



TCESP
Tribunal de Contas
do Estado de São Paulo

Licitações e Contratos:
Principais aspectos da fase
preparatória e gestão contratual

2019



TCESP
Tribunal de Contas
do Estado de São Paulo

Licitações e Contratos:
Principais aspectos da fase
preparatória e gestão contratual

2019

Supervisão

Sérgio Ciquera Rossi
Secretário-Diretor Geral

Coordenação

Antonio Bento de Melo
Diretor Técnico de Departamento – DSF-I

Alexandre Teixeira Carsola
Diretor Técnico de Departamento – DSF-II

Elaboração

Dyllan Leandro Christofaro
Maira Coutinho Ferreira Giroto

Atualização

Maira Coutinho Ferreira Giroto

Colaboração

Revista do TCESP
Coordenadoria de Comunicação Social



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

2019

CONSELHEIROS

ANTONIO ROQUE CITADINI (PRESIDENTE)
EDGARD CAMARGO RODRIGUES (VICE-PRESIDENTE)
CRISTIANA DE CASTRO MORAES (CORREGEDORA)
RENATO MARTINS COSTA
ROBSON MARINHO
DIMAS EDUARDO RAMALHO
SIDNEY ESTANISLAU BERALDO

Secretário-Diretor Geral

Sérgio Ciquera Rossi

Ministério Público de Contas

Thiago Pinheiro Lima – Procurador Geral

Celso Augusto Matuck Feres Junior

Élida Graziane Pinto

João Paulo Giordano Fontes

José Mendes Neto

Letícia Formoso Delsin

Rafael Antonio Baldo

Rafael Neubern Demarchi Costa

Renata Constante Cestari

Procuradoria da Fazenda Estadual

Luiz Menezes Neto – Procurador-Chefe

Denis Dela Vedova Gomes

Carim José Feres

Luís Cláudio Mânfió

Auditores

Samy Wurman

Alexandre Manir Figueiredo Sarquis

Antonio Carlos dos Santos

Josué Romero

Márcio Martins de Camargo

Silvia Monteiro

Valdenir Antonio Polizeli

Apresentação

Dentre as preocupações da Presidência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo está a de manter os jurisdicionados sempre bem informados, e para isto é muito importante manter constantemente atualizados os instrumentos colocados à disposição do público.

Como parte destes instrumentos tem-se os diversos manuais, como este, que trazem de forma didática a abordagem de assuntos de interesse para a atividade-fim, procurando auxiliar aos jurisdicionados para o cumprimento de suas obrigações perante o Tribunal.

Merece destaque o esforço que anualmente é feito com a realização do CICLO DE DEBATES, evento que neste ano de 2019 completou sua 23ª edição, e se destina a aproximar o Tribunal dos jurisdicionados.

O CICLO DE DEBATES tem sido realizado nas regiões administrativas do Estado, para facilitar os participantes e se tem mostrado um instrumento que possibilita aos agentes públicos, dos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente seus dirigentes, a discutirem assuntos gerais e até pontuais, trocando, também, experiências, fato que tem resultado em grande benefício na melhoria da comunicação entre o Tribunal e os gestores.

Sempre atento ao bom uso das ferramentas tecnológicas, o Tribunal tem avançado no desenvolvimento de plataformas que contém informações úteis aos jurisdicionados e à sociedade, tendo-se, com os lançamentos feitos neste ano de 2019, um conjunto significativo de aplicativos:

- PAINEL DE OBRAS ATRASADAS E PARALISADAS
- PAINEL DE FISCALIZAÇÕES ORDENADAS
- VISOR SOCIAL DE RELATÓRIOS DE ALERTAS DA LRF
- OBSERVATÓRIO FISCAL
- MAPA DAS CÂMARAS MUNICIPAIS
- OLHO NA ESCOLA
- PAINEL DE RESÍDUOS SÓLIDOS
- MAPA DA SAÚDE
- MAPA DE DESPOLUIÇÃO DO RIO TIETÊ

O Tribunal dispõe, também, da Escola Paulista de Contas Públicas, que tem anualmente realizado cursos e eventos, numa extensa programação, com vistas a capacitar o maior número de agentes da administração, em todas as áreas da atividade-fim.

Manter uma rotina de capacitação e ter sempre atualizados todos os instrumentos à disposição dos gestores e executores é uma tarefa que o Tribunal se empenha em realizar e espera estar contribuindo, assim, para facilitar as atividades dos jurisdicionados, prestando, também informações à sociedade.

ANTONIO ROQUE CITADINI

Presidente

Sumário

PARTE I. Principais aspectos da fase preparatória, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o exame prévio de edital.....	9
1. INTRODUÇÃO	9
Definição, finalidades e princípios das licitações	9
2. A publicidade do edital e a Lei de Acesso à Informação	12
3. Objeto da licitação.....	13
Exigência de produtos originais do fabricante	15
Exigência de produtos de procedência nacional	16
Os cartões com chip de segurança	17
Rede credenciada de estabelecimentos.....	17
Taxa de Administração igual a zero ou negativa	18
Produtos fabricados de “pet reciclado”	18
4. A composição do objeto.....	19
A compra para armazenamento em almoxarifado e a impropriedade do julgamento das propostas pelo menor preço por lote	21
Serviços que não podem ser terceirizados	22
5. Pregão	22
Vantagens da modalidade.....	23
Divulgação do orçamento	23
6. Registro de Preços.....	23
Utilização do SRP na contratação de serviços de engenharia.....	25
Alteração de preços registrados.....	25
O “carona”	26
7. Os efeitos das sanções de declaração de inidoneidade para contratar e de suspensão de participação em licitações e impedimento de contratar com a administração	27
8. Limitações de participação às empresas em recuperação judicial	28
9. Participação de cooperativas.....	28
10. Habilitação	30
Habilitação jurídica	31
Qualificação técnica	34
Qualificação econômico-financeira.....	40
Regularidade fiscal e trabalhista.....	43
11. Participação de empresas em consórcio	45
12. Microempresas e empresas de pequeno porte	48

13. Análise e julgamento das propostas.....	52
Possibilidade de exigência de amostras.....	54
14. Iluminação pública.....	55
15. Contratação direta.....	59
Credenciamento para prestação de serviços de saúde.....	61
16. Tipos de licitação.....	63
17. Regime diferenciado de contratações públicas.....	64
18. O processo de exame prévio de edital.....	68
Desdobramentos do Exame Prévio de Edital.....	70
O instituto da preclusão.....	71
Recursos.....	72
PARTE II – A gestão dos contratos administrativos.....	73
19. INTRODUÇÃO.....	73
O gestor do contrato.....	75
Possibilidade de recusa da atribuição.....	77
Capacitação do gestor do contrato.....	78
20. Planejamento da contratação.....	81
Análise de Riscos.....	82
Projeto básico e termo de referência.....	84
21. Aspectos importantes do edital e contrato.....	86
Elaboração da minuta do contrato.....	86
O reajuste e a revisão do valor do contrato.....	87
Garantia contratual e garantia técnica.....	89
Fornecimento de softwares.....	90
Recebimento do objeto.....	91
Fiscalização do cumprimento de obrigações acessórias.....	92
Responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários.....	95
Cláusulas referentes ao gestor e à fiscalização.....	96
Possibilidade de subcontratação.....	98
22. Responsabilização do gestor do contrato.....	99
23. Acompanhamento e fiscalização da execução contratual.....	101
Atribuições legais do gestor do contrato.....	101
Atuação do gestor do contrato.....	101
Fiscalização de fornecimento de bens.....	104
Fiscalização de obras e serviços de engenharia.....	106
Fiscalização de prestação de serviços.....	107
Penalidades aplicáveis ao contratado.....	110
Rescisão do contrato.....	114
24. A FISCALIZAÇÃO DO TCESP.....	115
25. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

PARTE I. Principais aspectos da fase preparatória, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o exame prévio de edital

1. INTRODUÇÃO

Este manual tem o objetivo de transmitir a forma como o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem julgado as questões mais recorrentes em matéria de licitações e contratos.

Nosso primeiro objetivo é apresentar orientações que contribuam para que os editais sejam melhor elaborados, para que garantam a necessária competitividade e a ampla participação, fazendo com que a licitação cumpra seu papel de conduzir ao alcance da proposta mais vantajosa e do atendimento ao interesse público.

Importante salientar que as exigências para habilitação das proponentes deverão ser sempre compatíveis com o objeto e o vulto da contratação pretendida, o que exigirá necessariamente bom senso e razoabilidade por parte dos gestores públicos.

Nosso segundo objetivo é orientar os órgãos e entidades públicas quanto à obrigatoriedade do acompanhamento e da fiscalização da execução contratual por parte da Administração contratante e a importância de que esse procedimento seja adequadamente organizado e regulamentado em âmbito interno, de modo a viabilizar a atuação dos servidores públicos designados para essa atribuição.

Além de garantir o cumprimento das cláusulas pactuadas, o acompanhamento e fiscalização do contrato é prerrogativa da Administração imprescindível para o atendimento do interesse público almejado com o melhor aproveitamento possível dos recursos públicos empregados, na medida em que busca evitar e corrigir problemas durante a execução da avença.

Os numerosos temas dos quais trataremos foram selecionados a partir de um amplo levantamento das questões que receberam um maior número de questionamentos nas representações examinadas por esta Corte nos últimos anos.

A abordagem que propomos é bastante objetiva e pretende apresentar as questões controvertidas e transmitir a orientação que consideramos mais adequada, de acordo com a jurisprudência mais recente deste Tribunal.

Definição, finalidades e princípios das licitações

A licitação é o procedimento administrativo através do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, propiciando iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder

Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pelo ente contratante, e atuando como “fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos” (MEIRELLES, 1999, p. 23).

É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente. (MEIRELLES, 1999, p. 23)

De acordo com o art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93 (que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal), a licitação tem por finalidades garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A seleção da proposta mais vantajosa pressupõe o atendimento aos princípios da economicidade, da eficiência e da efetividade, a saber:

- O princípio da economicidade significa minimizar os custos dos recursos. Os recursos usados devem estar disponíveis tempestivamente, em quantidade suficiente, na qualidade apropriada e com o melhor preço.
- O princípio da eficiência significa obter o máximo dos recursos disponíveis. Diz respeito à relação entre recursos empregados e produtos entregues em termos de quantidade, qualidade e tempestividade.
- O princípio da efetividade diz respeito a atingir os objetivos estabelecidos e alcançar os resultados pretendidos. (INTOSAI, 2017, p. 2)

Assim, se a licitação não resulta na contratação pelo menor preço de mercado, no melhor aproveitamento possível dos recursos públicos empregados, em termos de quantidade e qualidade do objeto contratado, e no atendimento do interesse público¹ que motivou a abertura do certame, restam desatendidos os citados princípios. Além deles, a doutrina jurídica relaciona os seguintes princípios que regem os processos licitatórios:

1 Art. 12, inciso II, da Lei n 8.666/93 (interesse público) e art. 3º, inciso I, da Lei nº 10.520/02 (necessidade de contratação).

Princípio do procedimento formal	A licitação está vinculada às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases.
Princípio da publicidade de seus atos	Não há, nem pode haver, licitação sigilosa (...), porque é da sua natureza a divulgação de todos os seus atos e a possibilidade do conhecimento de todas as propostas abertas e de seu julgamento.
Princípio da igualdade entre os licitantes	Não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivelem no julgamento.
Princípio do sigilo na apresentação das propostas	O conteúdo delas [propostas] não é público nem acessível ao público até o momento previsto para sua abertura.
Princípio da vinculação ao edital	A Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato.
Princípio do julgamento objetivo	É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores <i>concretos</i> pedidos pela Administração em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido pelo edital.
Princípio da adjudicação compulsória ao vencedor	Vencida a licitação, nasce para o vencedor o direito subjetivo à adjudicação, isto é, a atribuição de seu objeto a quem foi classificado em primeiro lugar.
Princípio da oposição ou da competitividade	Se, num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto.

Fonte: MEIRELLES, 1999, p. 26-34 (exceto princípio da oposição ou da competitividade) e MUKAI, 2006, p. 28 (princípio da oposição ou da competitividade).

Além desses princípios específicos, o art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93 dispõe que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa e dos que lhes são correlatos.

Problemas no conteúdo do instrumento convocatório podem acarretar o retardamento, suspensão ou anulação do certame em decorrência de representações contra o edital, e a responsabilização do ordenador da despesa, com possibilidade de aplicação de multa, entre outras sanções previstas nos artigos 101 a 104 da Lei Complementar Estadual nº 709/93.

Além das questões relacionadas à elaboração do edital, tratadas nesta primeira parte do manual, a fase preparatória da licitação também inclui os estudos técnicos preliminares e os elementos técnicos exigidos pelo inciso IX do artigo 6º da Lei nº 8.666/93 e pelo inciso III do artigo 3º da Lei nº 10.520/02, que contemplam, entre outros aspectos, a análise dos riscos da contratação. Uma vez que tais procedimentos têm reflexos relevantes na execução do contrato a ser firmado e no respectivo acompanhamento e fiscalização exercidos pela Administração, encontram-se tratados na segunda parte deste manual, dedicada à gestão contratual.

2. A publicidade do edital e a Lei de Acesso à Informação

Historicamente, este E. Tribunal tem permitido, dentro dos critérios de razoabilidade e pertinência, um período de tempo para que os jurisdicionados tomem conhecimento das inovações legislativas e conformem sua estrutura e seus meios de atuação de modo a prestar o devido e eficiente atendimento às novas obrigações criadas por lei.

Nesse sentido, esta Corte passou a atuar de modo mais contundente em relação ao exame da observância dos dispositivos da Lei de Acesso à Informação - Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, que já conta com quase oito anos desde sua promulgação.

O artigo 8º, § 1º, inciso IV e § 2º do referido diploma legal são bastante claros quanto à obrigatoriedade de os órgãos e entidades públicas promoverem, independentemente de requerimentos, a divulgação, em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

No tocante aos procedimentos licitatórios, a citada lei impõe expressamente a divulgação de informações concernentes aos certames, inclusive os respectivos editais e resultados, mediante a utilização de todos os meios e instrumentos legítimos disponíveis, sendo obrigatória a divulgação em páginas oficiais da internet.

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso,

no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o **caput**, deverão constar, no mínimo:

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

§ 2º Para cumprimento do disposto no **caput**, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

Acerca da matéria, citamos a seguinte decisão desta Corte²:

2.16 Em relação à falta de disponibilização do edital na página eletrônica do Município, evidente que se espera do administrador a adoção de medidas que possam, de alguma forma, contribuir, efetivamente, para a garantia da observância do princípio da transparência, mesmo porque contribuirá para a ampliação da disputa e a obtenção da melhor proposta.

Por essa razão, a disponibilização da íntegra do edital no site da Prefeitura é medida salutar, desejável por todos os títulos, ainda mais porque vai ao encontro do espírito da lei de acesso à informação. (TCE-SP - TC-005561.989.16-1, Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 80, de 04/05/2016)

A jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo considera jornal de grande circulação, para os efeitos do artigo 21, III, da Lei 8.666/93, aquele com tiragem mínima diária de pelo menos vinte mil exemplares³.

3. Objeto da licitação

A Administração identifica sua necessidade e a solução mais adequada, elabora o projeto básico ou termo de referência e a minuta do contrato, e precisa então selecionar o fornecedor capaz de executar aquela solução pelo menor preço. Por isso dizemos que a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa

² Com precedente na decisão do processo TC-008334.989.15-9.

³ Por exemplo, a decisão proferida em 06/03/2018 no processo TC-003472.989.15-1.

economicamente, dentre um grupo de fornecedores com condições técnicas de executar o contrato em todas as suas especificações e condições.

Merece atenção especial o disposto no inciso XXI do Artigo 37 da Constituição Federal (grifos nossos):

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**.

A Administração, dessa forma, não tem liberdade para impor maiores exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento.

Especialmente em virtude da regra constitucional elementar, somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração pública. Assim, alguns cuidados devem ser tomados na formulação das especificações do produto ou serviço no edital da licitação e em seus anexos.

Quanto ao objeto da licitação, deve-se priorizar a especificação mínima, ou seja, o bem a ser adquirido satisfatoriamente identificado, sem indicação de marca, com descrição clara e sucinta, completa, mas sem individualização. A especificação exageradamente pormenorizada acaba por levar à diminuição do universo de participantes no certame, podendo ser tão restritiva a ponto de só poder ser atendida por um único produto.

As especificações devem se ater aos limites das qualidades mínimas necessárias para identificar o produto ou serviço, de forma a facilitar sua busca no mercado e garantir a competitividade do certame.

No caso do pregão, a Lei nº 10.520/02 veda especificações do objeto que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.

De igual forma, a Lei de Licitações, em seu artigo 7º, § 5º, proíbe a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, excepcionando os casos tecnicamente justificáveis.

Já em relação aos demais itens, assim como consignei nos processos TC-5586.989.14-7 e TC-5599.989.14-2, em sessão plenária de 11-02-2015, sem perder de vista a promoção de aquisições sustentáveis, deve a Administração rever as especificações dos itens que compõem o kit escolar, limitando-se a exigir as características mínimas necessárias para

a identificação dos produtos que pretende adquirir, sem descer a minúcias que não sejam padronizadas, ou imprescindíveis ao atendimento à regulamentação dos órgãos de controle. (TCE-SP - TC-008125.989.16-0, Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 102, de 07/06/2016)

Exigência de produtos originais do fabricante

Essa exigência se apresenta com maior frequência na compra de cartuchos e *toners* para impressoras, quando é comum a requisição de fornecimento de produtos originais dos fabricantes dos equipamentos.

O tratamento dado à questão pela farta e pacífica jurisprudência desta Corte reconhece que a exigência de produtos originais é apenas admissível para a específica condição das impressoras e equipamentos durante o período de vigência da garantia do fabricante, e nas hipóteses em que a utilização de suprimentos similares implique na perda da garantia.

Em outras situações, a requisição de cartuchos e *toners* originais dos fabricantes das impressoras incide em restritividade passível de censura, por violar o preceito do art. 15, § 7º, I e do art. 3º, § 1º, I, ambos da Lei 8.666/93, além de possuir o potencial de comprometer a economicidade e a vantajosidade da contratação.

Todavia, em atenção à necessidade de preservar condições para a aquisição de suprimentos que atendam a requisitos mínimos de qualidade e desempenho, decisões desta Corte têm admitido que o edital exija exclusivamente do vencedor a apresentação de laudos emitidos por laboratórios idôneos ou certificações que atestem que o produto ofertado é similar; que estão atendidas as normas aplicáveis; que não existem indícios de remanufaturamento, recondicionamento, reprocessamento, recarregamento, manipulação ou falsificação de qualquer das partes, tanto visíveis quanto internas; que não existem vazamentos; e que a forma física do produto é compatível, em saliências e reentrâncias, com o original de referência⁴.

A decisão de exigir ou não atestado ou laudo técnico do vencedor, no entanto, reside na discricionariedade da Administração.

Portanto, ao adquirir suprimentos da espécie, deve a Administração admitir a oferta de produtos compatíveis ou similares e de primeiro uso, observados todos os cuidados técnicos pertinentes para preservar o bom funcionamento dos equipamentos, como a requisição de laudos e certificações pertinentes.

4 TC-21296/026/11 e TC-22022/026/11 – relatoria do E. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues; TC-30494/026/11 – relatoria do E. Auditor Substituto de Conselheiro Alexandre Manir Figueiredo Sarquis.

No que se refere à definição de que os cartuchos e toners deverão ser originais das marcas das impressoras, isto contraria a pacífica jurisprudência consolidada há tempos no sentido de que é admitida a restrição de certames licitatórios a insumos “originais” somente na hipótese de equipamentos no período de garantia, devendo ser também admitida a oferta dos chamados cartuchos e toners “compatíveis” para os equipamentos que estejam fora do período de garantia. (TCE-SP - TC-005178.989.16-6, Relator: ANTONIO CARLOS DOS SANTOS, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 52, de 19/03/2016)

Contudo, essas informações evidenciam que a compra de suprimentos compatíveis é admitida, bem assim que, observados todos os cuidados técnicos que a aquisição requer, a hipótese autoriza a ampliação da disputa reclamada pela representante.

Creio, com isso, que nossa jurisprudência ainda prevalece, devendo a Administração reescrever a descrição dos itens, no sentido de que, exceção feita às impressoras que comprovadamente estejam no período de garantia de fábrica, seja alternativamente admitido o oferecimento de cartuchos compatíveis ou similares e de “primeiro uso”, condições estas aferidas por meio de laudo técnico idôneo que deverá acompanhar o material fornecido. (TCE-SP - TC-009530.989.16-9, Relator: ANTONIO CARLOS DOS SANTOS, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 98, de 01/06/2016)

Exigência de produtos de procedência nacional

A restrição à oferta de produtos importados é prática reiteradamente repudiada no âmbito deste Tribunal, aliás, consolidada na Deliberação TCA-11611/026/10.

Dispõe sobre a indiscriminada vedação de produtos importados nas licitações.

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, e na conformidade do artigo 109, inciso II, letra “c”, do Regimento Interno desta Corte;

Considerando que a busca por produtos de qualidade, embora louvável, não pode vir pautada por critérios que afrontam os princípios regedores da licitação, especialmente o da isonomia, presente no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, que, em seu § 1º, proíbe o tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras;

Considerando que à Administração são conferidos outros mecanismos – antes, durante ou depois do processo licitatório – que permitem selecionar produtos de qualidade em perfeita harmonia com a lei de regência;

Considerando, ainda, que a indiscriminada vedação de produtos importados nos editais de licitação elaborados por diversos municípios já foi repudiada em reiterados julgamentos deste Tribunal;

RESOLVE EDITAR DELIBERAÇÃO de seguinte teor:

1 – Não há possibilidade legal de inclusão nos editais de licitação de exigências que proíbam, sujeitem a requisitos não previstos em lei ou que, de qualquer forma, restrinjam a oferta de produtos importados, prática que, por colidir com as normas e princípios contidos na legislação de regência, submete o responsável à pena de multa prevista no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 709/93.

2 – Publique-se. (TCE-SP - TCA-11611/026/10, Relator: CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 109, de 11/06/2010)

Os cartões com chip de segurança

A exigência desta tecnologia, antes considerada restritiva, passou a ser admitida por este Tribunal como uma escolha discricionária da Administração, considerando o maior domínio da tecnologia dos chips de segurança pelas empresas do ramo⁵.

Rede credenciada de estabelecimentos

Exigências de demonstração de rede credenciada devem incidir **apenas sobre a vencedora** da disputa, e a rede credenciada exigida deve ser **compatível com a demanda correspondente**.

Deve-se estabelecer **prazo razoável** para a demonstração da rede credenciada exigida, ou mesmo para a formação da referida rede, de acordo com o tempo estimado para os credenciamentos necessários.

A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que exigências atinentes a credenciamento de estabelecimentos, para dar atendimento ao interesse visado, além de se direcionarem somente

5 Precedente: TC-007161.989.15-7, TC-007240.989.15-2, TC-007250.989.15-9, TC-007321.989.15-4, TC-007337.989.15-6, sessão de 28/10/2015.

à contratada, devem pautar-se na razoabilidade e na proporcionalidade, não se admitindo imposição de extensa rede conveniada além do necessário para atender à demanda. (TCE-SP - TC-009908.989.15-5, Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 36, de 26/02/2016)

Taxa de Administração igual a zero ou negativa

Em procedimentos licitatórios voltados à contratação de empresa especializada na Administração e gerenciamento de cartões eletrônicos, magnéticos, ou outros oriundos de tecnologia com chip de segurança, deve ser admitida proposta de taxa zero ou negativa.⁶

Isso porque a receita auferida pela prestadora dos serviços desta natureza não necessariamente decorre da contraprestação a ser paga pela Administração Pública contratante, mas de outras fontes, como a rentabilidade obtida durante o período em que os montantes estão sob sua posse, além da remuneração que recebe dos estabelecimentos comerciais com ela conveniados.

Portanto, é irregular a regra que proíbe a apresentação de propostas com preço inferior a zero para contratações da espécie.

Produtos fabricados de “pet reciclado”

Os Produtos fabricados a partir do plástico PET – Poli (Tereftalato de Etileno) reciclado deverão ser comprados em separado ou compor lotes distintos do objeto.

É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido da inadequação de aglutinação desses produtos (sustentável) com produtos convencionais ou “de prateleira”⁷, e de exigência de produto de procedência nacional⁸.

A par do tipo plástico PET – Poli, que é um poliéster, polímero termoplástico, derivado do petróleo, há outros tipos de plásticos que são utilizados no processo da reciclagem e que podem servir como matéria-prima para a fabricação dos itens licitados, tais como o PEAD (Polietileno de Alta Densidade), PVC (Policloreto de Vinila), PEDB (Polietileno de Baixa Densidade), PP (Polipropileno) e PS (Poliestireno), entre outros.

6 Por exemplo, as decisões proferidas nos processos TC-001144.989.12-6, TC-000934.989.13-8 e TC-14695/026/10.

7 Entendimento adotado nas decisões dos processos TC-009775.989.15-5, TC-001215.989.15-3 e TC-001130.989.15-5, dentre outros.

8 Entendimento adotado nas decisões dos processos TC-007836.989.15-2 e TC -006798.989.15-8, dentre outros.

A escolha única de um tipo de plástico reciclado na especificação mínima do produto a ser adquirido pela Administração cria ambiente reservado a determinado segmento empresarial que domina ou trabalha unicamente com material PET, importando em restrição injustificada na competição, que a torna não isonômica.

A solução que demonstra ser a mais apta a harmonizar o atendimento dos princípios da isonomia, da competitividade e da economicidade com o estímulo à aquisição de produtos ambientalmente sustentáveis, admite tanto a aquisição de produtos feitos a partir de material reciclado como aqueles fabricados com materiais recicláveis.

