

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO
ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O DECRETO Nº 5.504 E SEUS REFLEXOS NA GESTÃO JURÍDICA
ADMINISTRATIVA NA ONG OPERAÇÃO AMAZÔNIA NATIVA

ROCHELE FIORINI

CUIABÁ - MT
2009

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO
ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O DECRETO Nº 5.504 E SEUS REFLEXOS NA GESTÃO JURÍDICA
ADMINISTRATIVA NA ONG OPERAÇÃO AMAZÔNIA NATIVA

ROCHELE FIORINI

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da UFMT, como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em Direito
Administrativo e Administração Pública.

Orientador: Prof. Ms. Antônio Cecílio Moreira
Pires

CUIABÁ - MT
2009

Orientador
Prof. Ms. Antônio Cecílio Moreira Pires
Universidade Presbiteriana Mackenzie – Faculdade de Direito

MONOGRAFIA APRESENTADA À COORDENAÇÃO DO CURSO DE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO E
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
FACULDADE DE DIREITO

Título: O DECRETO N° 5.504 E SEUS REFLEXOS NA GESTÃO JURÍDICA
ADMINISTRATIVA NA ONG OPERAÇÃO AMAZÔNIA NATIVA

Autora: ROCHELE FIORINI

Prof. MS Antônio Cecílio Moreira Pires
Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie – Faculdade de Direito

Examinador
Universidade Federal de Mato Grosso – Faculdade de Direito

Examinador
Universidade Federal de Mato Grosso – Faculdade de Direito

Cuiabá-MT, 31 de janeiro de 2009.

*A resposta certa não importa nada: o
essencial é que as perguntas estejam
certas.*

Mário Quintana

*Dedico este trabalho ao Fernando
Penna, meu amor, pela força,
compreensão e apoio em todos os
momentos.*

Agradeço de forma especial:

Ao meu orientador, Professor Mestre Antônio Cecílio Moreira Pires, pela dedicação e pela generosidade em transmitir seus conhecimentos;

À OPAN pela oportunidade que tive em apreender e aplicar os meus conhecimentos durante esses anos.

Aos colegas de trabalho e amigos, em especial ao Ivar Luiz Vendruscolo Busatto, pela oportunidade concedida. E a todos os demais colegas o meu agradecimento.

À Kellem Cristina, Maria do Socorro, Gláucia, Fernanda Cristina, Luzo e Ademar pela colaboração e pelas trocas de experiências vividas durante a Pós. E a todos os demais colegas.

À minha família, com muito carinho, pela compreensão e apoio.

À D. Iná e o Beto pelo apoio e paciência.

À Greice e Adriana pelos constantes diálogos e inspirações.

Ao Fernando pela grande compreensão, paciência e amor.

À Baguinha pelo aprendizado da paciência e da amizade incondicional.

À UFMT e a Faculdade de Direito pela oportunidade de ampliar os meus conhecimentos.

A todos, meu muito obrigada!

LISTA DE ABREVIATURAS

ABONG Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais

ASA Articulação no Semiárido

CF Constituição Federal

DO Diário Oficial

EPP Empresa de Pequeno Porte

FUNASA Fundação Nacional de Saúde

IN Instrução Normativa

ME Microempresa

MEC Ministério da Educação

MP Medida Provisória

ONG Organização Não Governamental

OPAN Operação Amazônia Nativa

OSCIP Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

P1MC Programa 1 Milhão de Cisternas

PNAS Política Nacional de Assistência Social

PPTAL Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas do Amazonas Legal

STN Secretaria do Tesouro Nacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I A NATUREZA JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS	11
1.1 Definição de ONG	12
1.2 Natureza jurídica	12
II CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DAS LICITAÇÕES	14
2.1 Introdução	14
2.2 Conceito	15
2.3 Princípios	16
2.3.1 Princípio da legalidade	17
2.3.2 Princípio da impessoalidade	18
2.3.3 Princípio da moralidade e da probidade administrativa	18
2.3.4 Princípio da igualdade	18
2.3.5 Princípio da publicidade	19
2.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	20
2.3.7 Princípio do julgamento objetivo	20
2.4 Modalidades	21
2.4.1 Concorrência	21
2.4.2 Tomada de preço	21
2.4.3 Convite	22
2.4.4 Concurso	23
2.4.5 Leilão	23
2.4.6 Pregão	23
III DISPENSA E INEXIGIBILIDADE	28
3.1 Pressupostos da licitação	28
3.1.1 Pressuposto lógico	28
3.1.2 Pressuposto jurídico	28

3.1.3 Pressuposto fático	28
3.2 Dispensa de licitação	29
3.3 Causas geradoras da dispensa de licitação	29
3.3.1 Pequeno valor	30
3.3.1.1 Obras e serviços de engenharia	30
3.3.1.2 Para outros serviços e compras	30
3.3.2 Situações excepcionais	31
3.3.2.1 Emergência ou calamidade pública (inciso IV)	31
3.3.2.2 Licitação deserta (inciso V)	31
3.3.2.3 Intervenção no domínio econômico (inciso VI)	32
3.3.2.4 Preços superiores ao praticados no mercado nacional (inciso VII)	32
3.3.2.5 Segurança nacional (inciso IX)	33
3.3.3 Peculiaridade da pessoa contratada	33
3.3.3.1 Contratação de instituição brasileira (inciso XIII)	33
3.3.3.2 Contratação no âmbito da administração indireta (inciso XXIII)	33
3.4.3 Peculiaridade do objeto que se busca obter	34
3.4.3.1 Compra ou locação de imóvel (inciso X)	34
3.4.3.2 Aquisição de componentes durante o período de garantia técnica (inciso XVII) ...	34
3.4 Inexigibilidade de licitação	34
IV CONDICIONANTES DO DECRETO Nº 5.504/05 E SUA MOLDURA JURÍDICA	37
4.1 Os condicionantes	37
4.2 A moldura jurídica	37
V OS EFEITOS DO DECRETO Nº 5.504/2005 NAS ONGS	41
5.1 Os efeitos administrativos, contábeis e políticos nas ONGs	41
5.2 A experiência da Operação Amazônia Nativa	42
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48
ANEXO 1 DECRETO Nº 5.450, DE 31 DE MAIO DE 2005	51
ANEXO 2 DECRETO Nº 5.504, DE 5 DE AGOSTO DE 2005	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estudar os reflexos da implementação do Decreto nº 5.504 de 08 de agosto de 2005, que determina a utilização do pregão eletrônico como forma preferencial “para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos” (DOU 8/8/2005).

O decreto refere-se e modifica a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), obrigando as organizações do Terceiro Setor a se submeterem às regras da Administração Pública para a aquisição de bens e serviços, de preferência na forma de pregão eletrônico.

O tema proposto é considerado relevante devido a escassez de estudos nesta área e por esse decreto ser recente. Dessa forma, pretende contribuir para gerar novos questionamentos e para a construção de uma base teórica sobre a normatização aprovada. Para atingir tal objetivo, tomou-se, como estudo de caso, a experiência da Operação Amazônia Nativa (OPAN), uma organização não governamental (ONG) que desenvolve trabalhos com povos indígenas e populações tradicionais, colaborando com a sua autonomia e continuidade étnica e cultural, nas áreas de educação, saúde, proteção das terras e economia sustentável. Seus trabalhos são desenvolvidos a partir de recursos de convênios com o Estado; financiamentos e doações de instituições internacionais não governamentais e governamentais.

A relevância do tema vem, em parte, do fato de ser um grande desafio atingir o objetivo a partir do decreto para as organizações sem fins lucrativos. Essas organizações possuem trajetórias próprias, ligadas muitas vezes às bases e mobilização comunitárias. Isso acaba por passar a ideia de desatenção com aspectos técnicos de gerenciamento e administração, uma vez que o aspecto operacional se torna mais evidente.

Esta monografia se compõe de cinco capítulos, a qual foi construída na seguinte estrutura: A natureza jurídica das ONGs; Considerações acerca do instituto de licitações; Dispensa e Inexigibilidade; Condicionantes do Decreto nº 5.504/05 e sua moldura jurídica e, por fim, Os efeitos do decreto nº 5.504/05 nas ONG, abordando a experiência da Operação Amazônia Nativa.

I A NATUREZA JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS

1.1 Definição de ONG

O terceiro setor é aquele que reúne as organizações que, embora produzam bens e serviços, não são estatais, nem visam lucro financeiro. Portanto, as associações sem finalidade econômica, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), fundações e organizações não governamentais. O termo ONG é mais vinculado às organizações que são direcionadas a questões sociais, ambientais e defesa dos direitos humanos.

O surgimento do terceiro setor é consequência direta da necessidade da sociedade civil se organizar após a Segunda Guerra Mundial. Um dos maiores impulsionadores desse processo foi a necessidade de complementação das ações do Estado e a ênfase dada à valorização do ser humano em suas necessidades e características culturais e sociais específicas. Entender e atender o problema regionalizado em suas particularidades passa a ser entendido como o caminho para a transformação da sociedade.

O caráter assistencialista compreensivo, natural em momentos de crise e urgência, como são os períodos pós-guerra, acabou por se dissipar conforme a sociedade civil organizada consolidou-se e ganhou formas mais consistentes, metodológica e administrativamente. Pode-se considerar esse fato como o marcador do surgimento do terceiro setor.

De modo geral, os agentes do terceiro setor passaram a buscar a transformação por meio de processos pedagógicos. Seja em ações complementares aos serviços de saúde ou em atividades voltadas à geração de renda, o protagonismo dos beneficiários é muito valorizado, bem como a formação política e técnica. Apesar do desgaste pelo excesso de uso, que acabou por transformá-la em lugar comum, podemos cometer o abuso e considerar como síntese dessa abordagem metodológica a máxima popular: “É preciso ensinar a pescar ao invés de se dar o peixe”. Essa abordagem é acompanhada e incentivada pela cooperação internacional.

Os desafios para o terceiro setor acompanharam as transformações na sociedade ao longo das décadas. Apesar dos contextos diferentes em cada momento histórico,

as restrições de financiamento são uma constante na trajetória das organizações. Esse fato fez com que muitas ficassem ao longo do caminho. Como parte dos fatores que garantiram a continuidade das “sobreviventes”, pode-se destacar a capacidade de adaptação a novos patamares de exigências burocráticas e administrativas e de manter-se conectado ao regional, mas dessa vez com um olhar em perspectiva.

Abordar o regional dentro da perspectiva global, atender controles e monitoramentos de eficiência e dar visibilidade pública à suas ações técnicas e políticas constitui-se em parte do desafio presente para as organizações do terceiro setor.

Em meio a esse contexto, acessar fundos governamentais como forma de complementar as ações do Estado e até mesmo de criar canais de comunicação direta entre cidadãos e Governo passa a ser uma encruzilhada ideológica e, em muitos casos, uma armadilha metodológica. Entre os “dilemas” das organizações está encontrar um formato adequado de controles gerenciais e administrativos sem perder sua identidade própria.

1.2 Natureza jurídica

Segundo o Código Civil Brasileiro, o direito prevê duas classes de pessoas: as naturais e as jurídicas. Ou seja, as pessoas naturais são passíveis de direitos e deveres na ordem civil, a lei estabelece a aquisição da personalidade civil com o “nascimento com vida”. Já as pessoas jurídicas são constituídas de direito público e privada.

