

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE LAURO DE FREITAS

PROCESSO Nº 09276e19

PARECER Nº 01258-19

T.P.B. Nº 40/2019

CONTRATAÇÃO DIRETA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. EXCEÇÃO. HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 24, II, DA LEI Nº 8.666/1993. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA EMPRESA A SER CONTRATADA.

A contratação direta, mediante dispensa de licitação, está restrita às hipóteses previstas na Lei nº 8.666/1993, sendo ato discricionário do Agente Público que, diante do caso concreto e observando as hipóteses permitidas em Lei, analisa e decide, considerando o interesse público envolvido e a conveniência de contratar diretamente. Para tanto, deve-se instaurar processo administrativo prévio, em que fique devidamente justificado o motivo da dispensa, bem como os requisitos dispostos no artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993. Para fins de contratação por dispensa de licitação em razão do valor com fundamento no artigo 24, II, da Lei nº 8.666/1993, cabe ao Gestor apurar, dentre as empresas que apresentaram preço compatível com o parâmetro fixado pelo aludido dispositivo legal e com o retratado pelo mercado, aquela que pratica o menor valor e se encontra regular, no mínimo, perante o INSS e o FGTS.

O Assessor Intermediário de Compras e a Coordenadora de Compras do **MUNICÍPIO DE LAURO DE FREITAS**, Sr. Fernando Carneiro da Silva Neto e Sra. Bárbara Amanda Casto Guerreiro, respectivamente, por intermédio do Ofício nº 71/2019, endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 09276e19, relatam que:

“Ao fazer um Processo Administrativo para aquisição de um objeto, obedecendo às orientações da Lei Nº 8.666/93, no seu artigo Nº 24, Inciso II, o setor de Compras fez 04 (quatro) cotações in loco.

Dando continuidade a este processo a vencedora não apresentou as certidões negativas solicitadas (Federal, Estadual e Municipal), convocamos a segunda colocada, e também não apresentou as certidões negativas solicitadas (Federal, Estadual e Municipal), então convocamos a terceira colocada, a qual apresentou todas as certidões, declarando a mesma como vencedora.”

Indagam:

“Existe alguma resolução do Tribunal de Contas dos Municípios que vete esse tipo de procedimento?

Existe alguma resolução que as empresas desclassificadas sejam obrigadas a apresentar as certidões negativas para participar da cotação, para compor o processo?”

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Dito isso, a princípio, cumpre pontuar que **este Tribunal de Contas não possui Resolução específica acerca da situação delineada na Consulta e que este Parecer será elaborado à luz da Constituição Federal, legislação, doutrina e jurisprudência a respeito da matéria; se não vejamos.**

Nos termos do quanto disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, **a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações 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.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas em Lei.

Sendo assim, o legislador infraconstitucional, ao editar a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), enumerou, nos artigos 17, I e II, 24 e 25, as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, respectivamente.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra intitulada “Direito Administrativo”, 21ª edição, Editora Atlas, São Paulo, página 345, esclarece que:

“(…) na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.” (destaques no original)

Como se vê, a dispensa ocorre por ato discricionário do Agente Público que, diante do caso concreto e observando as hipóteses permitidas em Lei, analisa e decide, considerando o interesse público envolvido e a conveniência de se contratar diretamente.

Há de se ressaltar também que o Gestor deve instaurar processo administrativo prévio em que fique devidamente justificado o motivo da dispensa, bem como os requisitos dispostos no artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

“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:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

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.”

Acrescente-se, por oportuno, que o processo de dispensa de licitação deve ser autuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, e, por se

tratar de uma relação contratual, recomenda-se, também, a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no artigo 38 da referida Lei de Licitações e Contratos.

Além dos requisitos legais autorizadores, deve ficar demonstrado também que o preço cobrado é compatível com o praticado pelo mercado.

Ademais, o Agente Público, na instrução do processo administrativo, deve caracterizar minuciosamente a hipótese de dispensa deflagradora da contratação direta, sob pena de incidir no crime tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."

Como se vê, cabe ao Gestor agir com muita cautela ao contratar diretamente, uma vez que pode ser punido tanto pela contratação sem amparo na previsão legal quanto pela não observância às formalidades exigíveis para os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Pontue-se, por conseguinte, que, se o fornecedor ou o prestador de serviços concorrer com a ilegalidade, também será punido com pena semelhante à atribuída ao Administrador Público.

Logo, pode-se afirmar que, excetuadas as hipóteses legais de dispensa e de inexigibilidade, a regra geral é a contratação pública através de prévio processo licitatório que, em conformidade com a Lei nº 8.666/1993, combinada com a Lei nº 10.520/2002, poderá ocorrer através de concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão ou pregão.

