

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE UMBURANAS

PROCESSO Nº 13872e20

PARECER Nº 01433-20

EMENTA: CONSULTA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE CONSÓRCIO PÚBLICO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. EXCEÇÃO À REGRA. HIPÓTESE PREVISTA NA LEI Nº 11.107/2005 E NA LEI Nº 8.666/1993.

É possível o Município contratar Consórcio Intermunicipal como prestador de serviços se as atividades contratadas forem desenvolvidas pelo Ente contratado, e desde que haja previsão legal entre os municípios cooperados, bem como presentes os instrumentos jurídicos: contrato de cooperação (ou contrato de consórcio público) e o contrato programa. Admite-se, excepcionalmente, a contratação direta, por dispensa de licitação, do Consórcio, desde que para o cumprimento dos seus objetivos (relacionados à prestação de serviços públicos) sejam observadas as demais condições fixadas na legislação de regência. Deve ser instaurado 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. Além disso, 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.

O Prefeito do Município de **UMBURANAS**, Sr. Roberto Bruno Silva, por intermédio de expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 13872e20, questiona-nos:

- 1) É possível o Município contratar Consórcio Intermunicipal para realização de serviços de infraestrutura e recuperação de estradas vicinais? Se positivo, pode ocorrer por dispensa de licitação? Qual dispositivo legal autorizativo?

- 2) Existe algum limite de valor para contrato com fundamento no art. 24, XXVI da Lei nº 8.666/93? Se positivo, qual o valor limite?
- 3) Há diferença entre a contratação com fundamento no art. 24, XXVI da Lei nº 8.666/93 e a contratação com fundamento no art. 2º, § 1º, inc. III, da Lei n. 11.107/2005? Se positivo, qual?
- 4) Como comprovar a vantajosidade da contratação com fundamento no art. 24, XXVI da Lei nº 8.666/93?
- 5) Na contratação de Consórcio Intermunicipal, com fundamento ao art. 24, XXVI da Lei nº 8.666/93, como cumprir a justificativa de preços exigida pelo art. 26 da Lei nº 8.666/93?

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 de 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, cumpre pontuar que a Lei n.º 11.107/05 estabelece como principal objetivo dos Consórcios “à realização de objetivos de interesse comum”, chamando atenção, inclusive, em seu art. 2º, que serão “determinados pelos entes de Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais”. O art. 241 da Carta Magna traz vetores que devem ser seguidos quando na realização de consórcios públicos, senão vejamos:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de **serviços públicos**, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (g.n)

Nesta direção, é importante recorrermos a doutrina administrativista com o fito de auxiliar na análise acerca do alcance do termo “serviços públicos”, abaixo conceituado:

“todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”¹.

“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.²

Os conceitos retromencionados guardam assento comum na medida em que sinalizam que prestação estatal deve objetivar a **satisfação de necessidades coletivas**; atendidas estas estar-se-ia diante de um típico serviço público, podendo, portanto, ser gerido de forma associada.

Destacadas tais premissas, no que se refere aos limites de atuação do consórcio, ou seja, quanto ao objeto a ser executado, passemos a possibilidade de contratação do Ente como prestador de serviços (extensão dos serviços ofertados a novos interessados) ou se suas atividades estariam circunscritas apenas aos entes consorciados.

A Lei nº 11.107/2005 estabelece em seu artigo 13 a necessidade de se constituir e regular o “contrato programa” como o instrumento de validade às obrigações no âmbito da gestão associada em que haja prestação de serviços públicos. No parágrafo 5º deste mesmo artigo, bem como disposto no artigo 14, a Lei prevê possibilidade de celebração de contratos com um Ente que integre a Administração Pública que não faça parte do consórcio, senão vejamos:

LEI nº 11.107/2005

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

[...]

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual., Malheiros: São Paulo, 2003, p 319.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15.ed. ref. ampl. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p 612.

direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados. (g.n)

[...]

Art. 14. A União poderá celebrar convênios com os consórcios públicos, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas.

Parágrafo único. Para a celebração dos convênios de que trata o *caput* deste artigo, as exigências legais de regularidade aplicar-se-ão ao próprio consórcio público envolvido, e não aos entes federativos nele consorciados.