As pessoas jurídicas de direito público interno são a União, os Estados, o Distrito Federal e os territórios, os municípios, autarquias, inclusive as associações públicas e as demais entidades de caráter público.

Neste caso, as organizações não governamentais se enquadram, no artigo 44 do Código Civil Brasileiro, que estabelece as pessoas jurídicas como de Direito Privado, as sociedades civis, as organizações religiosas, partidos políticos, as associações de utilidade pública, as sociedades mercantis e as fundações.

Na primeira parte, no *caput* do art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, podemos perceber que o legislador define as sociedades civis sem fins lucrativos, as associações e as fundações como prestadoras de serviço público, ainda que de direito privado: “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações obedecem à lei do Estado” (art. 11 da LICC).

A diferença prática ou técnica entre sociedade civil sem fins lucrativos e associação, teoricamente, é o número de pessoas e os interesses que nela se envolvem: a

sociedade civil sem fins lucrativos é instituída por um pequeno número de pessoas cuja finalidade é atender à coletividade, ou a um grupo determinado da coletividade que não os próprios sócios, enquanto a associação, normalmente, é composta por um grande número de pessoas, as quais visam, na maioria dos casos, o interesse, ou os interesses daqueles que a compõem.

Assim, a sociedade civil sem fins lucrativos pode ser compreendida como a pessoa jurídica de direito privado que se forma através da reunião de mais de uma pessoa e que visa interesses comuns em prol de outras pessoas. E a associação constitui-se pela união de pessoas que se organizam para fins econômicos. Di Pietro (2007, p. 456) relata que:

[...] os teóricos da Reforma do Estado incluem essas entidades no que denominam de terceiro setor, assim entendido aquele que é composto por entidade da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado.

O terceiro setor presta serviço ao Estado, considerada atividade de interesse público, o que não significa que está caracterizada como órgão público. Para receber apoio ou financiamento do governo, as entidades necessitam atender a todos os requisitos dos editais, ou das seleções públicas para tal programa.

II CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DAS LICITAÇÕES

2.1 Introdução

A Lei nº 8.666/1993, que dispõe sobre as normas gerais das licitações, editada em obediência ao art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal de 1988, relata que

[...] compete prioritariamente a União legislar sobre normas gerais de licitação e contratações, em todas as modalidades, para a Administração Pública direta, autarquias e fundacionais da União, Estado, Distrito Federal e Município e obedecido o disposto do artigo 37, XXI e para as empresas de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (redação determinada pela EC nº 19/98).

A Constituição Federal (CF), no seu artigo 37, XXI, estabelece que

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, compras, serviços, 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 de lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica e indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

O parágrafo único do art. 1º descreve a sua abrangência, subordinando-se as normas da Lei nº 8.666/1993: “além dos órgãos da Administração direta, as fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e municípios”.

A emenda nº 19/1998, no seu art. 173 da CF, § 1º, prevê a edição de lei que institui o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviço, dispondo sobre as licitações e contratos de obras, serviços, compras e alienações, realizadas por estas entidades, observados os princípios da Administração Pública.

Como este estatuto ainda não foi editado, o que tornaria o processo mais flexível, as entidades precisam atender obrigatoriamente os dispositivos presentes na lei de licitações e contratos nº 8.666/1993.

2.2 Conceito

A lei estabelece as normas gerais para licitações e contratos administrativos relativo a obras, compras, serviços, inclusive de publicidade, alienações, concessões, permissões e locações no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para Meirelles (2007, p. 272) licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade nos negócios administrativos. Já para Di Pietro (325, p. 2006),

[...] licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, a publicação, anúncios, atas, etc. Por parido particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações.

Marçal Filho (2000, p. 195) define licitação como um procedimento administrativo. A estrutura atribuída a essa série ordenada de atos pode variar segundo o objetivo a ser atingido.

Os doutrinadores conceituam a licitação como um procedimento administrativo, devendo as entidades do setor público, atender todos os princípios previstos na Constituição Federal e na Lei de Licitações e Contratados. A Administração sempre deverá selecionar a proposta mais vantajosa, sem comprometer a previsão orçamentária vigente.

Para as compras, sempre que possível deverão atender o princípio da padronização, ser processadas através do sistema de registro de preços, submeter-se às condições de pagamento semelhantes às do setor privado, ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias, balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

Obras e serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado, existir orçamento detalhado, houver previsão de recursos orçamentários e o produto esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas.

O artigo 2º da Lei nº 8.666/93, Lei das Licitações e Contratos determina que “as obras, os 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 em lei”, ou seja, quaisquer contratações de terceiro pela Administração Pública só poderão ser realizadas através de licitação pública, exceto as hipóteses previstas em lei. Segundo o art. 3º parágrafo 1º,

Os agentes públicos não podem admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Não é permitido, portanto, aos responsáveis pelo procedimento de licitação, admitir, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que frustrem a competição e ou estabeleçam preferências ou distinções por ou qualquer motivo irrelevante para o objeto do contrato.

2.3 Princípios

Os princípios acerca das licitações não são uniformes, cabendo a cada doutrinador a determinação de seu próprio conceito a respeito. O art. 3º da Lei nº 8.666/1993, determina que

[...] a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

São cinco os princípios para licitação, segundo Mello (2007, p. 521): competitividade, isonomia, publicidade, respeito às condições prefixadas no edital e possibilidade de o licitante fiscalizar o atendimento aos princípios anteriores.

O autor considerou importante ressaltar que, para a realização da licitação, deve-se entender, por competitividade, o direito dos licitantes competirem entre si, oferecendo os seus produtos ou serviços com qualidade e garantia. Já o princípio de respeito às condições prefixadas no edital, uma vez que o edital é o instrumento convocatório norteador do

procedimento licitatório, infere que o licitante poderá conferir todos os dados necessários para participar do certame.

Já Meirelles (2003, p. 265) relacionou sete princípios: procedimento formal, publicidade, igualdade entre licitantes, sigilos das propostas, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória.

Para maior entendimento do objeto deste estudo, faz-se necessário especificar os conceitos de cada princípio, estabelecido na Lei das Licitações e Contratos, nº 8.666/1993 e sua relação com o procedimento licitatório.

2.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é de muita importância para o procedimento licitatório, pois a licitação deve atender todos os preceitos estabelecidos na lei. Todas as suas fases estão disciplinadas a vigor na Lei nº 8.666/93, cujo art. 4º estabelece que todas as empresas que participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei.

O licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento.

[...] a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão. É que a lei nº 8.666/1993 previu várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento (arts. 4º, 41§ 1º, 101 e 113,§ 1º), ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativas (art. 89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a Administração (Código Penal) ou de atos de improbidade, definidos pela lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992 (DI PIETRO, 2006, p. 332).

Para Tanaka et. al. (2008, p. 286) “a lei define as condições de atuação da Administração, de sorte a estabelecer uma sequência lógica dos atos administrativos que integram o procedimento licitatório, ressalvada a competência discricionária das definições específicas da contratação desejada”, ou seja, a Administração pode estabelecer uma sequência mais apropriada dos atos administrativos que integram o procedimento, de acordo com a competência do administrador em definir a contratação que melhor atender os princípios da legalidade.

2.3.2 Princípio da impessoalidade

Este princípio está ligado ao da isonomia e do julgamento objetivo, e determina o tratamento igual a todos os participantes, com vistas ao cumprimento do interesse público, sendo vedado, portanto, a concessão de benefícios ou prejuízos a pessoas determinadas, uma vez que é o comportamento que deve ser norteado sem interesse.

2.2.3 Princípio da moralidade e da probidade administrativa

Por este princípio exige-se, da Administração Pública, comportamento lícito e o estrito cumprimento dos atos de forma que esteja consoante a moral, os bons costumes, regras da boa administração, o princípio de justiça e de equidade, neste caso a moralidade administrativa.

Além de previsto no art. 37, *caput*, e 5º LXXIII, da CF, o decreto lei nº 2.300/86 o incluía [o princípio da moralidade] no artigo 3º com o nome de probidade, que nada mais é que honestidade no modo de proceder. A Lei nº 8.666/93 faz referência à moralidade e a probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37§ 4º) (DI PRIETO 2006, p. 333).

A autora relata o termo probidade, não muito conhecido, pois não está previsto na Constituição, diferente da moralidade. A Lei das Licitações traz em alguns artigos algumas punições a respeito da probidade, talvez mais conhecida como improbidade administrativa, quando do descumprimento de alguma regra estabelecida em lei.

2.3.4 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade está entre os fundamentais para o procedimento licitatório, e seu objetivo é tratar todos de forma igualitária. A Administração Pública deve garantir a participação de forma igualitária a todos os participantes do certame, não somente a melhor proposta.

O§ 1º, inciso I, do artigo 3º, da Lei nº 8.666/1993 trata do princípio da isonomia, não permitindo que aos agentes públicos

[...] estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3º da lei nº 8.248/91.

Conforme relata Di Pietro (2006, p. 330), a lei complementar nº 123/2006 veio para criar mais um critério de desempate em favor da microempresa e da empresa de pequeno porte (art. 44), considerando como empate “aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores às propostas mais bem classificadas” (§1º do artigo 44); esse índice é de 5% no caso do pregão (§2º do artigo 44).

Se ocorrer o empate, a microempresa (ME) ou a empresa de pequeno porte (EPP) mais bem classificada poderá apresentar uma proposta de preço inferior ao do licitante vencedor; se houver empate entre a microempresa ou a empresa de pequeno porte, deverá ser feito um sorteio.

A lei complementar nº 123/2006 da preferência de contratação para microempresa e empresa de pequeno porte nas licitações, o que não significa que irão contratar por preços acima do previsto. Caso tenham apresentado uma proposta um pouco superior às outras, a ME e a EPP têm uma oportunidade de reformular a sua proposta de modo que o preço fique menor ao da proposta que seria a vencedora, sendo assim o objeto será adjudicado a ela.

2.3.5 Princípio da publicidade

Este princípio, por sua vez, exige que a Administração Pública publique todos os atos pertinentes ao procedimento licitatório até a execução do contrato administrativo. É uma forma de todos os interessados, em especial a sociedade civil, estar monitorando os atos administrativos a fim de fiscalizar todos os procedimentos.

A Administração precisa ser transparente em todos os procedimentos licitatórios para não recair em antigos hábitos – como o de não publicar os atos –, possibilitando, assim, o acesso das informações pelos interessados.

A Lei nº 8.666/93, no art. 3º, §3º, estabelece que a licitação não será sigilosa, sendo acessível ao público todos os atos do seu procedimento, salvo o conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; o art. 4º permite que qualquer cidadão acompanhe seu

desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos; o art. 15,§2º, exige que os preços registrados sejam publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial; o art. 16 determina que seja realizada a relação de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação.

