



DISPENSA E INEXIGIBILIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Dr. Vitor Barbosa de Oliveira

PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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.

CONTRATAÇÃO DIRETA E REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Marçal Justen Filho diz que a contratação direta constitui uma “modalidade anômala de licitação”

OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

- Exigência de procedimento formal para a escolha do fornecedor dos bens ou serviços
- Justificativa da escolha
- Delineamento dos parâmetros e objetivos
- Pesquisa de preços com empresas do mercado para identificar o valor aproximado da contratação.

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

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

~~I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;~~

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

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

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

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

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

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

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.

§ 10 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.

§ 20 Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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.

VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

- Na inexigibilidade de licitação, a competição é inviável, seja porque é impossível haver disputa, seja porque a disputa seria inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual, pelo confronto e contradição com aquilo que a justifica (o interesse público).
- As hipóteses previstas nos incisos do art. 25 são exemplificativas.
- Não são raros os casos em que o gestor, a pretexto de falsa inviabilidade de competição, utiliza-se de contratação direta por inexigibilidade para favorecimentos contratuais em detrimento do erário. Por isso, o gestor, sempre norteado pelo princípio da impessoalidade, deve justificar a inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de interessados aptos a garantir a prestação objetivada, quando o procedimento licitatório não for adequado a atender à necessidade da Administração ou quando os critérios de seleção forem inapropriados à escolha do objeto contratual pretendido.

FORNECEDOR EXCLUSIVO

- Delimitação da exclusividade: O produto ou serviço deve ser A ÚNICA alternativa viável a atender às necessidades da Administração com atendimento ao princípio da vantajosidade.
- Deve ser evitada a escolha de marcas (salvo se justificado por razões técnicas e de padronização).
- Exclusividade absoluta: único fornecedor no país
- Exclusividade relativa: exclusividade apenas na praça onde vai ocorrer a aquisição do bem -> a inviabilidade de competição deve ser avaliada conforme o caso concreto nessa hipótese.
- A exclusividade deve ser comprovada pelos órgãos competentes indicados no inciso I do art. 25, não se admitindo que sejam aceitas cartas de exclusividade emitida pela contratada ou atestados emitidos por entidades não legitimados para tanto (Acórdãos 1.499/2006 – Plenário do TCU e 207/2011 – Plenário do TCU)
- A Orientação Normativa nº 16/2009 da AGU atribui ao órgão contratante a competência e a responsabilidade por averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado.

SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS INEXIGÍVEIS

Requisitos concomitantes:

- Tratar-se de serviço técnico especializado;
- Referir-se a profissional ou empresa de notória especialização
- Natureza singular do serviço a ser prestado (impossibilidade de inexigibilidade para serviços rotineiros, ainda que o serviço esteja arrolado no art. 13)
- Notória especialização (elemento subjetivo) pode variar conforme o local da prestação do serviço
- Singularidade não se confunde com unicidade. O fato de poder ser executado por outros profissionais não impede a contratação direta com amparo no art. 25, II, desde que o serviço possua natureza objetiva e refira-se a situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado. (Acórdão 7840/2013).

SÚMULA No 264 do TCU

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei no 8.666/1993.

RESP nº 1.505.356-MG – 2ª Turma – 10 de novembro de 2016 (data do julgamento) DJe: 30/11/2016– rel. Min. Herman Benjamin -> Contratação direta de serviço de advocacia, sob o título de inexigibilidade, gera ato de improbidade administrativa

9. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado. Contratação direta de serviços não singulares – violação dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 e 11 da Lei 8.429/92 – improbidade administrativa caracterizada – afronta aos princípios administrativos

10. Na demanda em análise, a municipalidade, a pretexto da singularidade dos serviços de advocacia, terceirizou em bloco, entre os anos de 2001 e 2004, com dispêndio de cerca de R\$ 136.723,84 (cento e trinta e seis mil, setecentos e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos, válidos para o referido período), atividades que são próprias e bem poderiam ter sido executadas pelos advogados que integram, com vínculo público, a Prefeitura de Visconde do Rio Branco-MG.

11. A leitura dos autos indica que o objeto dos sucessivos contratos (ao todo foram 04) era absolutamente genérico, pois consistente na prestação de serviços técnico-especializado de assessoria e consultoria e patrocínio judicial e administrativo e congêneres.