Conforme dispositivo legal supramencionado, para que haja a possibilidade de contratação do consórcio com um ente não associado mediante contrato de programa, é necessário que essa previsão esteja anunciada no “*contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação*”. Nesse diapasão, restou disciplinado pelo art. 31 do Decreto Regulamentar nº 6.017/2007:

DECRETO nº 6.017/2007

Art. 31. **Caso previsto no contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação entre entes federados, admitir-se-á a celebração de contrato de programa de ente da Federação ou de consórcio público com autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista.**

§ 1º Para fins do *caput*, a autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista deverá integrar a administração indireta de ente da Federação que, por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação, autorizou a gestão associada de serviço público.

§ 2º O contrato celebrado na forma prevista no *caput* deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação.

§ 3º É lícito ao contratante, em caso de contrato de programa celebrado com sociedade de economia mista ou com empresa pública, receber participação societária com o poder especial de impedir a alienação da empresa, a fim de evitar que o contrato de programa seja extinto na conformidade do previsto no § 2º deste artigo.

§ 4º O convênio de cooperação não produzirá efeitos entre os entes da Federação cooperantes que não o tenham disciplinado por lei.

(grifos aditados)

Ainda, o mencionado Decreto estabeleceu: **além da necessidade prévia do convênio de cooperação ou contrato de consórcio, a feita de contrato programa, deverá existir autorização legislativa dos Entes da Federação cooperantes** (contratante e conveniado), sob pena de não produzir efeitos (§4º, 31).

Em artigo publicado no site “jus.com.br”, o mestre em direito Luiz Braga³, revela:

O Contrato de Programa, pois, somente existe após a feitura de um Convênio de Cooperação, que, por sua vez, deverá ocorrer a partir de autorização legislativa por parte do Município contratante/conveniado (cf. Decreto Regulamentar 6.017/2007, art. 31, §4º), permitindo a gestão associada de serviços públicos, bem como, após elaborada a minuta do Convênio de Cooperação e do Contrato de Programa, deverão ser submetidos à exame e aprovação da assessoria jurídica da Administração Contratante.

(...)

Portanto, em conclusão, tem-se que é possível a extensão dos serviços à ente não consorciado. Os instrumentos jurídicos são o Contrato de Cooperação, que conterá as cláusulas gerais da cooperação, e, ato-contínuo, o Contrato de Programa, que disciplinará de forma minuciosa os direitos e obrigações recíprocos envolvidos na Cooperação e na prestação dos serviços públicos. Ambos os documentos deverão ser ratificados pelos entes, após dispensa de licitação pelo Ente contratante e exame de aprovação pela assessoria do mesmo, dos documentos.

(grifos aditados)

Nesta toada, e **respondendo o primeiro questionamento do Consultante, não há óbice para contratação de Consórcio Intermunicipal para realização de serviços de infraestrutura e recuperação de estradas vicinais, sendo essas atividades desenvolvidas pelo ente contratado, e desde que haja previsão legal entre os municípios cooperados, bem como presentes os instrumentos jurídicos: contrato de cooperação (ou contrato de consórcio público) e o contrato programa.**

É importante registrar que a realização da atividade administrativa impescinde da celebração de contratos com terceiros. Os contratos oriundos de consórcio público devem observar as normas de direito público quanto à: licitações e contratos, prestação de contas, admissão e regime jurídico de pessoal, vejamos:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

(...)

§ 2º O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, **à celebração de contratos**, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto – Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Redação dada pela Lei nº 13.822, de 2019). *(g.n)*

3 <https://jus.com.br/artigos/58780/sobre-a-possibilidade-de-extensao-da-prestacao-de-servicos-por-consorcios-publicos-a-entes-nao-consorciados>

Por força dos dispositivos normativos acima evidenciados, torna-se cláusula imprescindível, a formalidade dos contratos administrativos à luz da Lei Federal nº 8.666/93.

Além disso, o consórcio como prestador de serviço, contratado por determinado Órgão mediante procedimento licitatório (ou dispensa de licitação), deverá, necessariamente comprovar o quanto acordado mediante a emissão de nota fiscal, em consonância com a Lei Federal nº 4.320/64.

Ressalte-se que, 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 enumerou as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

No que se refere à contratação direta, a Professora Maria Sylvania 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.

