados na lei, fazendo valer as proibições lá consignadas, em especial a estabelecida no inc. I do art. 9º da Lei federal nº 8.958, de 20.12.1994:¹⁵ fixar barreiras para a utilização indevida do inc. XIII do art. 24 do Estatuto federal Licitatório, evitando, em resumo, burla à licitação¹⁶ e ao concurso público.¹⁷

Cumpre-nos esclarecer, a fim de efetivamente dar cabo a tais práticas, que foi editada medida provisória, sob nº 495, de 19.7.10, cujos efeitos foram prorrogados pelo Ato nº 29 do Presidente da Mesa do Congresso Nacional, de 22.9.10, inserindo dispositivos na lei federal supramencionada e proibindo expressamente a realização dos expedientes que abaixo serão apontados.

Assim, em resumo, o normativo impede que tais contratos sejam permanentes, que se detenham objetos genéricos, o que poderia amparar a execução de qualquer atividade por prazo indeterminado; veda que terceiros executem os serviços a cargo da entidade contratada, ou seja, realizem a subcontratação; afasta, ainda, a contratação, por meio desses ajustes, de atividades

caracterizadas como “meio”, não relacionadas aos objetivos institucionais da entidade contratada; e, por fim, proíbe a contratação de serviços destinados a atender às necessidades permanentes, aquelas que devem ser prestadas por servidores, investidos no serviço público por meio de competente concurso.

Em análise mais detida, o primeiro vetor que extraímos dessa orientação é a determinação no sentido de que seja devidamente delimitado o objeto dos ajustes celebrados entre as instituições e as suas fundações de apoio, com arrimo no dispositivo supramencionado, impedindo, por exemplo, que seja de execução permanente, ou seja, de vigência indeterminada, expediente vedado pelo § 3º do art. 57 do Estatuto federal Licitatório e que não é permitido pelo art. 1º da Lei nº 8.958/94, uma vez que lá preconiza expressamente que esses ajustes terão prazo determinado. Também é vedada pela orientação a fixação de objetos contratuais genéricos¹⁸ ou indeterminados,¹⁹ uma vez que poderia amparar a execução de serviços de toda sorte, estranhos e desvinculados do escopo original.²⁰

Esclareça-se que a orientação em estudo também objetiva vedar que terceiros executem os serviços a cargo da entidade contratada, expe-

15. Art. 9º É vedada a contratação de atividades que: I – sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

16. TCU, Acórdão nº 1929/2006 – Plenário: “17. Lembro, apenas, que a contratação por meio de dispensa de licitação, nos termos do art. 25, inc. XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é possível quando o objeto do contrato guardar estrita correlação com os objetivos estatutários da contratada, uma vez que, de modo diverso, a contratada serviria apenas como intermediadora de serviços e estaria caracterizada a burla do procedimento licitatório”.

17. TCU, Acórdão nº 2.022/2010 – 2ª Câmara: “9.6. determinar à Universidade Federal do Espírito Santo – UFES que: 9.6.1. abstenha-se de contratar fundações de apoio para executar atividades que devem ser desenvolvidas pela própria universidade ou, ainda, aquelas que sejam passíveis de terceirização, devendo a contratação de tais entidades ficar restrita ao desenvolvimento de projetos de apoio à pesquisa, à extensão ou ao desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição federal, nos termos do que dispõe o art. 1º da Lei nº 8.958/94 e a jurisprudência desta Corte de Contas, em especial o Acórdão nº 1.516/2005 – Plenário”.

18. TCU, Acórdão nº 6/2007 – Plenário: “9.3.5. nos contratos que vier a celebrar com fundações de apoio por dispensa de licitação, com base no inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, defina com clareza e precisão o objeto licitado e o projeto básico relativo à contratação, indicando, na oportunidade, os projetos de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional que serão apoiados pela contratada, conforme dispõem o art. 1º da Lei nº 8.958/94 e o art. 55, inc. I, da Lei nº 8.666/93”.

19. TCU, Acórdão nº 197/2007 – Segunda Câmara: “1. É irregular transferência a fundação de apoio, em caráter genérico, sem vinculação a projeto específico e sem prazo determinado, de atividade exclusiva de universidade”.

20. TCU, Acórdão nº 706/2007 – Plenário: “9.4.7.1. não se admite contratação de fundações de apoio, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inc. XIII, da Lei nº 8.666/93, para a realização de atividades continuadas ou para a execução de objeto genérico, desvinculado de projeto específico de ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes”.

diente que caracteriza a subcontratação do objeto contratado. Nesse sentido, pode a fundação de apoio apenas servir de fachada para a realização de ajustamento com um terceiro particular que, para a sua contratação, necessitaria da instauração da competente licitação. Assim, veda-se que a referida entidade contratada diretamente apenas canalize a contratação para que um estranho a execute, o que, por evidente, configuraria flagrante burla à licitação.^{21, 22 e 23}

Veda-se, ainda, por meio da referida orientação, que se utilize de ajustes com fundações de apoio para a contratação de atividades caracterizadas como “meio” a serem prestadas por tais

entidades, a exemplo de serviços administrativos, limpeza, manutenção, dentre outros.^{24, 25 e 26}

Com efeito, esclareça-se que tais pessoas jurídicas devem apenas prestar serviços que guardem relação com os objetivos da entidade, os quais, por sinal, efetivamente devem se relacionar a atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento, não podendo abarcar qualquer atividade,²⁷ como, por exemplo, a gestão da administração das instituições de ensino.

Isto porque a contratação direta dessas entidades, fundamentada no art. 24, inc. XIII, da Lei nº 8.666/93, apenas será possível se, dentre os objetivos da instituição,²⁸ constar a atividade pre-

21. TCU, Acórdão nº 2597/2008 – Plenário: “1.5.1.1. por falta de amparo legal, não utilize as fundações de apoio como intermediadoras na execução de obras ou serviços de engenharia, considerando o entendimento predominante nesta Corte de Contas (precedentes: Acórdãos TCU – Plenário nºs 1.516/2005, 994/2006 e 1.156/2007) no sentido de que tais atividades não se enquadram como sendo de desenvolvimento institucional, a teor do art. 1º da Lei nº 8.958/94; e restrinja a cooperação técnica dessas entidades às ações de apoio diretamente vinculadas a projetos de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional”.
22. TCU, Acórdão nº 706/2007 – Plenário: “9.4.7.2. carece de amparo legal a intermediação de fundações de apoio para a aquisição de bens, por falta de amparo legal”.
23. TCU, Acórdão nº 1929/2006 – Plenário: “17. Lembro, apenas, que a contratação por meio de dispensa de licitação, nos termos do art. 25, inc. XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é possível quando o objeto do contrato guardar estrita correlação com os objetivos estatutários da contratada, uma vez que, de modo diverso, a contratada serviria apenas como intermediadora de serviços e estaria caracterizada a burla do procedimento licitatório”.
24. TCU, Acórdão nº 998/2008 – 1ª Câmara: “1. à ESAF – Sede que: 1.1 observe que as dispensas de licitação, com amparo no inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, só são possíveis quando houver nexos entre o objeto pretendido e as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, o que não é o caso de serviços ordinários de informática, e mesmo os de desenvolvimento de sistemas, nos termos do entendimento prolatado nas Decisões do Tribunal nºs 830/98-P, 252/99-P e 362/99-P; Acórdãos nºs 427/02-P e 1616/03-P”.
25. TCU, Acórdão nº 2731/2008 – Plenário: “9.2.9. exijam que as contratações relativas a projetos classificados como de desenvolvimento institucional impliquem produtos que resultem em melhorias mensuráveis da eficácia e eficiência no desempenho da IFES, com impacto evidente em sistemas de avaliação institucional do MEC e em políticas públicas plurianuais de ensino superior com metas definidas, evitando enquadrar nesse conceito atividades tais como: manutenção predial ou infra-estrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, aquisições e serviços na área de informática, expansões vegetativas ou de atividades de secretariado, serviços gráficos e reprográficos, telefonia, tarefas técnico-administrativas de rotina, como a realização de concursos vestibulares, e que, adicionalmente, não estejam objetivamente definidas no Plano de Desenvolvimento Institucional da IFES”.
26. TCU, Acórdão nº 1193/2006 – Plenário: “(...) 9.2. determinar ao Hospital Geral de Bonsucesso – HGB, ao Hospital dos Servidores do Estado – HSE, ao Instituto Nacional do Câncer – Inca, ao Instituto Nacional de Cardiologia Laranjeiras – INCL e ao Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia – INTO que: (...) 9.2.1.5. a manutenção e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza, vigilância, apoio administrativo e conservação predial”.
27. TCU, Acórdão nº 1929/2006 – Plenário: 9.3. determinar à Caixa Econômica Federal que: 9.3.1. abstenha-se de proceder a qualquer contratação sem licitação, com base no disposto no inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, quando o objeto pretendido não for conexo com as atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, desenvolvidas pela instituição que se pretenda contratar.
28. TCU, Decisão nº 1097/2002 – Plenário: “8.1.7. abstenha-se de proceder a qualquer contratação sem licitação, com base no disposto no inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, quando o objeto pretendido não for conexo com as atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidas pela instituição que se pretenda contratar (...) 8.2. esclarecer que a dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, só pode ser aplicada para execução de serviços, desde que os objetivos da pessoa jurídica a ser contratada guardem estreita correlação com o objeto”.

