



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO OESTE DO PARÁ

PARECER Nº 147/2018/PF-UFOPA/PGF/ACU

PROCESSO nº 23204.013610/2018-41

INTERESSADA: Coordenação de Transporte

ASSUNTO: Solicitação de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de empresa concessionária de serviço público, para a prestação de serviços de travessia de veículos oficiais nos trechos compreendidos entre os Portos de Santarém/Santana do Tapará/Santarém e Santarém/Aninduba/Santarém.

CÓPIA

- I. Solicitação de contratação direta por inexigibilidade de licitação;
- II. Empresa concessionária de serviço público;
- III. Prestação de serviços de travessia de veículos oficiais nos trechos compreendidos entre os Portos de Santarém/Santana do Tapará/Santarém e Santarém/Aninduba/Santarém;
- IV. Fundamento no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993;
- V. Análise jurídica

À Diretoria de Compras e Serviços - DCS.

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de processo instaurado pela Coordenação de Transporte desta Universidade Federal do Oeste do Pará - TRANS/PROAD/UFOPA, que tem por objeto a solicitação de contratação direta por inexigibilidade de licitação, da empresa, concessionária de serviço público, Camila Navegação e Transporte EIRELI, para a prestação de serviços de travessia de veículos oficiais nos trechos compreendidos entre os Portos de Santarém/Santana do Tapará/Santarém e Santarém/Aninduba/Santarém (folha 002).
2. O valor estimado da contratação é de R\$ 16.810,00 (dezesseis mil oitocentos e dez reais), conforme se extrai do subitem 4.1 do Projeto Básico (folha 053).
3. Os autos estão instruídos, de modo que, com os seguintes documentos:
 - Memorando nº 082/2018 - TRANS/PROAD/UFOPA, datado de 10 de outubro de 2018, do qual consta a solicitação de contratação direta (folha 002);
 - Mapa para emissão de empenho (folha 003);
 - Proposta da empresa (folhas 006 e 007);
 - Minuta Contratual (folhas 008 a 011);
 - Cópias dos documentos que comprovam a concessão do serviço público (folhas 012 a 031);
 - Declaração do Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores - SICAF (folha 044);
 - Projeto Básico e seus anexos (folhas 051 a 058);

- Justificativa de preços para a contratação (folha 052);
- Justificativa para não execução de pesquisa de preços (folha 063);
- Declaração de existência de recursos para a execução contratual (folha 066);
- Aprovação do Projeto Básico (folha 067).

4. Assim, em conformidade com o disposto no art. 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993, os autos foram submetidos a esta Procuradoria Federal para análise e emissão de parecer jurídico, conforme despacho acostado na folha 068 e 071.

5. É o relatório.

II - DA ANÁLISE

6. Primeiramente, cabe determinar que, à luz do que dispõe o art. 10 da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002 c/c art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, incumbe a esta Procuradoria, como órgão vinculado à Procuradoria Geral Federal – PGF e como unidade de execução da Advocacia-Geral da União – AGU, prestar consultoria sob o **prisma estritamente jurídico**, não lhe competindo tratar das questões de conveniência, interesse e oportunidade dos atos a serem praticados no âmbito desta autarquia, nem de questões de natureza eminentemente técnico-administrativa. Desse modo, a presente manifestação abordará somente os **aspectos e requisitos legais** que envolvem o tema ora tratado. E, como se sabe, as questões relacionadas à legalidade são de observância obrigatória pela Administração, sendo de sua total responsabilidade o não atendimento dessas questões.

7. Para conferir maior segurança jurídica à conduta da Administração, serão observados, ainda, o posicionamento do Tribunal de Contas da União, as orientações normativas da AGU e os pareceres emitidos pela Procuradoria-Geral Federal.

II.1 – DOS LIMITES DE CONTRATAÇÃO PREVISTOS NO DECRETO Nº 7.689/2012

8. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 7.689/2012 estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, donde se destaca a previsão contida em seu artigo 2º:

Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação dos contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas por ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada às seguintes autoridades, vedada a subdelegação:

I - titulares de cargos de natureza especial;

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; e

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, vedada a subdelegação, ressalvada, neste caso, a subdelegação a que se refere o § 3º.