De todo modo, estaria a Administração contribuindo para a promoção da ecoeficiência e do desenvolvimento sustentável, além do próprio incentivo à indústria da reciclagem.

4. A composição do objeto

Desde logo, é importante fixar que a clareza na definição do objeto e a simplicidade das exigências não implicam em risco ou falta de garantia para a Administração.

Aliás, a adoção de exigências restritivas sem justificativas técnicas ou incompatíveis com a natureza do objeto provocam impugnações ao instrumento convocatório, quer no âmbito da própria Administração, quer por meio de ações judiciais ou ainda através de Representação ofertada perante este Tribunal, que poderá ser processada como Exame Prévio de Edital, resultando eventualmente na suspensão do andamento do certame.

O § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93 estabelece que as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração sejam divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem *técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala*. No mesmo sentido dispõe o art. 15, inciso IV, da mesma lei.

Ferem tais dispositivos legais, portanto, os editais, projetos básicos e termos de referência (ou documentos análogos) que aglutinam em um mesmo objeto serviços ou produtos de naturezas distintas, restringindo a participação, na licitação, de empresas capazes de fornecer apenas um dos serviços ou produtos pretendidos, talvez com preços bastante competitivos.

Em relação à divisão do objeto em lotes, tratando-se de produtos díspares, de naturezas diversas e comercializados por empresas que atuam em diferentes segmentos de mercado, este E. Tribunal tem determinado a segregação destes produtos em lotes distintos para que seja ampliado o espectro de possíveis fornecedores em potencial e, conseqüentemente, elevadas as perspectivas de obtenção da proposta mais vantajosa ao interesse público, com melhor atenção ao princípio da

isonomia. Assim, prestigia-se a maior competitividade e a obtenção de preços mais vantajosos.

As irregularidades censuradas por este Tribunal residem no agrupamento de produtos de setores diferentes de mercado, que resulta na restrição da participação de licitantes que poderiam apresentar propostas mais vantajosas para a Administração se a adjudicação fosse por lotes compostos de itens de mesma natureza.

Além disso, especificamente no caso do registro de preços e adjudicação a partir do menor preço por lote, é recomendável a estipulação de preços máximos unitários a serem admitidos, com o escopo de evitar que o agrupamento dos itens em lotes seja utilizado como facilitador do “jogo de planilhas”. De acordo com o Ministério Público do Estado de São Paulo,

O jogo de planilhas é uma prática fraudulenta consistente na inserção de valores superiores aos de mercado para um item de composição dos serviços que possua quantidade pequena, com a correspondente inserção de valor inferior ao de mercado para um item com quantidade maior. (...)

Uma vez celebrado o contrato e iniciada a execução de seu objeto, a empresa contratada (ou o próprio órgão contratante) manifesta a necessidade de aditamento do contrato para ajuste de alguns quantitativos dos itens que compõem a planilha de serviços. Assim, aquele item cuja quantidade era pequena, mas cujo valor era superior ao de mercado, tem seus quantitativos aumentados consideravelmente. O resultado desta modificação é um preço final superfaturado. (SÃO PAULO, 2019)

Contudo, vale o alerta de que, em regra, a jurisprudência desta Corte é firme ao não admitir a desclassificação de propostas com base em preço unitário, quando o critério de julgamento adotado for o de menor preço global⁹. A recomendação de imposição de preços máximos unitários a serem admitidos apenas é possível, frise-se, no caso de registro de preços e adjudicação a partir do menor preço por lote.

Por fim, para que se prestigie a competitividade da licitação, é pacífica a jurisprudência desta Corte¹⁰ no sentido de que a composição dos lotes não deve misturar itens de prateleira com produtos personalizados, bem como artigos de ramos de mercado distintos.

9 Nesse sentido podemos citar as decisões dos processos TC-2033/010/07 e TC-1069/010/08.

10 Por exemplo, as decisões dos processos TC-006287.989.14-9, TC-000106.989.14-8, TC-000015.989.12-2, TC-001145.989.15-8.

A compra para armazenamento em almoxarifado e a impropriedade do julgamento das propostas pelo menor preço por lote

Quando se trata de aquisições destinadas a armazenamento em almoxarifado, tendo em vista o atendimento gradual de necessidades da Administração, a utilização do sistema de registro de preços, no qual a aquisição é incerta, conjugada à organização do objeto em lotes com grande quantidade e diversidade de itens, fragiliza a adoção do critério de julgamento pelo menor preço por lote. A solução mais adequada, nesses casos, é o julgamento pelo menor preço unitário.

No que tange ao critério de julgamento eleito, observo que a utilização do sistema de registro de preços para a aquisição de materiais escolares em forma de kits, segundo o critério de menor preço por lote, tem sido admitida em precedentes deste Tribunal, desde que agrupados produtos em razão da afinidade, a título de garantir condições mais vantajosas (TCs 5054.989.14-0, E. Tribunal Pleno, Sessão de 10/12/14, sob minha relatoria; 88.989.15-7 e 96.989.15-7, E. Tribunal Pleno, Sessão de 11/2/15; e 5586.989.14-7, 5599.989.14-2 e 5101.989.16-8, E. Tribunal Pleno, Sessões de 11/2/15 e 3/4/16).

Diversamente, noto que os instrumentos em exame se destinam à formação de preços para recebimento e armazenamento em almoxarifado, visando ao atendimento gradual das necessidades da Administração Municipal.

Não vislumbro, com isso, condição que pudesse justificar o modelo adotado pelo menor preço por lote, notadamente quanto ao Pregão nº 13/2016, tanto por se tratar de registro de preços, onde a aquisição é incerta, como em razão da quantidade e diversidade de itens que compõem cada lote, daí porque melhor se conformam ao critério de julgamento pelo menor preço unitário, como bem acentuou SDG. (TCE-SP - TC-009658.989.16-5, Relator: RENATO MARTINS COSTA, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 114, de 23/06/2016)

Em hipóteses da espécie, a seleção pelo preço global potencializa distorções de preço nem sempre justificáveis, o que, no mais das vezes, submete o Administrador a contingências decorrentes de diferenças de preço entre o contratado e o que se pode encontrar no mercado de varejo.” (TCE-SP - TC-001310.989.14-0, Relator: RENATO MARTINS COSTA, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 77, de 26/04/2014).

Serviços que não podem ser terceirizados

É necessário o cuidado no planejamento das contratações de serviços, de modo que o objeto a ser licitado não contemple atividades rotineiras da Administração, que devem ser executadas por pessoal próprio, nos moldes dos incisos II e V do art. 37 da Constituição Federal. Tomem-se como exemplos os casos tratados no seguinte comunicado e súmula desta Corte (grifos nossos):

Comunicado SDG nº 32/2013

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo alerta as Administrações Municipais sobre a ilegalidade e ofensa ao princípio da economicidade na contratação de empresas que indicam valores supostamente recolhidos a maior ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e sobre os mesmos auferem percentuais de 15% a 20% a título de honorários.

*Tais serviços **podem e devem ser realizados pelos próprios servidores da Administração Municipal**, sem a necessidade de onerar o erário municipal em percentuais sobre os recolhimentos, eventualmente, feitos a maior.*

Ressalte-se que essa recuperação é feita unilateralmente, tornando-se descabidas essas contratações que, aliás, este Tribunal tem considerado irregulares com noticiamento ao Ministério Público do Estado para a apuração das responsabilidades necessárias.

Por fim, anote-se que a Diretoria de Auditoria Eletrônica – AUDESP identificou todos os municípios que celebraram indigitadas contratações, encaminhando-se às áreas de fiscalização correspondentes para os devidos fins.¹¹

*SÚMULA Nº 13 – Não é lícita a contratação pelas Prefeituras Municipais de terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, para Revisão das Declarações para o índice de Participação dos Municípios – DIPAMS, a qual **deve ser feita por servidores públicos locais**, valendo-se do auxílio da Secretaria Estadual da Fazenda.*

5. Pregão

O pregão é a modalidade de licitação do tipo menor preço em que a disputa pelo fornecimento de bens ou pela prestação de serviços comuns é feita por meio de propostas escritas e lances verbais sucessivos em sessão pública.

11 Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 161, de 29/08/2013.

Os bens e serviços considerados comuns *são* aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado (parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02).

Vantagens da modalidade

- Maior competitividade, celeridade e economicidade;
- Prazo mínimo de publicidade de 8 dias;
- Negociação condiciona redução de preços;
- Inversão de fases;
- Grande probabilidade de o objeto ser adjudicado na sessão;
- Maior rigor na punição por irregularidades: até 5 anos de suspensão no cadastro de fornecedores;
- Interposição de recursos na própria sessão;
- Utilização de meios eletrônicos.

Divulgação do orçamento

Embora não seja obrigatória a divulgação do valor estimado da contratação nos editais de pregão, ante a ausência de expresse mandamento na norma de regência, esta Corte já se posicionou no sentido de que a Administração deve tornar público o local onde tal informação poderá ser obtida e facilitar-lhe o acesso¹², indicando no edital os meios e procedimentos de acesso ao conteúdo do orçamento estimativo.

6. Registro de Preços

O art. 15, inciso II, da Lei nº 8.666/93 dispõe que as compras, sempre que possível, sejam processadas através de sistema de registro de preços, que consiste em um

... sistema de compras pelo qual os interessados em fornecer materiais, equipamentos ou gêneros ao Poder Público concordam em manter os valores registrados no órgão competente, corrigidos ou não, por um determinado período e a fornecer as quantidades solicitadas pela Administração no prazo previamente estabelecido. (MEIRELLES, 1999, p. 58-59)

Entre as vantagens desse sistema aponta-se: que, uma vez registrados os preços, não há obrigatoriedade de repetir o certame ou proceder à contratação, o que reduz a necessidade de planejamento de compras e de estoques e não é

12 Entendimento adotado da decisão do TC-003975.989.13-8.

necessária a existência de dotação orçamentária, o que simplifica o procedimento contábil (SARQUIS; RAMOS, 2011); o registro de preços tem validade por um ano, enquanto as propostas das licitações comuns são válidas por apenas dois meses (MEIRELLES, 1999).

A eventualidade do fornecimento e a imprevisibilidade da demanda são requisitos essenciais para sua utilização, de modo que esta Corte tem censurado a adoção do sistema de registro de preços para produtos e serviços afetos a atividades públicas que se desenvolvem diariamente e em quantidades suscetíveis de prévia estimativa. Ou seja, objetos passíveis de quantificação e entrega em período certo e/ou previsível.

Tomem-se como exemplos os seguintes casos analisados por este Tribunal, cujos principais aspectos das respectivas decisões grifamos:

- Registro de preços para eventual contratação de empresa especializada para prestação de serviços médicos nos atendimentos em urgência e emergência e ambulatório para atendimento em unidade de saúde;

“De fato, se não bastassem os itens mal formulados e parcialmente procedentes, questão grave foi destacada, consistente na indevida e ilegal adoção do sistema de registro de preços ao objeto pretendido pela Prefeitura, pois se encontram **ausentes a eventualidade do fornecimento e a imprevisibilidade da demanda**, características essenciais para sua utilização. (TCE-SP - TC-005447.989.16-1, Relator: ANTONIO ROQUE CITADINI, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 112, de 21/06/2016).

- Registro de preços para o fornecimento de materiais para Laboratório–Bioquímica e Imunologia com Equipamento em Comodato;

Cabe a advertência de que **a admissão do sistema de registro de preços em hipóteses voltadas a serviços que naturalmente se protraem no tempo resulta na assunção de aquisições de custos mais elevados**, porquanto dimensionadas a acionamentos pontuais e eventuais, o que não parece ser o caso em apreço, no qual a Prefeitura requer, agregada à aquisição de reagentes, a instalação e disponibilização constante de equipamentos para realização de exames, afastando com isso a eventualidade e a imprevisibilidade típicas do sistema de registro de preços. (TCE-SP – TC-014530.989.17-7 Relator: DIMAS RAMALHO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 227, de 07/12/2017).

Utilização do SRP na contratação de serviços de engenharia

Conforme estabelece a Súmula nº 32 deste Tribunal, “em procedimento licitatório, é vedada a utilização do sistema de registro de preços para contratação de obras e de serviços de engenharia, exceto aqueles considerados como de pequenos reparos”.

A utilização do sistema de registro de preços para a contratação de serviços de engenharia, portanto, está restrita a pequenos reparos de baixa monta, de simples execução, pois são mínimas as hipóteses em que um serviço pode ser mensurado por preço unitário de unidade autônoma e cada serviço de engenharia deve ser norteado por um projeto básico específico e único, em virtude das condições específicas do local em que serão executados.

Alteração de preços registrados

A jurisprudência deste Tribunal entende ser inapropriada a previsão de **revisão** em licitações para registro de preços. Em exame prévio de edital que estabelecia procedimentos a serem adotados para a revisão de preços com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos decorrentes da ata, decidiu-se que¹³:

Cláusulas de reequilíbrio da equação econômica inicial do contrato não são admissíveis no sistema de registro de preços, por não haver como se aplicar a teoria da imprevisão quando estamos a tratar de Ata de Registro de Preços, e tampouco cabe à Administração o dever de tutelar a manutenção do exato patamar de lucratividade relacionado a preços registrados em Ata. (TCE-SP - TC-2541/003/11, Relator: SAMY WURMAN, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 219, de 24/11/2011)

É importante observar que o § 3º, inciso II, do art. 15 da Lei de Licitações determina que, ao regulamentar internamente o sistema de registro de preços (por decreto), a administração observe a estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados.

Nesse contexto, tanto o Decreto nº 7.892/13, que regulamenta o sistema de registro de preços em âmbito federal, quanto o Decreto nº 63.722/18, que o regulamenta no âmbito da Administração Pública direta e indireta do Estado de São Paulo, preveem a possibilidade de revisão para redução dos preços registrados quando estes se tornarem superiores aos praticados no mercado. Ressalte-se que os dois decretos citados não contemplam qualquer hipótese de revisão para majoração dos preços registrados.

13 O mesmo entendimento foi adotado nas decisões dos processos TC-000282.989.13-6, TC-000414.989.13-7, TC-013470.989.16-1 e TC-012459.989.18-2, dentre outros.

Quanto à possibilidade de **reajuste**, o principal óbice ao reajuste dos preços registrados em ata reside na diferença entre a natureza jurídica do contrato, propriamente dito, e a da ata de registro de preços, que “estabelece vínculo jurídico disciplinando o modo de aperfeiçoamento de **futuras contratações** entre as partes” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 191, grifo nosso).

Por exemplo, a Lei Federal nº 10.192/01 autoriza o reajuste nos **contratos** de prazo de duração igual ou superior a um ano e a Lei de Licitações prevê que a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio **contrato** não caracteriza alteração do mesmo, podendo ser registrada por simples apostila (dispensando a celebração de aditamento), inexistindo autorização legal expressa para a aplicação de reajuste nas **atas de registro** de preços.

Assim, há respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial que nega a possibilidade de alteração dos preços registrados em ata, mas admite que os institutos de reajuste e revisão se apliquem aos contratos dela advindos¹⁴.

O “carona”

O termo “carona” designa a adesão, por um órgão/entidade da Administração, à ata de registro de preços em vigor celebrada por outro órgão/entidade de qualquer esfera de governo. Segundo a doutrina jurídica,

Em síntese, “carona” consiste na contratação fundada num sistema de registro de preços em vigor, mas envolvendo uma entidade estatal dele não participante originalmente, com a peculiaridade de que os quantitativos contratados não serão computados para o exaurimento do limite máximo. (...) O vício mais evidente da figura do “carona” é a ilegalidade. A Lei nº 8.666 não facultou a instituição dessa sistemática, que foi introduzida por meio de regulamento. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 207-208)

O regulamento ao qual o autor se refere é o Decreto Federal nº 3.931/01, cujo art. 8º autorizava a adesão à ata por órgão ou entidade que não tivesse participado do certame licitatório. Esse decreto foi revogado pelo Decreto Federal nº 7.892/13, que traz a mesma autorização em seu art. 22. De igual modo, o Decreto nº 63.722/18, que regulamenta o sistema de registro de preços no Estado de São Paulo, em seu art. 22, autoriza a utilização da ata de registro de preços, durante sua vigência, por

14 TCE-SP - TC-012459.989.18-2, Relatora: CRISTIANA DE CASTRO MORAES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 123, de 12/07/2018.

qualquer órgão ou entidade da administração pública estadual que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

O mesmo autor salienta, ainda, que a possibilidade do “carona” corresponde ao aproveitamento dos efeitos de uma licitação anterior, para que uma entidade da administração realize contratação sem prévia licitação, configurando situação similar à da dispensa de licitação, fundada na exclusiva discricionariedade administrativa, contrariando a regra imposta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (JUSTEN FILHO, 2010).

Nesse contexto, a Súmula nº 33 desta Corte estabelece que, “no sistema de registro de preços, é vedada a adesão à ata por órgão ou entidade que não participou da licitação (“carona”), excetuadas as hipóteses admitidas em lei federal”.

Uma das exceções é a possibilidade de Estado e Municípios aproveitarem registros de preços realizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, em face da Lei Federal nº 12.816/13, restrita aos registros de preços que objetivem aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais, inclusive quando empregados recursos próprios¹⁵.

Recentemente, é *recorrente* neste Tribunal o entendimento de que a adesão à ata de registro de preços por órgãos e entidades da mesma esfera de governo não caracteriza a figura do “carona”¹⁶:

Conforme demonstrado, o procedimento adotado não configurou o instituto “carona” repudiado por esta E. Corte, uma vez que os potenciais aderentes nada mais são do que órgãos da mesma Administração, sem que se pudesse exceder a 100% dos quantitativos registrados na Ata. (TCE-SP - TC-17488/026/14, Relator: RENATO MARTINS COSTA, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 37, de 28/02/2015)

7. Os efeitos das sanções de declaração de inidoneidade para contratar e de suspensão de participação em licitações e impedimento de contratar com a administração

De acordo com a Súmula nº 51 deste Tribunal, a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (prevista no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93) tem seus

15 Comunicado SDG nº 27/2013, publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 125, de 06/07/2013.

16 Por exemplo, nas decisões dos processos TC-3129/026/12, TC-3691/026/12, TC-25845/026/12 e TC-000835.989.16-1.

efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (previstos no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 e no art. 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

Mesma posição foi adotada no Projeto de Lei nº 6.814/17, que pretende instituir normas para licitações e contratos, em substituição às Leis números 8.666/93 e 10.520/02. Em seu art. 112, prevê o impedimento de licitar e contratar com efeitos jurídicos no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo sancionador e a declaração de inidoneidade com efeitos jurídicos no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos.

8. Limitações de participação às empresas em recuperação judicial

O impedimento à participação de empresas em processo de recuperação judicial não se harmoniza com o atual posicionamento desta Corte, assim expresso na Súmula nº 50:

Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.

Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 980/19, que exclui, do inciso II do art. 31, a possibilidade de exigência de certidão de concordata, e acrescenta o parágrafo 7º ao mesmo art. 31, com a seguinte redação: “é vedada a inabilitação de licitante motivada exclusivamente pela existência de processo de recuperação judicial, na forma da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, cabendo ao Poder Público, na fase de habilitação, avaliar a viabilidade econômica da empresa”.

9. Participação de cooperativas

A Lei Federal nº 12.690/12, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho, em seu art. 10, § 2º, estabelece que as mesmas não sejam impedidas de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seus objetos sociais. Seu art. 5º, por sua vez, traz a vedação de que a cooperativa seja utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

Ou seja, a Administração pode contratar serviços prestados por cooperativa, desde que esta não figure como mera intermediária de mão de obra. Tome-se como exemplo a decisão desta Corte em sede de exame prévio de edital para contratação de serviços médicos, a serem prestados em unidades de saúde municipais, que permitia a participação de cooperativas:

Entretanto, merece reforma a permissão de participação de cooperativas no presente certame. Conforme se extrai de diversos dispositivos do Termo de referência, assim como das justificativas apresentadas pela Administração, o cerne da contratação é a realização de serviços médicos, cujos profissionais contratados e a execução das atividades efetuadas por estes ficarão sob a *“supervisão e controle do Secretário Municipal de Saúde e do Diretor Municipal de Saúde”*.

Evidente, portanto, a relação de subordinação entre a prestadora dos serviços em face da contratante, situação que não se coaduna com o disposto no artigo 5º da Lei federal nº 12.690/124, que estabelece que *“a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada”*.

Recordo, assim, que esta Corte, em reiteradas decisões, já considerou indevida a participação de cooperativas em certames que visam a contratação de serviços médicos, a exemplo do decidido no TC-008389.989.17-95 e TC-010649.989.17-56. (TCE-SP - TC-008214.989.18-8, Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 75, de 28/04/2018)

A subordinação de profissionais cooperados à Administração contratante é um fator que pode tanto colidir com a regra constitucional do concurso público e caracterizar a hipótese do § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, quanto levar a Administração a figurar no polo passivo de ação judicial trabalhista, nos moldes dos incisos IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse contexto, o Decreto nº 55.938/10 (com as alterações promovidas pelo Decreto nº 57.159/11), que regulamenta a matéria no Estado de São Paulo, permite a participação de sociedades cooperativas em licitações, desde que a execução do objeto não envolva a prestação de trabalho não eventual por pessoas físicas com relação de subordinação ou dependência em face da contratante.

Além disso, dispõe o art. 4º, inciso II, da Lei Federal nº 12.690/12, que a Cooperativa de Trabalho de serviço é aquela constituída para a prestação de serviços especializados a terceiros sem a presença dos pressupostos da relação de emprego. Desse modo, esta Corte tem aceitado a vedação de participação de cooperativas em

editais de licitações de serviços que, por suas características, necessitem ser executados por pessoal que possua vínculo empregatício com o contratado¹⁷, conforme se depreende da seguinte decisão:

De se reconhecer que a vedação à participação de cooperativas em procedimentos licitatórios encontra supedâneo de validade nas prestações de serviços cuja execução é viabilizada por meio de contratos de trabalho, em virtude da subordinação presente na relação jurídica estabelecida.

Bem por isso, esta Corte de Contas já atestou a legalidade de semelhantes proibições, a exemplo das decisões proferidas nos autos dos processos TC-006158.989.15-2, TC-013413.989.16-1, TC-007130.989.17-1 e TC-007379.989.17-1.

Mencionada restrição configurar-se-ia excessiva apenas no caso de execução autônoma do objeto, posto que, nesse cenário, não restaria caracterizado vínculo empregatício entre tomador e prestador de serviços ou entre cooperativa e cooperado.

E, nesse contexto, é de rigor considerar que a definição do modo de execução do contrato é matéria afeta ao juízo de conveniência e oportunidade do Administrador. (TCE-SP - TC-016283.989.18-4 Relator: EDGARD CAMARGO RODRIGUES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 134, de 27/07/2018)

10. Habilitação

A habilitação é a verificação do atendimento das condições fixadas no edital quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista dos licitantes, e ao cumprimento, por eles, do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos).

Os artigos 28 a 31 da Lei de Licitações disciplinam como deve ser exigida a comprovação dos requisitos habilitação. Na lição de Hely Lopes Meirelles (1999, p. 126):

17 No mesmo sentido, a Súmula nº 281 do TCU dispõe que: “é vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade”.

Embora haja interesse da Administração no comparecimento do maior número de licitantes, o exame das propostas restringe-se àquelas que realmente possam ser aceitas, *em razão da pessoa do proponente*. Isto porque a Administração só pode contratar com quem tenha *qualificação para licitar*, ou seja, o interessado que, além da regularidade com o Fisco, demonstre possuir *capacidade jurídica* para o ajuste; *condições técnicas* para executar o objeto da licitação; *idoneidade financeira* para assumir e cumprir os encargos e responsabilidades do contrato.

Frise-se que a Súmula nº 26 desta Corte veda a exigência de recibo de recolhimento de taxa de retirada do edital **como condição para participação na licitação**. Diferente é o caso de a Administração fornecer a íntegra do instrumento convocatório a qualquer interessado mediante cobrança de taxa correspondente ao custo da impressão e/ou cópia reprográfica, observados os princípios da razoabilidade e modicidade na estipulação do valor da taxa¹⁸.

Habilitação jurídica

A habilitação jurídica é “a *aptidão efetiva* para exercer direitos e contrair obrigações, com responsabilidade absoluta ou relativa por seus atos” (MEIRELLES, 2001, p. 280), cuja comprovação deve ser exigida dos licitantes através dos documentos elencados no art. 28 da Lei nº 8.666/93.

O inciso V do referido dispositivo autoriza a exigência do ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir. É o caso de autorizações, licenças, alvarás e/ou registros exigidos por lei ou regulamentação específica sem os quais o licitante não poderia exercer a atividade empresarial no ramo do objeto pretendido. Tome-se como exemplo a seguinte decisão desta Corte:

Quanto ao prazo estipulado para apresentação da licença ambiental pertinente à atividade - 24 horas a contar da sessão pública -, inócuas as críticas ventiladas [pelo representante] (...).

Partindo do pressuposto de que a obtenção do ato declaratório de idoneidade (vinculado) é condição *sine qua non* para a regular atuação da empresa no específico segmento de mercado, independente de processo licitatório, presume-se que os virtuais licitantes já detenham referida outorga administrativa.

18 Nesse sentido a decisão do processo nº TC-016630.989.18-4.

Razão pela qual referida exigência deve ser deslocada à fase de habilitação jurídica, consoante artigo 28, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/93. (TCE-SP – TC-000030.989.17-2 e TC-000120.989.17-3 Relator: JOSUÉ ROMERO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 53, de 21/03/2017)

Por exemplo, com fulcro no art. 7º, inciso VII, e art. 8º da Lei Federal nº 9.782/99, deve ser exigida autorização de funcionamento da Vigilância Sanitária de empresas de **comercialização** de medicamentos e de empresas de **fabricação, distribuição e importação** de produtos como alimentos, cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes, saneantes destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação em ambientes domiciliares, hospitalares e coletivos e equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos e hemoterápicos e de diagnóstico laboratorial e por imagem.