tensa, devendo a Administração ser criteriosa na ocasião do dito enquadramento.^{29, 30, 31 e 32}

Ademais, também é vedada a contratação de serviços destinados a atender às necessidades caracterizadas como “fim”, ou seja, aquelas atividades que somente devem ser desempenhadas por agentes públicos devidamente investidos por meio de concurso público.^{33 e 34}

Assim, utilizando-se desses ajustes para amparar contratação com este tipo de objeto, há flagrante burla ao concurso público.³⁵

Por fim, ante a necessidade de interpretação restritiva dos dispositivos que permitem o afastamento da licitação, não deve a Administração utili-

zar o inc. XIII do art. 24 do Estatuto federal Licitação para amparar qualquer tipo de contratação.³⁶

Orientação Normativa/AGU nº 15, de 1º.4.09 – “A contratação direta com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993, é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços”³⁷

Como claramente se depreende da leitura do inc. I do art. 25 da Lei federal nº 8.666/93, o afastamento da licitação, com arrimo nesse dispositivo, é possível apenas “para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor exclusivo”, ou seja, destina-se apenas e tão somente à aquisição de bens.

29. TCU, Acórdão nº 1616/2003 – Plenário: “9.2.2. atente que o requisito “desenvolvimento institucional”, previsto no inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, deve receber interpretação restrita, não podendo ser entendido como qualquer atividade que promova melhoria no desempenho das organizações, sob pena de inconstitucionalidade”.

30. TCU, Acórdão nº 3564/2006 – 1ª Câmara: “2. A dispensa de licitação, com base no art. 24, inc. XIII, da Lei nº 8.666/93, não permite a contratação de serviços de informática, complexos ou ordinários, tendo em vista a existência de diversas empresas de reconhecido conhecimento em informática.

3. O fato de determinado órgão ou entidade enquadrar-se no conceito de desenvolvimento institucional não pode levar à interpretação em sentido amplo de que pode ser realizada a contratação, sem maiores critérios, mediante dispensa de licitação”.

31. TCU, Acórdão nº 1.850/2006 – 1ª Câmara: “9. observe quanto ao projeto *supra* que a prestação de serviços de reprografia, assim definida aquela referente à simples copiagem de documentos, não constitui atividade que possa ser caracterizada como de difusão científica e tecnológica, em desacordo com os termos do art. 1º da Lei nº 8.958/94, não podendo ser contratada com a Fatec; possível sim, de contratação de outros terceiros, por meio de processo licitatório.

32. TCU, Acórdão nº 2.396/2010 – 2ª Câmara: “9.6. determinar à Universidade Tecnológica Federal do Paraná que: 9.6.1. não transfira, para fundação de apoio, recursos destinados à aquisição de materiais de consumo, móveis e equipamentos; contratar serviços de terceiros, pessoas jurídicas; pagar diárias e passagens; atender às despesas com execução de obras ou serviços de engenharia, tendo em vista o não enquadramento destas atividades no conceito de desenvolvimento institucional, nos termos da jurisprudência firmada pelo Tribunal”.

33. TCU, Acórdão nº 2526/2006 – Primeira Câmara: “1.3 restrinja a contratação por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inc. XIII, da Lei de Licitações, às situações em que o objeto da avença estiver compreendido entre atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, este caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada, deixando de contratar diretamente serviço relacionado à atividade fim do Instituto, como a realização de censos”.

34. TCU, Acórdão nº 1459/2006 – Plenário: “1. Não é possível a celebração de contratos com fundação de apoio, cujo objeto seja a prática de atos de competência exclusiva da instituição federal contratante, salvo quando vinculados a projetos específicos, com a finalidade de apoiar os projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico”.

35. TCU, Acórdão nº 2149/2006 – Segunda Câmara: “1.2. observe que a dispensa prevista no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93 destina-se exclusivamente a entidades sem fins lucrativos, devendo ser devidamente motivada, explicitando a razão de escolha do fornecedor e a justificativa quanto ao preço (art. 26, parágrafo único, da referida lei), exigindo-se licitação para contratação de entidades que não preenchem tais requisitos, ainda que o serviço contratado seja a realização de concurso público para admissão de pessoal”.

36. TCU, Acórdão nº 2.814/2005 – 1ª Câmara: “1. À Fundação Universidade Federal de Rio Grande que: 1.4. conceda interpretação restritiva ao que dispõe o art. 24, inc. XIII, da Lei nº 8.666/93, abstendo-se de efetuar com dispensa de licitação, fundamentada no citado preceito legal, contratação junto a fundações de apoio de objeto que não guarde correlação com pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional”.

37. Referência: art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93. Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007. Acórdão TCU nº 1.796/2007 – Plenário.

Não se permite a contratação, por conseguinte, com fulcro nesse permissivo, a contratação de prestação de serviços. Esclareça-se que por meio de inexigibilidade de licitação a contratação de serviços somente é permitida no caso em que situação fática preencha as condições impostas no inc. II do artigo estudado, ou em caso de configuração de inviabilidade fática de competição. Neste caso, a contratação será arremada no *caput* do artigo em relevo.

Isto porque não se amplia a interpretação naqueles dispositivos legais que permitem o afastamento da licitação. Como tais normas são de exceção, uma vez que a regra é licitar, em face do princípio da licitação, devidamente fixado no inc. XXI do art. 37 da CF/88, tais dispositivos devem ser aplicados por meio de interpretação restritiva.

Por ser oportuno, esclareça-se que as contratações de serviços de empresas que detêm a exclusividade de prestação de dado serviço (por exemplo, prestação de assistência técnica autorizada) em determinado perímetro, comprovado por dado documento, terão como arrimo o *caput* do art. 25 da Lei de Licitações,³⁸ e não o seu inc. I, uma vez que, como salientado, tal hipótese de inexigibilidade não abarca a prestação de serviços.³⁹

Com efeito, observe-se que a declaração de exclusividade acabou por gerar uma inviabilidade fática de competição, impedindo o confronto de competidores aptos a prestar o serviço pretendido, na medida em que apenas um particular pode executá-lo, sob pena de alguma repercussão

negativa, como, por exemplo, a perda de garantia. No mais, deve a Administração verificar a autenticidade das informações constantes da dita declaração, uma vez que a Administração “Deve agir com a máxima cautela possível ao examinar peças técnicas que concluam pela inviabilidade ou pela inconveniência da licitação”.⁴⁰

Corroborando nossa assertiva, salienta o Ministro do eg. Tribunal de Contas Benjamin Zymler, *in verbis*:

“O *caput* do art. 25 abarca todos os casos de contratação direta em virtude de inviabilidade de competição não abrangidos pelos incs. I, II e III. Entre as hipóteses abarcadas pelo dito *caput*, existem as que decorrem de exclusividade não classificável no inc. I do art. 25. Se a hipótese de inviabilidade de licitação de que se cuida decorre da exclusividade, nada mais natural que a Administração, objetivando melhor fundamentar o seu posicionamento pela contratação direta, exija o referido atestado”.⁴¹

Orientação Normativa/AGU nº 16, de 1º.4.09 – “Compete à Administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993”⁴²

A orientação normativa em destaque relaciona-se ao afastamento da licitação, tornando-a inexigível, quando da contratação de objetos pela Administração que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, conforme estabelece o art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93.

38. TCU, Acórdão nº 1512/2004 – Plenário – Voto do Ministro-Relator: “Quanto ao contrato celebrado com a firma A. Telecom Teleinformática Ltda. para efetuar serviços de desinstalação e reinstalação da central telefônica da entidade na nova sede (Contrato nº 22/99), entende a 3ª SECEX que, tendo a central telefônica sido adquirida de uma empresa que possuía exclusividade em seu fornecimento, os serviços contratados deveriam ser executados por essa mesma empresa, nos termos do *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que trata da inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição”.

39. TCU, Acórdão nº 1512/2004 – Plenário: “ 9.9. determinar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica que: (...) 9.9.2. restrinja a inexigibilidade fundamentada no art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93 somente para os casos de compras, não devendo ser abrangidos, portanto, serviços, bem como abstenha-se de contratar diretamente empresa para a prestação de serviço que (conquanto concernente a equipamento ou material que forneça com exclusividade) possa ser prestado por empresas concorrentes”.