2.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O instrumento convocatório é ferramenta de grande valia no procedimento licitatório, pois nele encontram-se previstas todas as normas e condições pertinentes a licitação. Conforme o art. 3º, *caput*, da lei nº 8.666/1993, “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Quando houver a necessidade de alteração no edital ou na carta convite, a mesma poderá ser feita após a retificação, e seu conteúdo deverá ser republicado e, a partir disso, os prazos são recontados, observando o princípio da isonomia.

O instrumento convocatório deverá ser respeitado pelo licitante e pela Administração pública, a fim de garantir as condições estabelecidas, caso o licitante não atenda o previsto, o mesmo poderá ser desclassificado ou inabilitado, ficando suspenso de participar conforme prazo determinado na lei nº 8.666/1993.

No caso de a Administração pública não cumprir todos os requisitos estabelecidos, a licitação poderá ser anulada.

2.3.7 Princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo está expresso no artigo 45 da lei nº 8.666/1993, onde se lê:

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Este princípio implica na escolha, pela Administração pública, da melhor proposta para a contratação do objeto licitado, de acordo com os critérios estabelecidos na

licitação, sem qualquer subjetividade ou discricionariedade.

2.4 Modalidades

A Lei nº 8.666/1993 enumera, em seu artigo 22, cinco tipos de modalidades de licitação, quais sejam: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso, Leilão e o Pregão previsto na Lei nº 10.520/2002.

2.4.1 Concorrência

A concorrência é a mais solene e ampla das modalidades de licitação, utilizada na contratação de serviços e obras de grande vulto. Deve ser utilizada na alienação de bens imóveis, nas concessões de direito de uso, nas permissões e concessões de serviços públicos e nas licitações internacionais, qualquer que seja o valor do objeto; sendo que nas duas primeiras hipóteses exige-se que o procedimento seja praticado com autorização legislativa específica.

Trata-se de uma “modalidade de licitação entre quaisquer interessados que na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto” (Lei 8.666/93, art. 22,§ 1º). O limite para a contratação, neste caso, é acima de R\$ 1.500.000,00 (Hum milhão e quinhentos mil reais).

Para compra e serviços, exceto os de engenharia, de valor superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), na forma do disposto no art. 22, I, “c”, da Lei nº 8.666/1993.

Quanto ao prazo de publicação do edital de concorrência, em Diário Oficial (DO), em jornal de grande circulação do estado e do município, quando houver, será de 30 dias para concorrência de tipo menor preço e um mínimo de 45 dias para tipo melhor técnica ou técnica e preço.

2.4.2 Tomada de preço

A tomada de preço, por sua vez, é apresentada no art. 22,§ 2º, da Lei das Licitações e Contratos, como “modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro

dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

O diferencial desta modalidade é que permite aos licitantes não cadastrados a se cadastrarem, até três dias antes da data do recebimento das propostas, no sistema único da Administração Pública e, assim, participarem do processo, aumentando a competitividade.

A tomada de preços, segundo o art. 23, I, “b”, da Lei nº 8.666/1993, deverá ser adotada para obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 1.500.000,00 (Hum milhão e quinhentos mil reais) e para compras e serviços (de não engenharia), até o valor de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), na forma do disposto no art. 23, II, “b”, da mesma.

Quanto à publicidade, a tomada de preços deverá seguir as mesmas regras elencadas para a modalidade concorrência. No que diz respeito a prazo mínimo, para o tipo menor preço é de 15 dias e para melhor técnica ou técnica e preço é de 30 dias.

2.4.3 Convite

Outra modalidade existente é o convite, que o art. 21, § 3º da Lei nº 8.666/1993, define como:

[...] a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas de apresentação das propostas.

Trata-se de uma espécie simples e sumária de licitação, adotada em função do valor do contrato, conforme art. 23 da Lei nº 8.666/93.

Neste caso, os interessados poderão estar cadastrados ou não para participar do certame, desde que o número mínimo de empresas convidadas seja 03 (três), do contrário o certame será suspenso para reabertura do prazo de publicação, sem prejuízo para a Administração Pública.

Nos termos do art. 21, I, “c”, da Lei nº 8.666/1993, é indicado para a contratação de obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e para compras e serviços de não engenharia até o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) conforme o art. 21, II, “c” da mesma.

2.4.4 Concurso

Concurso, consoante a disposição do art. 22,§ 4º, da Lei nº 8.666/1993:

[...] é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

O concurso não é uma modalidade de licitação que permite a aquisição de bens e serviços, servindo apenas para selecionar um determinado trabalho no âmbito técnico, científico ou artístico, que pode ou não premiar o vencedor.

2.4.5 Leilão

O leilão, nos termos do art. 21,§ 5º, da Lei de licitações, é a modalidade na qual qualquer interessado na venda de bens que a Administração já não utiliza “ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis previstas no art. 19, a quem oferecer mais lance, igual ou superior ao valor da avaliação”.

Esta modalidade é utilizada para a venda de bens não utilizados pela Administração, assim como de produtos apreendidos, penhorados, doações e imóveis alienados judicialmente, conforme previsto na Lei nº 8.666/1993, levando o bem o interessado que fizer o maior lance.

O prazo mínimo de publicação, no Diário Oficial da União, Estado ou Distrito Federal, jornal de grande circulação no Estado e, se houver, no município, para a modalidade de leilão é de 15 dias, nos termos do art. 21,§ 2º, III, da lei de licitações.

2.4.6 Pregão

A Medida Provisória (MP) nº 2.026/00, instituída pela Lei nº 10.520/2002, e regulamentada pelos Decretos 3.555/2000 e 5.450/2005, acrescentou o Pregão como modalidade que tem, por objetivo principal, a contratação de bens e serviços comuns, mediante sessão pública com a participação de licitantes, seguida de lances verbais.

De acordo com o art. 1º, parágrafo único, “consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no

mercado”.

Para Administração Pública adquirir os bens e serviços comuns, estes deverão atender todas as especificações do mercado. Na elaboração do edital, esses detalhes servirão de referência para a aquisição.

O procedimento do pregão, como modalidade licitatória, trouxe inovações na Administração Pública. Existem duas fases no pregão, a interna e a externa. A fase interna é procedida de justificativa da autoridade competente sobre a necessidade de contratação e definirá o objeto, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com prazos de fornecimento.

A definição do objeto deverá se dar de forma precisa, suficiente e clara, vedadas as especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição. Dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados; bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados.

A autoridade competente deverá escolher entre os servidores públicos, o pregoeiro e a equipe de apoio, cujas atribuições incluem o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará algumas regras, tais como, a convocação dos interessados será feita através de publicação em diário oficial, ou em jornal de grande circulação local e por meios eletrônicos. No aviso de licitação constará o objeto, a data, o local e o horário. O edital é o documento que norteará o participante, devendo, portanto, constar todos os elementos necessários para a participação e a minuta do contrato. Qualquer pessoa poderá ter acesso ao edital.

O prazo fixado nesta modalidade não pode ser inferior a 8 (oito) dias úteis. No dia, hora e local designados, será realizada a sessão pública para o recebimento das propostas, para os interessados e ou representantes devidamente identificados e com poderes para formulação de propostas e para os demais atos inerentes ao certame.

Na abertura da sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência que cumprem todos os requisitos de habilitação constantes no edital e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos. Após conferidos, os envelopes são abertos imediatamente.

No decorrer da sessão, o autor da oferta de melhor valor, ou seja, o valor menor, e o das ofertas com preços até 10% superiores àquelas poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a divulgação do vencedor. Não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições acima citadas, poderão os autores das melhores propostas, até no máximo três, oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços ofertados.

Para o julgamento e classificação das propostas, o critério a ser adotado será o de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital. Dentre as propostas examinadas e classificadas em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade.

Depois de encerrada a etapa de competitividade e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do envelope da documentação de habilitação do licitante que apresentou as melhores propostas, verificando se os mesmos estão em conformidade com as exigências do edital; após verificada a conformidade, o licitante será declarado o vencedor.

Decididos os recursos, se houver alguma manifestação imediata, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor, após o que será homologada a licitação e o adjudicatário será convocado para assinar o contrato.

O pregão eletrônico foi regulamentado pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, e estabelece que as fases do procedimento são as mesmas do Pregão. Há algumas exigências a mais, sendo as mais importantes:

- a) o sistema eletrônico será dotado de recursos de autenticação e de criptografia, garantindo assim a segurança em todas as etapas (art. 2º, § 3º);
- b) o responsável técnico e operacional do procedimento é a Secretaria de Logística de Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que atuará como provedor do sistema para os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG (art. 2º, § 4º); o sistema eletrônico poderá ser cedido para outro órgão através de adesão (art. 2º, § 5º);
- c) o pregoeiro e a autoridade competente deverão fazer o cadastro previamente no sistema (art. 3º); o credenciamento é feito através de chave de identificação e senha, pessoal e intransferível, para o acesso ao sistema (art. 3º, § 1º); para participar do procedimento é necessária a utilização da

chave e da senha;

- d) o licitante deverá fazer o seu cadastro e manter atualizado junto ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF (art. 3º,§ 2º);
- e) a divulgação do pregão deverá ser feita pela publicação do aviso pela imprensa, e também pelo sítio <www.comprasnet.gov.br> (art. 17, *caput* e § 1º);
- f) as propostas são apresentadas pelo sistema eletrônico (art.21), podendo ser alteradas ou retiradas até a data de abertura da sessão (art. 21,§ 4º);
- g) na sessão pública, os licitantes podem acompanhar pela internet, os que não atenderem as exigências serão desclassificados; o próprio sistema ordenará as propostas classificadas, automaticamente, enumerando as que participaram da fase dos lances (art. 23);
- h) os lances são feitos pela internet, podendo ser apresentados diversas vezes pelo mesmo licitante, desde que para reduzir o valor; durante essa fase, os licitantes serão informados do valor do menor lance registrado, sem identificar quem o apresentou (art. 24);
- i) após o encerramento da etapa de lances, o pregoeiro poderá apresentar contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, sem negociar diferentes condições daquelas previstas no edital (art. 24,§ 8º);
- j) a habilitação é feita após a fase de julgamento, na qual a verificação é baseada no SICAF ou, quando houver necessidade de outra documentação apresentadas por fax, deverão ser encaminhadas posteriormente cópias autenticadas, mediante o prazo estipulado no edital (art. 25, §§ 2º e 3º);
- k) o licitante pode recorrer da decisão, sendo que, para isso, deverá manifestar a sua intenção no decorrer da sessão, no próprio sistema, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões do recurso, sob pena de caducidade (art. 26);
- l) após os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, é adjudicado o objeto pela autoridade competente e homologado o procedimento licitatório (art. 27);

m) o licitante será convocado a assinar o contrato, devendo comprovar as condições de habilitação conforme o edital (art. 27,§ 2º).

Pelo visto, o pregão eletrônico segue as mesmas regras do pregão comum, tendo como principais diferenças o uso da internet como meio de convocação dos licitantes, além do tempo de execução do pregão em si, que é mais rápido. Algumas fases apresentam ainda diferenças menos contrastante entre o pregão e o pregão eletrônico, mas muitas das normas do Decreto nº 5.450/2005 são as mesmas normas que constam no Decreto nº 3.555/2000, que regulam o pregão comum.

III DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

Inicialmente neste capítulo, deve-se destacar que em todos os casos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, onde a regra geral de licitar foi excepcionada, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação, o foi sob justificativa de que o princípio da licitação encontra-se em confronto com outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica, tendo sido primeiro subjugado por um desses.

3.1 Pressupostos da licitação

Em decorrência dos parâmetros e princípios que conformam nosso ordenamento jurídico, a licitação constitui antecedentes obrigatórios de todo contrato administrativo. Entretanto, a deflagração do procedimento licitatório está ligada a verificação de certos pressupostos, agrupados em três categorias por Mello (2006, p. 505).

3.1.1 Pressuposto lógico

Para que haja licitação é necessária a existência de uma pluralidade de objetos e de ofertantes. Com efeito, seria inconcebível a abertura de um certame com o objetivo da contratação de um serviço disponível por apenas uma empresa, ou ainda, para a compra de um imóvel determinado, que seria utilizado na instalação de uma repartição pública.

3.1.2 Pressuposto jurídico

A licitação visa garantir o interesse público, o objetivo do instituto é servir. No entanto, há casos em que a instauração do procedimento seletivo se revela inapto à consecução do seu desiderato e muitas vezes contrárias ao objetivo público. Esses casos são sistematizados na legislação como de dispensa e de inexigibilidade do certame licitatório.

3.1.3 Pressuposto fático

É a existência de pessoas interessadas em disputá-la. Seria inviável, por

exemplo, a abertura de um certame para obtenção de um parecer de um jurista famoso, pois, com certeza o mesmo não submeteria seu nome em uma mera disputa.

3.2 Dispensa de licitação

O procedimento licitatório, como já enfatizado, é a regra a ser seguida pela Administração quando da realização de compras, serviços, obras, alienações, entre outros, e a contratação direta que constitui uma exceção somente se justifica nas situações consideradas como de dispensa ou de inexigibilidade do procedimento licitatório.

Há dispensa de licitação, no ensinamento dos juristas Figueiredo & Ferraz (1992, p. 33), “quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, previstas em lei, que facultam a não-realização da licitação, que era em princípio imprescindível”.

Destarte, o certame licitatório é factível, mas circunstância relevante, legalmente admitida, desobriga a Administração de utilizá-lo, abrindo ensejo à contratação direta.

No art. 24 da Lei nº 8.666/93, com redação alterada pela Lei nº 8.883/94, foram estabelecidas vinte hipóteses em que a licitação é dispensável. A Lei nº 9.648/98 acrescentou à relação mais quatro casos.

O rol instituído pelo citado dispositivo é exaustivo, ao contrário das hipóteses elencadas no art. 25, que trata da inexigibilidade de licitação.

A propósito, Medauar (2004, p. 244) emitiu a seguinte opinião: “a dispensa abrange os casos em que a situação enseja competitividade, sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta sua não realização. Por isso o rol do art. 24 não é considerado taxativo”.

O administrador público deve acautelar-se quando decide pela contratação direta, pois a Lei das Licitações considera ilícito penal dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses expressas em lei.

É o que descreve o artigo 89 da Lei nº 8.666/93: “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 03 (três) à 05 (cinco) anos, e multa”.

3.3 Causas geradoras da dispensa de licitação

As hipóteses elencadas pelo art. 24 da Lei das Licitações são melhor compreendidas adotando-se o critério classificatório traçado por Figueiredo & Ferraz (1992,

p. 37):

- a) pequeno valor;
- b) situações excepcionais;
- c) peculiaridade da pessoa contratada;
- d) peculiaridade do objeto que se busca obter.

3.3.1 Pequeno valor

3.3.1.1 Obras e serviços de engenharia

No artigo 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, a dispensa de licitação se dá por considerar que o valor da contratação não compensa os custos da Administração com o procedimento licitatório.

O inciso I do art. 24 disciplina que: “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 uma parcela 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”.

Como se observa, essa dispensa em razão do pequeno valor do objeto licitado não pode ultrapassar 10% (dez por cento) do limite previsto para modalidade convite. No caso de obras e serviços de engenharia, o valor não poderá ultrapassar R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

3.3.1.2 Para outros serviços e compras

O inciso II, do art. 24, assim disciplina a questão:

[...] 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 as parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

A regra é a mesma prevista no inciso I do citado dispositivo. Ressalta-se que o Administrador Público deve observar sempre os limites estabelecidos para suas aquisições e

contratações de serviços. O limite previsto nesse inciso não poderá ultrapassar o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

No entanto, o parágrafo único do artigo 24, referindo-se aos incisos I e II, aumenta em 20% (vinte por cento) o valor para compras, obras e serviços, contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem como por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, com agências executivas.

3.3.2 Situações excepcionais

De acordo com a classificação aqui adotada, este grupo abrange os incisos: III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV e XVIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93. Como são muitos os casos de situações excepcionais, é importante destacar algumas hipóteses.

3.3.2.1 Emergência ou calamidade pública (inciso IV)

O inciso IV trata da hipótese de emergência ou calamidade pública, ou seja, quando ficar claramente caracterizada a urgência de atendimento em situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou privados, a Administração poderá dispensar licitação.

A contratação deve servir somente para o atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade. Não é permitida a prorrogação dos contratos respectivos.

3.3.2.2 Licitação deserta (inciso V)

A dispensa de licitação, no inciso V, assim está disposta: “quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas”.

A norma acima retrata a possibilidade de contratar, sem processo licitatório, no caso da ocorrência da licitação deserta. Porém, somente após a existência de licitação anterior, à qual não acudiu nenhum interessado é que se permite a contratação direta.

Neste particular, acresce dizer que, além do fracasso da licitação anterior, é necessário que fique caracterizado o risco a pessoas e bens, no momento da dispensa do

certame e que a contratação direta se realize para eliminar tal situação. Também é imprescindível que as condições exigidas no processo licitatório anterior sejam mantidas para que a Administração celebre o contrato legalmente.

3.3.2.3 Intervenção no domínio econômico (inciso VI)

Este dispositivo possibilita à União intervir no mercado de bens e serviços, adquirindo ou ofertando bens de forma a equilibrar o mesmo, sem a utilização de licitação.

A intervenção poderá ocorrer em dois casos, tanto para regular preços, como para normalizar o abastecimento. A Lei nº 8.666/93 autoriza, em ambos os casos, que a Administração dispense o processo licitatório e adquira diretamente do fornecedor.

3.3.2.4 Preços superiores aos praticados no mercado nacional (inciso VII)

O referido dispositivo tem a seguinte redação:

Quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços (Lei nº 8.666/93, art. 24, inciso VII).

Tal preceito possibilita que a Administração dispense a realização de licitação, desde que realize procedimento licitatório e verifique que o preço ofertado pelos licitantes está incompatível com os preços de mercado ou com os fixados pelos órgãos oficiais competentes.

Ressalte-se que para a utilização desta faculdade é fundamental que a licitação anterior tenha atingido a fase de abertura de propostas e que estas tenham sido desclassificadas por estarem com os preços superiores aos praticados pelo mercado.

Ponto relevante neste dispositivo é o fato de reportar-se ao art. 48, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que faculta à concessão aos licitantes de nova oportunidade para formular suas propostas, quando todas tiverem sido desclassificadas. No prazo de oito dias, os licitantes deverão, conforme facultado pela Administração, formular novas propostas escoimadas dos vícios que levaram às suas respectivas desclassificações; em se tratado da modalidade convite, o prazo será de três dias.

3.3.2.5 Segurança nacional (inciso IX)

O inciso IX trata da dispensa de licitação fundada na possibilidade de comprometimento da segurança nacional. Segundo Justem Filho (2000, p. 251): “o assunto segurança nacional é aquele que envolve interesses permanentes e superiores da sobrevivência do Estado brasileiro. A segurança nacional reporta-se exclusivamente ao relacionamento do Estado brasileiro perante a comunidade internacional”.

Como se percebe, o dispositivo fala do comprometimento da segurança nacional, afastada desde logo a extensão de hipóteses semelhantes serem geridas em âmbito estadual ou municipal.

A vedação não se aplica, simplesmente, pelo fato de haver risco à segurança nacional como um todo, mas sim, em face da constatação de comprometimento real e efetivo, de sorte que o único caminho apto a debelar com o risco à segurança nacional seja a contratação direta.

3.3.3 Peculiaridade da pessoa contratada

Este grupo abrange os incisos VIII, XIII, XVI, XX, XXIII, e XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 e, a exemplo do grupo anterior, somente serão comentados alguns deles.

3.3.3.1 Contratação de instituição brasileira (inciso XIII)

Abriga esse inciso a permissão concedida à Administração de contratar diretamente entidades particulares dedicadas às atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico.

Para a contratação direta da instituição é indispensável que, em seu estatuto ou regimento, esteja expresso que constitui objetivo da mesma a dedicação à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou então que seu objetivo seja a recuperação social de preso. As atividades dessas instituições não podem objetivar lucro.

3.3.3.2 Contratação no âmbito da administração indireta (inciso XXIII)

O inciso XXIII está vazado nos seguintes termos: “na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a

aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

A aplicação desse dispositivo restringe-se as empresas públicas ou sociedades de economia mista e somente para contratar suas subsidiárias ou controladas.

3.4.3 Peculiaridade do objeto que se busca obter

Seguindo a linha adotada, este grupo abrange os seguintes incisos X, XII, XV, XVII, XIX e XXI do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

3.4.3.1 Compra ou locação de imóvel (inciso X)

O inciso prescreve que: “para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia”. A administração, para aplicar essa hipótese, deverá previamente observar dois requisitos, quais sejam: que o imóvel atenda as necessidades de instalação e localização e que o preço seja razoável, condizente com o praticado no mercado.

3.4.3.2 Aquisição de componentes durante o período de garantia técnica (inciso XVII)

O citado inciso dispõe que: “para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia”.

A contratação direta apenas estará autorizada quando for condição imposta pelo fornecedor para manter a garantia ao equipamento anteriormente fornecido. Justem Filho (2000, p. 258) ensina que “essa exigência, obviamente, somente poderá ser respeitada quando expressamente constante da proposta originalmente formulada pelo fornecedor, por ocasião da aquisição do equipamento principal”.

3.4 Inexigibilidade de licitação

Veja-se o que se depreende do *caput* e incisos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93,

onde se lê: “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”, em especial:

- I. para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
- II. para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
- III. para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Para Figueiredo & Ferraz (1992, p. 33), “há inexigibilidade quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, de fato ou de direito, previstas em lei, as quais, porque inviabilizadoras de competição, afastam peremptoriamente a licitação”. A respeito desse dispositivo legal, Meirelles (2006, p. 285) tece o seguinte comentário: “em todos esses casos, a licitação é *inexigível* em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato”.

Os autores afirmam que a realização do procedimento licitatório é materialmente impossível em face da singularidade do objeto. Trata-se, como se percebe, de uma inviabilidade lógica.

É importante observar, ainda, que o rol descrito no art. 25 não abrange todas as hipóteses de inexigibilidade. De fato, porque imprevisíveis todas as situações, seria impossível arrolá-las em *numerus clausus*. Destarte, novos rótulos podem ser acrescentados ao elenco federal.

