

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS  
ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS

# CONTRATOS

---

# ADMINISTRATIVO



Harleson dos Santos Arueira

# Situações abordadas na Oficina:



# Situações abordadas na Oficina:

Prorrogação de  
Vigência de  
Contratos

Serviços continuados

Contratos de  
Publicidade

# 1. Contratação Direta sem licitação



# 1.1 Contratação de artistas



# 1.1 Contratação de artistas:

As **contratações públicas** devem ser precedidas da **realização de certame licitatório**, cumprindo ao administrador a escolha da avença que seja **mais vantajosa ao interesse público**, sem menosprezar o princípio impessoalidade, que regula a participação dos licitantes, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da CF e da Lei 8.666/1993.

Excepcionalmente, diante de situações de **inviabilidade competição**, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme previsto no art. 25 da Lei no 8.666 /93, autorizando a Administração a realizar contratação direta, sem licitação. Senão vejamos:

# 1.1 Contratação de artistas:

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

*III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.*

A justificativa da inexigibilidade na hipótese é a **inviabilidade de competição, não havendo critérios objetivos para aferir a melhor proposta** para a Administração Pública, não havendo, por consequência, supedâneo fático para a realização do procedimento licitatório.

# 1.1 Contratação de artistas:

No entanto, o administrador público **não** está inteiramente livre para a contratação, é preciso a **observância de determinados requisitos** legais e constitucionais, tudo devidamente demonstrado em processo de inexigibilidade.

Pela redação do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93, para a contratação de profissional do setor artístico é preciso:

- I) **contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;**
- II) **consagração do artista pela crítica especializada opinião pública;**

# 1.1 Contratação de artistas:

**l) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;**

A exclusividade de empresário **não se confunde com a simples autorização**, é preciso comprovar que a empresa a ser contratada tem representação exclusiva para agenciar os serviços artísticos.

O TCU ponderou:

*"(..-) deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, **registrado em cartório**, Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento. (Denúncia n. 749058. Sessão do dia 09/10/2008)"*

# 1.1 Contratação de artistas:

## II) consagração do artista pela crítica especializada opinião pública:

Há grande **dificuldade** em se realizar o devido **controle sobre os seus requisitos**, pois as expressões legais são termos jurídicos indeterminados, o que muitas vezes pode encobrir intenções escusas e facilitar a dilapidação do patrimônio público.

Para que não se tenha qualquer dúvida sobre a contratação, oportuna a indagação: **a “crítica especializada” ou a “opinião pública” devem ser local, regional ou nacional?**

Não há previsão legal para a resposta. Porém, Diógenes Gasparini sugere a adoção de um critério interessante, a depender do **valor da contratação**. Se o valor do contrato estiver dentro dos limites da modalidade convite, será local; se estiver dentro dos limites da tomada de preço, será regional e, nos limites da concorrência, será nacional. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública.

# 1.1 Contratação de artistas:

## II) consagração do artista pela crítica especializada opinião pública:

Em regra, **o artista tem que ser conhecido, mas não precisa, necessariamente ser excepcional.** Com a grande extensão territorial e o regionalismo de cultura existente no Brasil, com o afloramento regionalizado de tradições e de folclore, o conceito de consagração popular deve ser tomado de forma **particularizada**, isto é, um artista muito popular no norte pode não ser conhecido no sul, sendo, assim, na sua região a licitação é inexigível”.

O TC/DF decidiu:

*“...quanto à inexigibilidade prevista no art. 25, III, da Lei n. 8666/93, na contratação de profissionais artísticos é necessária a apresentação de curriculum acompanhado de documentos que atestem a consagração pela crítica e opinião pública.” (TCDF. Processo n. 6029/95. Decisão n. 6968/96)*

# 1.1 Contratação de artistas:

## II) consagração do artista pela crítica especializada opinião pública:

Além desses requisitos, é preciso que a contratação observe ainda o disposto no **art. 26 da Lei no 8.666 /93**:

*Art. 26. [...]*

*Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:*

*l- caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique dispensa, quando for o caso;*

*ll - a razão da escolha do fornecedor ou executante;*

*lll - justificativa do preço.*

*lV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.*

# 1.1 Contratação de artistas:

## III) Justificativas do Preço

O valor deve ser **razoável**, é possível se utilizar como parâmetro para aferir a sua razoabilidade as **contratações pretéritas** perante outros entes públicos ou mesmo junto aos particulares.

O TCU já dispôs sobre a matéria no Acórdão n. 822/2005 (Plenário): 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 contratava 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. 8.666/1993.

# 1.1 Contratação de artistas:

## III) Justificativas do Preço

No mesmo sentido, tem-se a Orientação Normativa n. 17 da Advocacia-Geral da União:

*A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de Licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos.*

Além disso, em se tratando de gastos públicos, **as instâncias de controle** não devem observar apenas os aspectos de pura legalidade, cabendo analisar também (que não deixa de ser um viés da legalidade) os aspectos de **legitimidade e economicidade**. A legalidade e a economicidade já são impostas diretamente pelos arts. 25 e 26 da Lei nº 8.666/93, que exigem a justificativa do preço e a observância dos requisitos autorizativos da hipótese de inexigibilidade.

# 1.1 Contratação de artistas:

## III) Justificativas do Preço

Por outro lado, não há expressamente no dispositivo legal apelo à verificação da **legitimidade da despesa**, que talvez seria o critério mais importante que se deveria analisar. Apesar da omissão, não há qualquer empecilho, pois o controle de legitimidade decorre do próprio texto constitucional que, diante da sua força normativa e da máxima eficácia, impõe uma atuação dos órgãos de controle para a sua concretização.

# 1.1 Contratação de artistas:

## III) Justificativas do Preço

Juarez Freitas acentua que:

*o constituinte originário não pretendeu oferecer ao princípio da legitimidade qualquer conotação estritamente procedimental. Serve, sim, de chamamento ao controlador para que não se cinja à juridicidade acanhada, pois deve zelar pela íntegra das diretrizes superiores. Todavia, se se limitasse a tal desiderato, não estaria indo muito além da compreensão do princípio da legalidade, assim como enfocado. O exame da legitimidade dos atos administrativos requer mais: examinar, a fundo, a finalidade apresentada e a motivação oferecida, de modo a não compactuar, de modo algum, com a ilegitimidade.*

# 1.1 Contratação de artistas:

## III) Justificativas do Preço

É bastante comum, em diversos Municípios do Brasil, gastos excessivos com contratação de artistas para a realização de pomposos eventos e “shows”, enquanto se depara, nesse mesmo ente, com a educação e a saúde absolutamente deploráveis. Assim, impõe-se adotar como parâmetro para a verificação da legitimidade das despesas o **atendimento dos direitos fundamentais**, que receberam alta densidade normativa do Constituinte de 1988.

Os principais parâmetros para se verificar a legitimidade da despesa pública, principalmente diante de contratações por inexigibilidade de licitação da espécie aqui discutida, é o atendimento das **despesas prioritárias com saúde e educação**, que receberam do Constituinte especial importância, dada a imprescindibilidade para o desenvolvimento do país.