12. Tais tarefas não podem ser consideradas como singulares no âmbito da atividade jurídica de um Município. Os procedimentos que correm nos respectivos Tribunais de Contas, de maneira geral, versam sobre assuntos cotidianos da esfera de interesse das municipalidades. E mais, assuntos de licitação e de assessoria em temas financeiros não exigem conhecimentos demasiadamente aprofundados, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública e pelo assessoria jurídica do município.

TCU

Com fundamento no § 2º do art. 1º da Lei 8.443/92 c/c o Enunciado 110 da Súmula de jurisprudência predominante nesta Corte de Contas, decide conhecer da presente consulta para responder que a contratação dos serviços técnicos profissionais especializados enumerados no art. 12 do Dec. Lei 2.300/ 51 86, só será possível nos termos do art. 23, II, se os referidos serviços forem de natureza singular (não atuações rotineiras) e se o profissional possuir as qualificações notórias a que se refere o parágrafo único do mencionado art. 12. -TCU, proc. TC-013.355.92.9, Rel. Min. Adhemar Paladini. -> O caso tratava de contratação de escritório para atuação na área trabalhista).

TCE-RJ

É indispensável que os serviços técnicos sejam de natureza singular, assim não é bastante que o profissional tenha notória especialização. (TCE-RJ, Rel. Cons.Humberto Braga, in RTCE nº 21 pág. 182.)

INEXIGIBILIDADE E CURSOS DE CAPACITAÇÃO

Orientação Normativa/AGU nº 18/2009:

Ementa: 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.

Acórdão 2280/2019 – Primeira Câmara do TCU – Relator Benjamyn Zymler

A realização de cotação de preços aponta para a possibilidade de competição entre as empresas, fato que, por si só, afasta a alegação de singularidade dos serviços. Nesse contexto de concorrência, a realização de certame licitatório permitiria a ampliação do número de participantes e a obtenção de uma proposta mais vantajosa. Aliás, tal objetivo é a razão da exigência de licitação e, em assim sendo, impõe a rejeição da alegação dos recorrentes de que a contratação por preço entre o menor e o maior obtidos na cotação atenderia aos princípios que regem as contratações na administração pública, em especial, o da economicidade.

- Crítica de Ronny Charles
- O acórdão confunde o conceito de singularidade.
- Julgamento isolado que não deve alterar a posição dominante do TCU.

CONTRATAÇÃO DE SETOR ARTÍSTICO E INEXIGIBILIDADE

- A inexigibilidade restringe-se apenas para as contratações de artistas consagrados, não se admitindo a contratação de artistas sem consagração relevante por inexigibilidade pelo simples fato de serem profissionais do setor artístico.
- Necessidade de justificativa de preço (atentando-se aos valores praticados pelo mercado).
- Se contratado por intermediário, é necessário comprovar a exclusividade entre a empresa ou empresário contratado e o artista por meio da apresentação de cópia do contrato de exclusividade (a exclusividade apenas para o dia da apresentação e restrita ao local do evento não se presta a fundamentar a inexigibilidade – Acórdão 351/2015 do TCU-Segunda Câmara).

JUSTIFICATIVA DE PREÇOS NA CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE

- A inviabilidade de competição não constitui óbice, por si, à verificação da razoabilidade do preço. Diversos são os parâmetros que poderão ser utilizados para se avaliar a adequação dos preços, mesmo quando se tratar de fornecedor exclusivo (TCU, Acórdão nº 2.611/2007, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes)
- Segundo a Orientação Normativa AGU nº 17, de 1º de abril de 2009, a razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação pode 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.
- sempre que for possível - considerando a peculiaridade da contratação sob exame, devem ser juntados aos autos três orçamentos distintos referentes ao serviço a ser contratado (Parecer nº 1.946/2.012 da Procuradoria da Fazenda Nacional).

Acórdão 713/2019 – Plenário-TCU

A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações públicas similares, sistemas referenciais de preços disponíveis, pesquisas na internet em sítios especializados e contratos anteriores do próprio órgão (713/2019 Plenário-TCU, v.g., Acórdãos 1.548/2018, 718/2018, 1.604/2017, 247/2017, 1.678/2015 e 2.816/2014, todos do Plenário).