Fixadas tais premissas, tem-se que o legislador infraconstitucional, no artigo 24, I e II, da Lei nº 8.666/1993, previu a possibilidade de contratação direta, por dispensa de licitação, em situações em que o custo econômico do procedimento licitatório supera o benefício

dele extraível. É o que a doutrina e a jurisprudência pátrias denominam de dispensa de licitação em razão do valor.

Com efeito, de acordo com a Lei nº 8.666/1993, combinada com o Decreto nº 9.412/2018, a licitação é dispensável para obras e serviços de engenharia de valor estimado de até R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais) e para outros serviços, compras e alienações de valor até R\$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais), desde que preenchidos os requisitos legalmente estabelecidos.

Essa é a dicção do artigo 24, I e II, da Lei nº 8.666/1993, vejamos:

“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;

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;

(...)”

Destaque-se que tais limites são dobrados (ou seja, até R\$ 66.000,00 e até R\$ 35.200,00, respectivamente) “(...) 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” (artigo 24, § 1º, da Lei nº 8.666/1993).

Assim, as pessoas físicas ou jurídicas que apresentarem propostas condizentes com os valores apontados pela Lei poderão ser contratadas diretamente pela Administração Pública, desde que observadas as condições fixadas na legislação de regência.

Nesse caso, o Gestor Público, pautado no cumprimento do princípio da economicidade, deve apurar se o dispêndio de recursos públicos é compatível com os valores praticados no mercado, a fim de evitar superfaturamentos nas contratações com terceiros.

Feitos tais esclarecimentos, merece destaque, no que se refere à contratação direta em razão do valor, a questão do fracionamento das contratações, a fim de se evitar o procedimento licitatório.

O legislador infraconstitucional, nos artigos 24, I e II, e 23, §5º, não proíbe o fracionamento das contratações, mas, sim, a sua utilização isolada, objetivando a determinação do cabimento de licitação ou da modalidade adequada.

Em consonância com o quanto explicitado anteriormente, Marçal Justen Filho, em “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª edição, Revista dos Tribunais, páginas 400/401, elucida que:

“(…)

Ou seja, é perfeitamente válido (eventualmente, obrigatório) promover fracionamento de contratações. Não se admite, porém, que o fracionamento conduza à dispensa de licitação. É inadmissível que se promova dispensa de licitação fundando-se no valor de contratação que não é isolada. Existindo pluralidade de contratos homogêneos, de objeto similar, considera-se seu valor global – tanto para fins de aplicação do art. 24, I e II, como relativamente à determinação da modalidade cabível de licitação.

Não se admite o parcelamento de contratações que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. Seria permitido o parcelamento para contratações sucessivas? Não há resposta absoluta. Depende das circunstâncias, tal como exposto a propósito do art. 23, § 5º, especialmente quanto ao princípio da moralidade. Significa que, sendo previsíveis diversas aquisições de objetos idênticos, deve considerar-se o valor global. A regra subordina a Administração ao dever de prever todas as contratações que realizará no curso do exercício. Não se vedam contratações isoladas ou fracionadas – proíbe-se que cada contratação seja considerada isoladamente, para fim de determinação do cabimento de licitação ou da modalidade cabível. (...)”

Nesse mesmo sentido, importante trazer à baila a farta jurisprudência do C. Tribunal de Contas da União:

“Não devem ser contratados serviços e/ou realizadas compras de objetos semelhantes por dispensa de licitação, quando o total das despesas anuais não se enquadrar no limite estabelecido pelo art. 24, inciso II, da Lei 8.666/1993.” (Acórdão 2762/2012, Rel. Ministro Marcos Bemquerer, 24.04.2012)

“O fracionamento de despesas até o limite do valor de dispensa previsto no art. 24, inciso II, da Lei de Licitações, quando caracterizada deliberada intenção de fugir ao procedimento licitatório, enseja a aplicação ao gestor da multa prevista no art. 58,

inciso II, da Lei 8.443/1992.” (Acórdão 3153/2011, Rel. Ministro José Jorge, 30.11.2011)

“Deve ser evitado o desvirtuamento da dispensa de licitação por valor, a partir da realização fracionada e indevida de despesas de mesma natureza.” (Acórdão 2157/2011, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, 17.08.2011)

“É irregular o fracionamento de despesas para fugir da modalidade licitatória cabível.” (Acórdão 335/2010, Rel. Ministro Raimundo Carreiro, 02.02.2010)

“A possibilidade de dispensa de licitação por valor é condicionada a que o valor-limite nela fixado não constitua parcela de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.” (Acórdão 4748/2009, Rel. Ministro Augusto Nardes, 01.09.2009)

“As compras e a contratação de serviços durante o exercício financeiro devem ser planejadas adequadamente, de forma a evitar a prática de fracionamento de despesas, observando-se os limites para aplicação correta das modalidades de licitação.” (Acórdão 409/2009, Min. Rel. Marcos Bemquerer, 10.02.2009)