# 1.1 Contratação de artistas:

## III) Justificativas do Preço

Diante disso, é possível traçar alguns outros **parâmetros** para que se verifique a conformidade da contratação de artistas (para a realização de "shows" e eventos) com a Constituição da República e com a Lei no 8.666/93, quais sejam:

- I) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;
- II) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública;
- III) razão da escolha do profissional do setor artístico;
- IV) justificativa de preço;
- V) publicidade da contratação; e
- VI) comprovação da aplicação do mínimo constitucional nas áreas de saúde e educação.

# 1.1 Contratação de artistas:

## III) Justificativas do Preço

O TCE/AM, em Consulta constante dos autos do Processo n. 4000/2011, decidiu:

*Na hipótese de a contratação ser a prevista no inc. III, do art. 25 (inexigibilidade), deverão ser observados os requisitos legais recomendados como antes delineados e, no caso de contratação direta sob a égide da faculdade da dispensa, como previsto no inc. II, ao art. 24, da referida Lei n.º 8666/93, sejam obedecidos os limites estabelecidos para dispensa com proibição do fracionamento de despesas, no objetivo de afastar a necessidade do procedimento licitatório.*

Assim, se a contratação do artista se der para uma única apresentação no exercício, está amparado pela legalidade. Contudo, **se o artista sem renome for contratado diretamente, sem qualquer modalidade de licitação**, e em diversos eventos, inegavelmente, teremos **fracionamento licitatório**, vedado pelo Estatuto das Licitações.

## 1.2 Contratação de Advogado e Contador



# 1.2 Contratação de Advogado e Contador

Na Administração Pública, podemos identificar:

- a) Atividade administrativa que não exija quadro de pessoal próprio (necessidade eventual);
- b) Atividade administrativa em que o órgão não conte com cargo/servidor permanente;
- c) Atividade administrativa em que o órgão conte com cargo/servidor permanente, mas, por razões outras, não se encontre disponível.

Como identificar e distinguir quando se é o caso de:

- a) Admitir advogado/contador por concurso público?
- b) Contratar advogado/contador por concurso como modalidade de licitação?
- c) Contratar diretamente advogado/contador por inexigibilidade de licitação?

## 1.2 Contratação de Advogado e Contador

A defesa de causas judiciais/administrativas e a prestação de serviços contábeis reclamam servidor efetivo por cuidar de atividade de caráter permanente e não eventual. A **regra** é o recrutamento por **concurso público**, na forma do artigo 37, II, CF.

Ausente quadro efetivo de servidor, o que fazer? Contratar por licitação ou por inexigibilidade?

O art. **13 da Lei de Licitações** – define o patrocínio ou defesa de causas judiciais/administrativas como **serviços técnicos profissionais especializados**, e elege o concurso como modalidade licitatória.

**E por que o concurso?** Meio hábil para a escolha de **trabalho técnico, científico ou artístico**.

## 1.2 Contratação de Advogado e Contador

**Serviço técnico:** envolve a aplicação de conhecimento teórico (científico) e a habilidade pessoal do prestador.

**Serviço profissional:** envolve o objeto de uma profissão, que se caracteriza por apresentar temática definida (objeto) e desenvolvida conforme regras que lhe são próprias/pertinentes;

**Profissional especializado:** que o seu conhecimento seja maior e fuja da capacitação comum e usual disponível por qualquer profissional da área.

**É possível contratar diretamente por inexigibilidade de licitação qualquer serviço advocatício?**

## 1.2 Contratação de Advogado e Contador

**Regra** – procedimento licitatório, sob a modalidade de **concurso**.

**Credenciamento** – TCU e TCE/MG – pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços, quando se tratar de serviços advocatícios comuns (Lei n. 8.666/93: art. 114).  
Argumento desfavorável: pulverização das demandas a dificultar o controle pelo ente contratante.

**Exceção** – serviço singular(objeto certo)/notória especialização (conhecimento peculiar do executor) – art. 25, II, da Lei de Licitações.  
**Contratação direta por inexigibilidade** de licitação devido à inviabilidade de competição. A **confiança** entre o executor do serviço e o contratante não autoriza a contratação direta.

## 1.3 Contratação por emergência



## 1.3 Contratação por emergência

A contratação emergencial com dispensa de licitação é possível, desde que:

- a. destinada à contratação de bens necessários ao atendimento da situação emergencial;
- b. os serviços contratados possam ser concluídos no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, vedada, portanto, a prorrogação;
- c. observadas as cautelas legais previstas no artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93 (emergência/calamidade pública).

## 1.3 Contratação por emergência

De acordo com as condições acima indicadas, nas hipóteses de contratação por dispensa, deverá o gestor demonstrar a **necessidade**, a **potencialidade do dano**, a **urgência e justificar** que a **contratação direta é a via adequada** e efetiva para **afastar o risco**. Para a demonstração satisfatória dessas condicionantes, é indispensável observar os procedimentos previstos no artigo 26 da Lei 8.666/93, que se destinam a justificar:

- a. a contratação direta;
- b. a escolha do contratado;
- c. o preço.

## 1.3 Contratação por emergência

Por exigir a Lei procedimento específico direcionado a justificar a contratação direta, a escolha do contratado e o preço, não se pode afirmar inexistir procedimento licitatório. Em verdade, o procedimento regular cede espaço para um **procedimento especial e simplificado** para a escolha do **contrato mais vantajoso** à Administração Pública. Daí por que – tanto na licitação propriamente dita como na contratação direta – não se dispensa, por exemplo, o preenchimento dos **requisitos de habilitação**.

## 1.3 Contratação por emergência

É importante, ainda, registrar não ser qualquer dano potencial que autorize a contratação direta. O Estado, cujo fim é o atendimento das necessidades coletivas, a rigor, desenvolve atividades direcionadas a evitar dano potencial a algum bem ou interesse. Uma interpretação menos criteriosa dispensaria a licitação como regra geral.

Portanto, a **potencialidade do dano**, para permitir a contratação direta, **requer ser concreta e efetiva**, indicando-se as circunstâncias que evidenciam a urgência como, por exemplo, a integridade física das pessoas por conta das cheias em nosso estado.

## 1.3 Contratação por emergência

Demonstrada a **relação de causalidade** entre a contratação e a supressão do risco de dano, legitima-se a dispensa de licitação pelo tempo necessário à eliminação do risco do prejuízo.

Em nosso estado é comum, na época das chuvas, a cheia dos rios e, conseqüentemente, a alagação das cidades. Conquanto certo o risco à integridade física da população atingida pelas cheias, tal evento é certo e se repete no mesmo período a cada ano. O que fazer? O recomendável é adotar **Sistema de Registro de Preços**.

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas



## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Por força de mandamento constitucional, a Administração só pode adquirir os bens e serviços necessários para o atendimento do interesse público por meio de um procedimento formal (alcançado de licitação), tutelado por lei, em que, em condições de igualdade, particulares competem para poder contratar com ela, devendo prevalecer sempre a proposta mais vantajosa.

Todavia, **nem sempre a licitação se efetua**, quer seja por que ela **não despertou o interesse nos particulares** de contratar com a Administração, quer seja porque **os que acudiram ao chamamento editalício não lograram êxito** em atender aos requisitos do certame ou **não apresentaram propostas em conformidade com os preços praticados no mercado.**

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Nestas hipóteses em que a licitação não alcançou o seu objetivo, a Lei Federal nº 8.666/93 contempla requisitos que, quando atendidos, autorizam que a Administração **contrate diretamente um particular** sem a necessidade de promover um processo licitatório.