CREENCIAMENTO

- Hipótese de inexigibilidade de licitação, não prevista expressamente no art. 25, mas amplamente aceita por doutrina e jurisprudência (TCU – Decisão 104/95).
- No credenciamento, a Administração aceita como colaboradores todos aqueles que, atendendo as motivadas exigências públicas, manifestam interesse em firmar contrato ou acordo administrativo.
- Como todos os habilitados serão contratados, não existe competição.
- O credenciamento deve prever expressamente qual a tabela de preços que será adotada para embasar a remuneração dos serviços prestados. A tabela deve considerar os preços de mercado e as pesquisas feitas preliminarmente pela Administração na fase interna do procedimento..
- Aos credenciados deve ser assegurada igualdade de condições, todavia a remuneração pode ser distinta, pois um credenciado pode ser mais requisitado do que outro sem que isso prejudique o princípio da impessoalidade (ex: escolha pelo usuário de um serviço médico, conveniência/economicidade de passagens aéreas/viárias).
- Por outro lado, deve ser obedecida a impessoalidade, impedindo que seja especialmente beneficiado um outro credenciado. Possíveis critérios são escolha do usuário, adequação ao atendimento do interesse público no momento, sorteio, ordem de atendimento (Serviços médicos ou divulgação de atos administrativos por transmissão radiofônica) (TCU – 656/95).
- O credenciamento não pode ser mesclado às modalidades licitatórias comuns, pois não se coaduna com procedimentos de pré-qualificação **nem com critérios de pontuação técnica para distribuição dos serviços** (Acórdão 141/2013-Plenário TCU)

Acórdão 768/2013-Plenário

A despeito da ausência de expressa previsão legal do credenciamento dentre os casos de inexigibilidade de licitação previstos na Lei 8.666/1993, nada impede que a instituição contratante lance mão de tal procedimento e efetue a contratação direta entre diversos fornecedores previamente cadastrados que satisfaçam os requisitos estabelecidos pela Administração. Para tanto, deve-se demonstrar, fundamentalmente, a inviabilidade de competição, a justificativa do preço e a igualdade de oportunidade a todos os que tiverem interesse em fornecer o bem ou serviço desejados. (Acórdão 768/2013-Plenário)

Licitação dispensada (Art. 17)

- A competitividade não é possível;
- Destinatários ou propósitos certos e pré-estabelecidos;
- Hipóteses de contratos celebrados com órgãos ou entidades da Administração Pública.

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

d) investidura;

e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, 2017)

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea "b" do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 2º A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - a pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009; (Redação dada pela Lei nº 13.465, 2017)

§ 2º-A. As hipóteses do inciso II do § 2º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II – fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; (Redação dada pela Lei nº 11.763, de 2008)

III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

LICITAÇÃO DISPENSÁVEL (Art. 24)

- A licitação é possível, mas o legislador optou por torná-la não obrigatória nessas situações excepcionais
- O gestor pode justificadamente optar pela realização da licitação, partindo sempre do pressuposto de melhor atendimento ao interesse público
- Hipóteses taxativamente previstas na legislação federal

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

I - para obras e serviços de engenharia: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) (Vide Decreto nº 9.412, de 2018) (Vigência)

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) (Vide Decreto nº 9.412, de 2018) (Vigência)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

I - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) (Vide Decreto nº 9.412, de 2018) (Vigência)

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) (Vide Decreto nº 9.412, de 2018) (Vigência)

§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Lei 13.303/2.016 -> R\$ 100.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 50.000,00 para outros serviços e compras.

- O Objetivo desta modalidade é evitar que os custos econômicos diretos e indiretos com o procedimento licitatório superem a potencial vantagem econômica produzida pela dispensa.

O Decreto 9.412 atualizou os valores das modalidades de licitações, refletindo no limite de dispensa por valor:

DECRETO Nº 9.412, DE 18 DE JUNHO DE 2018

Vigência

Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

- **O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 120 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,
- **DECRETA:**
- Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:
- I - para obras e serviços de engenharia:
 - a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);
 - b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e
 - c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e
- II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:
 - a) na modalidade convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);
 - b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e
 - c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais). 33

Art. 2º Este Decreto entra em vigor trinta dias após a data de sua publicação.