Exceto pelos medicamentos, observa-se que os dispositivos legais citados não amparam a exigência de autorização de funcionamento de empresas varejistas, ou seja, aquelas que comercializam os citados produtos. Nesse sentido, tem-se como exemplo a seguinte decisão desta Corte:

Nossa jurisprudência também tem consolidado entendimento no sentido de que o ato convocatório deve excetuar a referida exigência para as empresas varejistas, cuja atividade seja a comercialização de ‘cosméticos’ e ‘saneantes domissanitários,’ por falta de imposição legal. (...)

As razões pelas quais a Representante postula o impedimento de participação no certame de empresas que operam no comércio varejista não possuem sustentação jurídica e agredem os princípios da isonomia e da competitividade, entre outros previstos no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei 8.666/93.

Portanto, descabida a pretensão da representante de direcionar as requisições de apresentação da Autorização de Funcionamento da Empresa – AFE, emitida pela ANVISA, e da Licença de Funcionamento, expedida pela Vigilância Sanitária do Estado ou Município sede a todas as eventuais participantes do certame. (TCE-SP – TC-008972.989.17-2 Relator: DIMAS RAMALHO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 130, de 13/07/2017)

Mesmo entendimento deve ser adotado quanto à exigência do registro dos estabelecimentos de produtos de origem animal no Departamento de Inspeção

de Produtos de Origem Animal (ou de relacionamento junto ao serviço de inspeção na respectiva unidade da federação, no caso de atacadistas) regulamentado pelo Decreto Federal nº 9.013/17, que não contempla os estabelecimentos varejistas¹⁹.

Já nas licitações para **aquisição de combustíveis**, são exigíveis: a autorização outorgada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP das empresas cuja atividade seja a distribuição de combustíveis líquidos (art. 3º da Resolução ANP nº 58/14); e a autorização outorgada pela ANP das empresas cuja atividade seja a revenda varejista de combustíveis automotivos (art. 10 da Resolução ANP nº 41/13). Tome-se como exemplo a seguinte decisão:

Inicialmente, na esteira das manifestações unânimes dos órgãos técnicos e do Ministério Público de Contas, considero indevida a exigência, para fins de habilitação, de registro e autorização expedidos pela Agência Nacional de Petróleo - ANP.

O objeto licitado não visa à aquisição direta de combustíveis, mas ao fornecimento de um sistema informatizado e integrado com a utilização de cartão de pagamento magnético ou micro processado, a fim de se efetuar o abastecimento dos veículos na rede credenciada de postos e distribuidoras de combustíveis e derivados.

Assim, não é o caso de aquisição ou comercialização direta do produto pela futura Contratada, mas mera intermediação com os postos credenciados.

Consoante se depreende da Resolução ANP 58/2014 e da Portaria ANP 116/00, apenas as empresas distribuidoras ou revendedoras varejistas de combustíveis necessitam da prévia autorização da ANP para exercer estas atividades.

Desta forma, indevida a exigência em questão, porquanto tal regra se restringe às empresas que comercializam ou distribuem combustíveis, não se aplicando àquelas que atuam na área de gerenciamento de cartões. (TC-014231.989.16-1, TC-014325.989.16-8 e TC-014347.989.16-2 Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 191, de 11/10/2016)

19 TC-006037.989.18-3 e TC-006062.989.18-1 Relatora: CRISTIANA DE CASTRO MORAES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 72, de 25/04/2018.

Este Tribunal tem reiteradamente reprovado, também, a exigência de certidão de credenciamento no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, nas licitações voltadas ao **fornecimento de vale-alimentação**²⁰.

A lei que instituiu o PAT prevê a dedução do lucro tributável para fins de imposto de renda de pessoas físicas, do dobro das despesas realizadas em programas de alimentação do trabalhador. Todavia, a inscrição no referido programa do Ministério do Trabalho e Emprego é facultativa às empresas que desejam usufruir dos benefícios fiscais lá previstos. Sendo facultativa, e diante da falta de sua inclusão no rol taxativo dos artigos 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, descabida a exigência de certidão de credenciamento no PAT como condição de habilitação nos certames licitatórios.

Por fim, nas licitações de **serviços de saúde** em caráter complementar (autorizadas pelo art. 199 da Constituição Federal), o registro do licitante no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), prevista no inciso I do art. 131 c.c. art. 359 e art. 360, inciso II, da Portaria de Consolidação nº 1/2017 do Ministério da Saúde, é exigível apenas nos casos em que os serviços serão prestados em espaço físico próprio do contratado, como hospital, ambulatório (consultório médico), unidade de apoio diagnóstico, unidade de terapia especial etc., não contemplando os casos de prestação de serviços em unidades de saúde da Administração contratante²¹.

Qualificação técnica

A qualificação técnica consiste no “conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação” (MEIRELLES, 2001, p. 281). A qualificação técnica genérica é comprovada pelo registro profissional, a específica é comprovada por atestado de desempenho anterior e pela existência de recursos materiais e humanos adequados à execução do objeto licitado, e a operativa é comprovada pela demonstração da disponibilidade desses recursos (MEIRELLES, 2001, p. 281-282).

No caso de obras e serviços de engenharia, a respeito da comprovação do registro profissional dos licitantes registrados em Conselhos Regionais de outros Estados, a Súmula nº 49 deste Tribunal estabelece que “o visto do Conselho Regional

20 A exemplo de decisões proferidas nos processos TC-000532.989.13-4, TC-000905.989.13-3, TC-006059.989.14-5, TC-006108.989.14-6, TC-6147/989/14-9, TC-000138.989.14-0, TC-000186.989.14-1 e TC-19844/026/11.

21 TC-009272.989.18-7 Relator: VALDENIR ANTONIO POLIZELI, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 76, de 03/05/2018.

de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo – CREA/SP deve ser dirigido apenas ao vencedor do certame, como condição de assinatura do contrato”.

Quanto à comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, este Tribunal fixou o seguinte entendimento acerca da proporção entre a experiência anterior a ser comprovada e a quantidade (de obras, serviços ou fornecimentos) licitada:

SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

O registro dos atestados em “entidade profissional competente” somente é exigível quando existir tal entidade e o objeto licitado consistir em atividade privativa da profissão em questão.

Quanto à qualificação dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, extrapola o rol dos documentos permitidos para fins de habilitação (§ 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93) a exigência de apresentação do currículo, de declaração de cada membro, bem como de prazo de experiência profissional mínimo, sendo suficiente a declaração formal de disponibilidade da equipe²².

No tocante à comprovação de que o licitante possui em seu quadro permanente profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de **obra ou serviço** de características semelhantes às do objeto licitado (capacitação técnico-profissional), prevista no § 1º, inciso I, do art. 30 da Lei de Licitações, esta Corte consolidou os seguintes entendimentos:

SÚMULA Nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de

22 Teor das decisões dos processos TC-22504/026/11, TC-22808/026/11, TC-22924/026/11, TC-706/005/11, TC-29738/026/09, TC-32534/026/08 e TC-32535/026/08.

maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

SÚMULA Nº 25 - Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços.

As exigências no edital relativas aos atestados para comprovação de aptidão do licitante e às Certidões de Acervo Técnico para comprovação da capacitação técnico-profissional devem ser suficientes para garantir a contratação de empresa que de fato possua a qualificação técnica necessária à execução satisfatória do objeto, porém, sem especificações que restrinjam a competitividade da licitação. Nesse sentido, este Tribunal consolidou o seguinte entendimento:

SÚMULA Nº 30 - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.

Por exemplo, em certames que têm por objeto serviços e obras para implantação e modernização da iluminação pública de ruas e avenidas, esta Corte tem se posicionado contra a exigência de comprovação de experiência anterior em “iluminação pública”, que pode afastar da disputa empresas que tenham executado serviços da mesma natureza (iluminação) somente em empreendimentos particulares (em condomínios residenciais e empresariais, por exemplo)²³.

É vedada pela jurisprudência desta Corte²⁴ a limitação do número máximo ou mínimo de atestados e/ou certidões a serem apresentados, sendo possível o somatório dos mesmos para fins de comprovação dos quantitativos mínimos de execução de objetos similares e das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto da licitação, conforme as exigências do edital. Excepcionalmente

23 Foi esse o teor das decisões dos processos TC-000018.989.18-6, TC-000072.989.18-9 e TC-000073.989.18-8, TC-000965.989.17-1, TC-003658.989.15-7, TC-003767.989.15-5, TC-003775.989.15-5 e TC-018013.989.18-1.

24 Por exemplo, nas decisões dos processos TC-40823/026/07, TC-05815/026/09 e TC-018013.989.18-1.

pode ser admitida a limitação do número de atestados e/ou certidões, quando tecnicamente justificável²⁵.

Recentemente esta Corte tem reconhecido a possibilidade de exigência de que o somatório de atestados ou certidões comprove que a execução do quantitativo mínimo ou das parcelas de maior relevância se deu em um mesmo momento²⁶. Por exemplo, exigência de comprovação de fornecimento de medicamentos em quantidade correspondente a 50% do quantitativo licitado no prazo de doze meses, sendo permitido o somatório de atestados, desde que referentes a fornecimentos realizados dentro de um mesmo período (de doze meses).

Tome-se como exemplo a seguinte decisão:

Quanto à cláusula 8.3.1.1 (permite a soma de atestados para alcançar o percentual de 50%, desde que em período de serviços simultâneos), não verifico, em seu teor, qualquer afronta aos enunciados sumulares emitidos por esta Corte (precipualemente o de nº 24, que admite tal patamar para fins de aptidão operacional), e mesmo à lei de regência, uma vez que não se mostra contrária ao que preconiza o art. 30, § 5º da Lei de Licitações.

Em verdade, o que o preceito legal veda é a limitação de tempo ou época – o que não se confunde com a simultaneidade exigida.

Em outras palavras, condenável seria a cláusula caso obrigasse, ao proponente, que comprovasse a execução de atividades, por exemplo, nos dois últimos anos – hipótese que, como se vê, é totalmente distinta daquela que constou do edital. (TCE-SP - TC-20743/026/11 Relator: MÁRCIO MARTINS DE CAMARGO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 85, de 14/05/2015)

Para que os licitantes tomem conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação, o edital pode exigir a visita técnica, sendo vedada a fixação de data única para sua realização (Súmula nº 39 deste Tribunal). Sólido entendimento desta Corte faculta aos

25 “Dá-se um exemplo: uma ponte de mil metros de extensão não é igual a duas pontes de quinhentos metros. Muitas vezes, a complexidade do objeto licitado deriva de certa dimensão quantitativa. Nesses casos, não terá cabimento o somatório de contratações anteriores. Já haverá outros casos em que a questão não reside numa contratação única, mas na experiência de executar certos quantitativos, ainda que em oportunidades sucessivas. Enfim, a solução deverá ser encontrada a partir da natureza do objeto licitado” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 447).

26 Foi esse o entendimento nas decisões dos processos TC-8532/026/10, TC-006169/026/10, TC-014343/026/09, TC-004238.989.15-6, TC-012583.989.18-1.

licitantes a indicação do profissional que realizará a visita, sem a obrigatoriedade de que seja o responsável técnico da empresa²⁷.

Ainda sobre a qualificação técnica, esta Corte editou as Súmulas números 15, 17, 18 e 28, sendo que os seguintes exemplos de decisões ilustram a aplicação dos respectivos enunciados a casos concretos:

SÚMULA Nº 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

De fato, condicionar a participação no torneio de interessados a terceiros estranhos à licitação representa ônus que interfere, de forma negativa, na competitividade no torneio.

Não é por outra razão, que se sedimentou nesta Corte a compreensão estampada na Súmula nº 15 (...)

No caso em apreço, é evidente que exigir dos proponentes que vendem ou distribuem os equipamentos declaração que ateste autorização de comercialização pelos produtores dos artefatos constitui conduta proibida pelo referido enunciado sumular.

Com efeito, a previsão editalícia hostilizada acaba, na prática, por condicionar o ingresso de interessados na disputa à vontade dos fabricantes dos produtos, panorama que materializa restrição inaceitável à ampla participação no certame. (TCE-SP - TC-000570.989.19-4 Relatora: CRISTIANA DE CASTRO MORAES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 29, de 13/02/2019)

SÚMULA Nº 16 - Em procedimento licitatório, é vedada a fixação de distância para usina de asfalto.

Vê-se que os editais em exame estampam, no memorial descritivo, previsão de que “a usina fornecedora do CBUQ deverá estar localizada no raio máximo de 65 km do ponto de entrega”, prática há muito reprovada por este Tribunal, consoante entendimento assentado no verbete 16 do repertório de Súmulas. (...)

Não houve comprovação de que, efetivamente, a União tenha formulado referida exigência para liberação dos recursos.

Tampouco restou demonstrada viabilidade de competição no raio estabelecido ou, sequer, que a medida seja a única capaz de

27 Nesse sentido, são exemplos as decisões dos processos TC-000433.989.18-3, TC-000449.989.18-5, TC-012959.989.16-1, TC-333/009/11, TC-444/010/10, TC-202/013/10 e TC-921/009/09.

resguardar a qualidade dos serviços ou a higidez das medições. (TCE-SP - TC-000002.989.18-4 e TC-000003.989.18-3 Relator: EDGARD CAMARGO RODRIGUES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 45, de 15/03/2018)

SÚMULA Nº 17 - Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.

A requisição de certificações de acreditação tem origem em procedimento disciplinado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA por meio da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 302, de 13 de outubro de 2005, que “Dispõe sobre Regulamento Técnico para Funcionamento de Laboratórios Clínicos”.

A referida norma é aplicável a todos os serviços que realizam atividades laboratoriais na área de análises clínicas, patologia clínica e citologia e estabelece a obrigatoriedade de o laboratório clínico monitorar a fase analítica por meio de controle interno e externo da qualidade. (...)

A cláusula 7.7.3, vale dizer, não revela contrariedade ao teor da súmula nº 17 desta Corte, pois na fase de habilitação, o edital requer apenas declaração de disponibilidade dos aludidos certificados.

No entanto, a referida disposição, bem como o subitem “2.2.2” devem ser retificados com a finalidade de deixar claro que a apresentação dos certificados se destina exclusivamente ao licitante vencedor, como condição para assinatura do contrato. (TC-006766.989.18-0 Relator: DIMAS RAMALHO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 88, de 19/05/2018)

SÚMULA Nº 18 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de filiação a Sindicato ou a Associação de Classe, como condição de participação.

SÚMULA Nº 28 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de quitação de anuidade junto a entidades de classe como condição de participação.

Em relação à exigência de Certificado de Participação de Programa de Controle de Qualidade promovido pela Sociedade Brasileira de Patologia, adoto como razões de decidir a análise desenvolvida pela Assessoria Técnico - Jurídica, que mediante pesquisa sobre o item a, concluiu “que tal programa se refere ao PICQ - SBP, Programa de Incentivo ao Controle de Qualidade no formato multi-mídia da Sociedade Brasileira de Patologia e se trata de *“um instrumento de educação continuada*

utilizado na melhoria da qualidade em Anatomia Patológica. A participação é anual, exclusiva para médicos patologistas/anatomopatologistas e todos os participantes devem ser associados adimplentes da SBP”.

Neste panorama, evidenciada a ausência de amparo legal e de metodologia avalizada por órgão oficial, deve ser excluída das cláusulas “2.2.3” e “7.7.4” a exigência de Certificado de Participação de Programa de Controle de Qualidade promovido pela Sociedade Brasileira de Patologia (SBP), a qual igualmente contraria os enunciados das Súmulas nºs 18 e 28, deste E. Tribunal, pois requer indiretamente associação compulsória e adimplência junto à referida entidade de classe. (TC-006766.989.18-0 Relator: DIMAS RAMALHO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 88, de 19/05/2018)

Qualificação econômico-financeira

Entende-se por qualificação econômico-financeira a “capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato” (MEIRELLES, 2001, p. 283).

Esta Corte admite como razoável, em regra, a exigência de índice de liquidez entre 1,0 e 1,5 e de índice de endividamento geral entre 0,3 e 0,5. Entretanto, em alguns casos pode ser necessária, justificadamente, a exigência de índices que não se conformem a esses parâmetros, em razão das especificidades da atividade econômica relacionada ao objeto do certame. Nesse sentido é a orientação traçada por esta Corte:

COMUNICADO SDG Nº 05/2019 (TCA-18484/026/15)

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, COM FUNDAMENTO NOS ESTUDOS REALIZADOS NO TCA-18484/026/15, COMUNICA, a teor do artigo 31, §5º, da Lei Federal de Licitações nº 8666/93, que incumbe unicamente à Administração, ao optar por exigir índices contábeis e valores de qualificação econômico-financeiros dos licitantes, justificar no procedimento administrativo do certame os motivos da escolha, demonstrar que levou em conta as especificidades do ramo de atividade ou do segmento de mercado correspondente ao objeto a ser licitado e outros critérios, quando pertinentes, como o vulto da contratação, a conjuntura econômica, a prévia análise da saúde financeira das empresas que operam nos correspondentes setores, por meio de indicadores usualmente praticados no caso concreto, fixados de forma clara e objetiva no edital, a fim de possibilitar uma ampla competição.

*Tal previsão não desonera das cautelas que a Administração deve atentar contra os riscos de eventual inadimplemento por meio da adoção de garantias e de aplicação de sanções previstas na lei de regência da matéria, sem prejuízo do acompanhamento concomitante da execução contratual.*²⁸

Na apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes, os índices devem ser apurados pela Administração mediante aplicação das respectivas fórmulas de cálculo a partir dos dados do balanço patrimonial e demonstrações contábeis apresentadas pelo licitante, sendo inapropriada a exigência de memórias de cálculo ou outros documentos específicos para comprovação desses índices, conforme vem sendo decidido:

Ainda que os índices de qualificação econômico-financeira adotados pela Administração (Liquidez Geral e Liquidez Corrente maiores ou iguais a 1,0 e Endividamento menor ou igual a 0,4) não destoem daqueles genericamente aceitos pela jurisprudência desta Corte (Liquidez Geral e Liquidez Corrente entre 1,0 e 1,5 e Endividamento Geral entre 0,3 e 0,5), reputo inadequada a demonstração desses indicadores “mediante declaração firmada por contador”, porquanto a entrega das peças contábeis bastam para evidenciar o cumprimento dessa condição, nos termos do inciso I, do art. 31 da Lei Geral de Licitações. (TCE-SP – TC-005170.989.16-4 e TC-005181.989.16-1 Relator: RENATO MARTINS COSTA, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 84, de 10/05/2016)

Em procedimentos licitatórios para contratação de serviços de caráter continuado, para os quais a lei autoriza a prorrogação da vigência contratual por até sessenta meses, este Tribunal consolidou o entendimento de que “os percentuais referentes à garantia para participar e ao capital social ou patrimônio líquido devem ser calculados sobre o valor estimado correspondente ao período de 12 (doze) meses” (Súmula nº 37). Diferente é o entendimento quanto aos contratos de escopo (nos quais o contratante busca a obtenção de um serviço certo e determinado), conforme exposto na seguinte decisão (grifos nossos):

Ainda que a prestação dos serviços se propague por um período que abranja mais de um exercício financeiro, o pleno cumprimento da

28 Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 21, de 01/02/2019.

obrigação ajustada somente estará finalizada com a conclusão da obra projetada no ajuste.

Deste modo, não prospera a censura contra a base de cálculo utilizada para as garantias de proposta e de execução exigidas, na medida em que, tratando-se de contrato de escopo, nos termos estabelecidos nos artigos 31, inciso III, e 56, *caput* e § 2º, da Lei nº 8.666/93, **os percentuais devem incidir, respectivamente, sobre o “valor estimado do objeto da contratação” e sobre o “valor do contrato”**, conforme devidamente ocorreu no instrumento convocatório em apreço. (TCE-SP – TC-018518.989.18-1 Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 158, de 30/08/2018)

Já nas licitações para concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros, “os requisitos de qualificação econômico-financeira devem ter como base de cálculo o valor dos investimentos devidos pela concessionária” (Súmula nº 43). A mesma base de cálculo pode ser adotada, em regra, para concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas que não envolvam transporte coletivo de passageiros, pelas seguintes razões:

Não há como transportar a mesma lógica da prestação de serviços de caráter continuado [percentuais de garantia, capital social e patrimônio líquido calculados sobre o valor correspondente a doze meses] para contextos de concessão de serviços públicos e de parcerias público-privadas, visto que em tais hipóteses haverá a realização dos investimentos iniciais, que são a própria razão destes contratos, com a posterior amortização e justa remuneração da contratada, os quais, por sua vez, são elementos diretamente relacionados com o cronograma de desembolso de uma concessão administrativa e seu prazo de duração.

Uma evidência que daqui se extrai é que, neste caso, as condições de avaliação econômica financeira estão direcionadas a resguardar os investimentos e custos operacionais necessários para a regularidade da prestação dos serviços públicos, nos termos previstos.

Em outras palavras, teremos todo o investimento inicial que será amortizado e remunerado ao longo da vigência do contrato, de maneira que, em casos como o presente, há a necessidade de se alocar recursos, financeiros ou não, para haver suporte a estes investimentos, e é em relação a este aspecto que recai a análise da capacidade econômica financeira. (TCE-SP - TC-14610/026/10 Relator: EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 113, de 17/06/2010)

Destacam-se, ainda, as seguintes Súmulas deste Tribunal concernentes à comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes:

SÚMULA Nº 27 - Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência.

SÚMULA Nº 29 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de certidão negativa de protesto como documento habilitatório.

SÚMULA Nº 38 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência antecipada do comprovante de recolhimento da garantia prevista no artigo 31, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, o qual deve ser apresentado somente com a documentação de habilitação.

SÚMULA Nº 48 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de capital social mínimo na forma integralizada, como condição de demonstração da capacitação econômico-financeira.

Regularidade fiscal e trabalhista

A regularidade fiscal se refere ao atendimento das exigências do Fisco (quitação ou discussão dos tributos) quanto ao Cadastro de Pessoa Física ou Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica e quanto aos cadastros estadual e municipal, se houver, relativos ao domicílio ou sede do licitante (MEIRELLES, 2001, p. 281). Já a regularidade trabalhista corresponde à inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, a ser comprovada pelas certidões instituídas pela Lei Federal nº 12.440/11.

Conforme a Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 1.751/14, a comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional se dá pela apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União por elas administrados. De acordo com o art. 1º, § 1º, da referida portaria, a certidão contempla:

- as **contribuições sociais** previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91, as contribuições instituídas a título de substituição, e as contribuições devidas por lei a terceiros, inclusive inscritas na Dívida Ativa da União;
- o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, inclusive inscrito na Dívida Ativa da União, hipótese em que a certidão abrangerá exclusivamente o imóvel nela identificado.

Além da Certidão Negativa de Débitos, é também **prova de regularidade** perante a Fazenda Nacional a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos, emitida nas seguintes situações (art. 5º da Portaria nº 1.751/14 e art. 206 da Lei nº 5.172/66):

- existência de créditos da União não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa;
- existência de débito inscrito na Dívida Ativa da União, garantido mediante bens ou direitos, na forma da legislação, cuja avaliação seja igual ou superior ao montante do débito atualizado;
- existência de débito ajuizado e com embargos recebidos, quando o sujeito passivo for órgão da administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou for autarquia ou fundação de direito público dessas entidades estatais.

No tocante à regularidade trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho assim explica os três tipos de certidões instituídas pela Lei Federal nº 12.440/11:

A Certidão será **negativa** se a pessoa sobre quem deva versar não estiver inscrita como devedora no BNDT, após decorrido o prazo de regularização.

A Certidão será **positiva** se a pessoa sobre quem aquela deva versar tiver execução definitiva em andamento, já com ordem de pagamento não cumprida, após decorrido o prazo de regularização.

A Certidão será **positiva com efeito de negativa**, se o devedor, intimado para o cumprimento da obrigação em execução definitiva, houver garantido o juízo com depósito, por meio de bens suficientes à satisfação do débito ou tiver em seu favor decisão judicial que suspenda a exigibilidade do crédito.

A Certidão **positiva com efeito de negativa** possibilita o titular de participar de licitações. (BRASIL, 2019)

Ante a equivalência dos efeitos da certidão negativa e da positiva com efeito de negativa, para fins de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, é assente o entendimento desta Corte no sentido de que, para evitar qualquer subjetividade, passível de acarretar prejuízo à competitividade no certame, deve o edital deixar expressa a possibilidade da apresentação de certidão positiva com efeito de negativa²⁹.

29 TCE-SP – TC-007465.989.16-8 Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 89, de 17/05/2016.

A exigência de comprovação de regularidade perante as fazendas estadual e/ou municipal, quando pertinente em decorrência da natureza do objeto, não pode constar de forma genérica no edital. Tome-se como exemplo a seguinte decisão deste Tribunal:

É procedente a impugnação que incide sobre a exigência de demonstração de regularidade fiscal perante a Fazenda Estadual de modo genérico, sem a expressa indicação dos tributos pertinentes ao objeto do certame.

Não basta ao texto editalício a simples compatibilidade com a regra do artigo 29, inciso III da Lei 8.666/93. O ato convocatório deve conformar a regra geral da lei ao objeto que se pretende contratar.

Neste sentido, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a exigência de regularidade fiscal deve estar adstrita aos tributos decorrentes do ramo de atividade das interessadas licitantes, em compatibilidade ao objeto licitado, nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei nº 8.666/93, devendo a Administração fixar objetivamente no instrumento convocatório a relação de tributos que devem fazer parte do rol da documentação relativa à regularidade fiscal. (TCE-SP – TC-002237.989.19-9 Relator: DIMAS RAMALHO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 43, de 07/03/2019)

11. Participação de empresas em consórcio

Entende-se por consórcio de empresas a “associação de duas ou mais sociedades civis ou comerciais, que, sem perder sua individualidade, se reúnem para a consecução de empreendimento comum, que individualmente não conseguiriam” (FIUZA, 2003, p. 585). A Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 8.987/95 facultam à Administração permitir a participação de empresas em consórcio em certames licitatórios.