O inciso I do artigo citado, trata de hipóteses de inexigibilidade em que o objeto refere-se a compras, não permitindo, portanto, contratação de serviços ou obras embasados nesse dispositivo.

A exclusividade deve ser comprovada por atestado ou certidão, que deve ser expedida por um dos seguintes órgãos: junta comercial; sindicato; federação ou confederação patronal; ou, ainda, entidade equivalente.

Para que se possa aplicar o inciso II, do artigo 25, o objeto do contrato a ser firmado só pode constituir-se em serviço e esse tem que estar elencado no artigo 13 da mesma lei, desde que não seja serviço de publicidade e divulgação, devendo apresentar determinada singularidade.

É necessário, também, que o contratado detenha a habilitação pertinente e que o profissional ou empresa possuam notória especialização. A notoriedade deve estar relacionada com a singularidade do serviço, conforme reza o artigo 25,§ 1.

Já a contratação direta de artistas, hipótese contemplada no inciso III, embora venha se prestando a toda sorte de abusos cometidos por administradores pouco zelosos da coisa pública, em todos os níveis do governo, não tem suscitado maior atenção dos doutrinadores, constituindo, destarte um tema a ser aprofundado.

IV CONDICIONANTES DO DECRETO Nº 5.504/05 E SUA MOLDURA JURÍDICA

4.1 Os condicionantes

O Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005, estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

Refere-se e modifica a Lei das Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), obrigando as organizações do Terceiro Setor a submeterem-se as regras da Administração Pública, para a aquisição de bens e serviços de preferência na forma de pregão eletrônico. Com isso as organizações não governamentais devem se igualar ao setor público na prestação de contas e utilizar, preferencialmente, o pregão eletrônico. Para que sejam evitadas improbidades administrativas ou desvios de recursos públicos, foi criado este decreto.

A exigência da realização de licitação já estava evidente na Instrução Normativa (IN) nº 01/97, com suas alterações na IN da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) nº 03/2003, a mesma que regulamenta o termo de parcerias, conforme o que diz o seu art. 27:

O conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica.

4.2 A moldura jurídica

Conforme o art. 1º do Decreto nº 5.504/05,

[...] os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante

processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

No que diz respeito o§ 1º, as licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do *caput*, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520/2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450/2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

E no§ 3º, os órgãos, entes e entidades privadas sem fins lucrativos, convenientes ou consorciadas com a União, poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros.

Segundo a Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG) a promulgação do Decreto nº 5.504/2005 tem ocasionado alguns danos na decorrência dos projetos, bem como fere o direito democrático de acesso a recursos públicos, realizado por organizações sem fins lucrativos.

Elencamos alguns dos problemas vivenciados pelas organizações em documento coletivo:

- a) As organizações sem fins lucrativos passam a disputar recursos públicos e operá-los na mesma lógica concorrencial de empresas.
- b) Há inconstitucionalidade no decreto, por modificar a Lei das Licitações ao introduzir um novo elemento, a modalidade do pregão.
- c) Ele passa a ser aplicado em convênios já contratados, alterando suas regras de funcionamento¹.
- d) A aplicação da modalidade de pregão para projetos com entidades sem fins lucrativos compromete a qualidade de seus programas e inviabiliza sua execução, uma vez que muitos projetos implementados por entidades defensoras de direitos humanos² embasam-se em metodologias e pedagogias sócio-educativas³, voltadas para a formação de seus/suas

¹ Como é o caso do Programa 1 Milhão de Cisternas (P1MC).

² A Política Nacional de Assistência Social (PNAS) inova ao reconhecer, em seu artigo 3º, que entidades defensoras de direito integram o campo da assistência social.

³ Ou seja, a exemplo do P1MC, os agentes envolvidos e que efetivamente trabalham, haja vista os positivos resultados descritos pela Articulação no Semiárido (ASA) em relação ao Projeto, não poderão mais participar, por não possuírem capacidade concorrencial com empresas prestadoras de serviço. A maioria dos/as fornecedores/as atuais no P1MC é constituída por comerciantes locais, inclusive no que se refere à compra de alimentos; dá-se preferência à aquisição da produção local de agricultura familiar. Muitas vezes esses não têm acesso ao procedimento do pregão eletrônico ou não têm condições de concorrer com os/as grandes fornecedores/as.

integrantes para a cidadania ativa.

- e) No que se refere aos processos de coordenação e partilha de responsabilidades e poder, a obrigatoriedade do pregão resulta no rompimento do processo metodológico e educacional de projetos que envolvem cidadãos e cidadãs beneficiários/as de políticas públicas ao tecnicizar a implementação das mesmas. A publicação de editais no DO é de alto custo e as organizações não têm rubrica para esta despesa nos seus orçamentos.
- f) A obrigatoriedade da escolha pelo menor preço muitas vezes implica a baixa qualidade ou inapropriação de produtos ou serviços contratados.
- g) O tempo que se leva para cumprir toda a rotina licitatória é muito maior do que o tempo que se precisa para utilizar o material. Isso prejudica o desempenho e tempestividade das atividades.
- h) Em caso de quebra de contrato com o/a fornecedor/a não se pode cancelar o contrato e contratar com o/a segundo/a fornecedor/a da lista, mas somente acioná-lo judicialmente e iniciar um novo procedimento licitatório.
- i) Recursos que seriam necessários para qualificar a equipe de licitação não estão incluídos nos projetos como estão formatados, o que gera custos para as instituições que não têm recursos para cobri-los.
- j) Os produtos passam a ser comprado por lotes, não sendo permitido seu fracionamento, gerando problemas quanto ao armazenamento desses produtos. Tendo em vista a impossibilidade de fracionamento, a entrega dos produtos se dá em um único local, gerando mais um custo à instituição que terá que redistribuir estes produtos nas comunidades, necessitando de contratação de mão-de-obra, transporte, etc.

Com esses problemas levantados, verifica-se a dificuldade das entidades atenderem ao Decreto na íntegra, uma vez que não dispõe de condições administrativas e jurídicas para tal. Necessitando de um suporte maior dos entes públicos para melhor aplicar os recursos, uma vez que são destinados a muitos projetos implementados por entidades defensoras de direitos humanos, embasam-se em metodologias e pedagogias socioeducativas, voltadas para a formação de seus/suas integrantes para a cidadania ativa.

V OS EFEITOS DO DECRETO Nº 5.504/2005 NAS ONGS

5.1 Os efeitos administrativos, contábeis e políticos nas ONGs

Os efeitos causados pela implantação do Decreto nº 5.504/05 afetam a gestão administrativa, contábil e política das ONGs, pois nem todas as entidades dispõem destas estruturas de suporte pleno para os procedimentos exigidos pelo Decreto. A organização de um pregão eletrônico demanda muito tempo, recursos humanos, tecnológicos e conhecimentos específicos.

Para as ONGs se adequarem ao Decreto seria necessário adquirirem um sistema informatizado próprio para trabalhar com essa modalidade. Os aplicativos existentes no mercado não são adaptados as necessidades das ONGs, pois trabalham com grandes quantidades de produtos, não dispõem de assistência na elaboração de editais e na descrição detalhada dos produtos e muito menos fornecem pregoeiro. Além disso, os custos para aquisição de um aplicativo desta natureza raramente são viáveis no orçamento das organizações. A Administração Pública também não dispõe de sistemas que se adaptam as necessidades das ONGs, pois de modo geral as aquisições são de poucos vultos.

Ao longo de sua trajetória de atuação, as ONGs se especializaram no fator humano ao desenvolverem suas atividades. As exigências de indicadores por parte dos financiadores da cooperação internacional ou de doadores individuais sempre esteve relacionada a este tipo de objeto. Por conta disso, passa a ser um desafio atender as exigências burocráticas e administrativas para a execução de recursos financeiros do governo. Nesse aspecto, não bastam os valores éticos e a boa qualidade de serviços prestados, sendo necessária a aquisição de amplos conhecimentos nas questões relacionadas às normas da Administração Pública, bem como a criação de processos que atendam as demandas burocráticas do Governo.

No entanto, nem sempre esse é um processo tranquilo e organizações com forte vínculo nas suas bases e com trajetórias de idoneidade e bons serviços acabaram por serem tragadas por uma burocracia para qual não estavam preparadas. Nesse aspecto, vale destacar as organizações indígenas que, na ânsia de garantir o importante avanço de tornarem-se gerentes dos serviços de saúde voltados para suas comunidades, assumiram responsabilidades além das suas capacidades gerenciais e administrativas.

Apesar dos efeitos nefastos que o Decreto em pauta teve sobre as organizações que não estavam preparadas para atendê-lo, não se pode considerá-lo totalmente negativo. Caso a intenção fosse ter um olhar *darwinista* sobre a questão, poder-se-ia dizer que o tal Decreto colaborou de forma preponderante para a evolução dos controles financeiros e administrativos das ONGs. Aqueles que uniram as motivações ideológicas à necessidade de se adaptarem ao novo cenário para continuarem prestando um importante serviço à população saíram fortalecidos deste processo.

Para essas organizações, essa “evolução” passa a servir como chancela de credibilidade técnica e administrativa, bem como de idoneidade. Isso ocorre quando outro financiador toma conhecimento do nível de exigências e controles a que a organização em questão está submetida para executar ações com recursos públicos.

5.2 A experiência da Operação Amazônia Nativa

A Operação Amazônia Nativa (OPAN) é uma entidade não governamental sem fins lucrativos, de pequeno porte, que atua nos campos da saúde, economia, educação e defesa do território do povo indígena. Sua estrutura não está dividida em departamentos e seus trabalhos são desenvolvidos por poucas pessoas. Não é raro uma única pessoa desenvolver vários trabalhos simultaneamente.

Criada em 1969, é composta por diretoria, coordenação executiva, membros associados e projetos de campo. Os trabalhos são financiados por cooperação internacional e recursos públicos. O primeiro convênio com Governo Federal foi celebrado em 1992, com o Ministério da Saúde e a Fundação Osvaldo Cruz. Nesse período, as compras eram feitas sem a exigência de cotação de preço, e a OPAN sempre optava por melhores preços.

Em outro convênio com Governo Federal, o Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas do Amazonas Legal (PPTAL), com o Ministério da Justiça, a OPAN realizou diversos trabalhos na região Amazônica e, neste caso, as aquisições de materiais permanentes eram feitos pelo PPTAL, enquanto os insumos eram obtidos através de cotações de preços, que posteriormente eram anexadas nas prestações de contas. Todos estes projetos citados são administrados por uma única coordenação financeira, pois os trâmites burocráticos são menores.

O convênio com a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), é um dos projetos que recebe recursos públicos em montante significativo, exigindo a criação de gestão administrativa descentralizada, porém também supervisionada pela coordenação financeira,

contando ainda com uma empresa contratada que assessora na área jurídica e contábil do convênio.