**Os novos montantes valem somente para a
Administração Pública Federal ou também
valem para os demais entes federativos:
estados, Distrito Federal e municípios?**

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - **normas gerais de licitação** e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



As definições dos valores-limites para o cabimento das modalidades de licitação e para a dispensa de licitação são ou não normas gerais?

Lei 8.666

Art. 120. Os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal, que os fará publicar no Diário Oficial da União, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período.

A expressão “**norma geral**” é bastante controvertida. Em que pese isso, tem-se entendido que a definição e o cabimento de dispensa de licitação, que excepcionam a regra da licitação, constituem norma geral, pelo que a competência é exercida pela União, e não pelos demais entes federativos. Por ilustração, nesse sentido: TJSP, Apelação com Revisão 994090091949 – 8933595400, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Magalhães Coelho, julgado em 24.11.2009; TJSP, Apelação com Revisão 994082003987 – 7528655400, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Danilo Panizza, julgado em 09.06.2009; TJDF, Apelação Cível e Remessa de Ofício 4711297 – 0047112-04.1997.807.000, 4ª Turma Cível, Rel. Jair Soares, julgado em 03.08.1998; TCE/SC, Prejulgado nº 537, TCE/MS – Consulta 3053/2018

NOTA TÉCNICA nº 1/2018 – CGF/TCE-PR

A Coordenadoria-Geral de Fiscalização – CGF do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em observância ao art. 151-A, IX, do Regimento Interno do TCE-PR, entende que as disposições do artigo 23 da Lei 8.666/93 são vinculantes para todas as esferas da Federação, e que os valores fixados pelo Decreto Federal nº 9.412, de 18 de junho de 2018, se aplicam, desde a sua entrada em vigência (19/07/2018), a toda Administração Pública municipal e estadual.

Desse modo, nos termos do art. 1º do Decreto Federal nº 9.412, de 18 de junho de 2018, os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foram atualizados nos seguintes patamares:

I – para obras e serviços de engenharia:

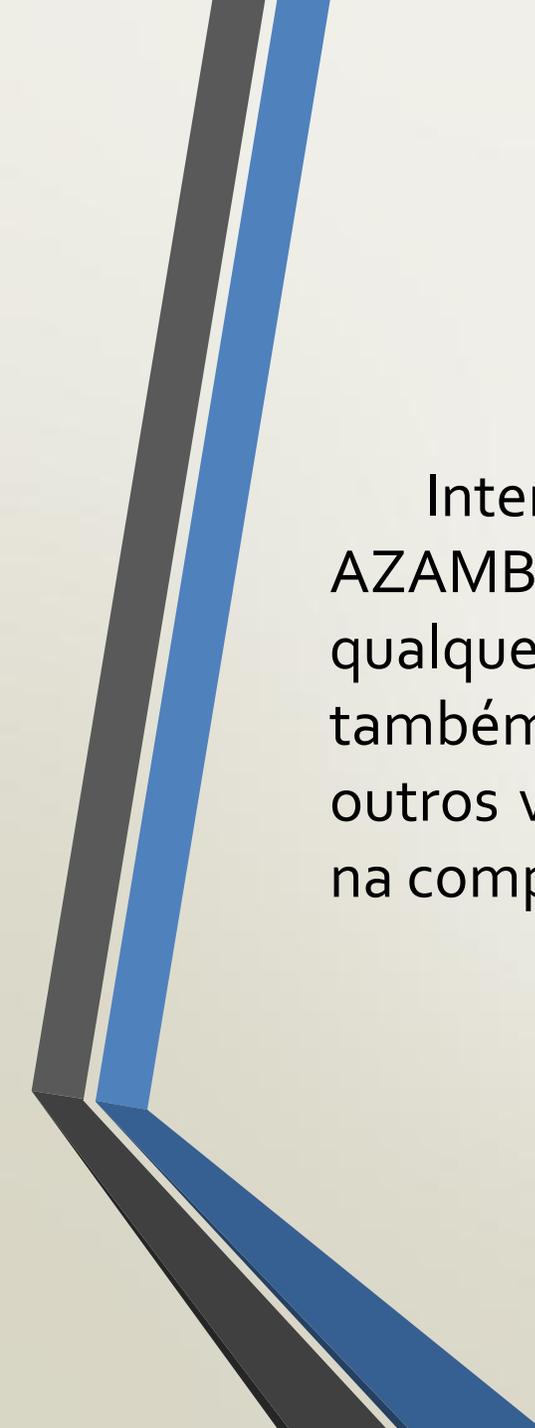
- a) na modalidade convite – até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);
- b) na modalidade tomada de preços – até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e
- c) na modalidade concorrência – acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