**Licitação fracassada e/ou licitação deserta, a polêmica do inciso V do artigo 24 da Lei 8.666/93**

Cumprindo de início anotar que não é pacífica na doutrina a conceituação dada à licitação fracassada. Por um lado, há quem entenda ser a licitação fracassada **um sinônimo** da chamada licitação deserta (ou frustrada), como Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Hely Lopes Meirelles, Ivan Barbosa Rigolin.

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Para tais autores, a ocorrência de uma licitação fracassada (onde todos os disputantes e suas propostas não atendem os requisitos constantes do edital) autoriza o Administrador Público (ordenador de despesa), tal qual a licitação deserta (onde nenhum licitante se interessa em participar da licitação para contratar com o poder público), a realização de uma dispensa de licitação com base no inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 cuja redação é a seguinte:

*“é dispensável a licitação quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas”.*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Todavia, há também quem prelecione que as figuras da **licitação fracassada** e da licitação **deserta** (ou frustrada) **são figuras distintas**, que não se confundem, como Maria Sylvia Di Pietro, Diógenes Gasparini, Lucas Rocha Furtado, José dos Santos Carvalho Filho, Antônio Roque Citadini.

Longe de ser apenas uma querela acadêmica, a questão tem implicações de ordem prática, pois o Administrador Público (ordenador de despesa) ao se deparar com uma licitação onde nem os licitantes nem as suas respectivas propostas findaram por atender os requisitos constantes do ato convocatório, poderá - **dependendo da corrente doutrinária** - promover ou não uma **contratação direta com fulcro no inciso V do artigo 24** da Lei de licitação e contratos públicos.

O dissenso doutrinário reverbera na **jurisprudência** dos órgãos de controle externo, uma vez que o Tribunal de Contas da União outrora difere a licitação deserta da licitação fracassada outrora trata ambas como se fossem sinônimas.

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Em primeiro lugar, tragamos à baila os posicionamentos do TCU que distinguem as figuras da licitação deserta e da licitação fracassada:

*"Acórdão 32/2003 - Primeira Câmara*

*Processo 007.358/2002-5*

*Ministro Relator MARCOS BEMQUERER*

*Ementa Representação formulada por licitante. Possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura Municipal de Macapá AP. Restrição ao caráter competitivo em licitação. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Arquivamento. - Licitação. Comprovação da capacidade técnico-operacional. Análise da matéria.*

*(...)*

*6.2.3 Análise:*

*(...)*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

*b) conforme já expendido no subitem 5.4.4 desta instrução, entendemos que a licitação a que se refere a irregularidade em análise restou fracassada e não deserta como a define o responsável na subalínea a.2 da síntese de suas razões. **A licitação deserta é aquela à qual não acorrem interessados e, portanto, não existem sequer proponentes habilitados. Por sua vez, na licitação fracassada há a presença de licitantes, que participam efetivamente da reunião, mas não conseguem se habilitar ou apresentar propostas válidas;**"*

*( Outros: Acórdão 551/2002 - Segunda Câmara; Acórdão 107/2003 – Plenário; Acórdão 136/2000 - Segunda Câmara)*

Tal qual o TCU, os Tribunais de Contas Estaduais também divergem sobre a caracterização da licitação fracassada como hipótese albergada pelo inciso V do artigo 24 do Estatuto de Licitações e Contratações Públicas, ora repelindo-a (por entender que o permissivo legal só contempla a licitação deserta) ora albergando-a (tratando a licitação fracassada como sinônimo de licitação deserta e passível de dispensa de licitação nos moldes do inciso V do artigo 24 da Lei 8.666).

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Por exemplo, os **Tribunais de Contas de São Paulo e de Santa Catarina** entendem que a **licitação fracassada** (onde todos os disputantes e as suas respectivas propostas não lograram êxito na habilitação ou classificação) **não autoriza** a realização de uma **dispensa para contratação direta** com fulcro no inciso V do artigo 24 da Lei de licitações e contratos administrativos, já que esta autorização dada pela lei seria exclusiva para os casos em que ocorre a licitação deserta (em que não acudiram interessados para disputar o certame):

Por seu turno, os **Tribunais de Contas de Pernambuco e do Distrito Federal** entendem que a **licitação fracassada pode ser enquadrada no inciso V** do artigo 24 da Lei das licitações e contratações da administração pública, sendo assim filiados à corrente que classifica tal fenômeno como sinônimo à licitação deserta.

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

### 3) Requisitos para realizar a contratação direta prevista no inciso V do artigo 24 da Lei 8.666/93:

Hely Lopes Meirelles, em obra atualizada por José Emanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, enfatiza de forma sintética aquilo que poderíamos chamar de diretriz básica para a contratação direta que se dê com fulcro no inciso V do artigo 24 da Lei de licitações e contratos:

*"O que não poderá é contratar diretamente com quem não apresente os requisitos exigidos para a habilitação ou em condições mais favoráveis ao contratado ou menos vantajosas para o serviço público do que estabelecidas no instrumento convocatório inicial. Se comparecer apenas um licitante, qualificado para o contrato, a Administração não pode adjudicar-lhe o objeto pretendido.*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

*O essencial é que este único pretendente tenha condições para contratar, segundo as exigências do edital, no que tange a capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, que não de ser verificadas antes da contratação, e que o contrato seja vantajoso para a Administração." (Hely Lopes Meirelles in Licitação e Contrato Administrativo, 15ª edição, atualizada por José Emanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 148)*

Além desta necessária **obediência aos MESMOS parâmetros da licitação fracassada** anterior, a contratação direta fundamentada no inciso V do artigo 24 da Lei de licitações e contratações públicas deverá **afastar**, de forma comprovada, **os prejuízos** que seriam advindos da realização de um novo certame. Neste toar, vejamos a lição de Diógenes Gasparini:

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

*"A nova licitação, no entanto, pode ser prejudicial à Administração Pública em face do tempo demandado para sua realização, causando-lhe um acréscimo no valor do contrato (prejuízo financeiro) ou atraso na prestação do serviço ou utilização da obra (prejuízo administrativo). Daí a razão dessa hipótese de licitação dispensável. Assim, caracterizada a situação de deserção e demonstrado o efetivo prejuízo financeiro ou administrativo, a contratação poderá ser celebrada sem licitação. Mas isso não é tudo, pois o inciso em apreço exige para essa contratação a observância das mesmas condições da licitação havida como deserta (prazo de início, de conclusão, de entrega, condições de execução e de pagamento). Qualquer alteração que se fizer nas condições do edital ou do contrato para facilitar a contratação direta acarretará a nulidade do ajuste decorrente e a responsabilidade dos seus causadores." (Diógenes Gasparini in *Direito Administrativo*, 15ª edição, atualizada por Fabrício Motta, São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 580)*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes traça um panorama com exemplos práticos acerca da questão do prejuízo na realização de um novo certame e da manutenção das condições originais referentes à dispensa de licitação aludida no inciso V do artigo 24 do Estatuto de licitações e contratos:

**"... é preciso que fique caracterizado o risco a pessoas ou a bens, potencialmente aferível no momento da dispensa, não atribuível à desídia do agente público.**

*Em regra, efetivamente, a possibilidade de risco não pode ser imputável ao administrador, vez que, se não tivesse se caracterizado o desinteresse, a Administração teria contratado regularmente o objeto. Trata, portanto, o dispositivo de fato alheio ao interesse ou previsibilidade da Administração que, uma vez caracterizado, autoriza a contratação direta. **Na justificativa, deverá o administrador indicar os riscos cuja ocorrência temia, sendo em princípio dispensável a prova de suas assertivas, que se devem cercar de razoabilidade lógica.***

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

*Nesse ponto em particular, diferentemente do art. 24, inciso IV, parece possível sustentar que a iminência da devolução dos recursos não aplicados por término do exercício financeiro podem justificar a satisfação desse requisito.*

*Tal posição repousa no fato de que o inciso IV reporta-se a prejuízo à segurança de pessoas e bens, públicos ou privados, e que o inciso V estabelece como requisito para sua aplicação que a licitação não possa ser repetida sem prejuízo para a Administração. Ora, devolver recursos financeiros no final do exercício, traz prejuízos para a Administração, se o objeto estiver fazendo falta à boa e regular marcha administrativa, mas não é, por si só, motivo suficiente para acarretar prejuízo à segurança de pessoas e bens.*

*(...)*

*Necessário se faz, ainda, que a contratação direta, com dispensa do processo licitatório, contribua significativamente para evitar ou minimizar o risco referido anteriormente.*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

*Tendo já, ao tempo da dispensa, ocorrido o fato-risco temido pelo agente, ou em mais nada ajudando a contratação para evitá-lo, não subsiste o interesse jurídico que ampara a dispensa de licitação. Ocorre, na prática, que, ao tempo da contratação, o risco já se tinha consumado ou evitado, e o agente da Administração procede à licitação, em atenção, em atenção a despacho autorizador, numa conduta, agora, sem amparo em lei.*

*Não advindo da contratação direta a possibilidade de evitar ou diminuir significativamente o prejuízo, é incabível a dispensa com fulcro nesse dispositivo.*

(...)

*Impõe a lógica jurídica que a Administração mantenha as condições ofertadas e exigidas na licitação anterior, pois, se houver qualquer alteração, ficará irremediavelmente comprometido o requisito 'ausência de interesse' em participar da licitação.*

*Efetivamente, não pode a Administração alterar as exigências estabelecidas para a habilitação, tampouco as ofertas constantes do convite ou edital."*

*(Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in Contratação Direta sem Licitação, 7ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Fórum, 2008, págs. 353/354)*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

E esta manutenção das condições ofertadas e exigidas no certame anterior na dispensa de licitação fundamentada no inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 6.437/77 é severamente cobrada pelo Tribunal de Contas da União, conforme podemos conferir nos arestos abaixo disponibilizados:

*"... no caso de contratações realizadas por dispensa de licitação, fundamentadas no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, **observem o atendimento de todas as condições estabelecidas no edital ou no convite da licitação, de acordo com o disposto no mesmo inciso.** (Processo nº 013.992/96-1. Decisão nº 103/1998 - Plenário)*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

**4) A previsão contida no inciso VII do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos como espécie de licitação fracassada e os requisitos para se realizar uma contratação direta nos casos em que ela ocorrer.**

Quando num certame licitatório a Administração verifica que as propostas de todos os disputantes (por conluio ou caso fortuito) foram apresentadas com **preços acima do estimado** para a contratação, o inciso VII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 autoriza a realização de uma dispensa de licitação nos seguintes moldes:

*"quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;"*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes expõe didaticamente as diferenças entre as dispensas de licitação autorizadas pelos incisos V e VII do artigo 24 da Lei nº 8.666:

*"a) inciso V:*

- *a licitação foi fracassada*, não importando a causa da desclassificação: preços superiores, inferiores, inabilitação, etc.;
- há risco de prejuízo na repetição da licitação;
- não é obrigatório pedir novas propostas.

*b) inciso VII:*

- *a licitação foi fracassada* pela apresentação reiterada de propostas com preços superiores;
- não é necessária a caracterização de risco para a Administração na repetição;
- é obrigatório, em princípio, pedir novas propostas."

*(Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in Contratação Direta sem Licitação, 7ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Fórum, 2008, pág. 377)*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Já sobre os pressupostos para se implementar uma dispensa de licitação com fulcro no inciso VII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, eis a lição de Marçal Justen Filho:

**"A dispensa de licitação se admite desde que a Administração localize alguém disposto a contratar por valor inferior àquele que foi obtido na licitação anterior.**

(...)

*O dispositivo se reporta ao art. 48, § 3º, **que faculta a concessão aos licitantes de nova oportunidade para formular propostas**, quando todas tiverem sido desclassificadas. **No prazo de oito dias, os licitantes deverão formular novas propostas que não apresentem os defeitos das anteriores**. Se, concedidas duas oportunidades, os interessados insistirem com ofertas superiores ao admissível, caracteriza-se a inutilidade da competição. (...)*

*A contratação sem licitação autorizada no inc. VII pressupõe a verificação de três condições. A primeira reside na apresentação de propostas inadmissíveis; a segunda reside no insucesso da providência do art. 48, § 3º (SE REPUTAR-SE CABÍVEL SUA APLICAÇÃO); a terceira, na existência de particular disposto a contratar pelo preço adequado.*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Eis o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

*Ementa: Representação formulada por licitante. Possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Banco do Brasil SA. Contratação de empresa com dispensa de licitação. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Juntada dos autos às contas anuais. Remessa de cópia à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.*

*44.6 Desta forma, a única alegação aceitável pela Administração seria a apresentação de propostas de preços menores e compatíveis com o mercado nacional, atitude esta que não encontrou amparo em nenhuma das empresas concorrentes, que, ao contrário, fizeram-se representar por ofertas ainda maiores.*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

(...)

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:*

*9.1. conhecer da presente Representação, com fundamento no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;*

*9.2. determinar ao Banco do Brasil S/A, no âmbito das licitações e contratações vindouras, que exija da empresa contratada por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso VII, da Lei nº 8.666/93, a comprovação das condições de habilitação e da proposta estipuladas no edital da licitação precedentes à qual a contratação direta se vincula, salvo motivo devidamente comprovado;" ( Acórdão 1315/2004-Plenário, Processo 001.919/2004-9, Relator Ministro LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA)*

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Sobre a definição do que seriam **preços** manifestamente **superiores** aos praticados no mercado nacional, trazemos à baila à lição de Marçal Justen Filho:

"Observe-se que a Lei se vale de expressão destinada a qualificar o preço superior. Exige que a melhor proposta consigne preço manifestamente superior aos do mercado. Logo, não se submete ao regime do inc. VII as situações em que a diferença é de pequena monta ou irrelevante. Anote-se que a Lei não quis estabelecer uma regra-padrão, aplicável a todos os casos. É que cada mercado e cada produto tem suas características. Em alguns setores, altamente competitivos, uma diferença de 5% é manifestamente superior. Em outros casos, a diferença de 5% pode ser reputada como irrelevante." (Marçal Justen Filho in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, São Paulo: Dialética, 2008, pág. 301)