Em âmbito privado, o consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato de constituição, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade, no âmbito do direito privado (artigos 278 e 279 da Lei Federal nº 6.404/76).

A Lei nº 8.666/93 prevê responsabilidade solidária das consorciadas pelos atos praticados na licitação e na execução do contrato e a Lei nº 8.987/95 prevê responsabilidade solidária das consorciadas pelo cumprimento do contrato de concessão, além de facultar ao poder concedente (desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido) determinar que o consórcio vencedor do certame se constitua em empresa antes da celebração do contrato. Ao menos nos aspectos da

responsabilidade solidária e personalidade jurídica própria, portanto, o tratamento dado aos consórcios pelas citadas leis difere daquele adotado no direito privado.

Quanto à possibilidade de o edital limitar o número de consorciadas, é recorrente nesta Corte o entendimento de que, se compete à Administração admitir ou não a participação de empresas reunidas em consórcio, cabe-lhe também estabelecer as regras correspondentes, nada opondo a que limite o número de empresas por consórcio³⁰.

No tocante às exigências para habilitação de consórcios, o inciso III do art. 33 da Lei nº 8.666/93 admite, para efeito de qualificação econômico-financeira, “o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação”. Esse dispositivo enseja duas interpretações distintas:

Uma corrente acolhe o entendimento de que a “proporção de sua respectiva participação” é aferição que se materializa pela multiplicação do percentual de participação de cada um dos consorciados pelo valor de seu respectivo patrimônio líquido ou capital social, de sorte que a soma desses valores proporcionais deve ser igual ou superior ao mínimo fixado no edital.

Por exemplo, se uma consorciada “A” tivesse PL de R\$ 100,00 com 70% de participação, e outra consorciada “B” tivesse PL de R\$ 50,00 com 30% de participação, o PL do consórcio seria R\$ 85,00.

$(R\$ 100,00 \times 0,70) + (R\$ 50,00 \times 0,30) = R\$ 85,00. (...)$

Para outra corrente, a “proporção de sua respectiva participação” significa que o percentual de participação do consorciado deve ser aplicado sobre o valor mínimo de patrimônio líquido ou capital social fixado no edital, devendo o valor total do patrimônio líquido ou capital social desse consorciado ser igual ou maior do que essa proporção retirada daquele valor mínimo definido no edital.

Utilizando-se do mesmo exemplo acima, com um PL mínimo exigido de R\$ 100,00, ter-se-ia que os 70% de participação do consorciado “A” geraria a obrigação de um PL mínimo de R\$ 70,00, o que seria por ele atendido através do seu PL de R\$ 100,00; e os 30% de participação do consorciado “B” geraria a obrigação de um PL mínimo de R\$ 30,00, o que seria por ele atendido através do seu PL de R\$ 50,00. É certo que,

30 Posição adotada nas decisões dos processos TC-000281.989.12-9, TC-004156.989.13-9, TC-003435.989.13-2, TC-001386.989.12-3, TC-001402.989.12-3, TC-000160.989.12-5, TC-000178.989.12-5 e TC-000184.989.12-7.

em algumas hipóteses, essa segunda linha de interpretação pode se sobressair como um cálculo menos restritivo. (...)

A jurisprudência deste Tribunal de Contas do Estado de São Paulo adota como correto o emprego da metodologia de cálculo pela qual a “proporção de sua respectiva participação” é aferição que se materializa pela multiplicação do percentual de participação de cada um dos consorciados pelo valor de seu respectivo patrimônio líquido ou capital social, de sorte que a soma desses valores proporcionais deve ser igual ou superior ao mínimo fixado no edital.

Um exemplo claro desse entendimento aqui pacificado pode ser extraído do teor do voto condutor do v. Acórdão prolatado pelo E. Plenário nos autos dos processos TC-004442/026/09, TC-004477/026/09 e TC-004716/026/09. (TCE-SP – TC-013682.989.16-5, TC-013747.989.16-8, TC-013824.989.16-4, TC-013978.989.16-8, TC-013981.989.16-3 e TC-014044.989.16-8 Relator: SAMY WURMAN, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 209, de 09/11/2016)

O mesmo inciso III admite, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, devendo ser observadas, em regra, as diretrizes apresentadas no item 10 deste manual. Porém, é importante mencionar a possibilidade de a Administração definir, no instrumento convocatório, diferentes comprovações a serem apresentadas por cada consorciada, quando a complexidade do objeto licitado assim o exigir, conforme o seguinte entendimento (grifos nossos):

Sendo livre à Administração, respeitado o postulado isonômico (ver, expressando princípio geral, Lei nº 8.666/93, artigo 3º, *caput*), decidir se pedirá propostas de celebração do contrato a empresas individualmente consideradas ou reunidas em consórcio (v. Lei nº 8.666/93, artigo 33, *caput*, verbo: “permitida”), disso infiro que não se lhe pode obstar a emissão de diretrizes acerca dos consórcios que têm em mente: seu número mínimo ou máximo de integrantes, **a qualificação requerida de seu líder, a natureza das atividades a que se há de dedicar predominantemente cada qual das empresas consorciadas**, o grau de sua experiência no envolvimento com o objeto da licitação, a dimensão de seu poderio econômico-financeiro para fazer face à execução contratual e, bem assim, diante da solidariedade legalmente programada, como será implementada a correspondente garantia (TCE-SP – TC-7585/026/07, TC-7832/026/07, TC-8007/026/07 e TC-9064/026/07 Relator: CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA, Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 117, p. 105, fev./jun. 2007)

Nesse sentido, esta Corte já admitiu, por exemplo, a exigência de que a empresa líder do consórcio comprovasse experiência na parte mais relevante da obra e a outra consorciada comprovasse experiência em parcelas menos relevantes, em razão das justificativas técnicas que instruíram o respectivo processo³¹.

12. Microempresas e empresas de pequeno porte

A Lei Complementar nº 123/06 considera **microempresa** (ME) a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil³², devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a trezentos e sessenta mil reais. E considera **empresa de pequeno porte** (EPP) aquela que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a trezentos e sessenta mil reais e igual ou inferior a quatro milhões e oitocentos mil reais (art. 3º).

Sendo a receita bruta o único requisito previsto em lei, pode a Administração estabelecer nos editais de licitação que “qualquer prova de faturamento bruto anual será aceita para demonstrar a condição de ME ou EPP: balanços anuais e declarações de imposto de renda, por exemplo” (SANTOS, 2011, p. 39).

O enquadramento pode ser comprovado, ainda:

- pela adesão da empresa ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional (disciplinado no Capítulo IV da Lei Complementar nº 123/06);
- por certidão expedida pela Junta Comercial (prevista no art. 8º da Instrução Normativa nº 103/07 do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços);
- por declaração do licitante, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, a exemplo daquela prevista no § 2º do art. 13 do Decreto nº 8.538/15 (aplicável aos órgãos da administração pública federal direta, fundos especiais,

31 TCE-SP - TC-001386.989.12-3 e TC-001402.989.12-3 Relatora: CRISTIANA DE CASTRO MORAES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 32, de 20/02/2013.

32 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União).

O art. 43 do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123/06) estabelece que, nas licitações, essas empresas devem apresentar toda a documentação indicada no edital para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição. A efetiva comprovação de regularidade somente será exigida para efeito de assinatura do contrato (art. 42).

Assim, havendo alguma restrição nessa comprovação, deve ser assegurado o prazo de cinco dias úteis, contados do momento em que o proponente for declarado vencedor do certame (prorrogável por igual período, a critério da Administração), para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões de regularidade (§ 1º do art. 43).

O art. 44 do estatuto assegura, nas licitações, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte como critério de desempate, quando as propostas apresentadas por essas empresas sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada, ou até 5% (cinco por cento) superiores na modalidade de pregão. O art. 45 estabelece o procedimento a ser observado nesses casos.

O tratamento diferenciado e simplificado instituído pelo estatuto inclui, também (art. 48, incisos I a III): obrigatoriedade de licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); possibilidade de exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte nas licitações destinadas à aquisição de obras e serviços; obrigatoriedade de estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

A seguinte decisão desta Corte esclarece a distinção entre os benefícios de licitação exclusiva e de fixação de cota para microempresas e empresas de pequeno porte:

A Lei somente dirige as licitações, de forma exclusiva, para microempresas e empresas de pequeno porte quando os itens de contratação a serem disputados tenham valor de até R\$ 80.000,00, ou seja, assim será quando, abstratamente considerado, este seja o valor arbitrado para o objeto.

Difere-se, portanto, a expressão “itens de contratação” (pretensão da Administração em abstrato), do termo “itens da contratação” (cada produto, no caso concreto, a ser adquirido).

Mesmo porque, para situações em que o valor dos bens de natureza divisível, como no caso, superarem esse parâmetro de preço, deverá ser concedido benefício legal diverso: aquele previsto no mesmo artigo 48, porém em seu inciso III, qual seja, a fixação de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, mediante as ressalvas do art. 49 da mesma Lei, também aplicáveis ao art. 48, I. (TCE-SP – TC-005509.989.15-8 Relator: RENATO MARTINS COSTA, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 192, de 20/10/2015)

Depreende-se dessa decisão que o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) se refere ao valor estimado do contrato, quando as obras, serviços ou compras pretendidos pela Administração não tenham sido divididas em parcelas, ou ao **somatório** dos itens ou lotes em disputa, quando houver essa divisão. Se o somatório dos itens ou lotes ultrapassar aquele limite, deve-se fixar cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Sistemática diversa, que considera o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para cada item ou lote em disputa, foi adotada em edital de licitação objeto de Exame Prévio por esta Corte (e defendida por parte dos órgãos técnicos e opinativos), cuja decisão facultou à Administração manter tal sistemática, ante a impossibilidade de análise do tema em rito sumaríssimo, em razão de sua natureza controversa³³.

Além disso, de acordo com o art. 47 do estatuto, um dos objetivos do tratamento diferenciado e simplificado garantido às microempresas e empresas de pequeno porte é a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional. Com esse intuito, o § 3º do art. 48 autoriza que, **justificadamente**, se estabeleça a **prioridade** de contratação para empresas desses tipos sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. Acerca da matéria, esta Corte entende que:

Nas hipóteses de concessão dos benefícios tratados nos incisos I, II e III do artigo 48 da LC nº 123/06, é possível se estabelecer prioridade de contratação para as MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente (até o limite de 10% do melhor preço válido), nos termos do disposto no § 3º do artigo 48 do referido diploma legal.

33 TCE-SP - TC-009589.989.18-5, TC-009710.989.18-7, TC-009711.989.18-6 e TC-009712.989.18-5 Relator: EDGARD CAMARGO RODRIGUES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 151, de 21/08/2018.

A área geográfica a ser considerada como 'regional' deverá ser delimitada, definida e justificada pela Administração licitante no âmbito de cada procedimento licitatório, devendo ser comprovada, no caso concreto, a correlação entre o objeto licitado, a área geográfica delimitada, o tratamento diferenciado e simplificado às MEs e EPPs e o alcance do objetivo previsto no artigo 47 da LC nº 123/06 (TCE-SP - TC-18508/026/13 Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 114, de 23/06/2016)

Os incisos II, III e IV do art. 49 do estatuto estabelecem as hipóteses em que não se aplicam os benefícios previstos nos artigos 47 e 48.

O inciso II prevê a hipótese de não haver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório. Esta Corte traçou a seguinte orientação sobre a matéria:

Revela-se de todo conveniente que a Administração institua e mantenha registro cadastral de fornecedores, a fim de demonstrar, antes da deflagração do certame, a existência de pelo menos 3 (três) MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente aptas a atender ao objeto predefinido, em observância à condicionante tratada no inciso II do artigo 49 da LC nº 123/06. (TCE-SP - TC-18508/026/13 Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 114, de 23/06/2016)

O inciso III prevê a hipótese de o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não ser vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Encontramos na doutrina o seguinte entendimento sobre esse dispositivo:

A lei exige que o tratamento diferenciado se mostre vantajoso, o que significa i) pagar o melhor preço, aliado à ii) melhor opção para a Administração Pública. (...)

Deste modo, da leitura do inciso III do artigo 49 é possível inferir que a Administração Pública poderá recusar a aplicação do tratamento diferenciado a MPEs quando não vislumbrar tal equação, de tal modo que se mostre inconveniente e não eficiente a aplicação da política na aquisição de determinado bem ou contratação de serviço. Todavia, é imperioso, e de forma muito bem fundamentada, levar a questão a termo nos autos do processo administrativo, sob pena de os órgãos de

controle lançar críticas a respeito da licitação e respectivo contrato se configurada fuga às prerrogativas previstas na lei.

Igualmente, a norma reclama que o tratamento diferenciado não resulte em prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado. Neste aspecto, caso a Administração Pública observe prejuízo à economia de escala ou, por exemplo, impossibilidade de fornecimento a contento - sempre justificadamente e comprovadamente - poderá afastar determinado benefício. (BOTTESI, 2015, p. 33-34)

Por fim, o inciso IV afasta os benefícios nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da Lei de Licitações (nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48).

13. Análise e julgamento das propostas

A Súmula nº 17 deste Tribunal veda a exigência, em processo licitatório, para fins de habilitação, de certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei. Porém, é possível exigir que o vencedor do certame comprove, “em interregno temporal compatível com o prazo necessário à realização de ensaios e obtenção do certificado demandado, a boa qualidade do produto que disponibilizará à Administração”³⁴.

A jurisprudência desta Corte já firmou o entendimento de que a eleição de uma única forma de comprovação da qualidade do material restringe a competitividade do certame e deve ser evitada³⁵.

A requisição de selos, certificados e congêneres, sem a admissibilidade de outras certificações equivalentes, que também avaliam os aspectos relacionados ao produto e a sua fabricação, constitui condição restritiva que viola o princípio da isonomia e desafia a norma do artigo 3º, §1º, inciso I da Lei 8.666/93³⁶.

Não pode a Administração preterir uma entidade certificadora em detrimento de outra, ou privilegiar um dado modelo de aferição de processo produtivo, por maior que seja a excelência nele empregada, se no mercado outros existirem com igual propósito³⁷.

34 TCE-SP TC-012836.989.18-6 Relator: EDGARD CAMARGO RODRIGUES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 129, de 20/07/2018.

35 Por exemplo, nas decisões dos processos TC-014505.989.16-0, TC-010550.989.15-6 e TC-014926.989.17-9.

36 Vide decisões dos processos TC-009842.989.15-4, TC-000758.989.16-4, TC-014505.989.16-0, TC-014926.989.17-9, TC-014137.989.18-2, TC-0011821.989.19-1.

37 Entendimento adotado nas decisões dos processos TC-006027.989.17-7, TC-014137.989.18-2, TC-015743.989.17-0, TC-015792.989.17-0, TC-005095.989.16-6, TC-006671.989.17-6, TC-014505.989.16-0 e TC-014926.989.17-9.

A imposição dos selos emitidos por órgãos não oficiais como IQB e ABRINQ também é condenada pela jurisprudência deste Tribunal³⁸.

No tocante às aquisições de **material escolar e de escritório** e às aquisições de **pó de café**, destacam-se os seguintes entendimentos desta Corte acerca das comprovações de qualidade a serem exigidas (grifos nossos):

Este Tribunal tem se posicionado no sentido de que, em certames destinados à aquisição de materiais escolares, **suplanta a exigência de outros laudos a existência de Certificação Compulsória disciplinada pela Portaria INMETRO nº 481/2010**, que estabelece parâmetros de avaliação de tais artigos, tendo em vista a verificação de conformidade dos itens com os preceitos da norma ABNT 15236, bem como, pelas alterações da Portaria nº 262/2012. (...)

Nessas circunstâncias, em que pese o zelo da Administração, **deve ser evitada a solicitação de laudos complementares, quando já existe a aludida Certificação Compulsória expedida nos termos da regulamentação do INMETRO**, em benefício da competitividade do certame. (TCE-SP - TC-008811.989.18-5 Relatora: CRISTIANA DE CASTRO MORAES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 88, de 19/05/2018)

Impende recomendar que a Administração, por ocasião do relançamento do certame, **elimine a exclusividade de aceitação do “selo de qualidade e pureza (ABIC)”**, na linha da jurisprudência deste Tribunal, exemplificada por excerto de interesse do voto condutor do julgamento do processo nº TC-001491.989.15-8, proferido pelo eminente Conselheiro Dimas Ramalho: “2.5. **A exigência de selo de pureza ABIC para o item Café em pó torrado e moído é dotada de manifesto potencial restritivo**, pois, ao obstar o oferecimento de produtos dotados de outros certificados de qualidade, a Municipalidade limita a competição sem amparo legal e incide, deste modo, em ofensa ao preceito do artigo 3º, §1º, I da Lei 8.666/93 e ao artigo 3º, II da Lei 10.520/02.” (TCE-SP - TC-008890.989.19-7 Relatora: CRISTIANA DE CASTRO MORAES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 87, de 10/05/2019)

Quanto aos orçamentos exigidos pelo inciso II do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93 e pelo inciso III do art. 3º da Lei nº 10.520/02, a serem elaborados pelo

38 TC-006958.989.16-2, TC-9157/026/11 e TC-005915.989.14-9, dentre outros.

órgão ou entidade promotora da licitação, “é pacífico e consolidado há tempos na jurisprudência deste Tribunal que o período entre a data-base do orçamento e a publicação do aviso de edital não poderá exceder a 6 (seis) meses”³⁹.

Possibilidade de exigência de amostras

A exigência de apresentação de amostras dos produtos objeto do certame pelos licitantes na fase de julgamento das propostas tem amparo nos incisos IV e V do art. 43 da Lei nº 8.666/93 e incisos X e XI do art. 4º da Lei nº 10.520/02. O objetivo é a verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos, as especificações técnicas e/ou parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital para o julgamento e classificação das propostas.

Decisões deste Tribunal ora têm considerado razoável a exigência de amostras de todos os proponentes (como no caso de produtos considerados “de prateleira”), ora demasiadamente onerosa, devendo recair somente sobre o licitante que oferecer o menor preço ou sobre o vencedor do certame, por exemplo, a requisição de amostras customizadas⁴⁰.

Por outro lado, quando for adotado o sistema de registro de preços e houver um número elevado de itens licitados, ainda que “de prateleira”, mais recomendável direcionar a exigência de amostras apenas às vencedoras e restrita aos itens ou lotes nas quais foram classificadas em primeiro lugar, especialmente em função da incerteza quanto a aquisição do objeto, inerente ao sistema de registro de preços.

Quando se optar pela exigência de amostra, a Administração deve instruir o processo de licitação com justificativa da necessidade de sua apresentação para efeitos de avaliação da proposta comercial, e o edital deve estabelecer parâmetros objetivos para verificação de conformidade e o momento de apresentação, não anterior ao de abertura das propostas, sendo que, quando sua produção causar ônus ou dificuldade aos licitantes, a apresentação e a análise deverão se realizar após prazo razoável⁴¹.

Em licitações de produtos “in natura”, como frutas, verduras, legumes e ovos, o exame de amostras não tem o condão de oferecer à contratante uma apresentação fidedigna de um padrão permanente e uniforme de produção destes produtos, de forma que a exigência de amostras para fins de julgamento das propostas, nesses casos, resulta desprovida de finalidade e utilidade⁴².

39 TCE-SP – TC-000582.989.16-6 Relatora: SILVIA MONTEIRO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 28, de 16/02/2016.

40 Exemplos extraídos das decisões dos processos números TC-002594.989.15-4, TC-002613.989.15-1 e TC-005289.989.16-4.

41 Texto adaptado das decisões dos processos números TC-002594.989.15-4 e TC-002613.989.15-1.

42 TCE-SP – TC-001517.989.14-1 Relator: DIMAS RAMALHO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 98, de 29/05/2014.

Por fim, não há amparo legal para a previsão de aplicação de sanções pelo atraso na apresentação ou inconformidade das amostras e/ou laudos na fase classificatória. As penalidades previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02 são aplicáveis, conforme o caso, ao adjudicatário e/ou ao contratado, portanto, não há que se falar em aplicação de sanções durante a fase de julgamento e classificação das propostas.

14. Iluminação pública

A Resolução nº 414/10 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL estabelece que:

Art. 21. A elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública são de responsabilidade do poder público municipal ou distrital, ou ainda de quem tenha recebido deste a delegação para prestar tais serviços.

§ 1º A distribuidora pode prestar os serviços descritos no caput mediante celebração de contrato específico para tal fim, ficando a pessoa jurídica de direito público responsável pelas despesas decorrentes.

§ 2º A responsabilidade de que trata o caput inclui todos os custos referentes à ampliação de capacidade ou reforma de subestações, alimentadores e linhas já existentes, quando necessárias ao atendimento das instalações de iluminação pública, observado o disposto nos §§ 1º a 4º do art. 43.

O art. 218 da mesma resolução estabeleceu que as distribuidoras de energia elétrica transferissem o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente até 31 de dezembro de 2014.

O Projeto de Decreto Legislativo nº 1.428/13 da Câmara dos Deputados, que tramita no Senado Federal sob o nº 85/15, busca sustar os efeitos dos artigos 21 e 218 da Resolução Normativa nº 414/10, bem como o art. 13 da Resolução Normativa nº 479/12 (que alterou a redação dos citados artigos 21 e 218), ambas da ANEEL. Justifica-se, em síntese, que é de competência da União explorar os serviços de energia elétrica (art. 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal), cabendo a Decreto Presidencial, e não à ANEEL, a transferência dessa competência aos municípios. O projeto ainda se encontra em tramitação no Senado.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou extinta, sem resolução de mérito, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 60/DF ajuizada pela Associação Brasileira dos Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADEE pleiteando a

declaração de constitucionalidade do art. 218 da Resolução Normativa nº 414/10 (com a redação dada pela Resolução Normativa nº 479/12). O fundamento da decisão do STF foi de que a verificação da validade da norma depende da prévia análise da Lei nº 9.427/96, Decreto-lei nº 3.763/41 e Decreto nº 41.019/57, podendo revelar apenas inconstitucionalidade indireta ou reflexa (mera crise de legalidade), insuscetível de ferir parâmetro de controle situado no texto da Constituição Federal.

De acordo com relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal datado de 13/11/18⁴³, que instrui o processo legislativo referente ao Projeto de Decreto Legislativo nº 85/15, a Aneel informou que, do total de 5.561 municípios brasileiros, a esmagadora maioria, 5.238 municípios (94,2% do total), já procedeu à transferência de ativos de iluminação pública, enquanto apenas 323 municípios (5,8% do total), ainda questiona essa transferência na justiça.

Nesse cenário, este Tribunal vem, há alguns, anos examinando processos licitatórios e contratos firmados pelas Prefeituras para execução indireta dos serviços de iluminação pública. Entre os casos mais recentes analisados, tomem-se como exemplos os que seguem, cujos principais aspectos das respectivas decisões grifamos:

- Pregão visando registro de preços para contratação de serviços técnicos de operação do parque de iluminação pública, compreendendo manutenção preventiva e corretiva, ampliação, cadastramento georreferenciado, eficientização energética e projetos de melhoria de rede de iluminação pública municipal;

Os serviços de consultoria ao Município para desenvolvimento e implantação do Plano Diretor de Iluminação, acompanhamento e assessoramento em assuntos relacionados, elaboração de projetos de eficientização e de ampliação, e os serviços de manutenção preventiva e corretiva do Parque de Iluminação **não se coadunam com o registro de preços**, sistemática que pressupõe uma prévia e completa definição de bem ou serviço (cuja aquisição é incerta e eventual apenas do ponto de vista quantitativo e temporal). Não por outra razão, **o Registro de Preços é também incompatível com atividades de caráter continuado**. Nesse sentido, não considero possível o acolhimento da argumentação trazida pela Municipalidade limitada ao desconhecimento do número real de pontos de iluminação pública como justificativa para a adoção dessa modalidade. A esse respeito, é de se registrar que, nos termos do que estipula a

43 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120998>. Acesso em: 14 jun. 2019.

Resolução ANEEL nº 414/2010⁴⁴, a concessionária de distribuição de energia elétrica local, a quem tais serviços eram antes afetos, deve disponibilizar ao Município os “dados sobre o sistema de iluminação pública”, providência que, se já não foi, deve ser adotada pela Prefeitura. A propósito, **a partir dos dados obtidos junto à Concessionária, o serviço de georreferenciamento, com etiquetamento e inventariado dos pontos de iluminação existentes, poderão revelar-se desnecessários ou relativizados.**

Além da falha relacionada à inadequada utilização do Sistema de Registro de Preços, o Edital está em desacordo com o artigo 23, §1º, da Lei nº. 8.666/93, ao contemplar a contratação dos serviços de Desenvolvimento e Implantação do Plano Diretor de Iluminação, **de natureza e segmento de mercado específico e diverso dos demais** (serviços de efficientização e ampliação do Parque de Iluminação Pública e de manutenção preventiva e corretiva), **impondo-se, portanto, sua segregação.** (TCE-SP - TC-000018.989.18-6, TC-000072.989.18-9 e TC-000073.989.18-8 Relatora: CRISTIANA DE CASTRO MORAES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 43, de 13/03/2018)

- Tomada de Preços tendo por objeto a contratação de empresa para execução de serviços técnicos de engenharia elétrica especializados para gestão e operação do sistema de iluminação pública, compreendendo manutenção corretiva e preventiva em todo o território do Município;

Embora justificável a requisição de que o responsável técnico tenha comprovada experiência em trabalhos próximos à linha viva de alta e média tensão, **temerário exigir que a Certidão de Acervo Técnico contenha expressa menção de atendimento às normas e padrões NR10 e NR10SEP.**

Este detalhamento pode não estar presente em diversas CATs emitidas em favor de profissionais plenamente aptos a se responsabilizar tecnicamente pelos serviços, de modo que a Municipalidade deverá excluir a exigência de informação expressa acerca das normas e padrões NR10 e NR10SEP nos atestados, sem prejuízo de **impor à contratada o rigoroso atendimento das normas técnicas pertinentes**, conforme previsão expressa no Termo de referência. (...)