II – para compras e serviços não incluídos no inciso I:

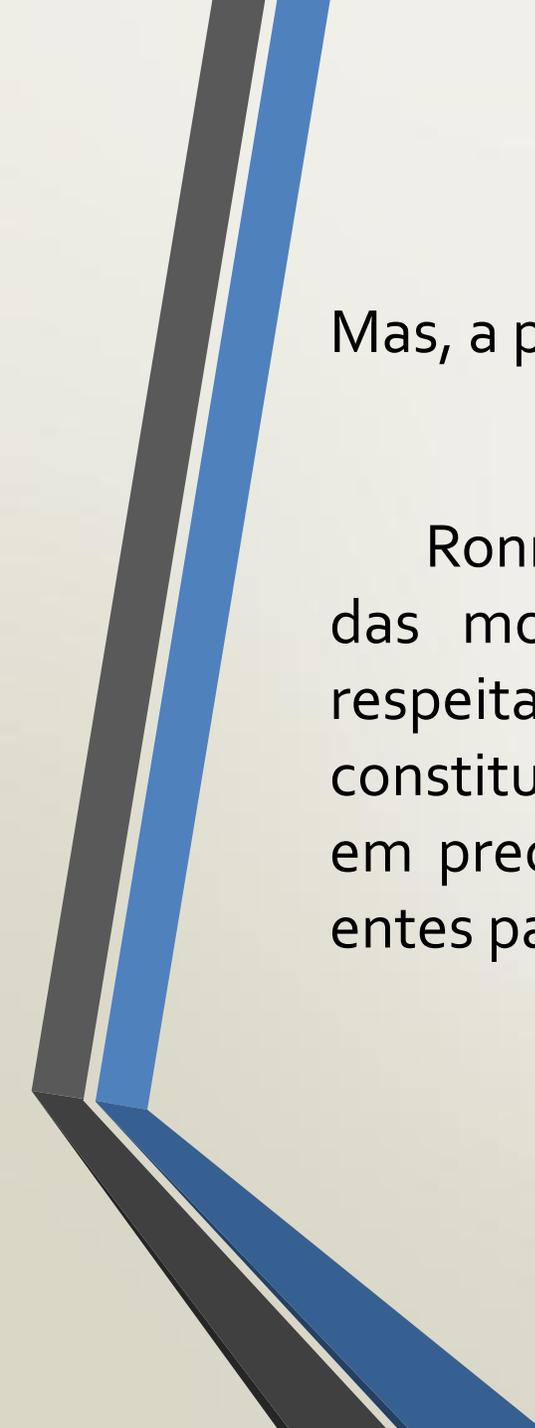
- a) na modalidade convite – até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);
- b) na modalidade tomada de preços – até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e
- c) na modalidade concorrência – acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Por conseguinte, também foram alterados os seguintes valores de referência:

- Para pequenas[1] compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" da referida Lei, feitas em regime de adiantamento, o limite máximo passa para R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais);
- Para as disposições do art. 24[2], os valores dispensáveis da licitação foram atualizados nos seguintes patamares:
 - obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do art. 23, foram alterados para R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
 - outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do art. 23, foram alterados para R\$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais), desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.
- Para as licitações ou conjunto delas, que requererem a realização prévia de audiências públicas, conforme previsto no artigo 39[3] da Lei 8.666/93, os valores mínimos passam para R\$ 330.000.000,00 (trezentos e trinta milhões de reais).



Interpretando a nota técnica, o Procurador de Contas FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI esclareceu no Parecer nº 91/19 que “não só é ilícito a qualquer gestor público ignorar os limites fixados no Decreto federal, como também se reputa inconstitucional o estabelecimento, em norma local, de outros valores – dado que a definição das modalidades de licitação se insere na competência legislativa privativa da União.”



Mas, a posição não é unânime.