A OPAN iniciou seu convênio com a FUNASA em 1999. Naquele momento, as regras para gestão de recursos eram mais simples. Não eram exigidos procedimentos licitatórios para a aquisição de bens, serviços comuns e de materiais permanentes, somente eram feitas cotação de preços simples através de no mínimo três orçamentos. Após a pesquisa de preços no mercado, demonstravam-se os preços através de um mapa comparativo, para comprovar o melhor preço e, assim, eram feitas as aquisições com os fornecedores e toda a documentação comprobatória da compra era arquivada junto com a documentação fiscal, para a posterior prestação de contas.

A equipe administrativa do convênio foi treinada para, inicialmente, fazer licitações na modalidade carta convite, até mesmo como meio de adquirir experiência. Por se tratar de pequenas quantidades de bens comuns, muitos fornecedores não demonstravam interesses em participar. No entanto, isso atrasava o processo de aquisição e retardava a chegada dos produtos no local desejado, pois não comparecendo no mínimo 03 (três) participantes, a licitação deveria ser novamente publicada até atender as exigências.

Com a exigência dos procedimentos licitatórios, depois do Decreto nº 5.405 de 2005 a OPAN teve que implantar uma nova rotina para atender à legislação. Diante das limitações tecnológicas, especificidades dos locais onde os serviços seriam prestados e os bens recebidos, a OPAN optou por realizar a modalidade de pregão presencial.

A partir de 2006, a OPAN finalmente se capacitou para realizar o pregão presencial. A estruturação dos procedimentos licitatórios foi muito difícil inicialmente, pois a OPAN não dispõe de gestão administrativa e recursos humanos suficientes para criar uma equipe de licitação. Esse convênio com a FUNASA já tem uma particularidade, pois exige muitos procedimentos administrativos, como prestações de contas, relatórios financeiros, técnicos e a organização da documentação fiscal. No entanto, a equipe que existe não é suficiente para atender todas essas demandas.

Com a exigência do Decreto, a OPAN se estruturou, mesmo com a equipe existente para atender a todas as suas normas, bem como a Lei das Licitações e Contratos. Improvisou uma sala para realizar os certames e, com os treinamentos constantes, a equipe foi se aprimorando para realizar as licitações na modalidade de pregão presencial.

Outra dificuldade encontrada foi à falta de interesse por parte dos fornecedores, talvez pelos editais apresentarem pequenas quantidades ou ainda pela falta de conhecimento da instituição realizadora do certame. A sede da OPAN fica em Cuiabá, capital do Estado do

Mato Grosso, e as aquisições são feitas em dois locais: na Capital e no município de Brasnorte, interior do Estado, onde fica localizado outro escritório deste projeto.

O pregoeiro e sua equipe precisavam se deslocar continuamente até o interior para realizar o procedimento licitatório. Nos primeiros certames na Capital, poucos procedimentos. No final, o trabalho era realizado da melhor forma, e ao se contratar os fornecedores no prazo exigido pela legislação, os produtos ou serviços eram liberados para as equipes, dando continuidade aos trabalhos.

No interior as dificuldades são ainda maiores. Desde a divulgação do procedimento são encontradas barreiras, pois não existe jornal na cidade de Brasnorte, e o jornal do Estado não chega até a localidade, muito menos a internet, quase que inteiramente inacessível. Com isso, era preciso divulgar em locais públicos e de grande acesso dos participantes e da comunidade local.

O trabalho foi de constantes formações para os participantes, no sentido de esclarecimento da dinâmica e da necessidade e importância de participação do procedimento licitatório, a fim de que o trabalho obtivesse êxito.

A OPAN sempre recebe periodicamente as auditorias da FUNASA e, nessas ocasiões, as avaliações têm sido positivas, pois os procedimentos realizados têm estado em conformidade com referida Lei, as prestações de contas sempre foram aprovadas, habilitando a OPAN a conseguir mais recursos com a entidade para dar continuidade aos trabalhos na área de saúde com as populações indígenas.

Outras experiências que a OPAN vivenciou foram através do projeto em parceria com o Ministério da Educação (MEC), no ano de 2006, no interior do Estado do Amazonas. As características da região são muito diferentes do resto do Brasil, dificultando a participação e o cumprimento das normas estabelecidas na Lei por parte dos fornecedores. E ainda, as cidades são pequenas e não existem empresas em grandes números, limitando a concorrência.

Com essas especificidades, não é nada fácil realizar um procedimento licitatório. Como pregoeira da OPAN, foi dada à esta autora a oportunidade de ir ao interior do estado do Amazonas realizar o procedimento. Para a divulgação do edital, foi necessário expor em locais públicos, pois a *internet* não era acessível. No dia do certame, apenas um fornecedor habilitado para cada item compareceu, diminuindo a disputa por mais propostas, necessitando discutir com apenas um fornecedor.

O que se pode afirmar é que, sem um suporte administrativo e jurídico condizente com as entidades de pequeno, médio e de grande porte, não terão condições de se

adequar às exigências do Decreto. As especificidades de cada local e cada projeto são muito diferentes dos existentes em grandes centros.

CONCLUSÃO

O Decreto nº 5.504, de 08 agosto de 2005, é um desafio para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou ainda consórcios públicos.

Conclui-se que boa parte das entidades com sistemas de gestão administrativa mais sólidos absorveu o referido decreto e desenvolveu seus trabalhos em conformidade com a lei, sem alterar a sua estrutura atual, sem contratar novos profissionais e novos equipamentos. Muitas entidades menores sofreram com as demandas decorrentes da implementação de tal normatização, principalmente por suas limitações na gestão administrativa, contábil e jurídica. E, ainda, por vir a ser uma condição cumulativa aos que já vinham desenvolvendo em sua rotina administrativa.

Com a presente análise, foi possível observar que, na OPAN, a implantação do decreto na sua gestão administrativa e jurídica contribuiu na profissionalização de todas as etapas do processo administrativo e licitatório, proporcionou conhecimento geral desses procedimentos junto aos gestores e uma capacitação mais específica para uma equipe restrita, que atua nas licitações. As dificuldades encontradas foram no aumento da demanda de trabalho, pois foram inseridas novas rotinas num contexto no qual as atividades são sistemáticas, tais como, elaboração de projetos, execução financeira, contábil e operacional do projeto; isso aliado à limitação numérica da equipe ocasionou sobrecargas no ritmo de trabalho.

Outro fato constatado foi que, na OPAN, houve reflexo na abertura de novas parcerias com outros financiadores, devido a experiência com a administração de recursos públicos, e com o cumprimento de forma a atender as exigências legais decretada pela União. Observa-se que no processo de captação de recursos, os financiadores exigem comprovação de boa gestão financeira, isso fez com que essa organização aumentasse a sua credibilidade e o seu potencial na execução das atividades administrativas e jurídicas.

A intenção do Governo Federal em estabelecer maior controle da aplicação dos recursos públicos através do decreto não é vista de forma negativa, pois nem todas as instituições aplicam de forma correta os recursos, mas a forma que o decreto foi implementado é que não corresponde com a realidade das ONGs.

As ONGs não devem ser comparadas às empresas privadas com finalidades lucrativas e nem com a Administração Pública, e sim receber tratamento de forma específica e com condições que facilitem o desenvolvimento do seu objetivo principal, não descaracterizando o papel do terceiro setor. Isso não as isenta de ter clareza em suas aplicações de recursos originários do Estado, porém é salutar que sejam tratadas com especificidades técnicas, tanto jurídicas quanto administrativas.

É tácita a necessidade de regulamento próprio de compras e contratações para ONGs, tendo como objetivo construir procedimentos e regras a serem adotados pelas entidades e com o intuito de assegurar que as compras e contratações sejam as mais vantajosas para as organizações não governamentais e que haja concorrência entre os participantes no processo, observando os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, economicidade, razoabilidade e eficiência.

Outro fato importante, é que os procedimentos sejam executados de forma eficiente e eficaz para atender o objetivo de cada projeto, sem comprometer o seu resultado final, sendo que essa condição é idealmente colocada na observância da singularidade na natureza dessas organizações por parte do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABONG. Um novo Marco Legal para as ONGs no Brasil: fortalecendo a cidadania e a participação democrática. Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais. Disponível em: <www.abong.org.br>. Acesso em: 11 de maio 2008.

_____. Uma regulação de acesso e utilização de recursos públicos para organizações sem fins lucrativos no Brasil. Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais. Disponível em: <<http://www2.abong.org.br/final/download/Principios%20defendidos%20pela%20ABONG.doc>>. Acesso em: 11 de maio de 2008.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Básico de Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Jurídica brasileira, 2001. 352 p.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2008. 744 p.

BARUKI, Renato. O Pregão do Terceiro Setor. Artigo do Sócio do Terceiro Setor. Disponível em: <http://www.conlicitacao.com.br/sucesso_pregao/terceirosetor_2007_07_17.php>. Acesso em: 11 de maio de 2008.

BORGES, Renata Farhat. **Manual de administração jurídica, contábil e financeira para organização não-governamentais**. 12. ed. São Paulo: Peirópolis, 2003. 206 p.

BRASIL. **Código Civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Constituição (1988). Artigo 22, inciso XXVII, e correlatas. Dispõe sobre a competência prioritária da União em legislar sobre normas gerais de licitações e contratações. **Lex: organização do Estado**. Constituição da República Federativa do Brasil. 35a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Decreto Federal no 3.555 de 09 de agosto de 2000. Brasília, DF. DOU 09 de agosto de 2000.

_____. Decreto Federal no 5.450 de 31 de maio de 2005. Brasília, DF. DOU 01 de junho de 2005 (núm. 5450).

_____. Decreto Federal no 5504 de 05 de agosto de 2005. Brasília, DF. DOU 08 de agosto de 2005 (núm. 5504).

_____. Lei 10.520 de 17 de julho de 2002 – Pregão como modalidade de licitação – Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de

bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília. DOU 18 de julho de 2002.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de Junho de 1993 - Lei das Licitações e Contratos. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília. DOU 22 de junho de 1993, republicado no DOU 06 de julho de 1994.

_____. Lei 9.648 de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Brasília. DOU 28 de maio de 1998, seção 1, p. 01.

_____. Lei 9637, de 15 de maio de 1998 – Lei das Organizações Sociais – Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília. DOU 18 de maio de 1998.

_____. Lei 9790 de 23 de março de 1999 – Lei de OSICP – Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Brasília. DOU 24 de março de 1999.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Lex:** improbidade administrativa. Brasília. DOU 03 de junho de 1992.

_____. Medida Provisória no 2.182-18, de 23 de agosto de 2001. – institui no âmbito da União a modalidade de licitação denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de agosto de 2001.

_____. Portaria Interministerial no 217, de 31 de julho de 2006. Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda. Brasília, DF. DOU 01 de agosto de 2006 (seção 1, p. 49).

CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. Resolução CNAS no 191, de 10 de novembro de 2005. Brasília, DF. DOU 17 de novembro de 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 800 p.

DURÃO, Jorge Eduardo Saavedra; LANDIM, Leilah. A criação de um novo Marco Legal para o Terceiro Setor no Brasil. Artigo. Disponível em: <www.abong.org.br>. Acesso em: 11 de maio 2008.

ESTATUTO, Operação Amazônia Nativa. Registro 309808. Cuiabá: Privativo Registro de Títulos Doc. e Pessoas Jurídicas, 2004

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 5. ed. Brasília: Jurídica, 2003. 724 p.