“O gestor público deve realizar, periodicamente, planejamento eficaz de aquisição de bens semelhantes, a fim de afastar a possibilidade de fracionamento ilegal de despesas e fuga a procedimento licitatório.” (Acórdão 5266/2008, Rel. Ministro Marcos Bemquerer, 02.12.2008)

“O uso indiscriminado e vicioso de dispensas de licitação caracteriza o fracionamento de despesas e, conseqüentemente, fuga ao necessário procedimento licitatório.” (Acórdão nº 2643/2008, Rel. Ministro Augusto Sherman, 19.11.2008)

“Veda-se a contratação por dispensa de licitação fundada no art. 24, inciso II, da Lei 8.666/1993 quando o somatório dos gastos realizados ao longo do exercício com determinada despesa supera o limite imposto pelo dispositivo supradito. Devem ser contratados na mesma licitação, os objetos de futuras contratações que sejam similares por pertencerem a uma mesma área de atuação ou de conhecimento.” (Acórdão 3550/2008, Rel. Ministro Marcos Bemquerer, 21.10.2008)

“As compras devem ser planejadas por exercício, mediante processo licitatório, evitando-se compras diretas com dispensa de licitação, a partir de fracionamento da despesa.” (Acórdão 2636/2008, Rel. Ministro Valmir Campelo)

No que concerne especificamente ao parcelamento do objeto do contrato, Joel de Menezes Niebuhr, na obra “Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública”, Editora Fórum, 2015, páginas 244/245, ensina que:

“O ponto jurídico mais relevante no que tange a essas hipóteses de dispensa reside na proibição de parcelamento de contrato para alcançar em cada parcela os valores autorizadores da dispensa, conforme deflui da redação dos incisos I e II do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Ou seja, não é permitido fragmentar o objeto do contrato, para, em vez de firmar um só, firmar vários, visando a esquivar-se da obrigatoriedade de licitação pública, já que, por hipótese, cada parte isoladamente atingiria o montante previsto para a dispensa.”

(...)

Esse procedimento é gritantemente incompatível com a legislação, mesmo porque, se admitido fosse, os contratos poderiam ser sucessivamente repartidos, repartindo-se, por consequência, os seus respectivos valores, tudo para subsumi-los aos limites que autorizam a dispensa, que seriam multiplicada em proporções geométricas, pondo-se uma pá de cal na norma programática constitucional inserta na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Antes de outras considerações, cumpre esclarecer que a fragmentação de contrato não é proibida. (...)

Em outras palavras, é lícito fragmentar o contrato, mas cada fragmento deve ser licitado de acordo com a modalidade relativa ao todo. (...)" (destaques aditados)

Desse modo, o somatório das dispensas realizadas com base no valor não devem superar os limites dispostos nos incisos I e II do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, tomando-se por base o exercício financeiro, sob pena de ficar configurado o fracionamento indevido com o objetivo de fuga ao procedimento licitatório.

Feitas tais considerações, imperioso acrescentar que a praxe administrativa é que se cote pelo menos três orçamentos com fornecedores do ramo que se pretende contratar, desconsiderados os preços inexequíveis ou os excessivamente elevados. É como orienta a farta jurisprudência do C. TCU, para a qual a pesquisa de preços é procedimento prévio e obrigatório também na dispensa de licitação, devendo ser realizada com, no mínimo, três empresas do ramo e na abrangência territorial adequada.

Nesse sentido também tem sido a orientação desta Corte de Contas, conforme se observa no Parecer nº 204-17, exarado nos autos do Processo nº 04762-17, emitido pela Diretoria de Assistência aos Municípios – DAM, no qual, além da solicitação dos três orçamentos, destacou-se a importância de se buscar outras fontes de pesquisa para a formação da planilha de preços:

"(...)

Todavia, os dados obtidos a partir das pesquisas realizadas com base em 03 (três) orçamentos elaborados por potenciais fornecedores não têm revelado bons resultados.

A experiência tem indicado bons resultados quando a Administração **amplia as fontes** de pesquisa e, principalmente, realiza a depuração dos valores pesquisados, ou seja, a Administração deve se valer, **além dos três orçamentos de fornecedores**, da referência de preços obtida a partir dos contratos anteriores do próprio órgão, de contratos de outros órgãos, de atas de registro de preços, de preços consignados nos sistemas de pagamentos, de valores divulgados em

publicações técnicas especializadas e quaisquer outras fontes capazes de retratar o valor de mercado da contratação, podendo, inclusive, utilizar preços de contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública.