40. TCU, Acórdão nº 19/2002 – Plenário.

41. *In Direito Administrativo e Controle*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, p. 98.

42. *Referência*: art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93. Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007. Parecer AGU/CGU/NAJSE nº 54/2008-JANS. Acórdãos TCU nºs 1.796/2007 – Plenário e 223/2005 – Plenário.

Ressalte-se que, conforme mandamento constante do dispositivo supramencionado, a comprovação dessa situação do particular, ou seja, a exclusividade no fornecimento de determinado objeto, é realizada por meio da apresentação de atestado fornecido apenas 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.

Assim, como nas contratações diretas, exceção à regra de licitar, deve existir mais atenção e cuidado da Administração no processamento desse expediente,⁴³ na medida em que todos os requisitos impostos pelo dispositivo que afasta a licitação devem ser preenchidos, é necessário averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado, a fim de que inexista qualquer dúvida de que aquele particular efetivamente é o único que pode contratar com a Administração.

Por conseguinte, em eventual suspeita, deve a Administração adotar medidas cautelares para afastá-la, como, por exemplo, empreender diligência, conforme autorização constante do art. 43, § 3º, da Lei de Licitações, a fim de verificar

se tal atestado é verossímil,⁴⁴ não aceitando documentos emitidos por entidades que não sejam aquelas arroladas no dispositivo estudado,⁴⁵ não sendo, ainda, possível a apresentação de atestados emitidos por empresas privadas,⁴⁶ devendo, ainda, se for necessário, ser consultado o fabricante/produtor do objeto,⁴⁷ a fim de verificar a verossimilhança das informações lá contidas.

Ressaltamos, ademais, que tal assunto recentemente foi sumulado pelo Tribunal de Contas da União.⁴⁸

Por fim, esclareça-se que as entidades autorizadas a emitir as ditas declarações arroladas no dispositivo em destaque devem conferir a veracidade das informações que constarão de tal documento, na medida em que tal possa não refletir a realidade, quando acionado pelos particulares a declararem a exclusividade em relevo. Nesse sentido já determinou o eg. TCU.⁴⁹

Orientação Normativa/AGU nº 17, de 1º.4.09 – “É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura con-

43. TCU, Acórdão nº 19/2002 – Plenário: “Deve agir com a máxima cautela possível ao examinar peças técnicas que concluam pela inviabilidade ou pela inconveniência da licitação”.

44. TCU, Acórdão nº 2.316/2010 – 2ª Câmara: “1.6. alerta ao Hospital Nossa Senhora da Conceição quanto às seguintes impropriedades constadas pela Controladoria Geral da União por ocasião dos trabalhos de auditoria relativos ao exercício de 2002: (...) 1.6.5. impropriedades em processos de inexigibilidade de licitação. Aceitação de declarações de exclusividade comprovadamente inverídicas ou emitidas fora da praça, por entidade sem abrangência em todo o território nacional. Inexigibilidade nº 16/02, em afronta às disposições do art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93 (item 10.2.1.1 do relatório de auditoria)”.

45. TCU, Decisão nº 47/1995 – (Plenário – item 2.1. e Acórdão nº 723/2005 – Plenário – item 9.9.1.

46. TCU, Acórdão nº 640/2007 – Plenário – item 9.1.: “9.1. com fundamento no art. 43, I, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 16, II, da INTCU nº 49/05, determinar à Secretaria de Saúde Pública do Governo do Estado do Rio Grande do Norte – Sesap/RN que: 9.1.1. não realize, com verbas federais, a exemplo do ocorrido nos Processos nºs 29.624/2004, 19.571/2004 e 19.556/2004, contratação direta, sob o fundamento de inviabilidade de competição, com base em certidões de exclusividade emitidas pelos laboratórios e tão-somente arquivadas na junta comercial local, pois tal prática viola o disposto no comando contido no art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93”.

47. TCU, Acórdão nº 1796/2007 – Plenário – item 9.1.1.: “9.1.1. quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93), adote, com fulcro nos princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa para a Administração, medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emittentes, como, por exemplo, consulta ao fabricante”.

48. Súmula nº 255/10: “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”.

49. TCU, Acórdão nº 223/2005 – Plenário: “9.3. determinar ao Sindicato do Comércio Varejista do Distrito Federal – Sindivarejista e ao Sindicato das Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material – Simeb que, quando do fornecimento de atestados de exclusividade de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93), adotem procedimentos criteriosos visando comprovar a autenticidade das informações que constarão dos certificados”.

tratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas”⁵⁰

Por força do inc. III do parágrafo único do art. 26 do Estatuto federal Licitatório, deve a Administração, promotora da contratação direta, comprovar se o preço constante da proposta do particular, futuro contratado, efetivamente se coaduna com os praticados no mercado correlato, que se depreenderá da pesquisa mercadológica, realizada na ocasião da contratação,⁵¹ ou seja, deve ser atual, cuja elaboração demandará a colheita de, no mínimo, três orçamentos⁵² no mercado correlato,⁵³ a qual deverá ser acostada no competente processo administrativo.⁵⁴

Observe-se que a orientação normativa em destaque permite que os preços colhidos na referida pesquisa tanto podem ser provenientes de preços praticados em contratos públicos e privados.

Assim, mesmo nas contratações em que a licitação foi afastada, é necessária a observân-

cia do princípio constitucional da economicidade (art. 70, *caput*, da CF), devendo a Administração empreender esforços para contratar nessas condições.

Ademais, se possível, deve a Administração empreender no âmbito das contratações diretas negociação com o detentor da proposta mais vantajosa,⁵⁵ a fim de conseguir melhores condições para a Administração.

Orientação Normativa/AGU nº 18, de 1º.4.09 – “Contrata-se por inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993, conferencistas para ministrar cursos para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ou a inscrição em cursos abertos, desde que caracterizada a singularidade do objeto e verificado tratar-se de notório especialista”⁵⁶

O inc. II do art. 25 da Lei de Licitações permite o afastamento da competente licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13,⁵⁷ cuja natureza seja singular, especial

50. *Referência*: art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666/93; Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007; *Informativo NAJ/RJ* nº 1, ano 1, jun. 2007, Orientação nº 05; Decisão TCU nº 439/2003 – Plenário; Acórdãos TCU nºs 540/2003 – Plenário, 819/2005 – Plenário, 1.357/2005 – Plenário e 1.796/2007 – Plenário.

51. TCU, Acórdão nº 1565/2008 – Plenário: “1.5.2. efetue previamente à realização de cada contratação direta, sob fundamento de inexigibilidade ou inviabilidade de competição, pesquisa mercadológica com vista a identificar as mudanças ocorridas no mercado e a existência de fornecedores para o bem/serviço requerido”.

52. TCU, Decisão nº 955/2002 – Plenário: “8.2.4. proceda, nas licitações, dispensas ou inexigibilidades, à consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto no art. 43, inc. IV, da Lei nº 8.666/93, consubstanciando-a em, pelo menos, três orçamentos de fornecedores distintos, os quais devem ser anexados ao procedimento licitatório”.

53. TCU, Acórdão nº 819/2005 – Plenário: “9.1.3. quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93”.

54. TCU, Acórdão nº 291/2009 – 2ª Câmara: “9.3.3. realize pesquisa de preços e inclua os resultados nos processos de contratação por dispensa de licitação, em atendimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666/93”.

55. TCU, Acórdão nº 2314/2008 – Plenário – TC nº 015.338/2005-1: “9.3.2. intente, sempre que possível, junto ao contratado, ainda que nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, negociação com vista à obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração, conforme o art. 3º da Lei nº 8.666/93”.

56. *Referência*: art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666/93; Decisões TCU nºs 535/1996 – Plenário e 439/1998 – Plenário.

57. Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II – pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;
- III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

ou inédita, devendo o contratado ser uma pessoa, física ou jurídica, notoriamente especializada.

Já a referida orientação normativa, disciplinados apenas os casos de contratação de conferencistas para ministrar cursos para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal ou inscrição em cursos abertos, estabelece que tal ajustamento somente se revestirá de legalidade caso reste pormenorizadamente caracterizado que o evento a ser contratado seja singular e que a pessoa seja um notório especialista.

Analisando esses elementos de observância obrigatória acerca da singularidade a ser comprovada, manifesta-se o TCU por meio da ainda vigente Súmula nº 39:

“A dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com alínea *d* do art. 126, § 2º, do Dec.-lei nº 200, de 25.2.1967, só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação”.