Logo, pode-se afirmar que, excetuadas as hipóteses legais de dispensa e de inexigibilidade, a regra é a contratação pública através de prévio processo licitatório.

Registra-se que o legislador infraconstitucional, previu no artigo 2º, § 1º, III, da Lei nº 11.107/2005 bem como no artigo 24, XXVI, da Lei nº 8.666/1993, a possibilidade de a administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados contratarem diretamente, por dispensa de licitação, o consórcio público, desde que tal contratação seja efetivada para o cumprimento dos objetivos deste, vejamos:

Lei nº 11.107/2005

Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

§ 1º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:

(...)

III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

(...) *(grifos adotados)*

Lei nº 8.666/1993

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

(...) *(grifos adotados)*

A previsão de dispensa prevista pelo art. 24, XXVI da Lei de Licitações foi introduzida pela Lei nº 11.107/2005. Desta sorte, e respondendo o terceiro questionamento do gestor, não há diferença na contratação por dispensa de licitação previstas nos dispositivos supramencionados.

Do mesmo modo, os artigos 10, 18 e 32 do Decreto nº 6.017/2007, que “Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos”, vaticinam que:

Art. 10. Para cumprimento de suas finalidades, o consórcio público poderá:

(...)

II - ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação; e

[...]

Art. 18. O consórcio público poderá ser contratado por ente consorciado, ou por entidade que integra a administração indireta deste último, sendo dispensada a licitação nos termos do art. 2º, inciso III, da Lei nº 11.107, de 2005.

Parágrafo único. O contrato previsto no caput, preferencialmente, deverá ser celebrado sempre quando o consórcio fornecer bens ou prestar serviços para um determinado ente consorciado, de forma a impedir que sejam eles custeados pelos demais.

[...]

Art. 32. O contrato de programa poderá ser celebrado por dispensa de licitação nos termos do art. 24, inciso XXVI, da Lei no 8.666, de 1993.

Parágrafo único. O termo de dispensa de licitação e a minuta de contrato de programa deverão ser previamente examinados e aprovados por assessoria jurídica da Administração.

(grifos aditados)

Outrossim, **questiona o Gestor (item 2):** *“Existe algum limite de valor para contrato com fundamento no art. 24, XXVI da Lei nº 8.666/93? Se positivo, qual o limite?”*

Cumpre-nos destacar que o art. 23, § 8º, da citada Lei de Licitações estabeleceu regras específicas às contratações administrativas efetuadas pelos consórcios públicos, fixando valores mais elevados para a adoção das diversas modalidades licitatórias, cujo dispositivo destacamos:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) convite- até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
 - b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
 - c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- II- para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
- a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
 - b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
 - c) concorrência- acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).
- (...)

§8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. (g.n)

Os valores delineados os incisos I e II citados acima foram atualizados pelo Decreto nº 9.412/2018, 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).

No que se refere ao **valor em que seja dispensável a licitação** nos termos autorizados em contrato para a prestação de serviços de consórcio público em convênio de cooperação (fundamentado no art. 24, XXVI, da Lei 8.666/93), **objeto do segundo questionamento do Consultante**, temos:

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;

(...)

§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.

A leitura que se faz do dispositivo retromencionado é que **os consórcios públicos podem dispensar a licitação nas contratações que envolvam o importe corresponde a 20% (vinte por cento) dos valores ordinários previstos nos incisos I, alínea “a” e II, alínea “a”, ambos do art. 23, da Lei 8.666/93**. Ou seja: R\$ 66.000,00, para obras e serviços de engenharia e R\$ 35.200,00, para compras e demais serviços. Esse é o entendimento dessa Assessoria Jurídica, já posicionado anteriormente, conforme disposto no parecer exarado no **Processo TCM nº 19086e19⁴**, disponível na página do TCMB (jurisprudências – consulta processual):

CONSÓRCIO PÚBLICO. LIMITE DE VALOR DA DISPENSA DE LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO. ARTS. 23, §8º e 24, INCISOS I, II E §1º, DA LEI Nº 8.666/93.