44 O § 7º do art. 218 da Resolução dispõe que “a distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente acerca da entrega dos dados sobre o sistema de iluminação pública”.

É procedente a queixa contra a exigência, como requisito de qualificação técnica, de certificado de destinação correta de lâmpadas em nome da empresa licitante.

Esse tipo de exigência já contou com a censura desta Corte, conforme precedente citado no parecer da ATJ - Engenharia, o qual igualmente destacou que a atividade de destinação de lâmpadas constitui serviço acessório, usualmente terceirizado a empresas que detêm a expertise necessária e cuja previsão já está contemplada no termo de referência. Portanto, **não se justifica a exigência deste específico certificado na fase de habilitação.** (TCE-SP - TC-005751.989.18-7 e TC-005969.989.18-5 Relator: DIMAS RAMALHO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 68, de 19/04/2018)

- Pregão visando registro de preços para contratação de empresa para substituição e instalação de novos pontos de iluminação, com fornecimento de mão de obra e materiais;

O objeto pretendido mostra-se incompatível com a Sistemática do Registro de Preços, haja vista a previsão de expansão dos pontos de iluminação e modernização daqueles localizados no centro e em bairros da cidade, com melhoramentos e utilização de mão de obra, sendo, portanto, serviços que refogem ao simples fornecimento de luminárias. (...)

À luz da manifestação da SDG e de precedentes desta Casa⁴⁵, **a exigência de demonstração de experiência anterior em serviços de iluminação com LED mostra-se específica, inadequada e excessiva, extrapolando o entendimento consignado na Súmula nº 30 desta Casa**, devendo, portanto, haver a retificação de condição da espécie, em caso de relançamento do presente certame. (TC-022080.989.18-9 Relatora: CRISTIANA DE CASTRO MORAES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 4, de 08/01/2019)

- Concorrência internacional para contratação de concessão administrativa para prestação de serviços de iluminação nas vias públicas do município, incluindo-se desenvolvimento, modernização, ampliação, eficientização energética, operação e manutenção.

⁴⁵ Nesse sentido, as decisões dos seguintes processos: TC-001845.989.14-4, TC-007021.989.16-5, TC-013492.989.17-3, TC-013595.989.17-9 e TC-007954.989.18-2.

O edital e o termo de referência não informam quais os critérios e as obrigações da futura concessionária em relação à ampliação do serviço de iluminação ao longo do contrato. Não é possível extrair do ato convocatório, e dos documentos que o acompanham, quais os parâmetros a serem observados durante a vigência do ajuste para a instalação de novos pontos luminosos, para além dos 811 pontos a serem instalados e já contemplados no ato convocatório. É dizer, além da substituição de lâmpadas ou luminárias atualmente existentes, e da instalação de 811 novos pontos, infere-se do edital que o objeto da concessão contempla, também, a instalação de novos pontos ao longo da vigência do contrato (...). Assim, caso a Prefeitura decida prosseguir com o certame, **o edital deve ser retificado, a fim de esclarecer (i) se a instalação de novos pontos luminosos está contemplada no objeto do futuro contrato e, em caso positivo, (ii) quais são os termos e as condições para o cumprimento dessa específica obrigação por parte da futura concessionária.** (TCE-SP - TC-023126.989.18-5 Relatora: SILVIA MONTEIRO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 59, de 29/03/2019)

15. Contratação direta

A contratação direta é aquela realizada sem prévio processo licitatório, nas hipóteses de:

- **licitação dispensada** para alienação de bens imóveis nos casos elencados nas alíneas “a” a “i” do inciso I do art. 17 da Lei nº 8.666/93;
- **licitação dispensada** para alienação de bens móveis nos casos elencados nas alíneas “a” a “f” do inciso II do art. 17 da Lei nº 8.666/93;
- **licitação dispensada** para concessão de título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis nos casos elencados nos incisos I e II do § 2º do art. 17 da Lei nº 8.666/93;
- **licitação dispensada** para doação com encargo no caso de interesse público devidamente justificado, prevista no § 4º do art. 17 da Lei nº 8.666/93;
- **licitação dispensável** nos casos elencados nos incisos I a XXXV do art. 24 da Lei nº 8.666/93;
- **licitação inexigível** quando houver inviabilidade de competição, em especial nos casos elencados nos incisos I a III do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Os processos administrativos relativos às dispensas previstas nos parágrafos 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, os casos de inexigibilidade

elencados no art. 25 e o retardamento da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas (por insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica), devem ser instruídos, no que couber, com: justificativas pertinentes; caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa (quando for o caso); razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; e documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (art. 26 da Lei nº 8.666/93).

Além disso, esses casos de contratação direta devem ser comunicados, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial como condição para a eficácia dos atos. A ratificação é desnecessária, entretanto, quando a autoridade de hierarquia mais elevada assina o termo contratual, conforme o seguinte entendimento doutrinário e jurisprudência desta Corte:

A ratificação retrata o conhecimento e aprovação pelas autoridades superiores, relativamente aos atos praticados por agentes públicos subordinados. Destina-se a assegurar que as autoridades de mais alta hierarquia, no âmbito do sujeito contratante, tenham conhecimento e concordem com os termos da contratação. Logo, não há cabimento de uma ‘ratificação’ quando a contratação é produzida pela própria autoridade de mais alta hierarquia. A finalidade da ratificação já se produziu quando a autoridade de hierarquia mais elevada praticou, ela própria, o ato de contratação direta. (JUSTEN FILHO, 2010. p. 393)

Vejo que o contrato foi devidamente assinado pelo Superintendente da SESASV, autoridade hierarquicamente superior, não havendo se falar em falha acerca da publicação do ato de ratificação da dispensa. (TCE-SP – TC-037645/026/09 Relatora: CRISTIANA DE CASTRO MORAES, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 229, de 18/12/2018)

A licitação é dispensável, por exemplo, para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade (art. 24, inciso XV, da Lei nº 8.666/93). A Súmula nº 9 desta Corte exige que as aquisições de obras de arte ou de valor histórico sejam precedidas de laudo de autenticidade e avaliação.

A Súmula nº 11 deste Tribunal estabelece que “não basta o simples tabelamento de um produto para dispensar a Administração pública de adquiri-lo mediante o competente certame licitatório”. Por exemplo, foi considerada irregular aquisição

de medicamentos sem licitação a preços máximos de comercialização no varejo fixados em tabela da Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁴⁶.

A Súmula nº 12, por sua vez, dispõe que a aquisição de combustíveis e derivados de petróleo pelos órgãos e entidades da administração pública estadual e municipal, direta e indireta (inclusive as fundações instituídas pelo poder público e empresas sob seu controle) deve ser precedida de processo licitatório, vedada a dispensa com fundamento no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

A dispensa com fulcro nesse dispositivo legal só seria possível se a pessoa administrativa produtora de combustíveis e derivados de petróleo fosse da mesma esfera federativa do ente de direito público contratante (municipal ou federal) e, além disso, essa hipótese não alcança pessoas da administração indireta dedicadas à exploração de atividades econômicas, por serem entidades de caráter empresarial (inseridas no art. 173, § 1º, da Constituição Federal), que devem atuar no mercado nas mesmas condições que as empresas do setor privado (CARVALHO FILHO, 2014, p. 261).

Credenciamento para prestação de serviços de saúde

A Portaria de Consolidação nº 1/2017 do Ministério da Saúde regulamenta, atualmente, o instituto do credenciamento, voltado à contratação de serviços no âmbito do SUS, em caráter complementar, que se afigura como hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme dispõe seu art. 132:

Art. 132. A contratação complementar dos prestadores de serviços de saúde se dará nos termos da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º Desde que justificado pelo gestor competente, será admitido o credenciamento formal das entidades privadas nas hipóteses em que houver necessidade de um maior número de prestadores para o mesmo objeto e a competição entre eles for inviável.

§ 2º No caso do § 1º, serão aplicadas as regras da inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, «caput», da Lei nº 8.666, de 1993.

O processo de credenciamento deve observar as seguintes etapas (art. 133 c.c. art. 129 da Portaria de Consolidação nº 1/2017 do Ministério da Saúde):

- chamamento público (publicação de edital e respectivo regulamento);
- inscrição (preenchimento de formulário próprio disponibilizado pela Administração, acompanhado dos documentos exigidos);

46 TCE-SP - TC-800252/304/10 Relatora: SILVIA MONTEIRO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 177, de 27/09/2018.

- cadastro (Certificado de Registro Cadastral das entidades interessadas);
- habilitação (análise dos documentos entregues no ato de inscrição e parecer emitido por ocasião da visita técnica da Administração);
- assinatura do termo contratual; e
- publicação do extrato do contrato no Diário Oficial do ente contratante ou jornal local de grande circulação.

Sobre o enquadramento do credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação, tome-se como exemplo a seguinte decisão desta Corte:

Pode-se dizer que o credenciamento é uma espécie de cadastro em que todas as interessadas, habilitadas na forma estabelecida pela Administração Pública no ato de chamamento público, prestam determinados tipos de serviços, em condições parelhas de remuneração, consoante ajuste administrativo, sem que uma prestadora suplante os serviços da outra, porquanto não há cláusula de absoluta exclusividade.

Neste contexto, não há qualquer impropriedade na utilização do instituto jurídico do credenciamento para a contratação de empresas privadas interessadas em prestar serviços complementares no âmbito do Sistema Único de Saúde, pois a inviabilidade de licitação resta caracterizada, mormente no que tange à garantia de acesso da população aos serviços de saúde, por meio da formação de uma malha de atendimento definida em razão da área geográfica e das particularidades sociais da comuna, bem assim que os contratos firmados dos serviços de saúde assentam em valores vigentes na Tabela SUS ou outra que regule a matéria. (TCE-SP - TC-000200.989.14-3 Relator: DIMAS RAMALHO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 76, de 25/04/2014)

Da análise dos demais aspectos abordados pela citada decisão, é possível inferir as seguintes orientações para a realização dessa modalidade de contratação:

- a instalação e manutenção de unidades de saúde, por consistirem em investimentos e serviços não compreendidos nas Tabelas SUS e/ou CBHPM, não podem ser contratadas através de credenciamento;
- o edital de chamamento público deve facilitar o credenciamento de interessadas para prestar serviços, segregando itens do objeto que não possuam perfis de correlação (por exemplo, não há correspondência entre serviços de análises clínicas e de diagnóstico por imagem);
- o edital deve indicar explicitamente como procederá à repartição dos quantitativos de serviços a serem contratados quando houver mais de uma empresa credenciada e habilitada para a execução dos serviços.

Quanto aos valores a serem pagos pelos serviços, tome-se como exemplos os critérios aventados na seguinte decisão deste Tribunal:

O usual nesses processos de credenciamento é a fixação prévia de um valor lastreado em preço de referência definido por órgão competente, como é o caso da tabela SUS, amplamente empregada em tais procedimentos. E tudo isso para garantir o respeito aos princípios da economicidade e da compatibilidade com os valores praticados pelo mercado, que são reiterados em vários comandos da Lei 8.666/93, inclusive o do art. 26, parágrafo único, III, do mesmo Diploma, o qual incide diretamente no caso dos autos por se tratar de inexigibilidade.

Se uma cotação simples com três fornecedores pode ter força para orientar um certame licitatório, vez que nele haverá uma posterior disputa pelo menor preço, o mesmo não se pode dizer de sua aplicação num credenciamento justificado pela inexigibilidade de licitação, onde há de se ter a justificativa do preço demandada pelo art. 26, parágrafo único, III, da Lei 8.666/938. Essa justificativa pode estar presumida num preço oficial, como no caso da tabela SUS, porém, não está ela presumida por uma cotação simples de três preços locais.

O apontamento do laudo de fiscalização acerca da falta do detalhamento de custos na formação do orçamento que lastreou o preço fixado para ambos os ajustes diretos não foi objeto de justificativas que possam ser acolhidas, razão pela qual são irregulares os presentes atos administrativos diante do não atendimento do requisito essencial da justificativa do preço, estabelecido para inexigibilidades de licitação pelo art. 26, parágrafo único, III, da Lei 8.666/93. (TCE-SP - TC-007914.989.17-3 Relatora: SILVIA MONTEIRO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 225, de 05/12/2017)

16. Tipos de licitação

Constituem tipos de licitação (exceto na modalidade concurso):

- a) a de **menor preço**: quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço (art. 45, inciso I da Lei nº 8.666/93);
- b) a de **melhor técnica** (art. 45, inciso II da Lei nº 8.666/93): “aquela em que a Administração procura a obra, o serviço ou o material mais perfeito e

- adequado”, dentro do preço máximo fixado no edital (MEIRELLES, 1999, p. 79-80);
- c) a de **técnica e preço** (art. 45, inciso III da Lei nº 8.666/93): aquela em que a Administração escolhe “a proposta que mais lhe convenha economicamente, desde que satisfaça o mínimo de técnica pedido no edital” (MEIRELLES, 1999, p. 80);
 - d) a de **maior lance ou oferta**: nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (art. 45, inciso IV da Lei nº 8.666/93).

Acerca da matéria, esta Corte fixou os seguintes entendimentos:

SÚMULA Nº 20 - As contratações que objetivem a monitoração eletrônica do sistema de trânsito devem ser precedidas de licitação do tipo “menor preço”, vedada a delegação ao particular de atividades inerentes ao Poder de Polícia da Administração, bem como a vinculação do pagamento ao evento multa.

SÚMULA Nº 21 - É vedada a utilização de licitação do tipo “técnica e preço” para coleta de lixo e implantação de aterro sanitário.

SÚMULA Nº 22 - Em licitações do tipo “técnica e preço”, é vedada a pontuação de atestados que comprovem experiência anterior, utilizados para fins de habilitação.

Independentemente do tipo de licitação adotado, o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato (art. 71 da Lei de Licitações). Desse modo, a Súmula nº 10 deste Tribunal estabelece que “o preço final do produto ofertado pelos proponentes deve incluir os tributos e demais encargos a serem suportados pelo ofertante”.

17. Regime diferenciado de contratações públicas

A Lei Federal nº 12.462/11 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, regulamentado pelo Decreto Federal nº 7.581/11 e aplicável **exclusivamente** às licitações e contratos necessários à realização (art. 1º, incisos I a X e § 3º, da citada lei):

- a) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014;
- b) de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes daqueles eventos;
- c) das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC;

- d) das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS;
- e) das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;
- f) das ações no âmbito da segurança pública;
- g) das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística;
- h) dos contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela Administração;
- i) das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação;
- j) de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.

Pode-se dizer que o RDC foi criado para ampliar a eficiência nas contratações públicas destinadas à realização de determinados eventos esportivos, tornando-as mais céleres e desburocratizadas, devendo sua adoção constar de forma expressa dos editais de licitação, já que, via de regra, resultará no afastamento de normas contidas na Lei Federal nº 8.666/93 (CASTRO JUNIOR; ROSSI, 2013). O quadro a seguir sintetiza importantes diferenças entre o RDC e a Lei de Licitações:

Regime Diferenciado de Contratações Públicas	Lei 8.666
Contratação integrada	
Permite que todas as etapas de uma obra sejam contratadas com uma única empresa, que fará os projetos básico e executivo e realizará a obra, entregando-a pronta para a administração.	Não prevê esse tipo de contrato. Os projetos básico e executivo devem ser feitos por empresas diferentes. O Regulamento do Procedimento licitatório Simplificado da Petrobras (Decreto 2.745/98) já permite a contratação integrada.
Nomes e marcas	
Permite que o edital indique marcas na licitação de bens se houver necessidade de padronização do objeto ou quando determinada marca ou modelo, comercializado por mais de um fornecedor, for o único capaz de atender às necessidades da entidade contratante.	Proíbe a referência a marcas ou nomes, exceto quando isso for tecnicamente justificável ou quando o fornecimento desses materiais for feito sob o regime de administração contratada.

Remuneração variável	
Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, a contratada poderá receber uma remuneração variável vinculada a seu desempenho. Esse bônus será definido com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no edital e no contrato.	Não prevê esse bônus. A Petrobras já o usa para contratos que envolvem várias empresas quando a licitação é impossível por falta de competitividade, mas também são previstas penalidades por atrasos.
Inversão de fases	
O regime prevê que a fase de habilitação (exigência de documentos e outras obrigações legais) ocorra depois do julgamento das propostas e somente seja cobrada do licitante vencedor.	A habilitação ocorre antes do julgamento das propostas e é feita para todos os concorrentes. Segundo seu regulamento específico, a Petrobras pode dispensar os documentos da habilitação se o licitante possuir um certificado de registro em seu cadastro.
Parcelamento e contratação simultânea	
Permite o parcelamento do objeto a licitar, inclusive em serviços de engenharia; assim como a contratação de mais de uma empresa para executar um mesmo serviço (exceto de engenharia).	Não prevê a possibilidade de fracionar o objeto ou sua execução. A Petrobras pode fracionar o objeto, mas a modalidade de licitação deve seguir o valor global do objeto antes desse fracionamento.
Fase única de recursos	
O regime estipula uma fase única de recurso após a habilitação do vencedor. A intenção de apresentá-lo deve ser manifestada imediatamente, mas o prazo continua a ser o atual, de cinco dias úteis. Igual prazo terão empresas que quiserem apresentar contra-argumentos.	A lei prevê o efeito suspensivo do recurso nas fases de habilitação e de julgamento das propostas. A fase seguinte somente pode ocorrer depois de julgado o recurso da anterior.
Pré-qualificação	
É criada a pré-qualificação permanente. Um regulamento estabelecerá as condições em que a administração poderá fazer uma licitação restrita aos pré-qualificados.	A lei permite a pré-qualificação de licitantes na modalidade de concorrência sempre que o objeto da licitação recomende maior análise da qualificação técnica dos interessados.
Proposta vencedora	
No caso de o vencedor da licitação não querer assinar o contrato e os demais classificados não aceitarem assiná-lo nas condições ofertadas pelo vencedor, a administração poderá usar os preços dos outros classificados desde que não sejam superiores ao orçamento estimado para a contratação.	Permite apenas convocar os licitantes remanescentes para assinar o contrato nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado.

Além disso, a lei que instituiu o RDC inovou ao prever expressamente, em seu art. 7, inciso II, a possibilidade de se exigir amostras em certames licitatórios. Isso porque, até o advento da Lei nº 12.462/11 e do Decreto nº 7.581/11, não havia no ordenamento jurídico brasileiro qualquer previsão acerca de apresentação de amostras em procedimentos licitatórios, embora a ampla doutrina e jurisprudência já viessem acolhendo essa possibilidade, com amparo no art. 43, incisos IV e V, da Lei nº 8.666/93 e no art. 4º, VII, da Lei nº 10.520/02 (CASTRO JUNIOR; ROSSI, 2013).

Quanto à adoção do RDC nas licitações relativas às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, considera-se imprescindível restar plenamente evidenciado que se trata de contratação efetivamente amparada em recursos provenientes do PAC, pois “não haveria razoabilidade na admissão do RDC em licitações e contratos que, embora voltados a objetos e ações descritos no PAC, não são por ele financiados” (CASTRO JUNIOR; ROSSI, 2013).

Já a previsão contida na Lei nº 12.462/11 que autoriza a adoção do regime diferenciado para contratos financeiramente suportados com recursos destinados ao Sistema Unificado de Saúde (nos moldes do art. 198, parágrafos 1º a 3º da Constituição Federal) não contempla todas e quaisquer despesas relacionadas ao SUS, mas somente aquelas atinentes a obras e serviços de engenharia, excluídos, portanto, os demais serviços e as compras (CASTRO JUNIOR; ROSSI, 2013).

Com relação à adoção do RDC nos contratos de locação nos quais o contratado (locador) realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial do bem especificado pela entidade contratante, por si mesmo ou por terceiros, trata-se da introdução no âmbito da Administração Pública da contratação denominada “*built to suit*” ou “locação sob medida” ou “construção sob encomenda”⁴⁷. Ressalte-se a necessidade de estudos técnicos que demonstrem a viabilidade econômica dessa modalidade de contratação no caso concreto, comprovando que a mesma é mais vantajosa economicamente do que outra forma de atendimento ao interesse público, como a construção ou reforma de prédio próprio da Administração, por exemplo.

No tocante à aplicação do RDC às licitações e aos contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino,

De se destacar que, diferentemente das ações decorrentes do PAC, as obras e serviços de engenharia realizados no âmbito do ensino público, tal como aquelas no âmbito do SUS, não parecem reclamar,

47 TCE-SP - TC-009451.989.16-4 Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 170, de 10/09/2016.

para admissão do RDC, que os recursos financeiros empregados sejam de origem federal, bastando que o ente contratante comprove que a atividade de engenharia a ser executada é voltada ao ensino público.

Desse modo, projetos, construções e reformas (pinturas, coberturas, manutenções estruturais, elétricas, hidráulicas etc.) de prédios que acolham estabelecimentos de ensino, bem assim de seus respectivos ginásios, auditórios, quadras poliesportivas etc., independentemente do nível de escolaridade a que se destinam, são exemplos de obras e serviços de engenharia que, uma vez compreendidos no conceito de “sistema público de ensino”, estarão a permitir a adoção do RDC.

Acresçam-se, ainda, as obras serviços de engenharia voltados a creches e pré-escolas, já que estar na escola é um direito de toda criança desde o seu nascimento, conforme assegurado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), sendo que, no Brasil, a educação infantil, etapa inicial da educação básica, atende crianças de zero a cinco anos: na primeira fase de desenvolvimento, dos zero aos três, as crianças são atendidas nas creches ou instituições equivalentes; a partir daí até completar seis anos, frequentam as pré-escolas⁴⁸. (CASTRO JUNIOR; ROSSI, 2013)

Por fim, quanto à adoção do RDC nos certames que envolvam as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação ou a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de pesquisa, ciência e tecnologia, é importante a observância aos conceitos e diretrizes estabelecidas pela Lei Federal nº 13.243/16, que dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera diversos diplomas legais, adequando-os à Emenda Constitucional nº 85/15.

18. O processo de exame prévio de edital

O art. 113 da Lei de Licitações estabelece que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos por ela regidos seja feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

48 BRASIL, 2012.

Em seu § 1º, faculta a qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Ademais, em seu § 2º, dispõe que os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno podem solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

O Regimento Interno deste Tribunal de Contas (Lei Complementar nº 979/05 e Lei Complementar nº 1.110/10) regulamenta a Representação em seu art. 214 e o Exame Prévio de Edital em seus artigos 220 a 225.

Nos termos do parágrafo único do art. 53, item 10, do Regimento, é do Tribunal Pleno a competência para solicitar para exame editais de licitação, na forma da lei, e, se for o caso, sustar o procedimento, até final decisão do processo.

Consta expressamente no § 1º do art. 220 do Regimento a possibilidade de apresentação pelo Ministério Público ou pela Procuradoria da Fazenda do Estado de proposta para que esta Corte solicite cópia de editais de licitação elaborados pelos órgãos sujeitos a sua jurisdição, da esfera estadual ou municipal, para os fins previstos no citado § 2º do art. 113 da Lei de Licitações.

Quando solicitada pela Presidência deste Tribunal a cópia completa do edital (incluindo projetos básicos e executivos, memoriais, planilhas, minuta do contrato, parecer jurídico e outras peças se existentes e cópia dos atos de publicidade), a Administração deverá observar o Comunicado SDG nº 13/2014⁴⁹ quanto à forma de apresentação da documentação compatível com o sistema de processo eletrônico (e-TCESP).

Via de regra, o Exame Prévio de Edital aborda questões incidentes sobre aspectos que restringem a ampla participação de interessados (competitividade), no que se refere às características do objeto, aos ônus incidentes sobre a participação no certame, aos requisitos de habilitação ou às condições de fornecimento ou de prestação de serviços.

Também são frequentemente impugnadas impropriedades que inviabilizam ou dificultam a escorreita formulação de propostas.

Em sede de Exame Prévio de Edital, cujo procedimento é de rito sumaríssimo, o exame das insurgências ocorre, em princípio, tão somente em questões de cunho

49 Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 84, de 09/05/2014.

eminentemente limitativo à ampla competição, em contrariedade ao interesse público da contratação, porquanto podem impedir ou prejudicar a formulação de propostas, inviabilizando, em abstrato, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Desdobramentos do Exame Prévio de Edital

Dito de maneira bastante simples, o *periculum in mora* se caracteriza pela impossibilidade de se produzir uma decisão de mérito quanto às impugnações apresentadas, antes da data designada para a abertura dos envelopes ou para a realização da sessão pública de entrega das propostas ou processamento do pregão eletrônico, conforme a hipótese.

O *fumus boni juris* se verifica com a presença, entre as objeções lançadas, de indícios de ilegalidade flagrante, dotada de considerável materialidade, capaz de constituir notável ameaça ao interesse público em perspectiva, ou seja, impropriedades contrárias à lei e/ou à jurisprudência que vulneram a ampla competitividade, as possibilidades de obtenção da proposta mais vantajosa ou que prejudicam a formulação de propostas pelos eventuais interessados.

Caracterizado o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, cabe ao Tribunal Pleno sustar o procedimento licitatório até final decisão do processo de Exame Prévio (parágrafo único do art. 53, item 10, do Regimento Interno desta Corte).

Nas hipóteses em que as questões alçadas na petição inicial não constituem matéria típica de apreciação no rito sumaríssimo de exame prévio de edital, a matéria passa a ser processada como representação comum. É o caso das questões que demandam dilação probatória incompatível com o rito de exame prévio de edital, ou que não tem relação com as condições de habilitação ou de participação no certame ou que não comprometem a formulação de propostas.