Já em relação à notória especialidade do particular, o próprio § 1º do art. 25 fixa parâmetros objetivos mínimos que deverão ser observados pela Administração promotora da contratação direta. Observe:

“§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Em não sendo possível comprovar motivadamente a singularidade do objeto pretendido, bem como a notória especialização do futuro contratado, ou havendo dúvidas acerca dessas características encontradas no bem e no particular,⁵⁸ tal expediente administrativo de exceção não deve ser realizado, devendo, neste caso, ser instaurada a competente licitação.

Por fim, esclarecemos que recentemente o assunto foi sumulado pelo Tribunal de Contas da União.⁵⁹

Orientação Normativa/AGU nº 19, de 1º.4.09 – “O prazo de validade da Ata de Registro de Preços é de no máximo um ano, nos termos do art. 15, § 3º, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993, razão por que eventual prorrogação da sua vigência, com fundamento no § 2º do art. 4º do Dec. nº 3.931, de 2001, somente será admitida até o referido limite, e desde que devidamente justificada, mediante autorização da autoridade superior e que a proposta continue se mostrando mais vantajosa”⁶⁰

O Estatuto federal Licitatório estabelece no art. 15, § 3º, III, que a validade da ata de registro de preços não será superior a um ano.

Observando tal determinação legal, o Dec. federal nº 3.931/01, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços apenas no âmbito da Administração Pública federal, em seu art. 4º, guardando consonância com a disciplina legal, estabelece que o prazo de validade da ata de registro de preços também não poderá ser superior a um ano, computadas neste período as eventuais prorrogações, de caráter excepcional, nos termos do art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666/93,⁶¹ quando a proposta continuar se mostrando mais vantajosa, satisfeitos os demais requisitos desta norma.

Em se tratando de expediente excepcional, somente deverá ser implementado caso a ausência de prorrogação provoque prejuízo ao interesse público, não devendo ser utilizado de forma

58. Cf. *in Curso de Licitações e Contratos Administrativos*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 99.

59. TCU, Súmula nº 252/10: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”.

60. *Referência*: art. 15, § 3º, inc. III, da Lei nº 8.666/93; art. 4º, *caput*, § 2º, do Dec. nº 3.931/01.

61. Art. 57, § 4º: “Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inc. II do *caput* deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses”.

desenfreada pela Administração, uma vez que a regra é a necessidade de instauração de um certame, por força do princípio da licitação, insculpido no inc. XXI do art. 37 da CF/88.

Assim, a simples alegação de que os preços registrados são vantajosos⁶² não é suficiente para arrimar eventual deliberação de prorrogar a ata de registro de preços. Ademais, como o referido expediente é uma exceção ao princípio da licitação, deve receber interpretação, bem como aplicabilidade, restritiva.

Ressalte-se que a realização desse expediente deverá ocorrer ainda na constância da ata de registro de preços vigente, na medida em que não se prorroga algo que está expirado.⁶³

Orientação Normativa/AGU nº 20, de 1º.4.09 – “Na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato”⁶⁴

No âmbito do Sistema de Registro de Preços – SRP, o expediente que leva à escolha da melhor proposta muitas vezes não objetiva,⁶⁵ como regra, em ato contínuo ao encerramento do torneio, proceder à devida contratação, mas apenas registrar os competentes preços, ajustando estes, e demais condições e obrigações, em uma

ata de registro de preços, cuja natureza é pré-contratual.⁶⁶

Assim, no momento do processamento do SRP por meio da concorrência ou pregão, bem como na ocasião da adesão como “carona”⁶⁷ não há necessidade de constar a previsão orçamentária no competente instrumento editalício ou termo de adesão, respectivamente, uma vez que, nesse momento, não se estará adquirindo o objeto registrado, o qual se dará em momento oportuno, haja vista a conveniência e oportunidade da Administração ante os seus objetivos institucionais.

Por conseguinte, a competente dotação orçamentária somente deverá existir na ocasião da efetiva contratação, devendo ser aposta no instrumento contratual ou equivalente, na forma do art. 62 do Estatuto federal Licitatório.

Não é de outra forma que entende a melhor doutrina prelecionada pelo jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes,⁶⁸ onde ressalva que:

“Não há necessidade de que o órgão tenha prévia dotação orçamentária porque o Sistema de Registro de Preço, ao contrário da licitação convencional, não obriga a Administração Pública em face à expressa disposição legal nesse sentido”.

62. TCU, Acórdão nº 1.159/08 – Plenário: “9.2. determinar à GRAMF/MA que: 9.2.1. utilize a faculdade prevista no § 4º do art. 57 da Lei nº 8.666/93 somente em caráter excepcional ou imprevisível, para atender fato estranho à vontade das partes, abstendo-se de realizá-la apenas com a justificativa de preços mais vantajosos à Administração”.

63. Orientação Normativa/AGU nº 3, de 1º.4.09: “Na análise dos processos relativos à prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação” (*Diário Oficial da União*, Seção 1, 7.4.09, p. 13).

64. *Referência*: arts. 15 e 38, *caput*, da Lei nº 8.666/93; art. 3º do Dec. nºs 3.931/01; Acórdãos TCU nºs 3.146/2004 – Primeira Câmara e 1.279/2008 – Plenário.

65. TCU, Acórdão nº 991/2009 – Plenário: “Nas licitações para registro de preços, os licitantes vencedores são chamados para assinar a ata de registro de preços, e não para assinar o contrato de fornecimento ou de prestação de serviços, o que só ocorrerá em uma etapa subsequente.

A assinatura da referida ata não obriga a Administração a realizar as contratações previstas no edital, a teor do art. 15, § 4º, da Lei nº 8.666/93. Contudo, o detentor da ata (licitante vencedor) tem a obrigação de realizar as contratações quando a Administração assim o desejar, respeitado o quantitativo do bem ou do serviço previsto no edital e na ata”.

66. Art. 1º, parágrafo único, inc. II, do Dec. federal nº 3.931/01: “Ata de Registro de Preços – documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e nas propostas apresentadas”.

67. Na esfera federal o expediente denominado “carona” encontra-se autorizado pelo art. 8º do Dec. federal nº 3.931/01, que preconiza: “A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem”.

68. Cf. *in Sistema de Registro de Preços e Pregão*, 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 88.

Nesse sentido também já se posicionou o Tribunal de Contas da União em acórdãos que são referências para a elaboração da orientação estudada:

“10.24. Análise: o registro de preços não é uma modalidade de licitação, e sim, um mecanismo que a Administração dispõe para formar um banco de preços de fornecedores, cujo procedimento de coleta ocorre por concorrência ou pregação.

Em razão de ser um mecanismo de obtenção de preços junto aos fornecedores para um período estabelecido, sem um compromisso efetivo de aquisição, entendemos ser desnecessário, por ocasião do edital, o estabelecimento de dotação orçamentária. Todavia, por ocasião de uma futura contratação, torna-se imprescindível a dotação orçamentária para custeio da despesa correspondente, na forma do art. 11 do Dec. nº 3.931/01. Assim, acolhemos a justificativa”.⁶⁹

“Nesse sentido, lembro que a Administração não precisa de disponibilidade de recursos para iniciar a licitação, basta contar com a devida previsão orçamentária. Lembro, ainda, que o problema pode ser atenuado pelo aproveitamento das vantagens propiciadas pelo Sistema de Registro de Preços prescritos no art. 15 da Lei de Licitações, que foi regulamentado pelo Dec. nº 2.743/98. De igual maneira, a Administração deve observar que a aquisição direta de combustíveis com dispensa de licitação, fundada no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, também não é plausível, já que contraria a jurisprudência do TCU, construída nos Acórdãos nºs 29/1999 e 56/1999 e na Decisão nº 253/1997 proferidos pelo Plenário, bem como na Decisão nº 118/1998 proferida pela 2ª Câmara, entre outros”.⁷⁰

Por outro lado, esclareça-se que fora do âmbito do SRP o Tribunal de Contas da União vem exigindo a efetiva disponibilização dos recursos

orçamentários no início do processamento da licitação, fazendo valer o constante do inc. III do § 2º do art. 7º da Lei federal nº 8.666/93. Observe:

“7.1. A declaração de cumprimento aos mandamentos legais que determinam a comprovação da existência de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das despesas a serem contratadas, conforme estabelecidos nos arts. 14 e 38 da Lei nº 8.666/93 e 16, inc. II, da Lei Complementar nº 101/01, não condiz com a verdade dos fatos. A fls. 2 do vol. I consta informação, datada de 21.12.01, do Chefe do Serviço de Contabilidade do HSE, José de Holanda B. M. Neto, de que ‘a presente despesa ficará condicionada à dotação orçamentária na ND 339030 referente ao exercício de 2002’. A tentativa de atribuir a despesa ao orçamento do exercício seguinte não pode ser acolhida, pois a exigência legal se refere ao início do procedimento licitatório”.⁷¹