§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada aos

coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades.

§ 4º O Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos § 1º, § 2º e § 3º.

9. Por sua vez, a Portaria MPOG nº 249, de 13 de junho de 2012 estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto, prevendo em seu artigo 3º que as atividades de custeio decorrem de contratações diretamente relacionadas às atividades comuns a todos os órgãos e entidades que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais, tais como fornecimento de combustíveis, energia elétrica, água, esgoto e serviços de telecomunicação; atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copiagem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, conforme disposto no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997; realizações de congressos e eventos, serviços de publicidade, serviços gráficos e editoriais; aquisição, locação e reformas de imóveis; e aquisição, manutenção e locação de veículos, máquinas e equipamentos.

10. Dessa forma, nos termos do parágrafo único da referida Portaria, competete à Administração certificar-se sobre a natureza da atividade a ser contratada, adotando as providências necessárias com vistas a se obter as autorizações previstas no Decreto 7.689/2012 para a contratação pretendida.

II.2 – DA IN Nº 05/2017 SEGES

11. De acordo com a IN SEGES/MP nº 05/2017, a Administração Pública deverá produzir os documentos abaixo durante a fase de planejamento da contratação:

- a) documento para formalização da demanda;
- b) estudos preliminares;
- c) mapa(s) de risco;
- d) termo de referência/projeto básico

CÓPIA

12. Destaca-se que, nos termos do §1º do art. 20 da aludida IN "As situações que ensejam a dispensa ou inexigibilidade de licitação exigem o cumprimento das etapas do Planejamento da Contratação, no que couber". O planejamento da contratação abrange estudos preliminares, gerenciamento de risco e termo de referência ou projeto básico.

13. No entanto, ao compulsar os autos, verifica-se que a Administração não observou as disposições da IN Nº 05/2017, tampouco justificou a ausência dos documentos. Não foram apresentados documento de formalização da demanda, estudos preliminares, nem mapa de riscos.

14. Assim, a Administração deverá providenciar tais documentos, a serem elaborados conforme Anexos II, III e IV da IN SEGES/MP nº 05/2017.

15. No mais, tendo em vista a natureza técnica do termo de referência/projeto básico, deve a Administração certificar-se de que, o documento de folhas 051 a 058, contempla todos os requisitos do art. 30 da IN SEGES/MP nº 05/2017, bem como que foram atendidas todas as diretrizes gerais e específicas do anexo V da mesma instrução normativa.

**II.3 – DO ENQUADRAMENTO NA HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
(ART. 25, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/1993)**

16. A Constituição Federal, no art. 37, inciso XXI, estabelece a obrigatoriedade de realização de processo licitatório sempre que a Administração Pública pretender contratar obras, serviços, realizar compras e alienações, ressalvados os casos especificados na legislação. Com efeito, a obrigatoriedade da licitação constitui regra, afigurando-se excepcional a contratação direta, que somente pode ser efetuada nas hipóteses estritamente previstas em lei.

17. Tal imposição constitucional é reforçada pela Lei nº 8.666/1993, em seu art. 2º, caput. Vejamos:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

18. A mesma Lei, que regulamenta o inciso XXI do art. 37 da Constituição, prevê as hipóteses em que a Administração pode dispensar a realização de licitação, contratando diretamente. Deve-se ter em vista que tais casos são excepcionais no sistema, pois a regra é a necessidade de realização do procedimento licitatório prévio a toda e qualquer contratação.

19. O art. 25 da Lei de licitações prevê em seu caput e nos seus três incisos as situações que, devidamente justificadas pela Administração, possibilitam a contratação de obras, compras ou serviços com inexigibilidade de licitação.

20. Importa diferenciar a dispensa de licitação, prevista no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, da inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25 da mesma Lei. A princípio, ambas as hipóteses são de exceção à regra que obriga à licitação, entretanto, há um critério objetivo para diferenciar as situações nas quais incidirá uma ou outra: a viabilidade de competição.