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

Em razão da não-uniformidade do entendimento mantido pelos Tribunais de Contas do Brasil, resta patente que o Administrador Público deve cercar-se de cautelas quando da realização da contratação direta após a ocorrência de uma licitação deserta ou de uma licitação fracassada, devendo estar ciente qual é o posicionamento do Tribunal de Contas ao qual ele está submetido e tomando algumas medidas simples que, no nosso entendimento, servem para fundamentar suas decisões:

1º) **Sempre formalizar por escrito e em autos apartados os processos de dispensa de licitação;**

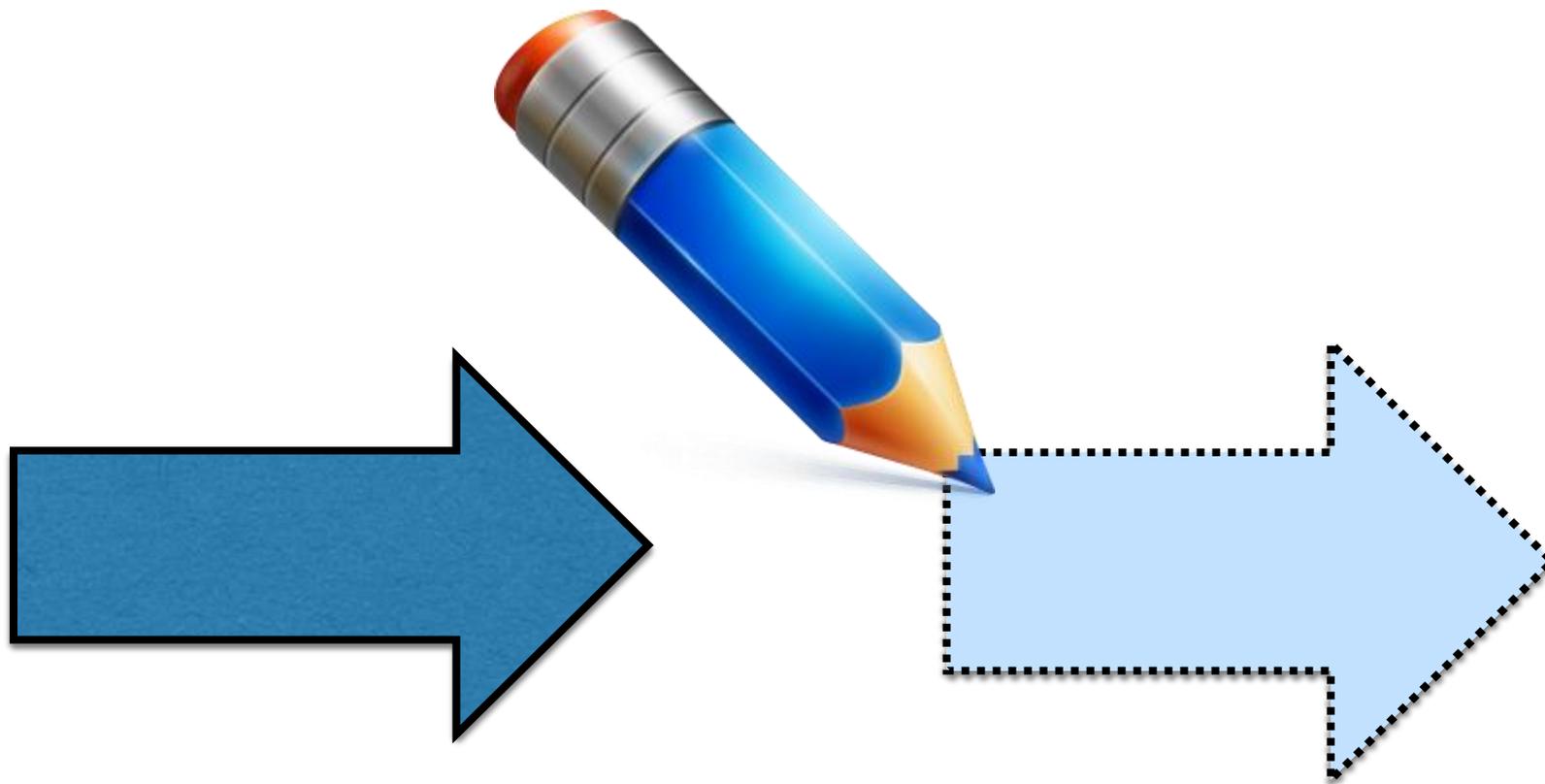
2º) **Comprovar documentalmente por meio de parecer(es) técnico(s) a serem acostados no processo de dispensa de licitação que haverá prejuízo ou o mesmo será demasiadamente aumentado pela demora decorrente da realização de uma nova licitação e**

## 1.4 Contratações motivadas por licitações desertas e fracassadas

3º) **Comprovar** documentalmente por meio de parecer(es) técnico(s) (se possível com **cálculos planilhas** orçamentárias a serem acostados no processo de dispensa de licitação que a **contratação direta evitará prejuízo ao Erário**.

Por fim, é indispensável que o Administrador, ao promover a contratação direta, **MANTENHA TODAS** as condições ofertadas na licitação que restou deserta ou fracassada.

## 4. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS



## 4. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

Em regra, a vigência, cláusula obrigatória em todos os contratos administrativos, se dá até 31 de dezembro do exercício financeiro em que foram formalizados. A razão é a necessidade de atrelar a execução do ajuste à vigência dos créditos orçamentários, que é anual (Lei n. 8.666/93: art. 57).

Mas há situações que excepcionam a regra geral por reclamar prazo de vigência maior (Lei n. 8.666/93: art. 57, I a III). São elas:

- a. Projetos previstos no Plano Plurianual, desde que a prorrogação encontre-se prevista no ato convocatório da licitação. Exemplo: construção de hospital.
- b. Serviço de prestação continuada, que admite prorrogação até 60 meses. Exemplo: serviço de limpeza e conservação.
- c. Aluguel de equipamentos e programas de informática, que poderá ser estendidos até 48 meses. Exemplo: aluguel de copiadora.
- d. quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

## 4. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

e. para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

f. na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

g. nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos [arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004](#), observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

## 4. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

- Além de a prorrogação necessitar enquadrar-se em uma das hipóteses do artigo 57, I a III, da Lei n. 8.666/93, o atendimento de certas condições é indispensável para a validade da dilação de prazo. Vejamos:
  - Indicação das razões motivadoras da prorrogação contratual;
  - Manutenção das demais cláusulas contratuais e do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste;
  - Previsão em contrato;
  - Interesse da Administração e da empresa contratada;
  - Pesquisa de preços demonstrando permanecerem vantajosos para a Administração;
  - Autorização da autoridade competente (Lei n. 8.666/93: art. 72, §2º);
  - Ausência de interrupção do prazo inicial de vigência;
  - Celebração de termos de aditamento antes do encerramento do prazo inicial de vigência.

# 4. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

Problemas mais recorrentes na prorrogação dos contratos, conforme deliberações do TCU.