Os consórcios públicos estão autorizados por lei a contratarem diretamente nas hipóteses em que o montante da avença corresponda a 20% dos valores ordinários previstos nos incisos, I, “a” e II, “a”, do art. 23, da Lei nº 8.666/93. O aumento previsto no art. 23, §8º, da Lei nº 8.666/93 deve ser aplicado apenas nas contratações mediante licitação, não havendo conjugação com o quanto disposto no art. 24, § 1º, da Lei n.8.666/93.

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.

4 Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/19086e19.odt.pdf>.

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.**

Quanto ao **quarto questionamento** do Peticionante, qual seja: *“Como comprovar a vantagem da contratação com fundamento no art. 24, XXVI da Lei nº 8.666/93”*, registramos que **não cabe a essa Unidade Jurídica opinar em atos de Gestão. A contratação de serviços prestados por consórcios públicos, que não advindos de forma associativa por força do contrato de rateio, ou seja, prestação de serviços “autônoma”, revela-se como opção e não como obrigação.**

Consoante as disposições contidas na Lei Federal nº 8.666/1993, especialmente no seu artigo 3º, tem-se que os procedimentos licitatórios tem como propósito selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e que melhor atenda ao interesse público, assegurando a ampla participação de interessados e o seu tratamento isônomico.

A hipótese de dispensa prevista no art. 24, XXVI, teve como escopo simplificar o desenvolvimento das atividades dos consórcios públicos, em virtude da natureza da prestação de serviços, visando o interesse público. Porém, além de atender o interesse público, uma proposta torna-se vantajosa economicamente quando o valor ofertado seja atrativo, desde que dentro dos limites legais e compatíveis aos praticados no mercado.

Assim, **necessário se faz, ainda na fase de planejamento, que seja elaborado o orçamento daquilo que se pretende contratar, detalhado através da planilha de quantitativos e preços unitários,** a fim de que seja estabelecido um parâmetro para o julgamento objetivo das propostas (artigo 40, VII da Lei nº 8.666/1993), bem como critérios de aceitabilidade de preços unitários (artigo 40, X da Lei nº 8.666/1993).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, em “Manual de Direito Administrativo”, 30ª edição, Editora Atlas, página 276, **não há ofensa ao princípio da competitividade no que se refere a possibilidade de se contratar diretamente o consórcio público, por dispensa de licitação,** senão vejamos:

Mais uma hipótese foi acrescentada ao art. 24 – a do inciso XXVI, introduzido pela Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que estabelece normas gerais para a contratação de consórcios públicos.

Desse modo, passou a ser dispensável a licitação no caso de ser celebrado contrato de programa entre o consórcio público e entidade da administração direta ou indireta, visando à prestação de serviços públicos de forma associada, na forma prevista no instrumento do consórcio público ou em convênio de cooperação.

O fundamento dessa hipótese reside no regime de parceria que caracteriza tais ajustes e também no objetivo a que se destinam – a fixação de programas e projetos para o fim de serem prestados serviços públicos. Como não há ofensa ao princípio da competitividade em virtude da natureza de tal contratação, é possível que a pessoa federativa ou da administração indireta ajuste o estabelecimento de programação para concretizar-se a parceria na execução dos referidos serviços.

(destaques no original e adotados)

Portanto, e **respondendo o quarto questionamento do Gestor, cabe ao Ente contratante verificar, dentro das possibilidades legais e do ponto de vista da economicidade, se a proposta ofertada é a mais vantajosa e que melhor atenda ao interesse público.**

Frise-se, porque oportuno, que, de acordo com o artigo 10, XIV, da Lei nº 8.429/1992, constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário “celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei”.

Há de se ressaltar, ainda, 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, 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. Nessa senda, **questiona o consulente (item 5): “como cumprir a justificativa de preços exigida pelo art. 26 da Lei nº 8.666/93?”**. Sobre a matéria, já se pronunciou essa **Assessoria Jurídica**, nos autos do **Processo TCM nº 08586e19⁵**, disponível na página do TCMBA (jurisprudências – consulta processual), cujos trechos destacamos:

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

Pautado neste norte, a Administração, de acordo com os arts. 7º, §2º, II, 15, V, § 1º, 40, §2º, II, 43, IV e V, da Lei nº 8.666/93, elaborará planilha de custos com a previsão de todos os itens e todas as estimativas de despesas necessárias à execução do objeto a ser contratado. A elaboração da planilha de quantitativos e preços unitários permite a correta estimativa do custo do objeto a ser adquirido, define os recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais e serve de balizamento para a análise das propostas dos licitantes.