21. Na dispensa de licitação do art. 24, apesar de a lei facultar a contratação direta, a licitação é viável, pois há possibilidade de, deflagrado o certame, diversas empresas interessadas disputarem o contrato. Existe competição no mercado, ao menos em tese. **Nos casos de inexigibilidade, ao contrário, é absolutamente inviável a competição, seja pela exclusividade do fornecedor, seja pela singularidade dos serviços técnicos, seja pela natureza artística e pela consagração pública do indivíduo a ser contratado. Os serviços ou bens só podem ser adquiridos por determinada empresa ou indivíduo, dadas as suas características singulares.**

22. Dessa forma, a contratação direta, sob a modalidade de inexigibilidade ou dispensa de licitação, requer o atendimento de diversos requisitos, em razão da rigidez imposta à Administração para o dispêndio do dinheiro público.

¹ 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.

Continuação do PARECER Nº 147/2018/PP-UFOPA/PP/AGU

23. Determina a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 25, *caput*, que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.

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

24. A hipótese de inexigibilidade de licitação, portanto, apenas se justifica quando se constata a inviabilidade de competição para a contratação do serviço reputado essencial, autorizando a contratação direta pela administração junto ao fornecedor exclusivo, tal como disposto no artigo 25, *caput* e incisos da Lei nº 8.666/93.

25. Insta salientar que, diferentemente do que ocorre com os casos de dispensa de licitação, o rol normativo do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, tem natureza meramente exemplificativa. Contudo, a própria legislação indica que, no caso em apreço, a licitação não se faz possível!

26. A questão da contratação direta é tão sensível que o legislador infraconstitucional previu como crime dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas na lei, ou mesmo deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, conforme o art. 89 da Lei 8.666/1993.

27. A razão da escolha da empresa a ser contratada se justifica pelo seu "monopólio" na prestação do serviço público pretendido, conforme disposto nos itens 2 e 3 do Projeto Básico (folhas 052 e 053).

II.4 - DO ATENDIMENTO DO ART. 26 DA LEI Nº 8.666/1993

28. Cumpre observar que o aspecto da formalização dos processos de contratação direta, dispõe o art. 26 da Lei nº 8.666/1993 sobre a obrigatoriedade de se justificar a contratação, a escolha do fornecedor ou executante e o preço contratado, bem como determina o envio do procedimento à autoridade superior para fins de ratificação e publicação na imprensa oficial. Vejamos:

Art. 26. As hipóteses previstas nos §§ 2º a 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 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 eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 10.771/2003)

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

- I - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- II - justificativa do preço;
- III - []

29. A discricionariedade na Administração em escolher o serviço deve-se aliar à necessidade administrativa e à qualidade buscada nunca à simples vontade do administrador. As contratações devem estar devidamente instruídas nas razões de escolha do contratado e na especial necessidade de capacitação a ser atendida.

30. Recomenda-se que a justificativa seja a mais completa possível, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou necessidade da contratação ou quanto aos quantitativos estimados. Ademais, tratando-se de contratação de serviços, a justificativa da necessidade da contratação deve contemplar os

CÓPIA

[assinatura]

requisitos mínimos estabelecidos na Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017, além da elaboração de um projeto básico/termo de referência, nos moldes desse mesmo dispositivo (art. 30, IN SEGES/MP nº 05/2017).

31. No tocante à razão de escolha do fornecedor ou executante, esta se confunde com a relação que a Administração deve fazer entre o profissional ou a empresa a ser contratada e a execução daquele serviço de natureza singular, devendo ser justificado nos autos, nesses moldes, o porquê da escolha de determinado profissional ou empresa. No caso dos autos, a escolha do fornecedor está devidamente justificada, por se tratar de "monopólio" na prestação do serviço público, conforme disposto nos itens 2 e 3 do Projeto Básico (folhas 052 e 053), atendendo-se, assim, o disposto no art. 26, parágrafo único, II, da Lei nº 8.666/93.