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Dispensa e Inexigibilidade de licitação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. 120 p.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. 422 p.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços por entidades do terceiro setor. RERE, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, BA, no 06 junho/julho/agosto, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-WLADIMIR%20DA%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 11 de maio de 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. 733 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. São Paulo: Dialética 2005. 42 p.

LEITE, Marco Antônio Santos. O terceiro setor e as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPS. Banco de Conhecimento, Informações Técnicas da Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/bancoconhecimento/tecnico/TerSet.pdf>>. Acesso em: 11 de maio de 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004. 512 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 831 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 376.

SECRETÁRIO DO TESOUREIRO NACIONAL. Instrução Normativa STN no 01, de 15 de janeiro de 1997. Brasília, DF. DOU 31 de janeiro de 1997.

TANAKA, Sônia Y. K.; PIRES, Antônio C. M. P.; DA COSTA, Cícero G.; JUCÁ, Francisco P.; PAOLI, Fulvia H. G.; REIGOTA, João M. dos S.; NETO, José F. S. N.; CORREA, Neyde F. P. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 503 p.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Gestão de ONGs: principais funções gerenciais**. 10. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 130 p.

ANEXO 1

DECRETO Nº 5.450, DE 31 DE MAIO DE 2005

Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002,

DECRETA:

Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no § 1o do art. 2o da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto.

Abrangência do Pregão Eletrônico

Parágrafo único. Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Promoção através da Internet

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço, realizar-se-á quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns for feita à distância em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet.

Definição de bens e serviços comuns

§ 1º Consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.

Critérios de julgamento

§ 2º Para o julgamento das propostas, serão fixados critérios objetivos que permitam aferir o **menor preço**, devendo ser considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

Criptografia

§ 3º O sistema referido no caput será dotado de recursos de criptografia e de autenticação que garantam condições de segurança em todas as etapas do certame.

O SISG e a extensibilidade às esferas estaduais e municipais

§ 4º O pregão, na forma eletrônica, será conduzido pelo órgão ou entidade promotora da licitação, com apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que atuará como provedor do sistema eletrônico para os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG.

§ 5º A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação poderá ceder o uso do seu sistema eletrônico a órgão ou entidade dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante **celebração de termo de adesão**.

Credenciamento da Autoridade Competente, Pregoeiro e Equipe de Apoio

Art. 3º Deverão ser previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico a autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, os membros da equipe de apoio e os licitantes que participam do pregão na forma eletrônica.

§ 1º O credenciamento dar-se-á pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico.

Credenciamento do licitante e sua vinculação ao SICAF

§ 2º No caso de pregão promovido por órgão integrante do SISG, o credenciamento do licitante, bem assim a sua manutenção, dependerá de registro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.

§ 3º A chave de identificação e a senha poderão ser utilizadas em qualquer pregão na forma eletrônica, salvo quando cancelada por solicitação do credenciado ou em virtude de seu descadastramento perante o SICAF.

Senha do fornecedor: caso de perda e de responsabilização por mau uso

§ 4º A perda da senha ou a quebra de sigilo deverá ser comunicada imediatamente ao provedor do sistema, para imediato bloqueio de acesso.

§ 5º O uso da senha de acesso pelo licitante é de sua responsabilidade exclusiva, incluindo qualquer transação efetuada diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros.

§ 6º O credenciamento junto ao provedor do sistema implica a responsabilidade legal do licitante e a presunção de sua capacidade técnica para realização das transações inerentes ao pregão na forma eletrônica.

Obrigatoriedade do Pregão e a primazia pelo Pregão Eletrônico

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, **a ser justificada pela autoridade competente.**

O uso do Sistema de Cotação Eletrônica

§ 2º Na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica, conforme disposto na legislação vigente.

Princípios regentes e a ampliação da disputa

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas **em favor da ampliação da disputa** entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Limitação do Pregão Eletrônico (ênfase para a exclusão do termo serviços de engenharia)

Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às **contratações de obras de engenharia**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.

Transparência pública

Art. 7º Os participantes de licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, têm direito público subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido neste Decreto, podendo qualquer interessado acompanhar o seu desenvolvimento em tempo real, por meio da internet.

Atribuições da Autoridade Competente

Art. 8º À autoridade competente, de acordo com as atribuições previstas no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade, cabe:

- I - designar e solicitar, junto ao provedor do sistema, o credenciamento do pregoeiro e dos componentes da equipe de apoio;
- II - indicar o provedor do sistema;
- III - determinar a abertura do processo licitatório;
- IV - decidir os recursos contra atos do pregoeiro quando este mantiver sua decisão;
- V - adjudicar o objeto da licitação, quando houver recurso;
- VI - homologar o resultado da licitação; e
- VII - celebrar o contrato.

Requisitos básicos da Fase Preparatória/interna do Pregão Eletrônico

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

- I - elaboração de **termo de referência** pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;
- II - aprovação do termo de referência pela autoridade competente;
- III - apresentação de justificativa da necessidade da contratação;
- IV - elaboração do edital, estabelecendo critérios de aceitação das propostas;
- V - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, inclusive no que se refere aos prazos e às condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração; e
- VI - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

Motivação dos Atos – Autoridade Competente

§ 1º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração.

Termo de Referência – definição e conteúdo

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

Especificidade da designação do pregoeiro e equipe de apoio

Art. 10. As designações do pregoeiro e da equipe de apoio devem recair nos servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, ou de órgão ou entidade integrante do SISG.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada, em sua maioria, por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração pública, pertencentes, preferencialmente, ao

quadro permanente do órgão ou entidade promotora da licitação.

§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares.

Duração da nomeação para o cargo de pregoeiro

§ 3º A designação do pregoeiro, a critério da autoridade competente, poderá ocorrer para período de um ano, admitindo-se reconduções, ou para licitação específica.

Caracterização do perfil do pregoeiro

§ 4º Somente poderá exercer a função de pregoeiro o servidor ou 'o militar que reúna qualificação profissional e perfil adequados, aferidos pela autoridade competente.

Atribuições do Pregoeiro

Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial:

I - coordenar o processo licitatório;

II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração;

III - conduzir a sessão pública na internet;

IV - verificar a conformidade da proposta com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

V - dirigir a etapa de lances;

VI - verificar e julgar as condições de habilitação;

VII - receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão;

VIII - indicar o vencedor do certame;

IX - adjudicar o objeto, quando não houver recurso;

X - conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e

XI - encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior e propor a homologação.

Atribuições da Equipe de Apoio

Art. 12. Caberá à equipe de apoio, dentre outras atribuições, auxiliar o pregoeiro em todas as fases do processo licitatório.

Obrigações do licitante interessado – credenciamento e certame

Art. 13. Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica:

I - credenciar-se no SICAF para certames promovidos por órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e de órgão ou entidade dos demais Poderes, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que tenham celebrado termo de adesão;

II - remeter, no prazo estabelecido, exclusivamente por meio eletrônico, via internet, a proposta e, quando for o caso, seus anexos;

III - responsabilizar-se formalmente pelas transações efetuadas em seu nome, assumindo como firmes e verdadeiras suas propostas e lances, inclusive os atos praticados diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros;

IV - acompanhar as operações no sistema eletrônico durante o processo licitatório, responsabilizando-se pelo ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de quaisquer mensagens emitidas pelo sistema ou de sua desconexão;

V - comunicar imediatamente ao provedor do sistema qualquer acontecimento que possa comprometer o sigilo ou a inviabilidade do uso da senha, para imediato bloqueio de acesso;

VI - utilizar-se da chave de identificação e da senha de acesso para participar do pregão na forma eletrônica; e

VII - solicitar o cancelamento da chave de identificação ou da senha de acesso por interesse próprio.

Parágrafo único. O fornecedor descredenciado no SICAF terá sua chave de identificação e senha suspensas automaticamente.

Habilitação – documentação necessária e dispensa parcial possibilitada pelo SICAF

Art. 14. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

I - à habilitação jurídica;

II - à qualificação técnica;

III - à qualificação econômico-financeira;

IV - à regularidade fiscal com a Fazenda Nacional, o sistema da seguridade social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso; e

VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993.

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.

Participação de empresas estrangeiras – condições

Art. 15. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras na licitação, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados ou embaixadas e traduzidos por tradutor juramentado no Brasil.

Participação de consórcios de empresas - condições

Art. 16. Quando permitida a participação de consórcio de empresas, serão exigidos:

I - comprovação da existência de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, com indicação da empresa-líder, que deverá atender às condições de liderança estipuladas no edital e será a representante das consorciadas perante a União;

II - apresentação da documentação de habilitação especificada no instrumento convocatório por empresa consorciada;

III - comprovação da capacidade técnica do consórcio pelo somatório dos quantitativos de cada consorciado, na forma estabelecida no edital;

IV - demonstração, por empresa consorciada, do atendimento aos índices contábeis definidos no edital, para fins de qualificação econômico-financeira;

V - responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelas obrigações do consórcio, nas fases de licitação e durante a vigência do contrato;

VI - obrigatoriedade de liderança por empresa brasileira no consórcio formado por empresas brasileiras e estrangeiras, observado o disposto no inciso I; e

VII - constituição e registro do consórcio antes da celebração do contrato.

Parágrafo único. Fica impedida a participação de empresa consorciada, na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

Publicidade do certame – amplitude da divulgação

Art. 17. A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso, observados os valores estimados para contratação e os meios de divulgação a seguir indicados:

I - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais):

- a) Diário Oficial da União; e
- b) meio eletrônico, na internet;

II - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) até R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

- a) Diário Oficial da União;
- b) meio eletrônico, na internet; e
- c) jornal de grande circulação local;

III - superiores a R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

- a) Diário Oficial da União;
- b) meio eletrônico, na internet; e
- c) jornal de grande circulação regional ou nacional.

Divulgação no Comprasnet

§ 1º Os órgãos ou entidades integrantes do SISG e os que aderirem ao sistema do Governo Federal disponibilizarão a íntegra do edital, em meio eletrônico, no Portal de Compras do Governo Federal - COMPRASNET, sítio www.comprasnet.gov.br.

Conteúdo do Aviso do Edital

§ 2º O aviso do edital conterá a definição precisa, suficiente e clara do objeto, a indicação dos locais, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital, bem como o endereço eletrônico onde ocorrerá a sessão pública, a data e hora de sua realização e a indicação de que o pregão, na forma eletrônica, será realizado por meio da internet.

§ 3º A publicação referida neste artigo poderá ser feita em sítios oficiais da administração pública, na internet, desde que certificado digitalmente por autoridade certificadora credenciada no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

Prazo mínimo para publicidade do Pregão

§ 4º O prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do

aviso, não será inferior a oito dias úteis.

Horário Oficial – Brasília/DF

§ 5º Todos os horários estabelecidos no edital, no aviso e durante a sessão pública observarão, para todos os efeitos, o horário de Brasília, Distrito Federal, inclusive para contagem de tempo e registro no sistema eletrônico e na documentação relativa ao certame.