Além disso, a petição inicial pode ser indeferida liminarmente quando não atendidos os requisitos para seu recebimento (artigo 220, §2º do Regimento Interno); ou na hipótese em que as impugnações não evidenciarem a presença de indícios suficientes de ilegalidades flagrantes que possam inviabilizar o oferecimento de proposta para o objeto licitado ou afetar a competitividade do certame.

Há registro de expedientes arquivados em situações em que o representante enumera questões que suscitem dúvidas ou incompreensões incapazes de prejudicar a competitividade ou a formulação de propostas, e se demonstram passíveis de esclarecimento pela própria Administração, por meio do envio de pedido de esclarecimentos, na forma disciplinada pelo ato convocatório.

No caso de a autoridade responsável pela licitação revogá-la por razões de interesse público ou anulá-la por ilegalidade, na forma do art. 49 da Lei de Licitações, a decisão que declarar extinto o processo de Exame Prévio por perda do objeto

deverá ser proferida singularmente, dando conhecimento ao Tribunal Pleno (art. 223, inciso V, do Regimento Interno deste Tribunal).

Nos termos do art. 224 do Regimento Interno e artigos 101 e 104 da Lei Orgânica desta Corte, ficará sujeito à multa de até 2.000 (duas mil) vezes o valor da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (ou outro valor unitário que venha a substituí-la), independentemente do processo de responsabilidade, aquele que: não remeter a documentação que lhe tenha sido requisitada; ou não tenha adotado as medidas corretivas que lhe tenham sido determinadas.

O instituto da preclusão

A preclusão consumativa é acolhida pela jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo com o escopo de evitar sucessivas paralisações de um mesmo certame, que prejudicam o bom desenvolvimento das atividades da Administração pública.

O instituto da preclusão consumativa incide sobre representações contra editais cujas versões anteriores já tenham sido objeto de impugnações junto ao Tribunal de Contas, especialmente em relação às cláusulas consignadas no Edital primitivo e que não foram questionadas anteriormente.

Nesta hipótese, as cláusulas impugnadas já eram de conhecimento, à época, dos interessados e não foram questionadas na ocasião da primeira divulgação do ato convocatório, não havendo, pois, justa causa para nova análise de mérito a se fazer em sede de Exame Prévio de Edital.

Por se tratar de impugnações direcionadas à segunda versão do instrumento convocatório, as questões são, via de regra, direcionadas ao exame no caso concreto, já realizado rotineiramente pela fiscalização ordinária dos órgãos deste Tribunal, e o requerimento de medida liminar de paralisação do certame é indeferido e o expediente arquivado.

Conforme jurisprudência consolidada desta Corte⁵⁰, o instituto da preclusão não incide sobre cláusulas e requisições que não estavam presentes na versão anterior do ato convocatório, ou seja, inovações inseridas na versão mais recente do edital. Sobre tal aspecto, tome-se como exemplo a seguinte decisão:

Não é demais recordar que representações sucessivas estimulam reiteradas paralisações, revogações e relançamentos de editais, ou, ainda, via de regra, contratações emergenciais, por vezes mais danosas e prejudiciais ao erário.

50 São exemplos desse entendimento as decisões dos processos TC-001593.989.13-0, TC-000782.989.13-1, TC-025243/026/03, TC-006738/026/04 e TC-016529/026/09.

Colha-se, a respeito, judiciosa reflexão do Eminentíssimo Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga: *“É nessa mesma linha de consideração que, buscando obstar a que o exame prévio de edital possa converter-se em expediente de reiterada inibição das iniciativas da Administração na abertura de procedimentos licitatórios, identificou-se preclusão, que corta cerce a possibilidade de reabertura de debate em torno de aspectos de ato convocatório não tempestivamente abordados, por qualquer dos legitimados bastantes, quando de sua primeira divulgação pública.”*

Isto não significa que o texto convocatório, relançado nos exatos termos ora anunciados, não deva ser submetido ao controle de legalidade, por ocasião do regular exame do contrato, caso celebrado. Aliás, nesse sentido a mencionada decisão da E. Corte ao converter os autos em Representação para acompanhamento, sob rito ordinário, da execução contratual. (TCE-SP - TC-001201.989.13-4 Relator: SAMY WURMAN, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 107, de 12/06/2013)

Recursos

Da decisão de mérito do Tribunal Pleno cabe **Pedido de Reconsideração**, com efeito suspensivo, no prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação no Diário Oficial da decisão, e das decisões preliminares, interlocutórias e despachos proferidos no curso do processo cabe **Agravo**, que não terá efeito suspensivo, e será interposto no prazo de 5 (cinco) dias.

Cabem ainda **Embargos de Declaração**, no prazo de 5 (cinco) dias, quando a decisão contiver obscuridade, dúvida ou contradição, ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o órgão deliberativo. Esses embargos suspendem o prazo para interposição de outros recursos.

PARTE II – A gestão dos contratos administrativos

19. INTRODUÇÃO

A gestão de contratos abrange a organização e regulamentação, pela Administração das condutas e procedimentos a serem observados no planejamento das contratações, na seleção de fornecedores (licitação), bem como no acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos, seguidas pela realização dessas condutas e procedimentos pelos servidores públicos envolvidos em cada uma dessas fases.

Assim como a Administração Pública faz gestão da saúde e da educação públicas e gestão de pessoas (recursos humanos), por exemplo, deve fazer gestão de suas contratações com particulares para a execução indireta de obras, serviços e fornecimentos. Nesse sentido, a gestão contempla tanto a regulamentação em âmbito interno, com definição de procedimentos e atribuições, quanto à concretização desses procedimentos e o cumprimento dessas atribuições pelos envolvidos.

Ou seja, assim como os Planos (municipal ou estadual) de Saúde e de Educação e o Estatuto dos Servidores Públicos, por exemplo, regulamentam o funcionamento dos serviços de saúde e educação e do trabalho dos agentes públicos dentro da Administração, é recomendável que exista também uma norma própria que regule de forma geral a atuação dos diferentes setores e funcionários envolvidos no planejamento, acompanhamento e fiscalização dos contratos administrativos.

Na elaboração dessa norma geral, é necessário levar em conta os recursos humanos e materiais disponíveis para a execução dessas tarefas, a quantidade média de contratos vigentes simultaneamente na entidade, a diversidade e a complexidade dos objetos contratados. Deve ser observado, portanto, o princípio da razoabilidade na fixação de normas gerais de gestão de contratos, de modo que os respectivos procedimentos sejam proporcionais à realidade operacional da Administração.

Entre outros aspectos atinentes à realidade da entidade, a norma geral deve:

- a) estabelecer se o acompanhamento e fiscalização serão exercidos por servidor único, equipe, setores ou órgãos da Administração, definindo as atribuições de cada um;
- b) prever as hipóteses de possibilidade de recusa da designação pelo servidor ou servidores;
- c) prever os canais e modalidades de comunicação escrita entre o representante da Administração e o preposto do contratado, e entre o representante e seus superiores hierárquicos;
- d) prever a presença dos autores dos projetos no local da obra, serviço ou fornecimento, sempre que necessária a verificação da exata correspondência

entre as condições reais de execução e os parâmetros, definições e conceitos de projeto⁵¹;

- e) prever a realização de reuniões periódicas entre o representante da Administração e o preposto para análise e discussão sobre o andamento da execução do objeto, esclarecimentos e providências necessárias⁵²;
- f) estabelecer procedimentos de obtenção de feedback do público usuário sobre os serviços, bens e obras contratados, tais como pesquisas de satisfação e registro de sugestões, reclamações e elogios *in loco*, por telefone e pela internet;
- g) estabelecer procedimento de avaliação dos serviços, bens e obras pelos servidores públicos, através de reuniões, pesquisas de satisfação e comunicações internas;
- h) prever procedimentos de verificação da manutenção das condições de habilitação;
- i) estabelecer as regras dos processos de aplicação de sanções e rescisão contratual, por exemplo, iniciando-se com a comunicação do representante da Administração sobre o atraso, inexecução ou descumprimento de cláusulas pelo contratado.

Em muitos casos a norma geral deverá ser complementada por disposições específicas e necessárias a cada tipo de objeto a ser contratado, previstas no edital (ou em seus anexos) da respectiva licitação. Nesse sentido dispõe o art. 6º, inciso IX, alínea “e”, da Lei nº 8.666/93 que o projeto básico, na licitação de obras e serviços, deve conter “subsídios para montagem do **plano de** licitação e **gestão da obra**, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, **as normas de fiscalização** e outros dados necessários em cada caso” (grifos nossos).

Quanto às finalidades, a gestão de contratos visa contribuir para o bom uso do dinheiro público e para que as necessidades da Administração e da população sejam atendidas, garantindo que os particulares contratados cumpram as cláusulas pactuadas e executem as obras, serviços ou fornecimentos com a melhor qualidade possível.

Assim, a gestão de contratos é um instrumento importante na tentativa de aliar a busca pelo bem ou serviço de menor preço e o atendimento ao princípio constitucional da eficiência. Uma Administração eficiente é aquela que faz o melhor uso possível de seus recursos financeiros, evitando desperdícios e oferecendo bens e serviços públicos de qualidade à população.

51 Texto adaptado do Manual técnico de fiscalização obras públicas e serviços de engenharia do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (2005, pp. 47-51).

52 Idem (da mesma obra).

Outra finalidade da gestão de contratos é a de evitar prejuízos aos cofres públicos ocasionados pela necessidade de novas contratações para substituir ou concluir obras e serviços não prestados ou insatisfatórios, e pela condenação da Administração, nas esferas trabalhista e previdenciária, ao pagamento de encargos devidos aos empregados de fornecedores inadimplentes.

O gestor do contrato

É muito comum encontrar na doutrina especializada e em manuais e regulamentações sobre a matéria a distinção entre as figuras do gestor e do fiscal de contratos. O gestor seria o responsável pelo acompanhamento e fiscalização de aspectos legais e burocráticos, não afetos diretamente à natureza do objeto, como a manutenção das condições de habilitação, a vigência e a aplicação de índices de reajuste, enquanto o fiscal se debruçaria sobre a execução do objeto em si, verificando o atendimento aos aspectos técnicos e qualitativos previstos contratualmente.

Embora esse seja um formato recorrente, nada impede que a Administração adote outras formas de divisão de atribuições e outras nomenclaturas (tais como “gerente de contratos”, “supervisor de contratos”, “analista de contratos”, “fiscal técnico” e “fiscal setorial”), de acordo com os recursos humanos disponíveis, ou mesmo que concentre todas as atribuições em uma mesma pessoa.

Isso porque o art. 67 da Lei nº 8.666/93 dispõe apenas que “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por **um representante** da Administração especialmente designado” (grifos nossos), sem se utilizar do termo “gestor do contrato” ou “fiscal do contrato”.

Importante notar que inexistente exigência expressa de que esse representante seja ocupante de cargo de provimento efetivo, de modo que, em tese, pode ser designado tanto um servidor ocupante de cargo efetivo quanto um servidor ocupante de cargo em comissão, que atuará como gestor do contrato paralelamente ao exercício das atribuições de seu cargo.

Diferente, porém, é o caso em que a Administração opta por criar, em seu quadro de pessoal, cargo específico para o desempenho da atribuição descrita no citado art. 67, que deverá ser de provimento efetivo, pois as atribuições a ele conferidas pela Lei de Licitações não possuem natureza de direção, chefia ou assessoramento⁵³, a saber:

- anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados (art. 67, § 1º);

53 Hipóteses permitidas pelo inciso V do art. 37 da Constituição Federal.

- solicitar a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, as decisões e providências que ultrapassem sua competência (art. 67, § 2º);
- receber provisoriamente obras e serviços, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado (art. 73, inciso I, alínea “a”).

Acerca da matéria, tome-se como exemplo a seguinte decisão desta Corte (grifos nossos):

Criar e prover o cargo de Diretor de Licitações e Contratos em comissão e com exigência de escolaridade de ensino médio é um absurdo e uma afronta.

A função é totalmente técnica e administrativa, portanto, típica de servidor efetivo.

Não há razão ou justificativa aceitável para que o gestor de contratos e de certames seja ocupante de cargo em comissão, em um órgão que realiza poucas e pequenas licitações e administra e firma alguns contratos de pequena monta e objetos simples.

Outrossim, **milita em favor de que a função deva ser entregue a servidor efetivo, devidamente qualificado, o fato que a perenidade da obrigação, aliada ao longo tempo do contratado por concurso, aumenta o preparo e a experiência do responsável pelas funções.** (TCE-SP - TC-000378/026/08 Relator: EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 111, de 15/06/2011)

Diante de todos esses cenários possíveis, optou-se por adotar neste manual o termo “gestor do contrato” para designar todos e quaisquer representantes da Administração Pública cuja atuação se enquadre no citado art. 67, independentemente da nomenclatura adotada pelo órgão contratante e de ocuparem cargos efetivos criados especificamente para tal atribuição ou terem sido designados para exercê-la paralelamente às atribuições de seus cargos de origem (sejam estes de provimento efetivo ou de livre nomeação).

Quanto à possibilidade de contratar terceiros para assistir o gestor do contrato e subsidiá-lo de informações pertinentes às suas atribuições, é importante lembrar que é permitida a participação do autor ou empresa responsável pelo projeto básico ou executivo na execução de obra ou serviço como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada (art. 67, *caput*, *in fine* e art. 9º da Lei nº 8.666/93).

Possibilidade de recusa da atribuição

Os estatutos dos servidores públicos federais, estaduais e municipais, em geral, dispõem que é dever do servidor cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais⁵⁴. Assim, estando a atribuição de acompanhar e fiscalizar o contrato administrativo, mediante designação pela autoridade competente, prevista expressamente em lei (art. 67 da Lei nº 8.666/93), o servidor não pode, em regra, recusar-se a desempenhá-la.

Nada impede, entretanto, que a Administração regule mecanismos que relativizem essa obrigatoriedade. Tomem-se como exemplos as hipóteses previstas na Instrução Normativa nº 5/17, aplicável às contratações de serviços por órgãos ou entidades da Administração Pública **federal** direta, autárquica e fundacional:

Art. 43. O encargo de gestor ou fiscal não pode ser recusado pelo servidor, por não se tratar de ordem ilegal, devendo expor ao superior hierárquico as deficiências e limitações técnicas que possam impedir o diligente cumprimento do exercício de suas atribuições, se for o caso.

Parágrafo único. Ocorrendo a situação de que trata o **caput**, observado o § 2º do art. 42 [contratação de terceiros para assistir ou subsidiar as atividades de fiscalização], a Administração deverá providenciar a qualificação do servidor para o desempenho das atribuições, conforme a natureza e complexidade do objeto, ou designar outro servidor com a qualificação requerida.

Inexistindo previsão expressa de possibilidade de recusa, é importante que o servidor comunique, por escrito, à autoridade responsável pela designação, os fatos que possam comprometer sua atuação como gestor do contrato, por exemplo, quanto aos aspectos técnicos e de impessoalidade. Esses aspectos devem ser considerados pela autoridade responsável pela designação, a quem cabe escolher os servidores aos quais delega atribuições e fiscalizar o desempenho dos mesmos, decorrendo dessa responsabilidade sua eventual culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* por falhas no acompanhamento e fiscalização do contrato.

É cediço no Direito Administrativo que a delegação de competência (como a designação de gestor para um contrato), não implica na exclusão da responsabilidade inerente à autoridade de hierarquia mais elevada⁵⁵. Assim, a culpa *in eli-*

54 Tomem-se como exemplos o art. 116, inciso IV, da Lei Federal nº 8.112/90, o art. 241, inciso II, da Lei Estadual nº 10.261/68 e o art. 171, inciso VIII, da Lei Municipal nº 1.429/68.

55 TCE-SP - TC-041655/026/11 Relator: ANTONIO ROQUE CITADINI Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 131, de 23/07/2015.

gendo resulta da inadequada seleção e delegação de atribuições a determinados subordinados prepostos que não cumpriram com o mister investido, enquanto a culpa *in vigilando* corresponde à falha ou omissão do dever de fiscalizar, no exercício primário de controle interno do órgão, sob coordenação superior, afeta às atribuições implícitas do Chefe do Executivo⁵⁶ (ou do Legislativo, conforme o caso).

Nesse sentido, entre os cuidados que devem ser tomados pela Administração é a escolha de representante que tenha formação ou conhecimento na área do objeto a ser fiscalizado. Por exemplo, o gestor do contrato de fornecimento de merenda escolar deve ser o nutricionista ou a merendeira responsável pela merenda nas escolas, o gestor do contrato de desenvolvimento e manutenção de *software* deve ser do setor de Informática ou Tecnologia da Informação da entidade, o gestor do contrato de fornecimento de medicamentos deve ser profissional da área da Saúde etc.

Além do conhecimento técnico, o Manual do Gestor de Contratos do Superior Tribunal de Justiça (2011, P. 26), por exemplo, recomenda que o gestor de contrato atenda aos seguintes requisitos:

- Gozar de boa reputação ético-profissional;
- Não estar, preferencialmente, respondendo a processo de sindicância ou processo administrativo disciplinar;
- Não possuir em seus registros funcionais punições em decorrência da prática de atos lesivos ao patrimônio público, em qualquer esfera do governo;
- Não haver sido responsabilizado por irregularidades junto ao Tribunal de Contas da União ou junto a Tribunais de Contas de Estado, do Distrito Federal ou de Municípios;
- Não haver sido condenado em processo criminal por crimes contra a Administração Pública.

Capacitação do gestor do contrato

Algumas medidas podem ser tomadas pelo ordenador de despesa para que os servidores tenham condições de acompanhar e fiscalizar os contratos firmados, e a nomeação de gestores não se limite ao cumprimento de uma formalidade sem garantir benefícios reais para a Administração.

56 TCE-SP - TC-001172.989.12-1 Relator: DIMAS RAMALHO Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 36, de 26/02/2013.

Os órgãos públicos muitas vezes têm grande volume de trabalho e, neste caso, os procedimentos de gestão de contratos devem ser bem planejados, para não exigir muito tempo ou esforços desmedidos de funcionários que têm outras funções importantes a cumprir. Em outros casos, o volume de trabalho no órgão é relativamente reduzido, porém, não há servidores com qualificação técnica suficiente para acompanhar a execução de todos os objetos contratados.

O primeiro passo é editar normas gerais de gestão de contratos, através de regulamento, instrução ou portaria⁵⁷, conforme o caso. O segundo passo é estabelecer no projeto básico, termo de referência, contrato e/ou edital os critérios e condições de atendimento satisfatório e de fiscalização do objeto. O ato de designação do gestor do contrato também pode prever suas responsabilidades e atribuições específicas.

É interessante que o servidor que vai atuar como gestor acompanhe todas as fases da contratação, desde o planejamento e elaboração do projeto básico ou termo de referência, para conhecer todos os detalhes do objeto a ser fiscalizado. Caso não tenha participado das fases de planejamento e licitação, é imprescindível que o gestor leia atentamente o contrato, o edital e seus anexos, prestando especial atenção às cláusulas que descrevem as especificações do objeto, as condições de execução, os procedimentos de fiscalização e as penalidades aplicáveis ao contratado.

A partir destas cláusulas, o gestor pode elaborar um roteiro, um plano de trabalho e/ou um *check list* com os prazos, etapas e especificações a serem conferidos durante a execução do objeto, para facilitar seu trabalho. Ele pode, inclusive, apresentar este roteiro à autoridade que o designou e aos responsáveis pela elaboração do projeto básico ou termo de referência, para que verifiquem sua compatibilidade com o que foi estipulado contratualmente.

O roteiro ou *check list* elaborado pelo gestor do contrato pode ter o seguinte formato, adaptado do modelo sugerido no Anexo II do Manual de Fiscalização elaborado pela Diretoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo (2004):

57 A diferença entre regulamento, instrução e portaria pode ser encontrada em MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 172-177.

CONTRATO DE: _____ (informar o objeto do contrato)		
Número do procedimento licitatório:		
Número do contrato:		
Nome do contratado: _____ (nome e qualificação)		
Cláusulas obrigacionais:	Prazo	Atendido sim / não
1)		
2)		
3)		
4)		
5)		
6)		
7)		
8)		
9)		
10)		
	Início	Término
Prazo de vigência:		
Data-base de reajuste:		
Prorrogação:		
Garantia()SIM ()NÃO Qual? _____		
	Data	Hora
Ocorrências:		
	Avaliação	
Relatório detalhado acerca das condições/qualidade dos serviços prestados (descrição e observações):	Positiva	Negativa

Sempre que possível, o ordenador de despesas pode custear a participação de seus servidores em cursos de capacitação em gestão de contratos ou na área técnica correspondente aos objetos contratados e incentivar a participação em eventos e cursos gratuitos. A qualificação dos servidores contribui para que desempenhem melhor suas funções.

20. Planejamento da contratação

A contratação de particulares pela Administração Pública é necessária para atender uma necessidade do próprio órgão ou da população. Por exemplo, a contratação de empresa para efetuar a limpeza de prédios públicos ou para instalar um sistema informatizado de cobrança de impostos é uma necessidade do órgão, pois a limpeza e os sistemas informatizados são condições para o bom funcionamento do órgão e para o trabalho de seus servidores.

Já a contratação de empresa para fornecer gêneros alimentícios para a merenda escolar, equipamentos de refrigeração para postos de saúde, para construir um ginásio de esportes ou para executar a limpeza de ruas, praças e avenidas, por exemplo, é necessária para oferecer à população serviços públicos nas áreas de Educação, Saúde, Esportes, Urbanismo etc.

Em todos os casos, a necessidade a ser atendida deve ser identificada e bem conhecida pelos setores responsáveis. A Secretaria de Educação, por exemplo, que percebe a necessidade de fornecimento de gêneros alimentícios para a merenda escolar, deve fazer um levantamento dos tipos e quantidades de alimentos a serem adquiridos, se estes alimentos devem ser preparados pela empresa ou se há funcionários para prepará-los nas escolas, quais alimentos devem ser fornecidos picados, moídos, congelados e/ou embalados, os dias e horários em que devem ser entregues nas escolas, os funcionários responsáveis por recebê-los e guardá-los, entre vários outros detalhes que apenas quem trabalha na área da Educação e Assistência Social conhecem.

No caso da construção de um ginásio de esportes, o local da obra, a capacidade de público do estádio e o número de vestiários, por exemplo, podem ser decididos pelo pessoal da Secretaria de Esportes e Lazer, enquanto características como saídas de emergência, tipos de paredes, pisos, iluminação, cobertura e prazo de conclusão da obra devem ser planejados por um engenheiro.

Todas estas informações sobre serviços e obras devem ser reunidas e organizadas no projeto básico ou termo de referência. Este documento serve, portanto, para descrever a necessidade da Administração que justifica a contratação de uma empresa ou profissional da iniciativa privada. Ao mesmo tempo, ele contém as informações sobre o objeto a ser contratado, que são utilizadas pelos setores responsáveis pela elaboração do edital e da minuta do contrato.

Além disso, as informações do projeto básico ou termo de referência são essenciais para que as empresas e profissionais conheçam as características do serviço ou da obra e possam decidir se têm condições técnicas para executá-las, optando por participar da licitação. Por isso é importante que esse documento seja claro e detalhado e descreva com precisão a necessidade pública que deve ser atendida e o padrão de qualidade exigido.

Por exemplo, se a necessidade é a limpeza de ruas, avenidas e praças, o objeto a ser contratado é o **serviço de limpeza**. O que a Administração pretende oferecer à população são **ruas, avenidas e praças limpas**, não importando se a limpeza foi realizada por 100 pessoas usando vassouras ou por 20 pessoas usando máquinas. Para o cidadão, o que importa não é se existe ou não uma empresa contratada para limpar, mas sim que a cidade esteja realmente limpa.

Da mesma forma, na contratação de serviço de coleta e destinação de resíduos sólidos, o objetivo é que o lixo doméstico seja recolhido, serviço que não deve ser medido por horas de trabalho da empresa e sim por toneladas de lixo recolhidas por dia ou mês; na contratação de fornecimento e manutenção de equipamentos de informática, o serviço de manutenção não deve ser remunerado pela hora trabalhada pela assistência técnica e sim pelo reparo do defeito. Portanto, a descrição do objeto no Projeto básico deve ter como foco o **resultado** pretendido pela Administração.

Análise de Riscos

O art. 6º, inciso IX, alínea “b”, da Lei nº 8.666/93 prevê que o projeto básico de obra ou serviços contenha soluções técnicas suficientemente detalhadas, de forma a **minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes** durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras. Ou seja, a Administração deve buscar, portanto, a redução do risco de que falhas ou omissões no projeto acarretem a necessidade de alteração quantitativa ou qualitativa do objeto ou outros problemas relacionados à sua execução.

Esse aspecto do planejamento da contratação é comumente denominado “gestão de riscos”, “gerenciamento de riscos” ou “análise de riscos” na doutrina especializada e em manuais e regulamentações de gestão de contratos.

Nos termos do art. 2º, inciso XI, do Provimento CSM nº 2.138/13, a análise de riscos consiste na “descrição, análise e tratamento dos riscos e ameaças que possam comprometer o sucesso do planejamento, da execução e do encerramento do contrato”. Embora aplicável especificamente às licitações e contratos administrativos para aquisição de bens e prestação de serviços celebrados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, essa norma é um importante exemplo de regulamentação da análise de riscos no âmbito da Administração Pública em geral, podendo ser

adaptada à realidade de cada entidade pública. Seu art. 12 preceitua que a análise de riscos deve conter os seguintes elementos:

- I – a identificação dos principais riscos que possam comprometer o sucesso da contratação ou que emergirão caso ela não seja realizada;
- II – a mensuração das probabilidades de ocorrência e dos danos potenciais relacionados a cada risco identificado;
- III – a definição das ações previstas para reduzir ou eliminar as chances de ocorrência dos eventos relacionados a cada risco;
- IV – a definição das ações de contingência a serem adotadas caso os eventos correspondentes aos riscos se concretizem; e
- V – a definição dos responsáveis pelas ações de prevenção dos riscos e pelos procedimentos de contingência.