32. Quanto à justificativa do preço, a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que, em casos de inexigibilidade de licitação, a razão do preço a ser pago se faz mediante a comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas. Essa também é a orientação da AGU, vinculante para esta Procuradoria, conforme conteúdo da ON nº 17/2009, logo abaixo:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 17/2009

É OBRIGATÓRIA A JUSTIFICATIVA DE PREÇO NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, QUE DEVERÁ SER REALIZADA MEDIANTE A COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU PESSOAS PRIVADAS.

INDEXAÇÃO: INEXIGIBILIDADE, CONTRATAÇÃO DIRETA, JUSTIFICATIVA DE PREÇO, PROPOSTA, CONTRATADA.

REFERÊNCIA: art. 26, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993; Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007; Informativo NAJ/RJ, ANO 1, Nº 1, jun/07, Orientação 05; Decisão TCU 439/2003-Plenário, Acórdãos TCU 540/2003-Plenário, 819/2005-Plenário, 1.357/2005-Plenário, 1.796/2007-Plenário.

33. Segundo trecho do fundamento dessa Orientação Normativa:

"A justificativa de preço nas contratações diretas é requisito legalmente exigido pela Lei de Licitações e Contratações (art. 26, parágrafo único, inc. III), que comina inclusive a responsabilidade solidária de todos os participantes nos casos de superfaturamento de preços (§ 2º do art. 25). Não obstante esse fato, há controvérsia acerca da forma como a justificativa deve ser apresentada. A justificativa do preço nos casos de inexigibilidade não pode ser realizada à luz de propostas de outros fornecedores ou prestadores. Se inexigível o certame, a proponente é a única a atender as necessidades do órgão contratante. Destarte, a justificativa na de fazer-se de acordo com os preços cobrados pelo fornecedor ou prestador exclusivo em contratos firmados com outras pessoas físicas ou jurídicas. É a demonstração da compatibilidade dos preços praticados pela própria empresa contratada que deve constar dos autos. Indispensável, para aprovação jurídica do procedimento, que sejam juntados documentos e informações que atestem que o preço proposto seja equivalente aos demais por ela mesma cobrados de outros clientes."

34. Contudo, o Tribunal de Contas da União - TCU, em seus posicionamentos, não descarta a necessidade de se averiguar a vantagem econômica da Administração com a contratação, de modo a efetivar a racionalização dos gastos públicos e salvaguardar o interesse da coletividade. Nesse sentido, abaixo três julgados:

"[...] Assim, tanto para a contratação de professores e instrutores para ministrar aulas em cursos organizados pelo próprio órgão, quanto para pagar a matrícula e participação de servidores em cursos especializados, organizados por terceiros e abertos à inscrição de outros interessados - em ambos os casos -, entendo que se caracteriza a inviabilidade de competição prevista no item II do art. 25, combinado com o item VI do art. 13 da Lei de Licitações, sendo facultado aos administradores

considerar inexigível o processo de licitação. Recomenda-se naturalmente que, na organização do respectivo processo de fundamentação da inexigibilidade, se demonstre a razoabilidade dos pagamentos envolvidos" (Decisão nº 747, Plenário, rel. Min. Carlos Átala Álvares da Silva, DOU DE 10.11.97, p. 25.761).

"INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. DOU de 05.12.2008. S. 1. p. 120. Ementa: Determinação à Seção Judiciária Federal do Estado de Pernambuco para que promova, nos processos de inexigibilidade de licitação, a justificativa do preço praticado pela empresa a ser contratada com pesquisa de preços de âmbito regional ou nacional, a fim de atender ao art. 25, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.666/1993" (Item: 1.5.1.1. TC-018/2006-4 - Acórdão: 2.0950/06-17.14.004)

"(...) 1.5.1. nas contratações por inexigibilidade de licitação, **faça constar dos autos a fundamentada demonstração de que o objeto a ser contratado seja o único a atender as necessidades da contratante, devendo ficar demonstrado no processo quais são as características que o tornem singular, de forma a justificar a exclusividade no seu fornecimento e a inviabilidade de competição;**
1.5.2. efetue previamente à realização de cada contratação direta, sob fundamento de inexigibilidade de licitação de composição, pesquisa mercadológica com vistas a identificar as condições próprias do mercado e a existência de fornecedores para o bem/serviço requerido; (...). (AC 159-1-31/08-P Sessão: 06/08/08 Relator: Ministro MARCOS VINÍCIOS VILACA - FUNDAMENTAÇÃO - REPRESENTAÇÃO")

35. Assim, é de extrema importância que a Administração realize a pesquisa de preços para comprovação da compatibilidade do preço a ser praticado pela contratada com os disponibilizados no mercado. A preferência deve a indicar a vantajosidade e a razoabilidade do preço a ser contratado.