Ronny Charles e Victor Amorim entendem que a atualização dos valores das modalidades é regra materialmente específica, sendo fundamental respeitar a autonomia legislativa dos entes federativos, dentro dos limites constitucionais. Desse modo, não caberia ao aplicador do direito, com base em preconceitos ou temores, restringir a capacidade legislativa dos demais entes para tratar sobre o respectivo regramento específico.

Nesse sentido:

Lei Estadual nº 170/2016 de Mato Grosso

Resolução de Consulta nº 17/2014 – Voto Vista do Conselheiro Substituto Luiz Carlos Pereira

Ementa: PREFEITURA DE CAMPOS DE JÚLIO. CONSULTA. Licitações. Normas gerais. Competência privativa da União. Normas específicas. Competência suplementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Fixação do Valor Limite das Modalidades Licitatórias. Artigo 23 da Lei nº 8.666/1993. Norma específica da União federal. Possibilidade Constitucional dos demais entes da federação de fixar valores distintos para fixação das modalidades licitatória, mediante lei. Necessidade de respeito à regra constitucional de submissão das aquisições, concessões e alienações mediante licitação. Possibilidade dos demais entes federados de atualizar referidos valores com base no indexador e periodicidade nacionalmente fixados pelo artigo 120 da Lei nº 8.666/1993. a) A competência constitucional para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações públicas é privativa da União, cabendo aos demais entes da federação a possibilidade de legislarem acerca da matéria apenas de forma suplementar, por meio de normas específicas. b) A competência legislativa suplementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios consiste na possibilidade de regulamentar as normas gerais expedidas pela União por meio da Lei nº 8.666/1993, a fim de adequá-las às peculiaridades regionais e locais, e somente naquilo que não foi definido ou delimitado pelas normas gerais insculpidas na Lei de Licitações. c) O artigo 22 da Lei de Licitações que estabelece as modalidades licitatórias é norma geral, editada pela União, sendo legalmente vedada a criação de novas modalidades pelos demais entes federados. d) O artigo 23 da Lei de Licitações é norma específica, editada pela União com vistas a fixar os valores a que tão somente seus órgãos e entidades se sujeitam para escolha das modalidades licitatórias, sendo juridicamente possível a outros entes da Federação, a exemplo dos Municípios, estabelecerem novos valores para a definição das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993.

e) A Lei nº 8.666/1993 revogou integralmente o Decreto-Lei nº 2.300/1986, em especial seu artigo 85, caput, e parágrafo único, extinguindo a vedação a que os demais entes da federação alterassem os limites máximos de valor fixados para as modalidades licitatórias, vedação esta não reproduzida pela Lei nº 8.666/1993. f) A eventual disciplina estadual concorrente supletiva, e a suplementar municipal, em matéria de fixação do valor das modalidades licitatórias nacionais deverá ser feita por lei em sentido formal. g) O valor a ser fixado pelos demais entes, a título de limite máximo para fixação das modalidades licitatórias do artigo 22 da Lei nº 8.666/1993, à luz da regra constitucional da licitação e do princípio da razoabilidade, jamais poderá servir de burla à regra constitucional de submissão das aquisições e alienações ao próprio processo licitatório. h) O artigo 120 da Lei nº 8.666/1993 é norma geral, editada pela União, tão somente na parte em que prescreve o indexador de reajuste dos valores fixados na referida lei, e a periodicidade do reajuste. i) Os Chefes do Poder Executivo poderão atualizar monetariamente os valores fixados pela Lei nº 8.666/1993, tão somente com base no indexador e na periodicidade nacionalmente fixados pelo artigo 120 da Lei nº 8.666/1993.



Para os que entendem que a definição dos valores das modalidades não configura norma geral, o Decreto 9.412/18 não teria aplicabilidade direta para Estados, DF e Município, cuja ampliação dependeria de normativas estaduais, distritais e municipais.



Ressalvadas as respeitáveis e louváveis posições contrárias, sempre prevaleceu na Administração Pública Nacional que as definições das modalidades de dispensa de licitação desenham normas gerais e que a competência para alterá-los é do presidente da República conforme o art. 120 da Lei de Licitações, podendo os novos limites serem adotados por Estados, DF e Municípios independente de ato específico dos respectivos chefes do executivo reconhecendo tais valores (e limitando-se a esses).