“9.6. determinar à Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz que: 9.6.4. anexe aos processos licitatórios a declaração do serviço financeiro de que há disponibilidade orçamentária para a realização da despesa, conforme dispõe o art. 7º, § 2º, inc. III, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista as irregularidades observadas nos Processos nºs 25380.006575/2000-48, 25380.000239/2001-72, 25380.005380/2000-81, 25380.002570/2001-27, 25380.007639/2000-28, 25380.003656/2001-77, 25380.008569/2000-25 e 25380.007904/1999-46”.⁷²

Orientação Normativa/AGU nº 21, de 1º.4.09 – “É vedada aos órgãos públicos federais a adesão à Ata de Registro de Preços, quando a licitação tiver sido realizada pela Administração Pública Estadual, Municipal ou do Distrito Federal”⁷³

A adesão, por órgão ou entidade pertencente à Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas,

69. TCU, Acórdão nº 1279/2008 – Plenário – trecho do voto do Ministro-Relator Guilherme Palmeira.

70. TCU, Acórdão nº 3146/2004 – Primeira Câmara – trecho do voto do Ministro-Relator Guilherme Palmeira.

71. TCU, Acórdão nº 399/2003 – Plenário.

72. TCU, Acórdão nº 471/2003 – Plenário.

73. Referência: arts. 1º e 15, inc. II e § 3º, da Lei nº 8.666/93; art. 1º do Dec. nº 3.931/01; Acórdão TCU nº 1.487/2007 – Plenário.

sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, ao Sistema de Registro de Preços processado por outra unidade administrativa que integre os órgãos ou entes retromencionados tem autorização expressamente concedida pelo art. 8º do Dec. federal nº 3.931/01,⁷⁴ desde que observados os contornos fixados no dispositivo regulamentar retromencionado.

Assim, por meio deste expediente, após prévia consulta ao órgão gerenciador e desde que comprovada a devida vantagem econômica, a ser demonstrada por meio de pesquisa mercadológica,^{75, 76 e 77} poderá a Administração afastar o necessário torneio, contratando do particular detentor da ata de registro de preços do objeto pretense até 100% do quantitativo registrado.

Ressalte-se, todavia, como tal expediente constitui exceção ao princípio da licitação (inc. XXI do art. 37 da CF/88), tal deve ser interpretado de forma absolutamente restritiva e taxativa, não podendo abarcar outros meios de afastamento de licitação, bem como de entendimentos ampliativos não expressamente previstos no diploma aventado.

Isso porque, como salientamos, em face do princípio da licitação, que impõe o certame como regra, não há como o administrador público interpretar as normas de exceção, como a estudada, ampliativamente. Nesse caso, a exegese é restritiva.

Por conseguinte, nos termos do art. 1º do Dec. federal nº 3.931/01, o constante nesse regulamento é apenas aplicado aos Sistemas de Registro de Preços processados pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e pelos fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.

Assim, somente seria admitida a legalidade da adesão à ata quando realizada entre os órgãos ou entes acima apostos, sendo indevida a realização da adesão de forma “interfederativa”, ou seja, *não é permitido* que órgãos ou entes federais realizem adesões à ata de registro de preços processada por Estados, Municípios ou pelo Distrito Federal.

Aliás, esse é o entendimento do saudoso jurista Diogenes Gasparini,⁷⁸ *in verbis*:

“Essa regra limita esse direito a órgão e entidade da Administração Pública federal, na medida em que utiliza o vocábulo *Administração* e não a expressão *Administração Pública*. Essas expressões têm significados diversos indicados pelos incs. XI e XII do art. 6º dessa lei licitatória. De sorte que não tem amparo algum, nem mesmo regulamentar, a prática do carona entre esferas governamentais diversas. Alguns autores vêm-se se rebelando contra a abusiva adoção do carona, especialmente quando o vencedor da ata passa a *vender* a participação do carona”.

74. Art. 8º do Dec. federal nº 3.931/01: A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem”.

75. TCU, Acórdão nº 142/2008 – Plenário – TC-027.365/2007-8: “9.2. determinar ao DNIT que se abstenha de aderir à ata de registro de preços do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS, com relação ao Lote III – persianas, visto que não foi comprovada a vantagem exigida no art. 8º, *caput*, do Dec. nº 3.931, de 19.9.01”.

76. TCU, Acórdão nº 324/2009 – Plenário – TC-002.578/2005-0: “98. Desse modo, é importante a utilização da ampla e prévia pesquisa de preços em um Sistema de Registro de Preços, de modo que os preços obtidos sejam aqueles efetivamente praticados no mercado e não preços de ocasião, que favoreçam algum fornecedor”.

77. TCU, Acórdão nº 2463/2008 – Plenário – TC-001.419/2007-6: “16.5. Conclui-se que a inadequação no procedimento de elaboração da pesquisa de mercado contribuiu para potencializar um possível dano ao erário. O Dec. nº 3.931/01, ao impor este procedimento para a Ata de Registro de Preços, pretendeu forçar os gestores a buscarem os melhores preços possíveis para contratação com a Administração, dentro da realidade dos preços praticados no mercado, sem deixar de considerar a economia que se ganha nas compras de grande vulto. A ampla pesquisa de mercado não pode ser considerada mais um documento formal que comporá o processo, trata-se de procedimento que visa orientar o gestor na redução e otimização das despesas públicas, buscando a transparência e a efetividade na gerência da coisa pública”.

78. *In Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 506.

Nesse sentido preleciona a professora Eliana Goulart Leão,⁷⁹ *in verbis*:

“Desde que na mesma esfera administrativa, compreendida, neste caso, a Administração direta centralizada e a Administração autárquica (indireta) da mesma pessoa política, uma Ata de Registro de Preços pode ser aproveitada por várias unidades orçamentárias, sem que seja necessária a realização, por estas, de nova concorrência para registrar os preços de um mesmo produto, material ou gênero”.

Nesse sentido, o eg. Tribunal de Contas da União já se manifesta, determinando a aplicação da premissa fixada na orientação em destaque, *in verbis*:

“1.6. Determinar ao Embratur que: 1.6.2. abstenha de aderir ou participar de Sistema de Registro de Preços, se a gerência deste estiver a cargo de órgão ou entidade da Administração Pública estadual, municipal ou do Distrito Federal, em razão da devida publicidade que deve ser dada ao certame licitatório no âmbito da Administração Pública federal, em obediência ao inc. I do art. 21 da Lei nº 8.666/93, bem como de conformidade aos princípios básicos da legalidade, da publicidade e da igualdade; e à Orientação Normativa AGU nº 21/2209”.⁸⁰

Há quem entenda, todavia, que órgão ou entidade pode aderir à ata de registro de preços processada por outra esfera administrativa, tendo em vista ser ausente disposição expressa proibindo tal expediente. Nesse sentido leciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes,⁸¹ conforme entendimento *in verbis*:

“A norma não define se o pretense usuário, não participante, deve integrar a mesma

esfera de governo. A interpretação literal poderia levar à negativa. É que foi empregado o termo órgão ou entidade da Administração e esse último termo é conceituado restritivamente pela lei. Contudo, numa interpretação sistemática, como administração é órgão da Administração Pública, parece possível a extensão além da esfera de governo. Assim, um órgão do Município poderá, atendidos os demais requisitos, servir-se de Ata de Registro de Preços federal, ou vice-versa.

Aliás os procedimentos já vêm sendo utilizados com bastante sucesso pelo Ministério da Saúde para aquisição de medicamentos”.

E o professor Marçal Justen Filho,⁸² *in verbis*:

“Em síntese, ‘carona’ consiste na contratação findada num sistema de registro de preços em vigor, mas envolvendo uma entidade estatal dela não participante originalmente, com a peculiaridade de que os quantitativos contratados não serão computados para o exaurimento do limite máximo. De acordo com a prática, a única restrição admitida reside no limite de 100% do quantitativo máximo objeto de registro por entidade. Qualquer órgão alheio ao sistema, independentemente de órbita federativa, pode valer-se dessa solução”.

Orientação Normativa/AGU nº 22, de 1º.4.09 – “O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra d do inc. II do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993”⁸³

A manutenção da equação econômico-financeira é garantida constitucionalmente por meio da disciplina constante da parte final do inc. XXI do art. 37⁸⁴ da Carta Magna, a qual determina que as contratações públicas serão realizadas por

79. Cf. *in O Sistema de Registro de Preços: uma Revolução nas Licitações*, 1ª ed., São Paulo, Bookseller, 1997, pp. 36/39.