36. No tocante à pesquisa de preços, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Organização e Gestão, expediu a Instrução Normativa (IN) nº 05, de 27 de junho de 2014, que dispõe sobre procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisas de preços nas aquisições de bens e contratação de serviços pela Administração Pública.

37. No presente caso, não foi realizada pesquisa de preço. Foram juntados aos autos apenas documentos intitulados "Justificativa de Preço" (folha 062) e "Pesquisa de Preço" (folha 063), motivando a impossibilidade de realização de pesquisa de preços, sob o argumento de que as tarifas seriam fixadas diretamente pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQQ.

38. Sobre o argumento que afirma a inexistência de documento no processo da lavra de tal agência reguladora que comprove a regularidade dos preços praticados. Ao contrário, o único documento que consta nos autos é uma cópia do Acórdão 273/2016 (fs. 13-15), de autoria da Prefeitura Municipal de Santarém/PA, que autoriza novas tarifas para a travessia Santarém/Anililho/Santarém. Não houve, ainda, que os preços constantes nesse documento não coincidem com os apresentados pela empresa, nas planilhas de fs. 05/07.

39. Dessa forma, como já foi salientado, não foi realizada pesquisa de preços, o que deve ser previsto na prova documental de licitação, caso ainda não for contratado; devendo, para tanto, juntar aos autos documentos demonstrativos de valores recebidos, pela empresa a ser contratada, de todas as atividades cobradas para os quais tenha prestado serviços iguais ou similares, sob pena de nulidade da contratação.

40. Sobre o assunto, o parágrafo único do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, que trata das contratações por inexigibilidade de licitação, o conteúdo do § 2º do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, que

estabelece a responsabilidade de agentes públicos e particulares envolvidos, no caso de comprovação de superfaturamento nessas contratações, conforme segue:

Art. 25 (...)
[...]

6.2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado a Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

41. Além do mais, prevê o caput do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 que as situações de inexistência referidas no art. 25 serão publicadas na Imprensa Oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para eficácia dos atos.

42. No mais, constam dos autos despacho determinando o prosseguimento da contratação (folha 065) e o ato de aprovação do projeto básico (folha 067).

II.5 – DA VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE DA EMPRESA OU PROFISSIONAL

43. Mesmo nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, a comprovação da habilitação do contratado deve ser exigida com relação aos aspectos essenciais à regularidade da contratação (art. 55, XIII c/c arts. 27 a 33, da Lei Federal nº 8.666/1993). A empresa a ser contratada pela Administração deve comprovar a regularidade fiscal e trabalhista, nos moldes do art. 29 da Lei nº 8.666/1993.

44. Compete à Administração verificar, no que couber, por ocasião de cada contratação, se constam dos autos documentos comprobatórios da regularidade da contratada perante a Receita Federal (art. 193 do CTN), o INSS (art. 195, §3º, da CF/1988), o FGTS (art. 2º da Lei nº 9.012/1993) e a Justiça do Trabalho (Lei nº 12.440/2011), bem como consultar o Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF, o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas – CEIS (www.portaltransparencia.gov.br), o Cadastro Integrado de Condenações por Ilícitos Administrativos – CADICON (<https://contas.tcu.gov.br/cadicon/procura>) e o Cadastro Informativo de créditos não quitados do Setor Público Federal – CADIN (art. 5º, III, Lei nº 10.522/2002), à busca de registros potencialmente impeditivos da celebração do contrato.

45. Recomenda-se, se for o caso, a juntada da Declaração da Lei nº 9.854/1999 (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos) e os documentos de identificação da empresa e de seu representante legal que assinará o contrato (cópia de contrato social e alterações da empresa e documentos pessoais - identidade e CPF - do representante legal).