Assim, a melhor forma de realizar a estimativa de preços por ocasião da instauração de procedimento de contratação é **pela realização de pesquisa de mercado que priorize a qualidade e a diversidade das fontes, pois quanto maior o número de informações e a respectiva excelência, mais próximo e condizente com a realidade do mercado estará o preço estimado.**

Isto posto, em resumo, a perfeita efetivação do Princípio da Economicidade exige da Administração que conheça o valor de mercado dos objetos pretendidos. Isso implica realizar, na fase interna da licitação, ampla e cuidadosa pesquisa de mercado, visando à avaliação do custo envolvido na futura contratação.” (destaques no original)

Com relação à necessidade de cumprimento dos requisitos de habilitação da empresa a ser contratada diretamente, Marçal Justen Filho, em “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 18ª edição, Revista dos Tribunais, página 823, leciona que:

“A configuração de contratação direta, sem licitação, não autoriza o afastamento dos requisitos de habilitação e contratação (ressalvadas hipóteses excepcionais, tais como aquelas referidas no art. 32, § 2º). O sujeito que não satisfizer os requisitos de habilitação deve ser excluído não apenas nas hipóteses de contratação precedida de licitação. Também será vedada a sua contratação direta. Os mesmos fundamentos que impõem a verificação da idoneidade daquele que participa de uma licitação também se aplicam no caso de contratação direta.”

Ou seja, a Administração não deve se ater apenas à proposta mais vantajosa, deve observar também se o particular selecionado encontra-se devidamente qualificado para celebrar o contrato.

Logo, mesmo nos casos de contratação direta por dispensa de licitação em função do valor, a Administração deve exigir dos interessados os documentos capazes de atestar sua idoneidade e capacidade para executar o objeto, preservando, portanto, o interesse público e conferindo tratamento igualitário entre os participantes.

Todavia, contratações diretas com base no valor revestem-se de maior simplicidade no que se refere ao objeto a ser executado e às obrigações contratuais daí decorrentes, tornando, assim, dispensáveis algumas das exigências dispostas no rol dos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993.

Deve ficar demonstrada, no mínimo, a regularidade perante o INSS e o FGTS. Veja-se que o artigo 195, § 3º, da CF estabelece que:

“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.

(...)” (grifos aditados)

Do mesmo modo, o artigo 2º da Lei nº 9.012/1995, que “Proíbe as instituições oficiais de crédito de conceder empréstimos, financiamentos e outros benefícios a pessoas jurídicas em débito com o FGTS”, estatui que:

“Art. 2º As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública.” (grifos aditados)

Tratando-se de microempresa ou de empresa de pequeno porte, o artigo 43 da Lei Complementar preceitua que:

“Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

(...)” (grifos aditados)

Assim sendo, tendo em vista a maior simplicidade que reveste o procedimento da contratação direta por dispensa de licitação em função do valor, diante das especificidades pertinentes ao caso concreto, alguns dos requisitos previstos nos

artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993 podem não ser exigidos, o que não é o caso da regularidade perante o INSS e o FGTS, que deve ser obrigatoriamente comprovada.

Nessa senda, **demonstrada a regularidade da empresa a ser contratada, não há necessidade de comprovação de tal condição das demais consultadas. Além disso, cumpre verificar se o preço efetivamente se encontra dentro do limite previsto no artigo 24, II, da Lei nº 8.666/1993, sendo compatível com o praticado pelo mercado.**

No particular, a Consultoria Zênite, em DISPENSA de licitação – Em razão do valor – Pesquisa de preços – Regularidade fiscal – Empresas pesquisadas – Desnecessidade. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 299, p. 89, jan. 2019, seção Perguntas e Respostas, assim se posiciona:

“Entretanto, não se deve desconsiderar que, desde que o preço contratado por dispensa de licitação se enquadre nos limites definidos pelo art. 24, incs. I e II, da Lei nº 8.666/1993, retrate valor corrente no mercado e seja demonstrada a condição de regularidade **da empresa a ser contratada**, a rigor, terão sido preenchidos os requisitos formalmente previstos pela Lei nº 8.666/1993 para a contratação.

Para a Consultoria Zênite se a empresa escolhida, a partir da cotação de preços, comprovar sua regularidade fiscal, não haveria razão para requerer a regularidade fiscal das demais.” (destaques no original)

Diante de todo o exposto, conclui-se que, **para fins de contratação por dispensa de licitação em razão do valor com fundamento no artigo 24, II, da Lei nº 8.666/1993, cabe ao Gestor apurar, dentre as empresas que apresentaram preço compatível com o parâmetro fixado pelo aludido dispositivo legal e com o retratado pelo mercado, aquela que pratica o menor valor e se encontra regular, no mínimo, perante o INSS e o FGTS.**

É o parecer.

Salvador, 27 de junho de 2019.

Thayana Pires Bonfim
Assistente Jurídico