80. TCU, Acórdão nº 6511/2009 – 1ª Câmara.

81. *In Sistema de Registro de Preços e Pregão*, 3ª ed., Belo Horizonte, Fórum 2008, p. 389.

82. *In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª ed., São Paulo, Dialética, 2009, p. 197.

83. *Referência*: art. 65, inc. II, letra d, da Lei nº 8.666/93; Nota AGU/DECOR nº 23/2006-AMD; Acórdão TCU nº 1.563/2004 – Plenário.

84. “XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

meio de licitação pública, salvo os casos de contratação direta, em que serão *mantidas durante a execução contratual as condições efetivas da proposta do particular*.

Cumprindo o mandamento constitucional, a Lei federal nº 8.666/93, que disciplina as normas gerais de licitação e contratos administrativos, trouxe no seu bojo o instituto da *revisão contratual ou recomposição de preços* (al. do inc. II do art. 65), além do reajuste (inc. XI do art. 40), a fim de garantir que nas licitações sejam mantidas as condições efetivas das propostas durante a execução contratual.

Em relação à recomposição de preços, expediente destacado na orientação normativa estudada, esclareça-se que, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis,⁸⁵ ou previsíveis porém

de consequências incalculáveis,⁸⁶ retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior,⁸⁷ caso fortuito⁸⁸ ou fato do príncipe,⁸⁹ configurando álea econômica extraordinária⁹⁰ e extracontratual, permite-se a concessão da recomposição dos preços inicialmente ajustados a qualquer momento após a assinatura do ajuste.⁹¹

Assim, desde que o rompimento da equação seja devidamente comprovado por meio de planilhas,⁹² além de documentos que comprovem a excepcionalidade e a superveniência do fato, em qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, tal expediente deve ser concedido.

Nesse sentido leciona o professor Antonio Cecílio Moreira Pires,⁹³ que salienta, *in verbis*:

85. TCU, Acórdão nº 7/2007 – 1ª Câmara – TC-014.375/2000-0: “2. Em casos de recomposição de preços motivada por ocorrência de fato comprovadamente imprevisível, deve constar do processo análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido, a fim de ficar caracterizado como extraordinário e extracontratual quanto à sua ocorrência e/ou quanto aos seus efeitos”.

86. TCU, Acórdão nº 1.180/2007 – 2ª Câmara: “1.1.7. não conceda reequilíbrio econômico-financeiro de contratos, baseado no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, quando não ficar indiscutivelmente caracterizada a total impossibilidade de previsão da situação ocorrida ou a incapacidade de cálculo de seus efeitos, e não afastada a hipótese de que algum outro participante do processo licitatório tenha montado suas propostas com base na previsibilidade de fatos futuros”.

87. “Força maior – todo evento humano que impede a regular continuidade do ajuste. O exemplo clássico da doutrina é a greve que venha paralisar o transporte ou a fabricação de determinado produto” (cf. Antonio Cecílio Moreira Pires *in Direito Administrativo*, Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka (Coord.), São Paulo, Malheiros, 2008, p. 357).

88. “Caso fortuito – todo evento da natureza que, em face da sua imprevisibilidade, torna impossível e regular a execução do contrato. Como exemplo, podemos citar inundações que inviabilizem a continuidade de uma obra” (cf. Antonio Cecílio Moreira Pires, *in Direito Administrativo*, Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka (Coord.), São Paulo, Malheiros, 2008, p. 357).

89. “Fato do príncipe – determinação estatal, imprevisível e imprevista, que venha onerar a execução do contrato. Exemplo típico de fato do príncipe é o plano econômico, a criação ou majoração de tributos, que repercute na cláusula econômico-financeira do contrato” (cf. Antonio Cecílio Moreira Pires, *idem* p. 357).

90. TCU, Acórdão nº 1563/2004 – Plenário: “9.2. A álea extraordinária pode ser entendida como o ‘risco futuro imprevisível que, pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva a um dos contratantes, desafie todos os cálculos feitos no instante da celebração contratual’ (Diniz, 1998, p. 158); por essa razão autoriza a revisão contratual, judicial ou administrativa, a fim de restaurar o seu equilíbrio original”.

91. TCU, Acórdão nº 1563/2004 – Plenário: “8. Embora a equação econômico-financeira somente esteja protegida e assegurada pelo direito a partir da celebração do contrato (Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 554), ela firma-se quando da apresentação da proposta, visto que é a partir desse instante que o futuro contratado perde o domínio sobre a formulação de seu preço. Por essa razão o Texto Constitucional faz menção a ‘mantidas as condições efetivas da proposta’”.

92. “2. Demonstração do desequilíbrio: Ao pleitear o reequilíbrio caberá ao contratado apresentar duas planilhas de custos: uma do tempo atual, e outra da época da proposta.

São esses períodos que devem ser considerados pela Administração Pública e somente esses justificam o atendimento do pleito.

(...)

Atendo ao que foi exposto, não deve o administrador conceder o reequilíbrio confiando apenas nos dados apresentados pela contratada. Ao contrário, impõe-se-lhe o dever de verificar, item por item, a compatibilidade e veracidade da informação apresentada” (cf. *in Vade-Mécum de Licitações e Contratos. Legislação: Organização e Seleção Jurisprudência*, notas e índices de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2005, p. 870).

93. *in Direito Administrativo*, Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka (Coord.), São Paulo, Malheiros, 2008, p. 353.

“Por isso, inexistente obrigatoriedade de expressa menção da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro no instrumento contratual, ou mesmo, no edital de licitação. Uma vez ocorrido o fato que desequilibra financeiramente o contrato, cabível será a recomposição de preços”.

Por ser oportuno, esclareça-se que se o rompimento da equação econômico-financeira ocorrer entre a sessão pública de abertura e o momento anterior à celebração do ajuste, a recomposição de preços é devida, devendo se dar após a assinatura do contrato ou concomitante a este expediente. Observe-se que a expressão “a qualquer tempo” abarca também o desbalanceamento da equação ocorrida no decorrer da licitação.

Sobre o tema salienta com maestria o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello,⁹⁴ *in verbis*:

“A recomposição de preços, assim, independe de previsão no contrato de um critério de reajustamento de preços e torna-se devida no momento em que deixa de atender à sua finalidade, ou seja, à manutenção da equação financeira do ajuste, em razão de atos e fatos imputáveis ao particular contratante, como se vê, diversos fatores podem justificar a aplicação da recomposição de preço, que de modo geral caberá sempre que se trate de restaurar um equilíbrio econômico-financeiro insuscetível de ser eficazmente solúvel pelos reajustes”.

Também não é de outra forma que salienta o Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

“24. O reequilíbrio econômico-financeiro *pode se dar a qualquer tempo*; conseqüentemente não há que falar em periodicidade mínima para o seu reconhecimento e respectiva concessão. Com efeito, se decorre de eventos supervenientes imprevisíveis na

ocorrência e (ou) nos efeitos, não faria sentido determinar tempo certo para a sua concessão. Na mesma linha de raciocínio, não pede previsão em edital ou contrato, visto que encontra respaldo na lei e na própria Constituição Federal, sendo devida desde que presentes os pressupostos.

25. Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (*Comentando as Licitações Públicas – Série: Grandes Nomes*, Rio de Janeiro, Temas e Idéias, 2002, p. 185) *ensina que* ‘*enquanto o reajuste e a repactuação têm prazo certo para ocorrer e periodicidade pré-definida, o reequilíbrio pode se dar a qualquer tempo (...)*’ ” (Acórdão nº 1563/2004 – Plenário) (grifamos).

Orientação Normativa/AGU nº 23, de 1º.4.09 – “O edital e o contrato de serviço continuado deverão indicar o critério de reajustamento de preços, que deverá ser sob a forma de reajuste em sentido estrito, com previsão de índice setorial, ou por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos”⁹⁵

Esclareça-se que a orientação em destaque determina que o instrumento editalício e contratual, de contratação de serviços contínuos, deve consignar cláusula de reajustamento de preços, o qual observará os ditames fixados na Lei nº 10.192/01, ou por meio de repactuação de preços, conforme estabelece a disciplina constante do Dec. federal nº 2.271/97, cuja operacionalização consta a partir do art. 37 da IN/SLTI/MPOG nº 2/08.

Como regra, para os objetos caracterizados como de execução continuada, cuja característica principal é a execução de serviços cuja necessidade seja permanente⁹⁶ e que se sujeitam às disposições constantes do Dec. federal nº 2.271/97,

94. *In Curso de Direito Administrativo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 592 e 641.

95. *Referência*: arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.192/01; arts. 40, inc. XI, e 55, inc. III, da Lei nº 8.666/93; art. 5º do Dec. nº 2.271/97; Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2/08; Acórdãos TCU nºs 1.563/2004 – Plenário, 1.941/2006 – Plenário e 1.828/2008 – Plenário.