FRACIONAMENTO ILÍCITO

É vedado fracionar obra, compra ou serviço com o objetivo de legitimar dispensa de licitação ou adoção de modalidade de licitação menos rigorosa.

Acórdão 2090/2006 do TCU - Primeira Câmara

Evite o fracionamento de despesa com a utilização de dispensa de licitação indevidamente fundamentada no art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, uma vez que o montante das despesas previstas e contínuas realizadas **no decorrer do exercício**, a exemplo das aquisições de material de expediente, de consumo e de gêneros alimentícios, extrapola o limite de dispensa de licitação.

A Cartilha de Dúvidas mais Frequentes do TCE-MG responde que:

“Portanto, se para cada despesa deve haver correspondente previsão orçamentária (e disponibilidade) que indique possibilidade de atendê-la, é necessário que o período considerado para verificação da modalidade ou do cabimento da dispensa em razão do valor reduzido seja, primordialmente, o exercício financeiro em curso, e, em segundo lugar, o provável prazo de duração do contrato, caso ele se enquadre em uma das exceções enumeradas nos incisos do art. 57 da Lei de Licitações. Ressalte-se que, nesse caso, deve ser levado em conta o período total correspondente às prorrogações previstas e, conseqüentemente, as despesas delas decorrentes. (Grifo nosso) Diante do exposto, conclui-se que para aferir a modalidade de licitação a ser utilizada ou a possibilidade de se realizar dispensa fundada no art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/93, a Administração deverá observar o valor total dos dispêndios previstos para a contratação de objetos da mesma natureza ao longo do respectivo exercício financeiro, se o prazo contratual a ele se restringir, ou no decorrer de toda a sua possível vigência, no caso de contratos que comportem prorrogação.” (Grifo do Relator). (Consulta n.º 610.717/2000; Processo Administrativo n.º 691934. Sessão do dia 23/10/2007; Recurso de Reconsideração n.º 716476. Sessão do dia 22/05/2007)”

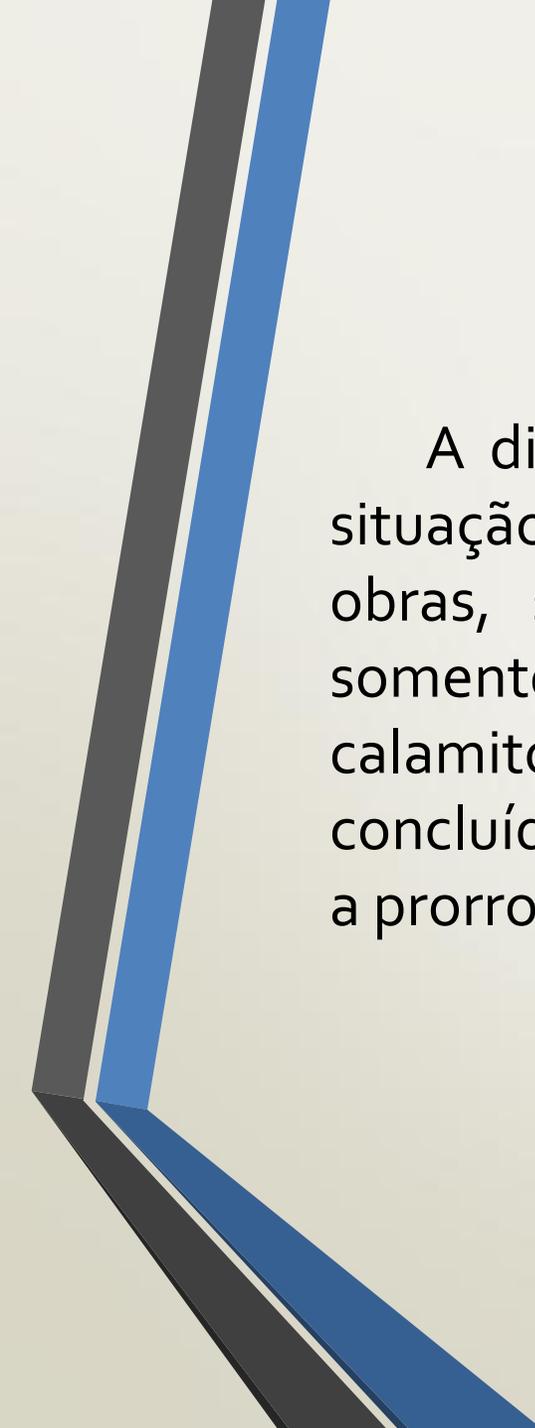
DISPENSA POR CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

O Decreto Federal 7.257 traz as seguintes definições:

III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;



A dispensa tem o objetivo de solucionar a urgência no atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos e particulares e somente para o necessário ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, vedada a prorrogação contratual.