II.6 – DO INSTRUMENTO CONTRATUAL

² Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.



46. Segundo despacho de folha 011 a minuta contratual constante dos autos (folhas 008 a 011) foi apresentada para assinatura da Usuária.

47. Obviamente, tal minuta não atende a todos os requisitos da Lei nº 8.666/93, em especial, aqueles previstos nos artigos 55 e 58 a 61. Porém, nesses casos, a Administração não tem prerrogativas e não pode alterar seu conteúdo, devendo acatar as regras impostas, sob pena de ver frustrado o comprometimento a uma necessidade essencial.

48. Desse premissa, o artigo 61, I e II, da Lei nº 8.666/93 prescreve que:

§ 3º. Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, **no que couber:**

(...)

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

49. O Tribunal de Contas de Brasília abordou a questão, concluindo que, quando for usuária de serviço público, a Administração não tem posição privilegiada, já que o contrato não é administrativo tipificado pela Lei do TCU que versa sobre contrato de consumo de energia elétrica (situação analoga ao presente caso, por tratar de prestação de serviço público):

CÓPIA

26. Neste tipo de contrato, ao usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, não é dado discutir as condições da prestação do serviço, ou aceitar as normas impostas pelo prestador ou, caso contrário, recorrer administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciadas suas reivindicações.

27. Como se vê, na relação jurídica decorrente do contrato de consumo de energia elétrica não há o estabelecimento das prerrogativas típicas de Poder Público, diferentemente do que ocorre na relação jurídica existente entre o poder concedente e a concessionária de energia elétrica. Trata-se, pois, de contrato privado, para alguns também chamado semipúblico ou ainda administrativo de figuração privada.

(...)

32. Nenhuma razão, portanto, justifica o tratamento diferenciado dos órgãos públicos, como consumidores de energia elétrica. Do ponto de vista político, o interesse público exige que o serviço seja prestado com regularidade, continuidade, eficiência e segurança, atemporal e generalizada (Lei nº 9.287/96, art. 6º, § 1º). Sob o aspecto jurídico, "não existe qualquer domínio entre os usuários", pelo que todos devem ser tratados igualmente em face da condição de cidadão (TCU - Decisão 537/1999 - Plenário).

50. E, ainda, anote-se o ensinamento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

A Lei nº 8.666/93 deu contornos jurídicos aos contratos em que a Administração Pública é contratada de e para que a mesma usuária de serviço público. Nessa hipótese, as regras pertinentes não aplicam-se ao concessionário, permissionário ou autorizatário, sem a sujeição a algumas regras da Lei nº 8.666/93. É nesse sentido o comando do art. 67, § 3º da Lei nº 8.666/93.

É preciso ter em conta que nos casos de contratação de fornecimento de energia elétrica, a Administração figura como contratante - é usuária do serviço público prestado, sujeitando-se pois às condições impostas pelo concessionário ou permissionário. Não pode aqui utilizar-se de seu poder de império. Fica, pois, sujeita às mesmas condições contratuais previstas para o usuário comum.

51. De todo o exposto vê-se que é plenamente aceita a assinatura de contrato de adesão pela Administração Pública, quando for usuária de um serviço público, hipótese em que será equiparada ao consumidor comum e, portanto, não poderá fazer uso de suas prerrogativas especiais.

52. Ademais, como não há possibilidade de discussão e negociação das cláusulas do contrato de adesão apresentado, a Administração não dispõe de alternativa à sua assinatura.

53. Sendo assim, quanto ao primeiro quesito formulado no despacho de fls. 71, sobre a possibilidade de celebração do contrato apresentado pela própria contratada (concessionária de serviço público em sistema de "monopólio"), frisamos ser plenamente possível a assinatura do contratado nos termos propostos pela empresa, concessionária de serviço público, Camita Navegação e Transporte (IRELI).