## **Termo de aditamento assinado depois de vencido o prazo de vigência**

### **Acórdão 301/2005 Plenário**

Determinar que nas prorrogações contratuais promova a assinatura dos respectivos termos de aditamento até o término da vigência contratual, uma vez que, transposta a data final de sua vigência, o contrato é considerado extinto, não sendo juridicamente cabível a prorrogação ou a continuidade da execução do mesmo.

### **Acórdão 1727/2004 Plenário**

Observe o prazo de vigência contratual ou, caso entenda necessária a prorrogação desse prazo, cumpra rigorosamente o disposto no art. 57, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

### **Acórdão 1313/2004 Plenário**

Estipulação de prazo determinado para a vigência dos contratos, em obediência às prescrições contidas no art. 57, caput e respectivos incisos, e § 3º, todos da Lei 8.666/1993, evitando, assim, a inclusão de cláusulas contratuais que contemplem período de validade indeterminado, a exemplo da prorrogação automática verificada no contrato (...).

### **Acórdão 182/2004 Plenário**

## 4. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

- **Previsão de prazo de vigência indeterminado**

Estipule prazo determinado para a vigência dos contratos, em obediência às prescrições contidas no art. 57, caput e respectivos incisos, e § 3º, todos da Lei 8.666/1993, evitando, assim, a inclusão de cláusulas contratuais que contemplem período de validade indeterminado.

### **Acórdão 1182/2004 Plenário**

Cumpra o disposto no § 3º do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993, que veda contrato com prazo de vigência indeterminado.

## 4. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

- **Ausência de justificativa para a prorrogação de prazo**

Observe a necessária justificação por escrito e previamente autorizada por autoridade competente de prorrogação de contrato, consoante prescreve o art. 57, § 2º, da Lei 8.666/1993.

**Acórdão 1182/2004 Plenário**

- **Prorrogação de prazo que ultrapassa a hipótese de dispensa**

Proceda à realização de licitação para a contratação de serviço contínuo sempre que o valor anual estimado para a contratação, acrescido dos valores correspondentes às prorrogações de vigência de que trata o art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993, ultrapassar o limite estipulado para a dispensa desse procedimento.

**Acórdão 845/2005 Segunda Câmara**

## 4. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

### • **Prorrogação contratual fora das hipóteses legais**

Devem ser evitadas prorrogações de prazos contratuais que contrariem o § 1º do artigo 57 da Lei 8.666, de 1993, uma vez que a justificativa apresentada pela empresa contratada não logrou caracterizar “fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato” (§ 1º, inciso II, do artigo 57 da Lei 8.666, de 1993), tampouco permitiu enquadramento em quaisquer dos motivos previstos no citado parágrafo.

### **Acórdão 908/2003 Plenário**

### • **Hipóteses que não caracterizam serviço de execução continuada**

Não permita a prorrogação dos contratos para aquisição de combustível, que é material de consumo, não podendo ser caracterizado seu fornecimento como serviço de execução continuada, estando fora da hipótese de incidência do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/1993.

### **Acórdão 1544/2004 Segunda Câmara**

## 4. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

### • **Prorrogação contratual fora das hipóteses legais**

Devem ser evitadas prorrogações de prazos contratuais que contrariem o § 1º do artigo 57 da Lei 8.666, de 1993, uma vez que a justificativa apresentada pela empresa contratada não logrou caracterizar “fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato” (§ 1º, inciso II, do artigo 57 da Lei 8.666, de 1993), tampouco permitiu enquadramento em quaisquer dos motivos previstos no citado parágrafo.

### **Acórdão 908/2003 Plenário**

### • **Hipóteses que não caracterizam serviço de execução continuada**

Não permita a prorrogação dos contratos para aquisição de combustível, que é material de consumo, não podendo ser caracterizado seu fornecimento como serviço de execução continuada, estando fora da hipótese de incidência do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/1993.

### **Acórdão 1544/2004 Segunda Câmara**

## 4. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS

- Abstenha-se de renovar contratos de prestação de serviços técnicos especializados de consultoria com fundamento no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, aplicável à prestação de serviços de natureza contínua.

### **Acórdão 216/2004 Plenário**

- Quanto à contratação dos serviços de assessoria advocatícia e contábil (...), cumpre observar que (...) esses serviços não se enquadram na categoria de serviços de prestação continuada, previstos no art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993, que são aqueles serviços dos quais a administração não pode dispor sob pena de comprometimento da continuidade de suas atividades.

### **Acórdão 1560/2003 Plenário**

# 5. PREGÃO



# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia



# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

- **Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão**

A modalidade pregão tem sido muito utilizada, trazendo bons resultados, **agilizando as contratações públicas e diminuindo os preços anteriormente praticados**. Por uma tendência natural de expansão do pregão a Administração Pública intenciona contratar obras e serviços de engenharia por esta modalidade. Tal uso causa polêmicas pois há **restrições** para utilização dessa modalidade, em especial **para as contratações de obras e serviços de engenharia**.

# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

- **Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão**

## **I – Origem da controvérsia:**

O pregão foi instituído pela Medida Provisória 2026/2000 que o definiu, em seu artigo 2º, nos seguintes termos:

*“Art. 2o – Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.”*

A referida Medida Provisória foi regulamentada, no âmbito da União, pelo Decreto Federal 3555/2000 que **expressamente veda a utilização da modalidade pregão para contratação de obras e serviços de engenharia**, a saber:

# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

## I – Origem da controvérsia:

Dispõe o artigo 5º do Decreto 3555/2000:

*A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração. (negritei)*

Dois anos depois instituiu-se a **Lei 10520/2002** no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, substituindo a Medida Provisória aludida, condicionando a utilização da modalidade pregão **somente** aos **bens e serviços comuns**, definidos no artigo 1º da referida Lei:

*“Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”*

## 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

**A Lei 10520/2002 em nenhum momento veda a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão, condicionando apenas na figura do objeto da licitação como bens e serviços comum diferentemente do Decreto 3555/2000 que é taxativo quanto a tal vedação. Logo, a Lei 10520/2002, a priori, abriu possibilidade para contratação de serviços de engenharia pela modalidade pregão, desde que sejam serviços de natureza comum.**

# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

## II – Inaplicabilidade do pregão para obras de engenharia

Exclui-se a possibilidade da utilização da modalidade pregão para realização de obras de engenharia. O Decreto 3555/2000 é expresso quanto a vedação e a Lei 10520/2002 disciplina que o pregão será aplicado em bens e serviços comum, ou seja, **não menciona e nem cita o termo obra.**

A Lei 8666/93, que subsidiariamente é aplicado para o pregão, estabelece clara distinção entre o conceito de obra e serviço nos incisos I e II do artigo 6º:

*I – Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;*

*II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;*

## 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

Neste diapasão **obra não se insere no conceito de serviços**, não se confundem e a Lei 10520/2002 versa que o pregão é exclusivo para bens e serviços comuns. O Decreto 5450/2005 que regulamentou o pregão na forma eletrônica no âmbito federal também regrou que **não se aplica esta modalidade** para contratações de **obras de engenharia**, silenciando-se quanto aos **serviços de engenharia**:

Dispõe o artigo 6º do Decreto 5450/2005:

*A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de **obras de engenharia**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.*

# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

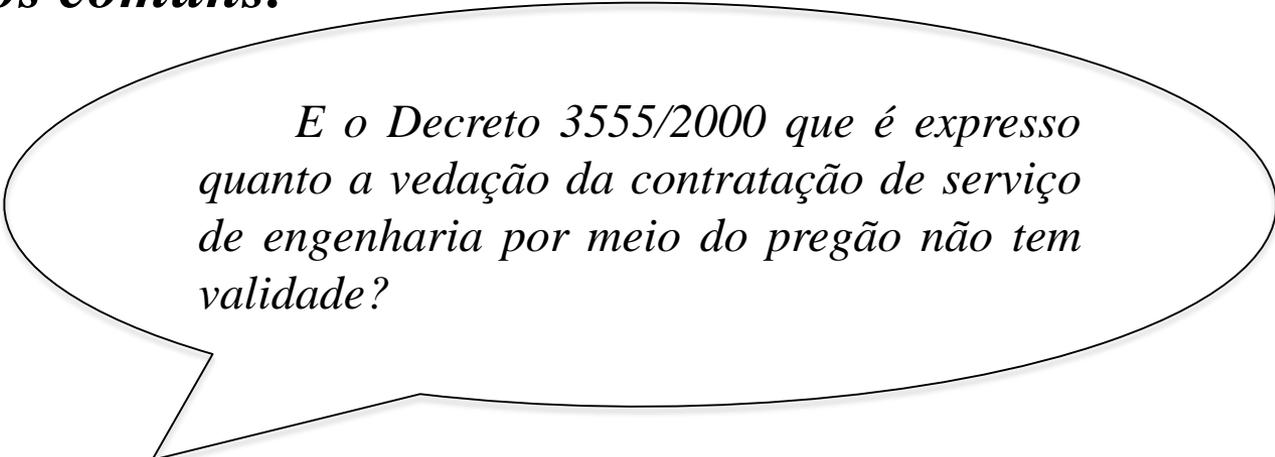
O jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes leciona:

*“a Lei nº 10.520/2002 estabelece que o pregão pode ser utilizado para a contratação de bens e serviços comuns. Excluída está, portanto, a contratação de obra, por mais comum que seja.” (in Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico, 3. ed. rev., atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pag. 419)*

# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

## III – Serviços de engenharia através do pregão

Tanto a Lei 10520/2002 quanto o Decreto 5450/2005 não fazem qualquer menção quanto a impossibilidade de contratação de serviços de engenharia pela modalidade pregão. Assim admite-se contratação de serviço de engenharia por pregão, contudo o que **cabe discutir é se o serviço de engenharia pode ser caracterizado como comum, eis que a lei alude a *aquisição de bens e serviços comuns*.**



*E o Decreto 3555/2000 que é expresso quanto a vedação da contratação de serviço de engenharia por meio do pregão não tem validade?*

## 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

O decreto foi editado com objetivo de regulamentar a Medida Provisória 2026/2000. No momento que a Medida Provisória foi convertida em lei (10520/2002) podemos dizer que **o decreto perdeu parcialmente sua eficácia, apesar de a lei não ter revogado o decreto.** Continua em vigor os dispositivos do decreto que não sejam incompatíveis com a lei.

A Egrégia Corte de Contas da União através do Ministro Valmir Campelo já se manifestou neste sentido:

# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA MEDIANTE SUSPENSÃO PREGÃO DA ELETRÔNICO. LICITAÇÃO. REQUERIMENTO JURISPRUDÊNCIA CAUTELAR RECENTE PARA DEFENDE A POSSIBILIDADE LEGAL DA CONTRATAÇÃO. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. CIÊNCIA AO INTERESSADO. ARQUIVAMENTO.

1. A Lei 10.520/2002 e o Decreto 5.450/2005 **amparam a realização de pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia**, ou seja, aqueles serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. (TCU, Acórdão n. 286/2007. Plenário. Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti. DOU 16.02.2007.)

- Súmula 257/2010 – TCU: *O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002 (Grifei)*

# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

## • *Então quando se caracteriza serviço comum?*

A priori, o artigo 1º da Lei do Pregão defini que “bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, são aqueles cujos **padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital**, por meio de especificações usuais no mercado”.

O jurista Marçal Justen filho apresenta o entendimento que “bem ou serviços comum é aquele que se encontra disponível a qualquer tempo num mercado próprio e cujas características padronizadas são aptas a satisfazer as necessidades da Administração Pública” (in Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5º Ed, São Paulo: Dialética, 2009. p. 37).

Há três características existentes: **1 – Disponibilidade do mercado próprio 2 – padronização 3 – desnecessidade de peculiaridade para satisfação da Administração.**

# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

## • *E quando um serviço de engenharia é comum?*

Pode-se dizer que um serviço de engenharia é comum quando o **objeto seja de fácil realização, com especificações usuais no mercado e que, na totalidade ou em relevante parte de sua execução seja dispensável orientação de profissional registrado no CREA.**

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que o serviço de engenharia pode ser considerado comum com as seguintes condições:

*“as características, quantidades e qualidades forem **passíveis de “especificações usuais no mercado”**; “mesmo que exija profissional registrado no CREA para execução, a atuação desse não assume relevância, em termos de custo, complexidade e responsabilidade, no conjunto do serviço;” (in Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico, 3. ed. rev., atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pag. 429)*

# 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

Vilaça: Neste sentido, colhe-se importante escólio do Ministro Marcos Vinícios

*“51. De tudo isso, percebe-se que o pregão apenas é vedado nas hipóteses em que o atendimento do contrato possa ficar sob risco previsível, pela dificuldade de transmitir aos licitantes, em um procedimento enxuto, a complexidade do trabalho e o nível exigido de capacitação. Logo, a eventual inaplicabilidade do pregão precisa ser conferida conforme a situação, pelo menos enquanto a lei não dispuser de critérios objetivos mais diretos para o uso da modalidade. E ousar imaginar que, pelos benefícios do pregão, no que concerne à efetivação da isonomia e à conquista do menor preço, o administrador público talvez deva ficar mais apreensivo e vacilante na justificativa de que um serviço não é comum do que o contrário”*

**52. Neste caso o Pregão Eletrônico nº 13/2007, os serviços licitados foram: instalação do canteiro, remanejamento da infra-estrutura do estacionamento externo, demolições escavação e transporte de terra e implantação de duas vias provisórias.**

**53. Constituem serviços de fácil caracterização, que não comportam variações de execução relevantes e que são prestados por uma gama muito grande de empresas. (...)**

## 5.1 Pregão para obras e serviços de engenharia

*54. Como são serviços de execução frequente e pouco diversificada, de empresa para empresa, não houve problema em conformá-los no edital segundo padrões objetivos e usuais no mercado. (...)*

*55. Não se deve também confundir especialização do licitante com complexidade do serviço, pois o primeiro termo refere-se à segmentação das atividades empresariais, ao passo que o segundo, à arduidade do trabalho. Uma empresa especializada – não se está falando de notória especialização – pode sê-lo relativamente a um serviço comum. (...)” (Acórdão nº 2.079/2007, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça ) (Negritei)*

Contudo, devemos considerar que não há como identificar se o serviço é comum ou não de uma forma padronizada, deve haver uma **análise criteriosa do caso concreto e cabe ao administrador público fazer tal análise**. Está pacificado em doutrina e jurisprudência que é lícito a realização de contratação de serviço de engenharia por intermédio da modalidade Pregão, desde seja caracterizado com “serviço comum”.