Em uma compra de aparelhos de ar condicionado para todas as escolas da rede pública municipal, esses elementos podem ser assim exemplificados, de maneira bastante simplificada:

- I. identificação do risco de nem todas as escolas possuírem instalações elétricas compatíveis com a demanda de energia dos aparelhos que se pretende adquirir;
- II. quantificação das escolas que funcionam em prédios antigos, portanto com maior probabilidade de não possuir instalações elétricas compatíveis, tendo como danos potenciais o não funcionamento dos aparelhos e/ou avarias causadas por sobrecarga das instalações elétricas quando os aparelhos são ligados;
- III. estudos técnicos preliminares para levantamento das instalações elétricas de cada escola e dos modelos (especificações técnicas) de aparelhos compatíveis com cada uma delas, comparando-se os custos de aquisição de aparelhos de modelos diferentes (itens ou lotes distintos na mesma licitação ou licitações exclusivas para cada modelo) com os custos da adaptação das instalações elétricas para viabilizar a aquisição do mesmo aparelho para todas as escolas;
- IV. previsão de que, caso os aparelhos adquiridos não funcionem, será suprimida a quantidade do objeto a ser efetivamente adquirida e/ou alterados os locais de destinação dos aparelhos, para aproveitamento dos mesmos em outros prédios da Administração com instalações elétricas compatíveis, ou até rescindido o contrato (se esta for a opção mais econômica, considerado o ressarcimento ao contratado); e, havendo danos causados nos prédios

escolares por sobrecarga das instalações elétricas causada pelos aparelhos, serão aproveitados os dados dos estudos técnicos preliminares para orientar os serviços de reparo dos danos;

- V. definição dos responsáveis pelos estudos técnicos preliminares e pelo levantamento de custos de cada solução aventada e dos responsáveis pelos procedimentos necessários às alterações contratuais, rescisão do contrato e reparo dos danos.

Procedimentos mais complexos de análise de riscos podem ser regulamentados e implantados de acordo com as necessidades próprias de cada entidade pública, a partir, por exemplo, das diretrizes fornecidas pela ABNT NBR ISO 31000:2018, da Associação Brasileira de Normas Técnicas, que trata da matéria.

O art. 58 da Lei nº 8.666/93 confere à Administração prerrogativas que amparam e viabilizam ações para reduzir ou eliminar as chances de ocorrência dos eventos relacionados aos riscos da contratação e às ações de contingência a serem adotadas caso esses eventos se concretizem.

A primeira prerrogativa é a de modificar unilateralmente o contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público (respeitados os direitos do contratado) e a segunda é a de rescindí-lo unilateralmente, nos casos, por exemplo, de execução do objeto em desacordo com o contrato e por razões de interesse público. Ou seja, a Administração pode e deve promover as alterações necessárias a obter melhores resultados do contrato ou rescindí-lo se o contratado não cumprir suas obrigações.

A terceira prerrogativa é a de fiscalizar a execução contratual. Esta é essencial para o exercício das demais, pois a fiscalização da execução propicia que sejam detectadas as imperfeições e problemas que ensejam a modificação e a rescisão do contrato, a aplicação de sanções ao contratado e a ocupação provisória, pela Administração, de serviços essenciais vinculados ao objeto.

A quarta e última prerrogativa é a de aplicar sanções ao contratado, motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste, e a última é a de, nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando for necessário acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado e quando o contrato é rescindido.

A análise de riscos subsidiará a elaboração do projeto básico ou Termo de Referência anexo ao edital da licitação destinada à contratação da melhor solução definida pela Administração na fase interna (ou preparatória) do certame.

Projeto básico e termo de referência

O artigo 6º, inciso IX, da Lei de Licitações, define o Projeto básico e lista os elementos que ele deve conter (alíneas “a” a “f”). Em linhas gerais, o Projeto básico deve: descrever a solução escolhida para a necessidade a ser atendida; especificar

as técnicas que podem ou devem ser utilizadas; enumerar os serviços principais e acessórios a serem executados e tipos de materiais necessários; descrever as condições de execução do serviço ou da obra (organização, periodicidade, horários etc.); fixar obrigações das partes, prazos, garantias contratuais, forma e condições de pagamento; conter orçamento detalhado do custo global da obra ou serviço, e outras informações relevantes para a descrição do objeto, conforme o caso.

Após sua elaboração, o projeto básico deve ser encaminhado para aprovação pelo ordenador de despesa, que é a autoridade competente para determinar a contratação da obra ou serviço. É necessária a aprovação por **ato formal e motivado** da autoridade competente, que deve avaliar o Projeto básico e verificar sua adequação às exigências legais e ao interesse público (JUSTEN FILHO, 2010, p. 145).

A qualidade dos serviços e obras contratadas depende, portanto, de um projeto básico que forneça informações detalhadas e suficientes sobre o resultado pretendido pela Administração. As falhas ou omissões na elaboração deste projeto podem acarretar omissões ou falhas no edital e na minuta do contrato, prejudicando a execução do objeto e até inviabilizando o trabalho do gestor do contrato.

Além do projeto básico, por força do artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei de Licitações, as obras e os serviços somente podem ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários. É importante que o edital exija que as propostas sejam apresentadas, também, com a composição de todos os seus custos unitários, pelas seguintes razões:

- para viabilizar a desclassificação, pela Comissão de Licitação, das propostas que apresentem preços ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos (exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração), nos termos do art. 44, § 3º, da Lei de Licitações;
- para evitar, nos casos de acréscimos ou supressões que se fizerem necessários nas obras, serviços ou compras, que os preços unitários tenham que ser fixados mediante acordo com o contratado (art. 65, § 3º, da Lei de Licitações), ao invés de já terem passado pela avaliação da compatibilidade com os preços de mercado no momento do julgamento das propostas de que trata o citado § 3º do art. 44.

Por sua vez, o termo de referência, adotado nas licitações na modalidade pregão, é definido pelo art. 8º, inciso II, do Anexo I do Decreto Federal nº 3.555/00 como o documento que contém elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados

no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato.

O termo de referência é elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecendo as especificações praticadas no mercado. A partir dele é definido o valor estimado do objeto em planilhas, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado⁵⁸. Assim como nas modalidades licitatórias da Lei nº 8.666/93, a autorização de abertura do pregão pela autoridade competente também depende da existência do termo de referência e do orçamento detalhado.

21. Aspectos importantes do edital e contrato

Elaboração da minuta do contrato

A minuta do futuro contrato entre a Administração e o particular deve sempre integrar o edital ou ato convocatório da licitação. As exigências fixadas no contrato devem garantir a qualidade da obra, bem ou serviço a ser executado, e ao mesmo tempo resguardar os cofres públicos de prejuízos com o ressarcimento de danos causados a terceiros pela má execução do objeto, ou com a condenação na Justiça do Trabalho por encargos trabalhistas e previdenciários não recolhidos pela Contratada.

Contrato administrativo é todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). O **termo de contrato ou instrumento de contrato**, comumente denominado apenas “contrato”, é o documento que contém todas as informações sobre o acordo firmado entre a Administração e o particular, organizado em cláusulas.

O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (art. 62 da Lei nº 8.666/93).

Especialmente nos casos em que o instrumento de contrato é facultativo, é importante que exista um projeto básico ou termo de referência que contenha as informações necessárias à execução do objeto e à fiscalização da execução pela Administração, sendo essenciais aquelas elencadas no art. 55 da Lei nº 8.666/93.

58 Art. 8º do Decreto Federal nº 3.555/00, art. 3º da Lei nº 10.520/02, art. 9º do Decreto Federal nº 5.450/05 e art. 7º do Decreto Estadual Nº 47.297/02.

O reajuste e a revisão do valor do contrato

O reajuste do preço é efetuado mediante aplicação do índice específico ou setorial fixado no edital e no contrato. Quanto à correção monetária e a periodicidade do reajuste, deve ser observada a Lei nº 10.192/91, que assim determina:

Artigo 2º - É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º - É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

O reajuste, portanto, tem o objetivo de atualizar o valor do contrato segundo índices oficiais que refletem a inflação acumulada no período. O registro do reajuste do preço contratual pode ser feito por apostila ou termo de apostilamento⁵⁹. É importante lembrar que, se o índice adotado for negativo, o preço deverá ser reduzido, assim como é aumentado quando o índice é positivo.

A respeito do instituto do reajuste, tome-se como exemplo a seguinte decisão desta Corte:

Constitui equívoco estabelecer que “Não haverá reajuste de preços, exceto se para manter o equilíbrio econômico-financeiro, desde que devidamente comprovado e aceito pela outra parte” (subitem 16.1 do edital), haja vista tratar-se de contrato plurianual (com prazo de 36 meses), havendo necessariamente que se indicar índice (idôneo) para o reajustamento de preços, pertinente ao objeto (artigo 55, III, da Lei nº 8.666/93), observada a anualidade. (TCE-SP - TC-000806/008/08 Relator: EDGARD CAMARGO RODRIGES Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 80, de 01/05/2013)

Já a revisão do preço é efetuada por acordo entre as partes, a qualquer momento, para restabelecer a relação que pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou

59 O Termo de Apostilamento, ou Apostila, é utilizado para registrar o reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido (artigo 65, § 8º, da Lei 8.666/93), enquanto o Termo de Aditamento ou Aditivo é utilizado para formalizar alterações contratuais, como a revisão, prorrogação de prazos, acréscimos e supressões no objeto etc.

fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando risco econômico extraordinário e extracontratual (art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93).

Um exemplo de fato do príncipe é a hipótese prevista no § 5º do art. 65 da Lei de Licitações: criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicando na revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. Nesse sentido assim já se pronunciou este Tribunal:

Por fim, não é dado olvidar a análise de aspecto central da questão aqui tratada, ou seja, a aceitabilidade de adoção, no presente caso, do reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, em razão da variação de preços no período de execução do contrato.

Para que se viabilize eventual modificação de valor lastreada no reequilíbrio econômico-financeiro, hipótese legalmente prevista, é indispensável a rigorosa verificação da situação fática e a inatacável demonstração do atendimento aos requisitos fixados claramente na legislação aplicável, em especial no artigo 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93. (TC-036955/026/13 Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 226, de 06/12/2016)

O reajuste e a revisão, portanto, são institutos bastante distintos, o primeiro mera aplicação de cláusula inicialmente pactuada e o segundo verdadeira alteração contratual mediante comprovação de circunstância superveniente. Sobre a distinção, tome-se como exemplo a seguinte decisão desta Corte:

Com efeito, o “realinhamento” de preços concedido à contratada não se amolda **nem ao instituto da revisão** de preços (eis que não houve comprovação fática de evento imprevisível mas apenas um cotejo com tabela de FDE) **nem ao do reajuste**, pois a avença pactuada inicialmente para vigorar 150 dias não continha cláusula expressa de reajuste e foi apenas através de prorrogações indevidamente justificadas que ultrapassou um ano de prazo. Ademais, a execução de 94% da obra antes da solicitação do realinhamento revela-o desnecessário diante da viabilidade da obra aos preços então praticados. (TC-415/004/12 Relator: SAMY WURMAN Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 158, de 27/08/2014)

O termo “repactuação”, por sua vez, se refere à espécie de reajuste contratual utilizada nas contratações de serviços continuados no âmbito da Administração Pública **federal** direta, autárquica e fundacional (atualmente regulamentada pela Instrução Normativa nº 5/17 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão), portanto, não aplicável aos contratos celebrados pelos entes jurisdicionados no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo⁶⁰.

Garantia contratual e garantia técnica

A Administração pode exigir a prestação de garantia contratual por parte da Contratada para assegurar a execução do objeto. O valor da garantia não poderá ser superior a 5% do valor do contrato, e deverá ser liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente, conforme dispõe o artigo 56 da Lei de Licitações.

A Contratada perde o valor prestado em garantia toda vez que descumprir o pactuado com a Administração, nos termos do edital e do contrato, ou em consequência de descontos de débitos ou multas em que incidir e não recolher no prazo estipulado. Hely Lopes Meirelles ensina que, “nestes casos, a Administração poderá incorporar ao seu patrimônio a caução em dinheiro ou em títulos, até o limite devido pelo contratado, ou cobrar do fiador ou do segurador as respectivas garantias por eles prestadas” (2001, p. 213).

Já a cláusula de garantia técnica deve prever o prazo durante o qual o contratado deverá prestar assistência técnica e responsabilizar-se pela integralidade e bom funcionamento da obra, serviço ou bem fornecido.

Por exemplo, no caso de obra engenharia por empreitada, o Código Civil estabelece o prazo de garantia mínimo de cinco anos (art. 618 da Lei nº 10.406/02). Com relação aos bens duráveis, o Código de Defesa do Consumidor estabelece o prazo de garantia de 90 dias, e para os bens não duráveis o prazo de 30 dias, no entanto, o próprio CDC prevê a complementaridade da garantia legal pelo prazo de garantia estipulado em contrato (artigos 26 e 50 da Lei nº 8.078/90).

Diante desses parâmetros aplicáveis aos contratos privados, conforme a complexidade técnica do bem adquirido e o interesse público envolvido, a Administração pode estabelecer prazos razoáveis de garantia técnica que assegurem a utilidade e o funcionamento das obras, serviços e bens adquiridos.

A cláusula de garantia técnica pode prever também o prazo para o reparo ou substituição de bem ou serviço quando detectado algum defeito ou problema. Por exemplo, estabelecer o prazo de até 48 horas para o contratado atender ao pedido

60 Matéria tratada, por exemplo, na decisão do TC-006077.989.17-6.

de assistência técnica por parte da contratante, e de até 72 horas a partir da primeira visita da assistência técnica para reparar o defeito e, se necessário, substituir o equipamento. O descumprimento desse prazo pode ser penalizado com aplicação de multa ao contratado por dia de atraso.

Nos casos em que a execução do objeto (como desenvolvimento e manutenção de sistemas de informática, serviços de consultoria etc.) envolva o contato com informações privilegiadas do órgão, de seus funcionários e/ou da população em geral, é necessário incluir cláusula de confidencialidade, por força da qual a Contratada fica obrigada a manter o sigilo destas informações, sob pena de sofrer as sanções administrativas, civis e penais cabíveis.

Fornecimento de *softwares*

Uma cláusula importante, aplicável principalmente nos casos de desenvolvimento, fornecimento, aluguel, manutenção e assistência técnica de sistemas informatizados ou outras tecnologias, é aquela que obriga o contratado a fornecer à Administração códigos, senhas e instruções para operação do sistema após o término do contrato, ou na ausência do técnico da empresa.

Esta cláusula pode estabelecer, inclusive, um prazo de transição entre uma tecnologia e outra, durante o qual a empresa do contrato que será encerrado atua conjuntamente com a nova empresa contratada na substituição da tecnologia antiga pela nova. Os códigos, senhas e instruções, bem como o prazo de transição são importantes para que a Administração não tenha o respectivo serviço interrompido até que o novo fornecedor tenha instalado o seu sistema.

É importante, sempre que possível, vincular o pagamento ao produto dos serviços de tecnologia, evitando-se o cálculo do valor a ser pago com base no tempo que o contratado utiliza para executá-los, isso porque,

Na prática, uma empresa poderia apresentar preço superior por homem-hora, mas realizar os mesmos serviços em menos tempo, tornando a contratação, eventualmente, mais econômica. Ou seja, quanto mais demorada for a execução de um serviço, beneficia-se a contratada e prejudica-se a contratante. (TCE-SP - TC-34698/026/14 Relator: VALDENIR ANTONIO POLIZELI Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 101, de 04/06/2016)

O caminho atual é desvincular a contratação ou desenvolvimento de software baseando-se tão simplesmente no modelo Homem-Hora. Nessa linha, quanto menos se fizer ou mais tempo levar, mais o contratado irá receber pelo não serviço prestado. Penso não justificar a existência de bolsão de horas para essa atividade.

A APF – Análise de Pontos de Função – é uma técnica que propõe métricas para a medição de um sistema de informações com base nas funcionalidades que o software deve fornecer, de acordo com a perspectiva do usuário.

Uma das vantagens da utilização da APF é que esta independe da tecnologia empregada e da metodologia de desenvolvimento, pois se baseia na medição das funcionalidades de um software. Precisamos pensar melhor nisso: isto quer dizer que a APF mede “o que” o software faz e não “como” o software deve ser feito. (IDANKAS; AKAO, 2015)

Recebimento do objeto

Com relação ao recebimento do objeto, é importante prever expressamente os dias e horários em que se dará a prestação do serviço ou o recebimento do bem ou obra de engenharia, bem como o local de execução ou entrega. Conforme os procedimentos adotados nos setores de Almoxarifado, Compras, Secretaria ou outro setor, é interessante prever também os trâmites que a Contratada deverá seguir para realizar a entrega do bem.

Quanto aos responsáveis pelo recebimento, o quadro a seguir sintetiza o que dispõe a Lei nº 8.666/93 (valores atualizados conforme o Decreto Federal nº 9.412/18):

OBRAS E SERVIÇOS	PROVISÓRIO • gestor do contrato • termo circunstanciado • em até 15 dias da comunicação do contratado
	DEFINITIVO • servidor ou comissão • termo circunstanciado • após o decurso do prazo de observação (até 90 dias) ou vistoria
COMPRAS E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS	• recibo ou termo circunstanciado (superior a R\$ 82.500.000,00) • comissão de no mínimo 3 membros (superior a R\$ 176.000,00)
DISPENSAM RECEBIMENTO PROVISÓRIO	• gêneros perecíveis e alimentação preparada • serviços profissionais • obras e serviços até R\$ 176.000,00 (exceto os sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade)

Fonte: elaborado pela autora.

De acordo com a natureza do bem adquirido, como equipamentos eletrônicos ou de informática, o contrato deve prever que a entrega inclui a instalação do equipamento e/ou o treinamento dos funcionários que irão utilizá-lo, quando necessário. Nos casos de gêneros perecíveis, como remédios e alimentos, é importante detalhar a forma de transporte, embalagem e desembalagem pelo contratado, bem como a forma de armazenamento e conservação pelo setor responsável.

A Administração é obrigada a rejeitar, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato (art. 76 da Lei nº 8.666/93). Por isso é importante a avaliação do serviço prestado, da obra ou da mercadoria adquirida antes da assinatura do recibo definitivo. O prazo legal de observação para as obras e os serviços é de até 90 dias, no entanto, a Lei de Licitações silencia quanto ao prazo de observação nos casos de compras ou locação.

É recomendável fixar no contrato o prazo de observação entre o recebimento provisório e o definitivo de bens adquiridos ou locados, principalmente os equipamentos eletrônicos, que podem apresentar defeitos logo no início do uso.

Fiscalização do cumprimento de obrigações acessórias

Tendo em vista a obrigatoriedade da manutenção das condições de habilitação exigidas na licitação, é possível condicionar os pagamentos à comprovação, pelo contratado, de que está em dia com os recolhimentos de encargos trabalhistas e previdenciários.

Geralmente o pagamento é efetuado em parcelas mensais, mediante emissão da nota fiscal pela Contratada, no mês seguinte ao da prestação dos serviços, e ateste o recebimento do objeto pelo gestor do contrato. Pode-se estabelecer em cláusula contratual, por exemplo, que o pagamento está condicionado à apresentação, pela Contratada, juntamente com a nota fiscal, das certidões de regularidade quanto aos encargos trabalhistas e perante o INSS.

É possível, entretanto, que o contratado esteja efetuando tais recolhimentos em atrasos ou que seus empregados ainda não tenham acionado a Justiça do Trabalho, por exemplo, de modo que as certidões estejam regulares embora as normas de regência não estejam sendo fielmente ou tempestivamente cumpridas. Para evitar essa situação, recomenda-se que, entre os procedimentos de fiscalização (regulamentados pela Administração ou previstos no edital ou contrato) esteja prevista a verificação periódica, ainda que por amostragem, da seguinte documentação⁶¹:

61 Adaptada do Anexo VIII-B da Instrução Normativa nº 5/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

- extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante;
- cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador a contratante;
- cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários;
- comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale-alimentação etc.), a que estiver obrigada por força de lei ou de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado; e
- comprovantes de realização de eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei ou pelo contrato.

Ao término da vigência do contrato ou no caso de rescisão, é importante que o gestor do contrato verifique, ainda que por amostragem, os termos de rescisão dos contratos de trabalho (devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria), as guias de recolhimentos ao INSS e FGTS referentes às rescisões contratuais, os extratos dos depósitos ao FGTS e os exames médicos demissionais de empregados dispensados⁶².

É imprescindível a presença do preposto do contratado no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do objeto e organizar e dirigir o trabalho de seus funcionários. Assim, os funcionários receberão ordens apenas do preposto, evitando-se a subordinação destes funcionários aos servidores da contratante.

A subordinação, a pessoalidade, a habitualidade e a remuneração são características do vínculo empregatício (art. 3º do Decreto-Lei nº 5.452/43), e devem ser evitadas para que a Administração não venha a figurar no polo passivo de ações trabalhistas concernentes ao inadimplemento de encargos trabalhistas e previdenciários aos funcionários do contratado.

Deve-se, portanto, evitar cláusulas como as que preveem que o contratado fica obrigado a substituir, a pedido e interesse da contratante, os funcionários que prestam o serviço ou atuam na obra, ou a contratar determinadas pessoas por indicação da contratante. Isto porque a rejeição de funcionário da Contratada pela Administração pode caracterizar a pessoalidade.

62 Idem.

Já a indicação de pessoa para prestar o serviço ou executar a obra pode evidenciar pessoalidade e habitualidade, principalmente nos casos em que a mesma pessoa trabalha durante anos no órgão, ora em serviços de limpeza, ora em serviços de zeladoria, ora em serviço de jardinagem, contratada pelas respectivas empresas prestadoras dos serviços por indicação da Administração.

O correto é que a seleção dos funcionários seja realizada pelo contratado, conforme seus procedimentos e exigências próprios. O que a Administração pode e deve exigir é apenas a qualidade e integralidade dos serviços contratados, independentemente de quem os executa.

Todos esses cuidados na elaboração das cláusulas da minuta do contrato têm o objetivo de garantir o cumprimento das obrigações acessórias e inibir a participação na licitação de fornecedores sem a qualificação técnica adequada ou sem condições financeiras de cobrir todos os custos da execução satisfatória do objeto.

Isto porque a Administração pode ser condenada a pagar encargos trabalhistas e previdenciários não pagos pelo contratado a seus funcionários, caso seja comprovado que não fiscalizou o cumprimento destas obrigações, conforme dispõem os incisos IV a VI da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso

evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Portanto, é muito importante a previsão expressa dos procedimentos de fiscalização das obrigações trabalhistas e previdenciárias do contratado, e que o gestor do contrato execute esses procedimentos. Inexistindo previsão expressa, é recomendável que o gestor mantenha arquivadas as certidões de regularidade e demais documentos comprobatórios de ausência de débitos trabalhistas e previdenciários durante a execução contratual, bem como que registre por escrito as medidas que tenha adotado para fiscalizar o cumprimento de obrigações desta natureza.

Responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários

Preceitua o § 2º do art. 71 da Lei de Licitações que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/91. Este, por sua vez, estabelece que a contratante de serviços executados mediante **cessão de mão de obra** retenha 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolha, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida.

O § 3º do citado art. 31 define cessão de mão de obra como “a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem **serviços contínuos**, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação” (grifos nossos). Esse procedimento deve ser observado, em especial, nos contratos administrativos de prestação de serviços de limpeza, conservação, zeladoria, vigilância, segurança e empreitada de mão de obra, relacionados expressamente no § 4º do mesmo dispositivo.

Por essa razão, este Tribunal não vê óbice à previsão em edital ou contrato do desconto de onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal emitida pelo contratado, exceto quando o objeto inequivocamente não se enquadra na definição do citado § 3º.⁶³

63 Decisões nesse sentido foram proferidas nos processos TC-23717/026/09, TC-23841/026/09, TC-003107.989.13-9, TC-006158.989.15-2.

Entretanto, é importante que a Administração Pública, sempre que possível, evite celebrar contratos dessa natureza, tendo em vista os riscos de problemas concernentes à substituição de pessoal próprio em desacordo com o art. 37, inciso II, da Constituição Federal e do preconizado pelo inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e da inclusão das despesas decorrentes do contrato no cômputo dos percentuais estabelecidos nos artigos 19 e 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Cláusulas referentes ao gestor e à fiscalização

A Administração deve especial atenção ao acompanhamento e à fiscalização da execução contratual, de modo que a execução do contrato seja acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, e sejam estabelecidos mecanismos mínimos de gestão contratual, que permitam ao gestor cobrar da contratada a correta execução do contrato⁶⁴. Estes mecanismos incluem cláusulas contratuais que definam como a prestação do serviço, obra ou fornecimento de bem será avaliada por este representante.

O nome do servidor especialmente designado para acompanhar a execução pode constar em cláusula do contrato, sendo este aditado para alteração desta cláusula caso seja necessário substituir o gestor do contrato. Outra alternativa é fazer constar no contrato que o gestor será nomeado através de ato específico (como uma Portaria) pela autoridade competente.

Além disso, é importante fazer constar expressamente as prerrogativas e atribuições do gestor do contrato.

É possível estabelecer que outros servidores participem da fiscalização do contrato, auxiliando o trabalho do gestor, quando este é responsável por muitos ou por todos os contratos do órgão, e não teria condições de verificar *in loco* todas as especificações contratuais. Por exemplo, em um contrato de fornecimento de merenda escolar, a nutricionista ou merendeira, que exerce suas funções nas escolas onde os alimentos são entregues, pode prestar informações ao gestor sobre a qualidade e especificações como transporte, embalagem e prazo de validade dos produtos entregues diretamente nas escolas.