FATORES OBJETIVOS E SUBJETIVOS

A emergência objetiva se configura quando é resultado de acontecimento ou situação desvinculada da vontade administrativa, como um acontecimento climático, enchente, temporal, etc.

A emergência subjetiva se identifica quando a urgência é gerada por desídia do gestor, que poderia ter licitado antes, mas não o fez, gerando a necessidade administrativa de contratação emergencial (Emergência fabricada).

Os órgãos de controle vedavam a dispensa de licitação por contratação emergencial quando a necessidade decorria da desídia do gestor:

Nesse sentido o TCU declarou, em Decisão nº 300/1995, da 2ª Câmara: “Falta de planejamento do administrador não é capaz de justificar a contratação emergencial”.

Todavia, o entendimento foi superado de forma que prevalece que a contratação direta poderá ocorrer mesmo diante da desídia do gestor, pois não seria razoável impor prejuízo da não contratação com o consequente não atendimento de uma necessidade emergencial, à coletividade.

O entendimento é sintetizado no seguinte trecho do Acórdão n 1122/2017 do TCU:

“A contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, “a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração”.

RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE DESIDIOSO

De qualquer forma, para a proteção ao erário, deve ser responsabilizado o gestor desidioso ou inoperante. Esse foi o raciocínio consagrado na Orientação Normativa AGU nº 11/2009:

Ementa: a contratação direta com fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1.993 exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.

É importante destacar que a responsabilização será do gestor desidioso que ocasionou a situação emergencial e não o que decidiu pela contratação direta, atuando apenas para elidir o risco de dano (Acórdão 1.217/2.014 – Min. Benjamin Zymler))

CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL E EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO DE 180 DIAS

O Acórdão 3.238/2.010 relatado pelo Ministro Benjamin Zymler ensinou que o limite de 180 dias para execução de serviços emergenciais pode ser ultrapassado se isso for indispensável para a preservação do bem protegido, sendo possível, excepcionalmente, firmar termo aditivo para a prorrogação de contrato decorrente de dispensa emergencial por período adicional estritamente necessário à conclusão da obra ou serviço além do máximo fixado no dispositivo legal, desde que a medida esteja fundamentada na ocorrência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes e que impossibilite a execução contratual no tempo inicialmente previsto.

LICITAÇÃO DESERTA

V - 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.

- A dispensa deve ser justificada na questão temporal e possível prejuízo com custos de nova licitação deserta.
- Devem ser mantidas as condições preestabelecidas, sob pena de fraude.
- Deve ser mostrada a compatibilidade de preços.
- Deve haver justificativa da autoridade competente, apontando os prejuízos advindos de nova tentativa de certame. A identificação do prejuízo deve estar presente no processo administrativo, através de manifestação do setor técnico, corroborada pela autoridade competente pela contratação.

MODALIDADE CONVITE E LICITAÇÃO DESERTA

Por se tratar de modalidade competitiva muito restrita, a AGU emitiu a Orientação Normativa nº 12/2009 com o seguinte teor:

“Ementa: Não se dispensa licitação, com fundamento nos incs. V e VII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, caso a licitação fracassada ou deserta tenha sido realizada na modalidade convite.

PRORROGAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS NA LICITAÇÃO DESERTA

A prorrogação só será possível se demonstrada a vantajosidade para a Administração Pública e que a realização do certame não poderia ser feita novamente sem prejuízo à Administração.

CONTRATAÇÃO DIRETA E DÉBITO COM A SEGURIDADE SOCIAL

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

- Obedece à regra.
- Ronny Charles ressalva a inexigibilidade por fornecedor único se imprescindível ao atendimento do interesse público (Situação Excepcionalíssima).