# 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

- SERVIÇOS DE PUBLICIDADE

A Lei n. 12.232, de 29.04.2010, que estabelece normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, prevê a adoção obrigatória de procedimentos licitatórios sob os tipos de melhor técnica ou técnica e preço. Afastada, portanto, a contratação direta, embora doutrinadores, como Marçal Justen Filho, defenda o contrário (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 2010).

# 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

É a própria Lei n. 8.666/93 que, no seu artigo 25, II, veda a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação. As razões para tal impossibilidade residem no fato de que, no mais das vezes, é a agência publicitária que atuou na campanha eleitoral do gestor a contratada para prestar serviços de publicidade ao longo de sua gestão. Esse favorecimento contrário ao princípio da moralidade é o objetivo pretendido com a vedação contida na parte final do inciso II, artigo 25 da lei n. 8.666/93.

## 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

A publicidade oficial, até por dever constitucional previsto no artigo 37, caput, é necessária para fazer chegar ao conhecimento do povo os assuntos administrativos. Todavia, ultrapassado o caráter informativo, no sentido de promover a pessoa do gestor, a publicidade, elaborada nesses termos, merece ser rechaçada e responsabilizado o gestor beneficiado.

A Constituição Brasileira, no artigo 37, parágrafo 1º, prevê que “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

## 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

Não é, portanto, vedada a publicidade. O objeto de preocupação da norma constitucional, como visto, é o conteúdo da mensagem publicitária.

Qual o conceito de publicidade previsto na Lei 12.212/10? De acordo com o seu artigo 2º, serviços de publicidade é o conjunto de atividades que envolvem o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.”

# 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

Como determinar as situações em que a propaganda oficial enseja a promoção pessoal de agentes públicos?

- 1) Manchetes e/ou chamadas com o nome explícito do agente público e/ou fotográficas/vídeos vinculando à sua pessoa as realizações divulgadas, como se fosse o responsável direto por elas;
- 2) Informe publicitário em forma de entrevista com o agente público, destacando a sua imagem e, portanto, com cunho eminentemente personalístico;
- 3) Propaganda institucional que vincula a matéria divulgada ao partido político do governante;

# 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

4) Uso de símbolos e slogans. Em Teresina/PI o então Prefeito Heráclito Fortes utilizou a letra H (inicial do prenome) em propaganda institucional, que, inclusive, fora empregada em sua campanha à Prefeitura;

5) Referências ao cumprimento de promessas de campanha pretérita;

A fiscalização de gastos com publicidade deve ser maior na proximidade de ano eleitoral, a fim de rechaçar despesa pública motivada para promover a pessoal do gestor público.

# 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

Que consequências decorrem do uso indevido da propaganda institucional para a promoção pessoal do gestor?

- a) abuso de autoridade por violação à regra posta no artigo 37, §1º, da CF/88, conforme previsto no artigo 74 da Lei n. 4.320/64;
- b) improbidade administrativa, nos termos do artigo 11 da Lei n. 8.429/92; e, ainda, por lesão ao erário (uso de dinheiro público em provento próprio), na forma do artigo 10 da Lei n. 8.429/92;
- c) ilegalidade do contrato com imputação de alcance e multa, nos termos do artigo 22, III, a e c, c/c artigo 54, II e II, todos da Lei n. 2423/96.

# 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

Jurisprudência relacionada ao tema:

a) Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. DEPUTADO DISTRITAL. PUBLICIDADE VEICULADORA DE PROMOÇÃO PESSOAL. LESIVIDADE AO ERÁRIO. OBRIGAÇÃO LEGAL DE RESSARCIR AOS COFRES PÚBLICOS. 1 - EMBORA O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE LEGITIME O DEVER DE INFORMAR ACERCA DAS ATIVIDADES LEGISLATIVAS, É IMPRESCINDÍVEL QUE A PUBLICIDADE TENHA CARÁTER EDUCATIVO, INFORMATIVO OU DE ORIENTAÇÃO SOCIAL, DELA NÃO PODENDO CONSTAR NOMES, SÍMBOLOS OU IMAGENS QUE CARACTERIZEM PROMOÇÃO PESSOAL DE AUTORIDADES OU SERVIDORES PÚBLICOS ( CONSTITUIÇÃO FEDERAL , ART. 37 , § 1º ) 2 - LESA O ERÁRIO O DEPUTADO DISTRITAL QUE, NO EXERCÍCIO DO CARGO, SOB O ARGUMENTO DE DIVULGAR ATIVIDADES PARLAMENTARES, DISTANCIA-SE DA PROPAGANDA INSTITUCIONAL REALIZANDO PUBLICIDADE PESSOAL PARA PROMOVER-SE POLITICAMENTE, DEVENDO, POIS, RESSARCIR AOS COFRES PÚBLICOS, EM NOME DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO.

- (TJ – DF – Apelação Cível 19980110732370)

# 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

Ementa: Ementa: AÇÃO POPULAR. PROMOÇÃO PESSOAL DE AUTORIDADE (§ 1º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO). VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REAVALIAÇÃO DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO FIXADO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 279/STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. Ação popular na qual se aponta promoção pessoal da autoridade (prefeito de Teresina-PI) mediante utilização de símbolo em forma da letra H'ê de slogan que menciona o sobrenome do prefeito (‘Unidos seremos mais fortes’) na publicidade institucional do município. Impossibilidade de reavaliação da prova apreciada pelo acórdão recorrido, o qual concluiu pela existência de utilização da publicidade governamental para promoção pessoal do prefeito, em violação do § 1º do art. 37 da Constituição (Súmula 279/STF). Precedentes: RE 201.957; RE 217.025. Recurso extraordinário não conhecido.

- (STF – RE 281012)

# 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. CARACTERIZAÇÃO DE PROPAGANDA PESSOAL. VEDAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA 279/STF. O Supremo Tribunal Federal, interpretando o disposto no art. 37, § 1º, da Constituição Federal, assentou que o “rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos” (RE 191.668, Rel. Min. Menezes Direito). Dessa orientação não divergiu o acórdão do Tribunal de origem. Hipótese em que a resolução da controvérsia demandaria o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado em recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 631448 AgR/SC)

## 6. CONTRATOS DE PUBLICIDADE

O TCU aplicou multa a gestores pela aprovação do patrocínio ao projeto de lançamento do livro “Fernando Henrique Cardoso – História da Política Moderna do País”, cuja alusão ao nome, símbolos e imagens do Presidente da República caracterizou, indiretamente, promoção da então autoridade máxima do Poder Executivo.

(Acórdão n. 596/2001)

# ***OBRIGADA PELA ATENÇÃO !***

- Contatos 

- Harleson dos Santos Arueira

E-mail: [harleson.arueira@tce.am.gov.br](mailto:harleson.arueira@tce.am.gov.br)

Tel: 3301-0125