96. TCU, Acórdão nº 2682/2005 – 1ª Câmara: “1.6. adote o entendimento desta Corte de Contas, proferido na Decisão nº 2/2002 – 2ª Câmara: ‘ao firmar e prorrogar contratos, observe atentamente o art. 57, inc. II, da Lei nº 8.666/93, de forma a somente enquadrar como serviços contínuos contratos cujos objetos correspondam a obrigações de fazer e a necessidades permanentes, sob pena de sujeitar-se à aplicação da multa prevista no inc. VII do art. 58 da Lei nº 8.443/92’”.

deve a Administração Pública federal eleger a *repactuação*, em detrimento do reajuste, conforme determinação constante do seu art. 4º, inc. I,⁹⁷ que veda a fixação do *reajustamento*, protegendo desta forma a equação econômico-financeira do ajuste.

Com efeito, esclareça-se que para a realização da *repactuação* ser regular, tal expediente deve constar dos instrumentos convocatório e contratual, sob pena de restar prejudicada a realização desse expediente. Assim, a manutenção da equação econômico-financeira somente poderá ocorrer por meio do deferimento de pedido de recomposição de preços, expediente moroso, o qual será apreciado por setor competente, onde se necessita da efetiva comprovação e apuração da quebra da equação econômico-financeira e que muitas vezes pode ser negada, caso não seja devidamente comprovada, fato que encerra a discussão administrativa, levando o prejuízo a ser suportado pelo particular.

Saliente-se que, mesmo o ajuste vigendo por apenas um exercício financeiro, a fixação desta cláusula protege a equação econômico-financeira na medida em que tal ajuste seja por tal motivo prorrogado, que poderá ser com arrimo no inc. II do art. 57 da Lei de Licitações, ou, ocorrendo alguma das situações fixadas no seu § 1º, *repactua-se* o contrato, restabelecendo a equação

econômico-financeira e homenageando-se, assim, tal diretriz, que, aliás, é constitucional, conforme ressaltamos acima.

A título de informação, o TCE/MG⁹⁸ e o TJMG⁹⁹ já comungaram do entendimento de que é possível a realização do reajustamento, após a contagem do interregno mínimo de um ano, como determina o § 1º do art. 3º da Lei federal nº 10.192, de 14.2.01, mesmo *inexistindo* cláusulas nos instrumentos convocatório e contratual.

Assim, a fim de fazer valer tal princípio constitucional e reduzir a burocracia administrativa, a AGU determina, por meio da orientação estudada, que nos ajustes em destaque, cujo objeto seja configurado como de execução continuada, na ocasião da elaboração do ato convocatório, na fase interna da licitação, que seja devidamente consignada a possibilidade da implementação de *reajuste* (também denominado de reajuste em sentido estrito), indicando o índice a ser aplicado na competente ocasião, ou de *repactuação*, a qual se dá por meio da demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

Por fim, esclareça-se que não é possível estabelecer no ato convocatório a possibilidade de realizar o reajustamento contratual e a *repactuação* de preços, durante a execução do ajuste, não podendo conviver esses dois expedientes no bojo de um mesmo contrato.

97. Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam: I – indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos.

98. TCE/MG: Contrato administrativo. Prestação de serviços de natureza continuada. Reajuste sem previsão editalícia ou contratual. Possibilidade. Utilização de índices de preços setoriais ou gerais. Adoção do menor percentual. Não-sujeição aos limites estabelecidos pelo § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93. Consulta nº 761.137, relator Conselheiro Antônio Carlos Andrada, Tribunal Pleno, Sessão de 24.9.08 (publ. no BDA nº 12/09, p. 1409).

99. TJMG: “O cerne do litígio cinge-se à verificação do direito da empresa apelada, vencedora da licitação feita pela modalidade concorrência, em ter a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços firmado com o Município de Pará de Minas, tendo-se em vista que a execução da obra contratada ultrapassou o prazo de doze meses inicialmente previstos para o seu término.

(...)

O Município, contudo, resistiu ao pedido de reajuste, defendendo a ausência de previsão editalícia ou contratual neste sentido.

Contudo, tenho que a equação econômico-financeira do contrato administrativo independe de previsão expressa no instrumento contratual, pois sua gênese tem lugar no próprio texto da Constituição, quando prescreve que ‘as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta (...)’ (CF/88, art. 37, XXI).

Daí por que não se pode resistir à pretensão sob o pretexto de observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou ao princípio da legalidade (TJMG, 3ª CCv, ApCv nº 1.0471.06.066448-2/001, rel. Desembargador Albergaria Costa, j. em 3.4.08)”.

Orientação Normativa/AGU nº 24, de 1º.4.09 – “O edital e o contrato para prestação de serviço continuado devem conter apenas um evento como marco inicial para a contagem do interregno de um ano para o primeiro reajuste ou repactuação: ou a data da proposta ou a data do orçamento a que a proposta se referir”¹⁰⁰

O mandamento fixado na presente orientação vem reafirmar o estabelecido no § 1º do art. 3º da Lei federal nº 10.192, de 14.2.01, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, estabelecendo que a periodicidade anual nos contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Interessante notar que o expediente da fixação do marco inicial não é deixado para ser eleito pelo particular licitante, mas pela Administração promotora da licitação, devendo um dos dois termos ser fixado no ato convocatório, bem como no instrumento contratual.

Orientação Normativa/AGU nº 25, de 1º.4.09 – “A alteração dos insumos da planilha de preços decorrente de acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho somente poderá ser objeto de pedido de repactuação contratual”¹⁰¹

Esclareça-se que a redação proposta nessa orientação rechaça a alteração dos custos relacionados à mão-de-obra empregada na execução de determinado objeto por meio de recomposição ou revisão de preços, no âmbito dos contratos administrativos submetidos à sistemática estabelecida pelo Dec. federal nº 2.271, de 7.7.1997.

Isto porque a utilização do expediente previsto na al. d do inc. II do art. 65 do Estatuto federal Licitatório só ampara o restabelecimento da

equação econômico-financeira se a sua quebra for causada por fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Em relação aos fundamentos para a elaboração do normativo estudado, observe-se que a alteração dos insumos da planilha de preços decorrente de acordo, convenção ou dissídio coletivo, *como regra*, não se encaixa nas situações ensejadoras para a concessão da recomposição de preços constante do dispositivo aventado (al. d do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/93), uma vez que tal majoração era previsível na ocasião na elaboração da proposta, expediente que se enquadra na *álea ordinária*.¹⁰² A título de ilustração, observe a manifestação dos Tribunais:

“O aumento salarial, ainda que a título de abono, a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo, não é fato imprevisível capaz de autorizar o reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de prestação de serviços de natureza contínua” (Acórdão nº 2.255/2005 – TCU – Plenário).

1. O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que cuida o art. 65 da Lei nº 8.666/93. Precedentes do STJ e deste Tribunal. Precedente do STJ: (REsp. nº 134.797, DJ de 1º.8.00, rel. Ministro Paulo Gallotti. 2. Apelação a que se nega provimento) (TRF, 1ª R., ApMS nº 96.01.45261-3-DF, rel. Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes, 3º T. Supl., DJ de 23.9.05, p.157).

Cabe-nos ressaltar que a referida orientação somente se aplica àqueles ajustes caracterizados

100. *Referência*: arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.192/01; arts. 40, inc. XI, e 55, inc. III, da Lei nº 8.666/93; art. 5º do Dec. nº 2.271/97; Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2/08; Acórdão TCU nº 1.941/2006 – Plenário.

101. *Referência*: arts. 40, inc. XI, e 55, inc. III, da Lei nº 8.666/93; Nota AGU/DECOR nº 23/2006-AMD; Acórdãos TCU nºs 1.563/2004 – Plenário e 2255/2005 – Plenário.

102. TCU, Acórdão nº 1563/2004 – Plenário: “9.1. A álea ordinária, também denominada empresarial, consiste no ‘risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado’ (Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 157). Exatamente por ser previsível ou suportável é considerado risco inerente ao negócio, não merecendo nenhum pedido de alteração contratual, pois cabe ao empresário adotar medidas para gerenciar eventuais atividades deficitárias”.

como sendo de execução continuada¹⁰³, em que a repactuação¹⁰⁴ é o meio utilizado para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, causado pela corrosão da moeda, afastando-se, por conseguinte, a utilização do reajuste de preços, vedado pelo inc. I do art. 4º do regulamento esposado.

Para as demais esferas administrativas e objetos contratuais, salvo regulamentação, aplica-se a figura do reajuste, conforme índice eleito no ato convocatório e no instrumento contratual, a fim de restaurar a equação econômico-financeira desbalanceada por conta de perda da moeda causada por motivos inflacionários.