Publicidade para o Sistema de Registro de Preços via Pregão Eletrônico

§ 6º Na divulgação de pregão realizado para o sistema de registro de preços, independentemente do valor estimado, será adotado o disposto no inciso III.

Prazo para impugnação

Art. 18. **Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura** da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

Prazo do Pregoeiro para resposta à impugnação com subsidiado pela área solicitante (técnica/jurídica)

§ 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no **prazo de até vinte e quatro horas**.

Republicação do Edital - I

§ 2º Acolhida a impugnação contra o ato convocatório, será definida e publicada nova data para realização do certame.

Prazo para recebimento de pedidos de esclarecimentos

Art. 19. Os pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório deverão ser enviados ao pregoeiro, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública**, exclusivamente por meio eletrônico via internet, no endereço indicado no edital.

Republicação do Edital – II

Art. 20. Qualquer modificação no edital exige divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Envio e recebimento da proposta do fornecedor

Art. 21. Após a divulgação do edital no endereço eletrônico, os licitantes deverão encaminhar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço e, se for o caso, o respectivo anexo, até a data e hora marcadas para abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, quando, então, encerrar-se-á, automaticamente, a fase de recebimento de propostas.

§ 1º A participação no pregão eletrônico dar-se-á pela utilização da senha privativa do licitante.

Declaração de “atendimento da habilitação” e retirada de proposta

§ 2º Para participação no pregão eletrônico, o licitante deverá manifestar, em campo próprio do sistema eletrônico, que cumpre plenamente os requisitos de habilitação e que sua proposta está em conformidade com as exigências do instrumento convocatório.

§ 3º A declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta sujeitará o licitante às sanções previstas neste Decreto.

§ 4º **Até a abertura da sessão**, os licitantes poderão retirar ou substituir a proposta anteriormente apresentada.

Início efetivo do certame e sua condução pelo Pregoeiro - procedimentos: classificação, desclassificação, “chat” e fase de lances

Art. 22. A partir do horário previsto no edital, a sessão pública na internet será aberta por comando do pregoeiro com a utilização de sua chave de acesso e senha.

§ 1º Os licitantes poderão participar da sessão pública na internet, devendo utilizar sua chave de acesso e senha.

§ 2º O pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

§ 3º A desclassificação de proposta será sempre fundamentada e registrada no sistema, com acompanhamento em tempo real por todos os participantes.

§ 4º As propostas contendo a descrição do objeto, valor e eventuais anexos estarão disponíveis na internet.

§ 5º O sistema disponibilizará campo próprio para troca de mensagens entre o pregoeiro e os licitantes.

Art. 23. O sistema ordenará, automaticamente, as propostas classificadas pelo pregoeiro, sendo que somente estas participarão da fase de lance.

Art. 24. Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à fase competitiva, quando então os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

§ 1º No que se refere aos lances, o licitante será imediatamente informado do seu recebimento e do valor consignado no registro.

§ 2º Os licitantes poderão oferecer lances sucessivos, observados o horário fixado para abertura da sessão e as regras estabelecidas no edital.

§ 3º O licitante somente poderá oferecer lance inferior ao último por ele ofertado e registrado pelo sistema.

§ 4º Não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro.

§ 5º Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.

§ 6º A etapa de lances da sessão pública será encerrada por decisão do pregoeiro.

§ 7º O sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances.

Fase da negociação entre o pregoeiro e melhor proposta

§ 8º Após o encerramento da etapa de lances da sessão pública, o pregoeiro poderá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital.

§ 9º A negociação será realizada por meio do sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes.

Desconexão do sistema

§ 10. No caso de desconexão do pregoeiro, no decorrer da etapa de lances, se o sistema eletrônico permanecer acessível aos licitantes, os lances continuarão sendo recebidos, sem prejuízo dos atos realizados.

§ 11. Quando a desconexão do pregoeiro persistir por tempo **superior a dez minutos, a sessão do pregão na forma eletrônica será suspensa** e reiniciada somente após comunicação aos participantes, no endereço eletrônico utilizado para divulgação.

Análise da conformidade da proposta vencedora e verificação da habilitação

Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

§ 1º A habilitação dos licitantes será verificada por meio do SICAF, nos documentos por ele abrangidos, quando dos procedimentos licitatórios realizados por órgãos integrantes do SISG ou por órgãos ou entidades que aderirem ao SICAF.

Encaminhamento de documentação habilitatória complementar por fax

§ 2º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no SICAF, inclusive quando houver necessidade de envio de anexos, deverão ser apresentados inclusive via fax, no prazo definido no edital, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico.

§ 3º Os documentos e anexos exigidos, quando remetidos via fax, deverão ser apresentados em original ou por cópia autenticada, nos prazos estabelecidos no edital.

§ 4º Para fins de habilitação, a verificação pelo órgão promotor do certame nos sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova.

Proposta desclassificada, licitante subsequente.

§ 5º Se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.

Caso específico para serviços comuns, envio de nova proposta: procedimento.

§ 6º No caso de contratação de serviços comuns em que a legislação ou o edital exija apresentação de planilha de composição de preços, esta deverá ser encaminhada de imediato por meio eletrônico, com os respectivos valores readequados ao lance vencedor.

Sistema de Registro de Preços: admissibilidade da classificação de mais de uma licitante para complementar o quantitativo estimado

§ 7º No pregão, na forma eletrônica, realizado para o sistema de registro de preços, quando a proposta do licitante vencedor não atender ao quantitativo total estimado para a contratação, respeitada a ordem de classificação, poderão ser convocados tantos licitantes quantos forem necessários para alcançar o total estimado, observado o preço da proposta vencedora.

§ 8º Os demais procedimentos referentes ao sistema de registro de preços ficam submetidos à norma específica que regulamenta o art. 15 da Lei no 8.666, de 1993.

Declaração do vencedor do certamente

§ 9º Constatado o atendimento às exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor.

Interposição de recursos, prazos e decadência do direito

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de **três dias para apresentar as razões de recurso**, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem **contrarrazões em igual prazo**, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes

assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

§ 1º A falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do caput, importará na decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

§ 2º O acolhimento de recurso importará na invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

Discricionariedade aplicada à ampliação da disputa entre licitantes

§ 3º No julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.

Homologação do certame – autoridade competente

Art. 27. Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório.

Convocação do interessado para assinatura do contrato ou ata, manutenção das condições habilitatórias e a convocação do licitante posterior no caso de recusa do primeiro classificado.

§ 1º Após a homologação referida no caput, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato ou a ata de registro de preços no prazo definido no edital.

§ 2º Na assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, será exigida a comprovação das condições de habilitação consignadas no edital, as quais deverão ser mantidas pelo licitante durante a vigência do contrato ou da ata de registro de preços.

§ 3º O vencedor da licitação que não fizer a comprovação referida no § 2º ou quando, injustificadamente, recusar-se a assinar o contrato ou a ata de registro de preços, poderá ser convocado outro licitante, desde que respeitada a ordem de classificação, para, após comprovados os requisitos habilitatórios e feita a negociação, assinar o contrato ou a ata de registro de preços, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Prazo de validade das propostas

§ 4º O prazo de validade das propostas será de sessenta dias, salvo disposição específica do edital.

Penalidades relacionadas aos licitantes

Art. 28. Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com a União, e será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Parágrafo único. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF.

Revogação e anulação da licitação

Art. 29. A autoridade competente para aprovação do procedimento licitatório somente poderá revogá-lo em face de razões de interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório induz à do contrato ou da ata de registro de preços.

§ 2º Os licitantes não terão direito à indenização em decorrência da anulação do procedimento licitatório, ressalvado o direito do contratado de boa-fé de ser ressarcido pelos encargos que tiver suportado no cumprimento do contrato.

Instrução do processo licitatório

Art. 30. O processo licitatório será instruído com os seguintes documentos:

I - justificativa da contratação;

- II - termo de referência;
- III - planilhas de custo, quando for o caso;
- IV - previsão de recursos orçamentários, com a indicação das respectivas rubricas;
- V - autorização de abertura da licitação;
- VI - designação do pregoeiro e equipe de apoio;
- VII - edital e respectivos anexos, quando for o caso;
- VIII - minuta do termo do contrato ou instrumento equivalente, ou minuta da ata de registro de preços, conforme o caso;
- IX - parecer jurídico;
- X - documentação exigida para a habilitação;
- XI - ata contendo os seguintes registros:
 - a) licitantes participantes;
 - b) propostas apresentadas;
 - c) lances ofertados na ordem de classificação;
 - d) aceitabilidade da proposta de preço;
 - e) habilitação; e
 - f) recursos interpostos, respectivas análises e decisões;
- XII - comprovantes das publicações:
 - a) do aviso do edital;
 - b) do resultado da licitação;
 - c) do extrato do contrato; e
 - d) dos demais atos em que seja exigida a publicidade, conforme o caso.

§ 1º O processo licitatório poderá ser realizado por meio de sistema eletrônico, sendo que os atos e documentos referidos neste artigo constantes dos arquivos e registros digitais serão válidos para todos os efeitos legais, inclusive para comprovação e prestação de contas.

§ 2º Os arquivos e registros digitais, relativos ao processo licitatório, deverão permanecer à disposição das auditorias internas e externas.

§ 3º A ata será disponibilizada na internet para acesso livre, imediatamente após o encerramento da sessão pública.

Art. 31. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão estabelecerá instruções complementares ao disposto neste Decreto.

Art. 32. Este Decreto entra em vigor em 1º de julho de 2005.

Art. 33. Fica revogado o Decreto no 3.697, de 21 de dezembro de 2000.

Brasília, 31 de maio de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Paulo Bernardo Silva

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 1º.6.2005

ANEXO 2

DECRETO Nº 5.504, DE 5 DE AGOSTO DE 2005¹

Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea “a”, e tendo em vista o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição, no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nas Leis nºs 11.107, de 6 de abril de 2005, e 10.520, de 17 de julho de 2002,

DECRETA:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do *caput*, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

§ 3º Os órgãos, entes e entidades privadas sem fins lucrativos, convenientes ou consorciadas com a União, poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros.

§ 4º Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

Art. 2º Os órgãos, entes e instituições convenientes, firmatários de contrato de gestão ou termo de parceria, ou consorciados deverão providenciar a transferência eletrônica de dados, relativos aos contratos firmados com recursos públicos repassados voluntariamente pela União para o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, de acordo com instrução a ser editada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Art. 3º As transferências voluntárias de recursos públicos da União subsequentes, relativas ao mesmo ajuste, serão condicionadas à apresentação, pelos convenientes ou consorciados, da documentação ou dos registros em meio eletrônico que comprovem a realização de licitação nas alienações e nas contratações de obras, compras e serviços com os recursos repassados a partir da vigência deste Decreto.

Art. 4º Os Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda expedirão instrução complementar conjunta para a execução deste Decreto, no prazo de noventa dias, dispondo sobre os limites, prazos e condições para a sua implementação, especialmente em relação ao§ 1º do art. 1º, podendo estabelecer as situações excepcionais de dispensa da aplicação do disposto no citado§ 1º.

Art. 5º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de agosto de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Antonio Palocci Filho

Paulo Bernardo Silva

¹ DOU nº 151, de 08.08.2005.