54. Por fim, sendo positiva a resposta ao primeiro quesito, resta prejudicada a análise dos demais quesitos.

II.7 – DA INDICAÇÃO DE RECURSOS

55. No intuito de evitar que a Administração celebre contratos sem que disponha de recursos orçamentários para honrar as obrigações pecuniárias deles decorrentes, o presente procedimento deve ser instruído com a declaração de existência de disponibilidade orçamentária para cobertura da despesa.

56. Nesse prisma, não é demais recomendar a observância no disposto na CONCLUSÃO DEPCONSUI/PGF/AGU Nº 17/2012, *in verbis*:

AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE EMPENHO OU DE PRÉ EMPENHO PARA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EMPENHO ANTES DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO.

I. OS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS REFERENTES A OBRAS, SERVIÇOS E COMPRAS, ASSIM COMO OS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO DIRETA POR MEIO DE DISPENSA E DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, SOMENTE PODERÃO SER INICIADOS QUANDO HOUVER PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS QUE ASSEGUREM O PAGAMENTO DAS OBRIGAÇÕES DECORRENTES.

II. PARA FINS DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, A EMISSÃO DE EMPENHO OU DE PRÉ EMPENHO NÃO É OBRIGATÓRIA, EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA EM LEI NESTE SENTIDO E, NA SUA AUSÊNCIA, PODE SER SUPRIDA POR DECLARAÇÃO DO ORDENADOR DE DESPESA DO ENTE QUE ATESTE A PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS.

III. É NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE EMPENHO ANTES DA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO, QUE RESULTE EM DISPÊNDIO DE RECURSOS PÚBLICOS, SEJAM ELES DECORRENTES DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, ASSIM COMO OS DE DISPENSA E DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 04/2012/GT359/DEPCONSUI/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 4.12.2012.

57. Como visto, deve constar do processo a declaração de disponibilidade orçamentária, com a indicação das respectivas rubricas, para fazer frente à despesa da pretendida contratação, sendo necessária a realização do empenho antes da celebração do ajuste. No caso dos autos, a declaração de disponibilidade orçamentária consta na folha 066.

58. Há, ainda, a obrigatoriedade de observância ao disposto no art. 16 da Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Segundo entendimento já pacificado no âmbito da Procuradoria Geral Federal – PGF³, a exigência de tal dispositivo somente é aplicável às despesas classificadas na LOA como projeto.

³ PARECER Nº 01/2012/GT359/DEPCONSUI/PGF/AGU que recebe sumulação da seguinte forma:
CONCLUSÃO DEPCONSUI/PGF/AGU Nº 01/2012

AS EXIGÊNCIAS DO ART. 16, INCISOS I E II, DA LRF SOMENTE SE APLICAM ÀS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES CAPAZES DE GERAR DESPESAS FUNDADAS EM AÇÕES CLASSIFICADAS COMO PROJETOS PELA LOA. OS REFERIDOS DISPOSITIVOS, PORTANTO, NÃO SE APLICAM ÀS DESPESAS CLASSIFICADAS COMO ATIVIDADES (DESPESAS ROTINEIRAS).



Continuação do PARECER Nº 047/2018 - JPM-UNIVERSITÁRIA

59. Assim, quando da formalização da contratação, deve a Administração, por meio do ordenador de despesas, manifestar-se previamente acerca da natureza da ação que suportará a despesa, via de consequência, averiguando a necessidade ou não de dar cumprimento ao disposto nos incisos I e II do art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000⁴. No caso dos autos, de acordo com o documento nº 07-07, a atividade foi classificada como atividade, não havendo necessidade, portanto, da submissão às regras da mencionada norma.

III - CONCLUSÃO

60. Com o exposto, abstraídas as questões técnicas, econômicas e financeiras, e resguardado o poder discricionário de gestão quanto a oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo, esta Procuradoria Federal condiciona a **opinião favorável ao prosseguimento da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, com base no caput do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, ao fiel cumprimento da totalidade das recomendações formuladas neste parecer jurídico, respeitados os limites legais que regem o procedimento.**

Belém - PA, 03 de novembro de 2018.


ANTÔNIO ALMEIDA UBIJARAJA
PROCURADOR FEDERAL

CÓPIA

⁴ Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

[...]