Assim, como a Administração deve garantir a intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, deverá ser utilizada a repactuação de preços, cujo disciplinamento para a sua implementação está delineado a partir do art. 37 da Instrução Normativa nº 2 da SLTI do MPOG, a fim de restabelecer a referida equação.

Orientação Normativa/AGU nº 26, de 1º.4.09 – “Na contratação de serviço em que a maior parcela do custo for decorrente de mão-de-obra, o edital e o contrato deverão indicar expressamente que o prazo de um ano, para a primeira repactuação, conta-se da data do orçamento a que a proposta se referir”¹⁰⁵

Como já esposado acima, por meio do Dec. federal nº 2.271, de 7.7.1997, foi determinada a implementação do mecanismo da *repactuação de preços*, no lugar do *reajuste contratual*, nos ajustes caracterizados como sendo de natureza continuada a fim de restabelecer a equação eco-

nômico-financeira dos contratos administrativos, garantia constitucional fixada no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, caracterizados como de execução continuada.

Nesse sentido, a determinação constante do bojo da orientação normativa em estudo está expressamente fixada na Instrução Normativa nº 2 da SLTI do MPOG,¹⁰⁶ a partir do art. 37, quando estabelece as condições para implementação desse expediente. Versa o retromencionado artigo, *in verbis*:

“Art. 37. Será admitida a repactuação dos preços dos serviços continuados contratados com prazo de vigência igual ou superior a doze meses, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano.

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I – da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório; ou

II – da data do orçamento a que a proposta se referir, *admitindo-se*, como termo inicial, a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a maior parcela do custo da contratação for decorrente de mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos” (grifo nosso).

Observe-se que o excerto colacionado guarda relação com o § 1º do art. 3º da Lei federal nº 10.192, de 14.1.01, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real,¹⁰⁷ delineando

103. “10.4 Repactuação (ou revisão) – Modalidade especial de reajustamento do contrato aplicável tão somente aos contratos de serviços contínuos” (cf. Lucas Rocha Furtado, *in Curso de Licitações e Contratos Administrativos*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 616).

104. Definição de repactuação constante do Anexo I da IN nº 2 do MPOG: “Repactuação é o processo de negociação para a revisão contratual de forma a garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face da variação dos custos contratuais dos serviços continuados, devendo estar previsto no instrumento convocatório com data vinculada à apresentação das propostas ou do acordo ou convenção coletiva ao qual o orçamento esteja vinculado, no caso da primeira repactuação, ou da última repactuação, no caso de repactuação sucessiva”.

105. Referência: arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.192/01; arts. 40, inc. XI, e 55, inc. III, da Lei nº 8.666/93; art. 5º do Dec. nº 2.271/97; Instrução Normativa SLTI/MP nº 2/08; Parecer AGU/CGU/DEAEX nº 1/2008-JTB; Parecer AGU/CGU/NAJSP nº 095/2006-LSM; Parecer AGU/CGU/NAJSE nº 12/2008-JANS; Acórdão nº 1.941/2006 – Plenário.

106. A Instrução Normativa nº 2/08 do MPOG substitui a Instrução Normativa nº 18 do antigo MARE.

107. “Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21.6.1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.”

que a concessão da repactuação ocorrerá na data limite da apresentação das propostas ou na data da elaboração do orçamento; *admitindo, ainda*, como termo inicial, a “data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a maior parcela do custo da contratação for decorrente de mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos”.

Assim, primeiramente, grife-se que a implementação da repactuação, também denominada de *reajustamento de preços em sentido amplo*,¹⁰⁸ foi claramente modificada, o que possibilita a realização em período inferior a doze meses, utilizando-se como marco inicial a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, logicamente, quando no objeto contratado a maior parcela do custo da contratação for decorrente de mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos.

Com efeito, observamos que o Tribunal de Contas da União manifesta-se no sentido de ser necessária a observância do expediente noticiado. Observe:

“9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão nº 457/1995 – Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época

da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Dec. nº 2.271/97 e no item 7.2 da INMare nº 18/97”¹⁰⁹

Creemos que foi essa a solução encontrada para restabelecer a equação econômico-financeira, verificada na ocasião de majoração salarial decorrente de *acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente*, na medida em que a recomposição de preços arrimada em majoração salarial é proibida, conforme já salientamos quando dissertamos sobre a Orientação Normativa nº 25, já que não se enquadra na teoria da imprevisão, uma vez que deriva de circunstâncias previsíveis.

Assim, ante a imperatividade em que o texto foi grafado, a orientação normativa estudada determina a utilização daquele marco inicial para a contagem do interregno mínimo de um ano para a primeira repactuação, na medida em que impede a adoção do marco inicial a data do recebimento das propostas.

Por conseguinte, utilizando-se da disciplina constante da Orientação Normativa nº 26, na contratação de serviço em que a maior parcela do custo for decorrente de mão-de-obra, deverá ser eleita como marco inicial para a contagem do interregno mínimo de um ano para a concessão da repactuação a data do acordo, dissídio coletivo ou convenção coletiva, vigente à época da apresentação das propostas, fato que deve ser observado pela Administração;¹¹⁰ seguramente poderá ocorrer a repactuação em período inferior à anualidade, estabelecida pelo Plano Real.

108. TCU, Acórdão nº 1563/2004 – Plenário: “28.1. reajustamento de preços em sentido amplo, decorrente de álea ordinária, quando se exigem previsão contratual ou editalícia e interregno mínimo de um ano, da proposta ou do orçamento a que se referir a proposta ou da data do último reajustamento. Tal instituto pode ser dividido em:

28.1.1. reajustamento de preços em sentido estrito, quando se vincula a um índice específico ou setorial;

28.1.2. repactuação contratual, adotada para contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua; nesse caso faz-se necessária a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato”.

109. TCU, Acórdão nº 1563/2004 – Plenário.

110. TCU, Acórdão nº 55/2000 – Plenário: “8.12.2. verifique a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que ensejou a proposta apresentada pela empresa Vicol Serviços Gerais Ltda. no contrato assinado com a Universidade Federal de Lavras em 1º.6.1997, já que a IN nº 18/97/MARE estabelece como data do orçamento a que proposta se referir, a data do acordo, convenção ou dissídio de trabalho que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, devendo a Secretaria Técnica, se constatada irregularidade na repactuação efetuada pela instituição, propor as medidas cabíveis ao caso”.

Exemplificando, caso uma licitação tenha ocorrido em fevereiro de 2010, celebrando-se o ajuste em março de 2010, e a data-base de uma categoria seja abril, como o particular adotou a convenção coletiva vigente à época da abertura das propostas (abril de 2009), em abril de 2010 poderá solicitar a repactuação de preços, demonstrando a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada analiticamente, por meio de competentes planilhas, tendo a Administração, como obrigação, de aferir os fatos alegados,¹¹¹ sob pena de responsabilização, caso o deferimento da repactuação seja indevido.

Corroborando nossa assertiva, preleciona o jurista Lucas Rocha Furtado,¹¹² *in verbis*:

“Ao admitir que o termo *a quo* para a contagem do interregno de um ano seja a data do orçamento a que a proposta se refe-

rir, entendida essa data como sendo a do dissídio coletivo, busca-se evitar a defasagem no custo da mão-de-obra. Ou seja, após a assinatura do contrato, tão logo ocorra o dissídio, poderá o contratado pleitear a repactuação sem precisar esperar um ano a contar da data da proposta ou da assinatura do contrato”.

Esclareça-se que a implementação do expediente em destaque deve ocorrer por meio de simples apostilamento,¹¹³ na forma do disposto no § 8º do art. 65 do Estatuto federal Licitatório e § 4º do art. 40 da Instrução Normativa nº 2/08, alterada pela Instrução Normativa nº 3/09.

Por fim, a omissão editalícia e contratual inviabiliza a realização deste expediente, devendo a manutenção da equação econômico-financeira, neste caso, ocorrer por meio de solicitação de recomposição de preços.

111. TCU, Acórdão nº 55/2000 – Plenário: “8.7. na repactuação de seus contratos de serviços de natureza contínua efetuada nos termos da IN nº 18/97/MARE, confira se ocorreu de fato o aumento de custos alegado pela contratada, por meio de minucioso exame da Planilha de Custos e Formação de Preços apresentada, sendo que, caso seja deferido o pedido, tal estudo subsidie as justificativas formuladas pela autoridade competente”.

112. Ob. cit., p. 617.

113. “Apostilas são atos enunciativos ou declaratórios de uma situação anterior criada por lei. Ao apostilar um título a Administração não cria um direito, pois apenas reconhece a existência de um direito criado por norma legal. Equivale a uma averbação” (cf. Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 1990, p. 177).