Por certo, a pesquisa de mercado, efetuada na fase de planejamento do certame, é obrigatória em qualquer procedimento de licitação (concorrência, tomada de preços, pregão ou convite), bem como, nas hipóteses de contratação direta, na medida em que, é através dela que o Ente Público identifica quais são os preços praticados no mercado relacionados ao ramo do bem ou serviço a ser contratado.

(...)

Em que pese a Lei nº 8.666/93 não determine como deve ser feita a estimativa dos preços, a praxe administrativa é que se cote pelo menos três orçamentos com fornecedores do ramo que se pretende contratar, desconsiderados os preços inexecutáveis ou os excessivamente elevados. É como orienta a farta jurisprudência do C.Tribunal de Contas da União, para qual, a teor do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, a pesquisa de preços é procedimento prévio e

5 Disponível em : <https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/08586e19.odt.pdf>

obrigatório à licitação ou à sua dispensa, devendo ser realizada com, no mínimo, três empresas do ramo, e na abrangência territorial adequada.

Neste 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 03 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.” (grifos aditados).

Nos casos em que a contratação de serviços referirem-se a obras e serviços de engenharia, deve o Gestor, na elaboração do orçamento de referência, caso não haja legislação específica que abranja o Município, observar, naquilo que se aplica a capacidade de gestão das municipalidades, o quanto disposto pelo Decreto nº 7.983/2013.

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.

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

1) É possível o Município contratar Consórcio Intermunicipal para realização de serviços de infraestrutura e recuperação de estradas vicinais, sendo essas as atividades desenvolvidas pelo Ente contratado, e desde que haja previsão legal entre os municípios cooperados, bem como presentes os instrumentos jurídicos: contrato de cooperação (ou contrato de consórcio público) e o contrato programa.

1.1) Existe previsão legal na Lei de Licitações, art. 24, inciso XXVI, hipótese de dispensa no caso de ser celebrado contrato de programa entre o consórcio público e entidade da administração direta ou indireta, visando à prestação de serviços públicos de forma associada, na forma prevista no instrumento do consórcio público ou em convênio de cooperação.

2) Pode ser dispensada a licitação nas contratações com consórcios públicos que envolvam o importe corresponde a 20% (vinte por cento) dos valores ordinários previstos nos incisos I, alínea “a” e II, alínea “a”, ambos do art. 23, da Lei 8.666/93.

3) A hipótese de dispensa prevista pelo art. 24, XXVI da Lei de Licitações foi introduzida pela Lei nº 11.107/2005. Desta sorte, não há diferença na contratação por dispensa de licitação nas normas supramencionadas.

4) Cabe ao Ente contratante verificar, dentro das possibilidades legais e do ponto de vista da economicidade, se a proposta ofertada é a mais vantajosa e que melhor atenda ao interesse público. A contratação de serviços prestados por consórcios públicos, que não advindos de forma associativa por força do contrato de rateio, ou seja, prestação de serviços “autônoma”, revela-se como opção e não como obrigação. Dito isto, é necessário, ainda na fase de planejamento, que seja elaborado o orçamento daquilo que se pretende contratar, detalhado através da planilha de quantitativos e preços unitários.

5) 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, dentre

eles a justificativa de preço. O dispêndio de recursos públicos deve ser compatível com os valores praticados no mercado, a fim de evitar superfaturamentos nas contratações com terceiros. Pautado neste norte, a Administração elaborará planilha de custos com a previsão de todos os itens e todas as estimativas de despesas necessárias à execução do objeto a ser contratado e realizará pesquisa de mercado. 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. Também, devem-se buscar outras fontes de pesquisa para a formação da planilha de preços, tais como: 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. Quanto maior o número de informações e a respectiva excelência, mais próximo e condizente com a realidade do mercado estará o preço estimado.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consulente.

É o parecer. À consideração superior.

Salvador, 18 de setembro de 2020.

Karina Menezes Franco
Assessora Jurídica
Auditora de Controle Externo

Revisado por **Alessandro Macedo** – Chefe da AJU