O mesmo acontece em contratos de fornecimento de medicamentos ou de materiais de escritório e informática, entregues diretamente nos hospitais, postos de saúde, almoxarifados ou outros setores, de prestação de serviço de limpeza de prédios públicos, de obras de engenharia etc. Nestes casos, é importante fazer constar no contrato a participação destes servidores.

64 TCE-SP - TC-355/018/14 Relator: MÁRCIO MARTINS DE CAMARGO Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 199, de 22/10/2016.

Imprescindíveis para a fiscalização do contrato são as cláusulas que definem o que a Administração considera serviço bem prestado, obra ou bem adequado e satisfatório, ou seja, os aspectos qualitativos a serem verificados pelo gestor. Como o objetivo da contratação é o atendimento de uma necessidade, o gestor precisa de critérios objetivos para avaliar se a necessidade foi atendida.

Nos contratos de obras, a necessidade estará atendida, por exemplo, se a obra for edificada com os materiais de qualidade e especificações previstos no projeto executivo e no memorial descritivo anexo ao contrato, entregue à população no prazo estipulado, e não apresentar defeitos que impeçam o uso para o qual se destina. Assim, o contrato deverá prever a fiscalização dos quantitativos e da qualidade do material empregado e do cumprimento dos prazos do cronograma, bem como das condições gerais da obra concluída.

Nos contratos de fornecimento de bens, a necessidade estará atendida, por exemplo: se o equipamento atender todas as especificações exigidas, for entregue em perfeitas condições de uso e instalado conforme contratado; se o alimento for entregue na embalagem e temperatura corretas, e apresentar aspecto, cheiro e sabor adequado ao consumo; se o remédio entregue estiver com o prazo de validade adequado e devidamente embalado; se as canetas fornecidas forem do tipo e cor corretos e estiverem escrevendo etc.

Já nos contratos de prestação de serviços, o atendimento da necessidade deve ser medido pelo resultado alcançado pela Contratada. O serviço de limpeza deve ser medido, por exemplo, por sala limpa ou por metro quadrado limpo; o serviço de varrição deve ser medido por metro quadrado varrido ou por trecho correspondente a um quarteirão varrido; o serviço de vigilância deve ser medido pelo número de postos de vigilância ocupados nos horários estabelecidos; o serviço de manutenção de rede elétrica ou de informática deve ser medido por reparo ou troca de peça efetuada etc.

Deve-se evitar a medição por horas ou dias trabalhados, por exemplo, pois o tempo de permanência do prestador no local do serviço, na maioria dos casos, não é a finalidade da contratação, e não garante que o serviço será prestado nas condições e com os resultados desejados.

Pode-se também definir, no contrato, o que a Administração considera descumprimento ou cumprimento insatisfatório do objeto, como áreas que permanecem sujas em contratos de serviço de limpeza, materiais de qualidade inferior ou rachaduras nas paredes em obras, quantidades inferiores às ajustadas ou atraso na entrega de bens adquiridos. São exemplos de descumprimento ou cumprimento insatisfatório do objeto:

- Contratado não compareceu ao local de prestação dos serviços, evidenciada pela ausência de seus funcionários nos locais de prestação do serviço especificados no projeto básico/executivo;

- Inexecução total ou parcial dos serviços, evidenciada pelo descumprimento de todos ou de parte dos itens de serviços individualizados e descritos no projeto básico/executivo;
- Ausência de preposto do contratado nos locais de prestação dos serviços.

É imprescindível que o contrato preveja os prazos a serem concedidos pelo gestor ou pela Administração, conforme o caso, para que o contratado regularize as faltas ou defeitos observados, repare, corrija, remova, reconstrua ou substitua, no total ou em parte, o objeto do contrato em que o se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados (art. 67, § 1º, e art. 69 da Lei de Licitações).

Além das cláusulas que definem o bom ou mau desempenho na execução do objeto, é necessário dispor expressamente que cabe ao contratado fornecer, sem ônus adicionais para a Administração, uniformes completos aos funcionários destacados para a prestação dos serviços, bem como todos os equipamentos de proteção individual e coletiva sempre que necessário à execução dos serviços⁶⁵.

É importante também exigir que a Contratada viabilize o acesso de seus empregados (via internet) aos sistemas da Previdência Social e da Caixa Econômica Federal, para verificar o recolhimento de suas contribuições ao INSS e FGTS e obter os respectivos extratos. Assim, os próprios funcionários poderão acompanhar os recolhimentos em seus nomes e informar ao gestor do contrato quaisquer descumprimentos de seus direitos por parte da Contratada.

As cláusulas que definem o bom e o mau desempenho, bem como as responsabilidades da Contratada, viabilizam o trabalho do gestor do contrato e, ao mesmo tempo, expressam a intenção da Administração de exigir eficiência de quem com ela pretende contratar.

Possibilidade de subcontratação

O edital deve prever os limites à subcontratação do objeto pelo contratado a terceiros, conforme o disposto nos artigos 72 e 78, inciso VI, da Lei de Licitações. Segundo Marçal Justen Filho, duas questões devem ser consideradas.

A primeira se relaciona com os riscos de receber uma prestação mal executada. Estes riscos conduzem a Administração a exigir que o próprio licitante desempenhe as tarefas necessárias ao cumprimento contratual. A segunda tem a ver com a própria licitação.

⁶⁵ Adaptado de MANUAL de gestão de contratos do STJ. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50.

Se o particular não dispunha de condições para executar a prestação, não poderia ter sido habilitado. Aliás, apurada a inidoneidade após a habilitação, a Administração deve promover a rescisão do contrato.

Daí surge a regra da impossibilidade de o contratado transferir ou ceder a terceiros a execução das prestações que lhe incumbiriam. A lei autoriza, porém, que a Administração, em cada caso, avalie a conveniência de permitir a subcontratação, respeitados limites predeterminados.

A hipótese torna-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízos. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 823).

Acerca da matéria, tome-se como exemplo a seguinte decisão deste Tribunal:

A disciplina legal conferida à subcontratação, como medida excepcional no adimplemento da obrigação, torna-a faculdade do administrador, e não obrigação, condicionada, ainda, aos limites previamente ponderados e estabelecidos desde a elaboração do instrumento convocatório da licitação, segundo juízo de conveniência e oportunidade (artigos 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/93). Ademais, a subcontratação há de ser vista com certa reserva, por permitir a execução do contrato por empresa que não se sujeitou às condições do edital, acarretando fuga ao princípio da licitação e ofensa à igualdade de oportunidades (artigo 37, XXI, da Constituição Federal). No caso dos autos, licita-se apenas a prestação de serviços de coleta de resíduos do serviço de saúde municipal, não encontrando motivos suficientes para censurar a competição, situação que, caso contrário, poderia dificultar a ulterior fiscalização e responsabilização pelo defeito do serviço. (TCE-SP - TC-2256/006/08 Relator: RENATO MARTINS COSTA Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 216, de 14/11/2008)

Portanto, cabe ao agente político analisar, em cada caso, a legalidade e a conveniência de autorizar a subcontratação do objeto dentro de limites preestabelecidos no edital.

22. Responsabilização do gestor do contrato

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causam a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (§ 6º do art. 37 da Constituição Federal). Segundo Meirelles (2001, p. 464),

“a *culpa* verifica-se na ação ou omissão lesiva, resultante de imprudência, negligência ou imperícia do agente; o *dolo* ocorre quando o agente deseja a ação ou omissão lesiva ou assume o risco de produzi-la”.

Além dos danos a terceiros, os servidores públicos respondem também, por seus atos culposos ou dolosos que causaram prejuízos à Administração.

A responsabilidade do servidor por danos causados ao erário ou a terceiros no exercício de suas funções deve ser apurada em devido processo instaurado na esfera administrativa ou judicial (civil ou penal), conforme o caso. Em qualquer esfera, a conduta do servidor será examinada para apuração da culpa ou dolo. Portanto, se o gestor do contrato possui documentos que comprovem que realizou os procedimentos de fiscalização estipulados e comunicou à Administração e ao contratado os problemas constatados, terá afastada sua responsabilização por eles.

A grosso modo, não poderia ser responsabilizado, por exemplo, se em obra foram utilizados materiais de especificações diferentes das contratadas e, ao verificar a diferença, comunicou por escrito ao contratado e à Administração, que não tomaram as providências cabíveis.

Por outro lado, o gestor pode ser responsabilizado se não tomou as providências que estivessem ao seu alcance e fossem de sua competência para garantir o fiel cumprimento das cláusulas contratuais e atingimento do objetivo da contratação, ou para interromper a execução em desconformidade com o pactuado e evitar prejuízos à Administração⁶⁶.

Por isso é imprescindível a formalização de todos os atos do gestor do contrato. Ele deve comunicar-se sempre por escrito com o ordenador de despesa, com os servidores que o auxiliam na fiscalização e, principalmente, com o representante da Contratada. Além de registrar por escrito todas as ocorrências relacionadas com a execução do objeto, principalmente nos casos de falhas e defeitos, ele deve fotografar tanto o cumprimento quanto o descumprimento de etapas, condições e especificações contratuais.

Se tudo estiver documentado, será possível comprovar qual foi a conduta do gestor em cada situação, bem como as condutas dos demais servidores envolvidos, do ordenador de despesas (autoridade que assinou o contrato) e do contratado.

Esta comprovação será necessária nos casos de falhas na execução do contrato, danos causados a terceiros e/ou inadimplemento de obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas a funcionários terceirizados, quando a conduta de cada um dos envolvidos na execução contratual irá determinar o responsável pela falha, dano ou inadimplemento, conforme o caso.

66 Nesse sentido a decisão do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1450/2011-Plenário, TC-021.726/2007-4.

23 Acompanhamento e fiscalização da execução contratual

Atribuições legais do gestor do contrato

O *caput* do art. 67 da Lei nº 8.666/93 prevê o acompanhamento e fiscalização da execução do contrato, ou seja, do cumprimento de todas as suas cláusulas, pois o art. 66 dispõe que o contrato deve ser executado fielmente pelas partes, **de acordo com as cláusulas avençadas** e as normas da referida lei. Assim, o gestor do contrato deve acompanhar tanto o cumprimento das cláusulas que descrevem o objeto e as condições de execução, quanto as que definem forma de pagamento, cumprimento de obrigações acessórias e penalidades.

O § 1º do art. 67 determina que o gestor do contrato anote em registro próprio **todas as ocorrências** relacionadas com a execução do contrato. Ou seja, ele deve registrar por escrito tanto o cumprimento de etapas, especificações e condições de execução do objeto, quanto falhas e imperfeições verificadas, comunicações à Administração e ao contratado e respostas obtidas, fatores externos que causaram atrasos ou alterações nas especificações ou cronograma etc.

O mesmo parágrafo prevê que o gestor determine ao contratado o que for necessário para regularização de faltas ou defeitos observados. Esta determinação deverá ser preferencialmente na forma escrita, e mencionada ou anexada ao registro de ocorrências, pois é fato relacionado à execução do contrato.

As decisões e providências de que trata o § 2º do art. 67 são, por exemplo, alterações contratuais necessárias, como prorrogação de prazos ou alteração de elementos do projeto inicial, emissão de ofícios e aplicação de penalidades à Contratada, ou até mesmo a rescisão do contrato. Ele deve solicitar estas providências **em tempo hábil** para adoção das medidas convenientes, pois uma de suas principais funções é, exatamente, garantir que defeitos, faltas ou fatores externos sejam reparados ou corrigidos antes que impeçam a execução satisfatória do objeto.

Atuação do gestor do contrato

Após ler o contrato, o edital e seus anexos e planejar seu trabalho, o gestor inicia o acompanhamento e fiscalização propriamente ditos. Inexistindo formato preestabelecido pela Administração, ele deve optar pela forma de registro, por escrito, das ocorrências da execução contratual que entender apropriada ao tipo de contrato e às atividades que lhe foram formalmente atribuídas e nas cláusulas contratuais.

O registro pode ser, por exemplo, em formato de processo, no qual são anexadas todas as manifestações, relatórios e documentos, em formato de livro ou em formato de relatório (em todos os casos, é importante que as folhas sejam numeradas). A título de ilustração, tomem-se como exemplos os termos de

abertura e encerramento do registro de ocorrências sugerido no Anexo III do Manual de Fiscalização elaborado pela Diretoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo:

TERMO DE ABERTURA

Aos tantos dias do mês ____ de dois mil e ____, faço a abertura do presente livro, contendo ____ folhas, o qual se destinará a registrar irregularidades encontradas por ocasião do acompanhamento e fiscalização do Contrato nº ____ (referente ao Proc. nº ____), que dispõe sobre ____ (descrever o objeto do contrato – prestação de serviço, fornecimento, obra), bem assim como eventuais providências adotadas, incidentes verificados e o resultado das medidas encontradas.

Eu, _____ (gestor do contrato), Matrícula ou RG nº _____, subscrevi.

TERMO DE ENCERRAMENTO

Aos ____ dias do mês ____ de dois mil e ____, a fls. (indicar a folha em que se encerrará o livro), faço o encerramento do presente livro, que se destinou a registrar irregularidades encontradas por ocasião do acompanhamento e fiscalização do Contrato nº ____ (referente ao Proc. nº ____), que dispõe sobre (descrever o objeto do contrato – prestação de serviço, fornecimento, obra), assim como as providências adotadas, os incidentes verificados e as soluções dadas para as irregularidades, incidentes e demais eventos.

Deixo consignado que transferi os documentos que me foram apresentados no curso da fiscalização ao Sr. _____ e que, por questão de segurança, mantenho cópias em meu poder.

Eu, _____ (gestor do contrato), Matrícula ou RG nº _____ subscrevi.

Fonte: MANUAL de fiscalização: orientação para a adequada gestão dos contratos, 2004. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/diretoria_geral/Gestao_Contratos. Acesso em: 31 ago. 2016.

Sendo atribuição do gestor realizar medições e verificar a realização de obras e serviços, bem como conferir a entrega de bens adquiridos, deve sempre solicitar o auxílio de outros servidores caso tenha dúvidas quanto a especificações e informações técnicas, antes de atestar a conformidade da execução, atestar o recebimento (provisório ou definitivo) ou assinar a medição, conforme o caso. Deve atentar também se os prazos que constam nas notas fiscais correspondem aos da efetiva prestação dos serviços.

Verificando alguma falha ou defeito em serviços, materiais empregados, obra ou bens fornecidos, ou o descumprimento de obrigações acessórias, o gestor não pode atestar nota fiscal, medição ou recebimento e deve comunicar imediatamente ao contratado e à autoridade competente para adoção das medidas cabíveis.

O gestor do contrato deve comunicar seus superiores hierárquicos sobre quaisquer problemas na emissão e preenchimento das notas fiscais, bem como atrasos na prestação dos serviços ou fornecimento de bens que sejam causa de aplicação de multa ou outras penalidades ao contratado.

Estando em ordem a documentação em relação ao que foi de fato executado, ele deve proceder ao aceite ou ateste encaminhá-la ao setor ou servidor responsável pelos pagamentos.

O descumprimento de obrigações acessórias deve ser comunicado à autoridade competente para que esta aplique as penalidades legais e as previstas no contrato, como a execução da garantia contratual e até mesmo a rescisão contratual, após notificar o contratado a apresentar justificativas para o inadimplemento.

Caso verifique que há necessidade de prorrogação de prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto (§ 1º do art. 57 da Lei de Licitações), o gestor do contrato deve informar esta necessidade à autoridade competente, encaminhando as respectivas justificativas para a prorrogação (elaboradas por ele ou pelo setor técnico, conforme o caso).

Pode constar também, entre as atribuições do gestor, a de participar dos levantamentos e estudos para verificação do interesse público ou da vantajosidade para a Administração da prorrogação da vigência nas hipóteses previstas nos incisos I a V do art. 57 da Lei de Licitações, encaminhando os respectivos resultados à apreciação superior.

Se as citadas prorrogações não forem convenientes ou não se enquadrarem nas hipóteses legais, o gestor deve informar a necessidade de realização de nova licitação antes do término do prazo contratual, de modo que o novo fornecedor comece a atuar logo após o término do contrato anterior.

Caso constate a necessidade de alterações em cláusulas contratuais, para melhor execução do objeto, atendimento do objetivo da contratação ou gestão do contrato, o gestor deve solicitar a alteração à autoridade competente, apresentando as justificativas de seu pedido. Havendo complexidade técnica do objeto, é importante que ele encaminhe também pareceres ou relatórios elaborados por servidores da área ou profissionais contratados para auxiliá-lo, que contenham as informações técnicas necessárias.

Se o contratado solicita a alteração de alguma cláusula do contrato ou prorrogação de prazo de execução ou de vigência, com as devidas justificativas e comprovações necessárias, cabe à Administração analisar a legalidade e conveniência

da alteração contratual, observado o disposto no art. 65 ou 57 da Lei de Licitações. Nestes casos, é comum que a Administração consulte o gestor do contrato sobre a necessidade ou conveniência da alteração.

Embora seja prerrogativa da Administração modificar o projeto ou as especificações (para melhor adequação técnica aos seus objetivos) ou o valor contratual (em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto), esta Corte tem condenado modificações que decorram de falhas no planejamento da contratação, ou seja, na elaboração de projetos básicos, executivos ou termos de referência. Tome-se como exemplo o seguinte caso:

A falha referente ao planejamento da licitação, que em apenas 04 meses da emissão da ordem de serviço, alterando em 63,21% os itens contratados através de termo aditivo, caracterizando um planejamento deficitário, portanto, deixando o projeto básico de atender seus requisitos previstos no artigo 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, comprometendo, assim, o edital e todos os seus anexos, contrariando jurisprudência já firmada.

Permaneceu também a irregularidade quanto à ausência no projeto básico o acesso de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, sendo que foi atendido parcialmente os termos do inciso IX e alíneas do artigo 6º da Lei supracitada. (TCE-SP – TC-10548.989.17-7 e TC-11090.989.17-9 Relator: ANTONIO ROQUE CITADINI Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 20, de 31/01/2019)

Caso seja responsável pelo recebimento provisório e/ou definitivo do objeto, o gestor do contrato deve fazer os exames necessários e/ou testes exigidos durante o prazo de observação, solicitando auxílio de servidores ou profissionais da área sempre que não tiver conhecimento técnico para avaliar todos os aspectos do objeto.

Todos os pedidos de auxílio técnico ou questões técnicas ou jurídicas devem ser feitas por escrito pelo gestor às pessoas designadas para auxiliá-lo ou ao preposto do contratado, e os relatórios e pareceres elaborados por estas pessoas devem constar do registro de ocorrências do contrato. Isto porque o gestor muitas vezes tomará decisões com base nestas informações, que constituirão justificativa para alguns de seus atos.

Fiscalização de fornecimento de bens

Na fiscalização de contratos de fornecimento de bens, a principal função do gestor é verificar se foram atendidas as especificações e quantidades previstas no contrato.

São especificações de produtos eletrônicos, por exemplo: modelo, marca (identificada na proposta vencedora do certame), cor, potência, voltagem,

dimensões aproximadas do produto, e acessórios como fios, tomadas, conectores e adaptadores necessários ao seu funcionamento e/ou exigidos pela Administração. Veículos automotivos têm especificações como cor, modelo, ano, potência do motor e opcionais descritos no contrato (ar condicionado, vidros e travas elétricas, alarme etc.).

Os alimentos devem ser analisados quanto ao seu aspecto e coloração, peso, cheiro, temperatura, embalagem e prazo de validade, marca ou fabricante (quando identificados na proposta da Contratada); os materiais de construção podem ser verificados, por exemplo, quanto à espessura, densidade, cor, dimensões e fabricante (conforme a proposta vencedora do certame).

Todas estas especificações devem estar bastante claras no contrato, no projeto básico ou executivo ou no termo de referência, de modo que o gestor do contrato tenha condições de conferi-las quando recebe os bens.

Outro aspecto a ser fiscalizado é o cumprimento de prazos e horários de entrega, conforme o caso, e das formas de transporte, embalagem e desembalagem, e instalação (quando exigida no contrato).

O gestor deve conferir se as quantidades e valores unitários na nota fiscal correspondem aos ajustados, antes de aceitar o material. Havendo prazo de observação, ele acompanhará os testes de desempenho do equipamento, ou as condições gerais da obra, antes de assinar o recebimento definitivo, auxiliado por pessoas com conhecimento técnico adequado, quando necessário.

Se, durante a vigência do contrato, o equipamento apresentar falhas, o gestor deve verificar o prazo de garantia técnica e comunicar imediatamente o contratado para efetuar os reparos necessários. Caso o contrato estabeleça prazos de atendimento da assistência técnica, o gestor deve verificar se foram cumpridos. Por exemplo, se o contrato estipular que a assistência técnica seja prestada em até 48 horas, e o problema resolvido em até 4 dias, sob pena de multa por dia de atraso.

No caso de gêneros perecíveis, como alimentos e remédios, tendo constatado quaisquer problemas na qualidade destes, o gestor deve comunicar o contratado para que os substitua no prazo estipulado no contrato, sob pena de multa por dia de atraso, e até mesmo rescisão do contrato conforme a gravidade dos danos.

Não sendo prestada a assistência técnica ou substituído o produto perecível, e persistindo o problema, a autoridade competente deve ser comunicada para tomar as medidas cabíveis.

Por fim, no caso de fornecimento de materiais de construção, havendo problemas na obra, o gestor pode registrar por fotografias os problemas causados aparentemente por defeitos no material, e comunicar ao contratado e à Administração, para que a causa seja apurada e os danos reparados. Deve conferir também, neste caso, se há garantia técnica do material.

Fiscalização de obras e serviços de engenharia

Nos contratos de serviços e obras de engenharia, o gestor do contrato dispõe de vários documentos para conhecer os detalhes do objeto: a planilha de custos unitários, o cronograma físico-financeiro, o projeto básico e executivo ou o termo de referência e o próprio contrato, entre outros.

Tendo em vista que a fiscalização de obras e serviços de engenharia é atividade privativa de engenheiro (e, em alguns casos, de arquiteto)⁶⁷, se o gestor do contrato não for engenheiro, deve ser designado um engenheiro para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes às suas atribuições. Nesse sentido citamos a seguinte decisão deste Tribunal:

Ainda no que diz respeito à execução contratual, foi comprovado o atendimento ao artigo 67 da Lei de Licitações. O acompanhamento da execução do ajuste foi feito pelo gestor do contrato, com o apoio do engenheiro responsável, que auxiliou na conferência das medições, conforme consta dos documentos acostados aos autos, por ser este o profissional mais apto a realizar essa função. (TCE-SP - TC-172/011/12 e TC-503/015/12 Relator: VALDENIR ANTONIO POLIZELI Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 56, de 03/04/2018)

A Resolução nº 1.094/17 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA estabeleceu a obrigatoriedade do Livro de Ordem para a emissão de Certidão de Acervo Técnico – CAT aos responsáveis pela fiscalização de obras iniciadas a partir de 01/01/2018. O Livro de Ordem é, portanto, a forma obrigatória de registro das ocorrências relacionadas com a execução de obras e serviços de engenharia pelo engenheiro designado gestor do contrato ou designado para assistir e subsidiar o gestor.

O Livro de Ordem consiste na memória escrita de todas as atividades relacionadas com a obra ou serviço e serve de subsídio para: comprovar autoria de trabalhos, garantir o cumprimento das instruções, tanto técnicas como administrativas, dirimir dúvidas sobre a orientação técnica relativa à obra, avaliar motivos de eventuais falhas técnicas, gastos imprevistos e acidentes de trabalho, eventual fonte de dados para trabalhos estatísticos e confirmar, juntamente com a ART, a efetiva participação do profissional na execução dos trabalhos da obra ou serviço, de modo a permitir a verificação da medida dessa participação, inclusive para a expedição de CAT (artigos 2º e 3º da Resolução nº 1.094/17).

67 Resolução nº 218/73 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA.

Quanto ao conteúdo do Livro de Ordem, assim dispõe a citada Resolução:

Art. 4º O Livro de Ordem deverá conter o registro, a cargo do responsável técnico, de todas as ocorrências relevantes do empreendimento.

§ 1º Serão registradas no Livro de Ordem informações tais como:

I – dados do empreendimento, de seu proprietário, do responsável técnico e da respectiva ART;

II – as datas de início e de previsão da conclusão da obra ou serviço;

III – as datas de início e de conclusão de cada etapa programada;

IV – os relatos de visitas do responsável técnico;

V – o atual estágio de desenvolvimento do empreendimento no dia de cada visita técnica;

VI – orientação de execução, mediante a determinação de providências relevantes para o cumprimento dos projetos e especificações;

VII – acidentes e danos materiais ocorridos durante os trabalhos;

VIII – nomes de empresas e prestadores de serviço contratados ou subcontratados, caracterizando seus encargos e as atividades, com as datas de início e conclusão, e números das ARTs respectivas;

IX – os períodos de interrupção dos trabalhos e seus motivos, quer de caráter financeiro ou meteorológico, quer por falhas em serviços de terceiros não sujeitas à ingerência do responsável técnico; e

X – outros fatos e observações que, a juízo ou conveniência do responsável técnico pelo empreendimento, devam ser registrados.

O ordenador da despesa deve ser comunicado sobre falhas nas obras ou serviços, e esta comunicação deve ser acompanhada dos documentos comprobatórios. O contratado deve ser notificado para resolver o problema, sob pena de aplicação das sanções cabíveis. O mesmo procedimento deve ser adotado se o problema for constatado após o término do contrato, porém, durante a vigência do prazo de garantia técnica.

Fiscalização de prestação de serviços

O contrato de prestação de serviços merece especial atenção por duas razões: os cuidados que devem ser tomados para que não se estabeleça pessoalidade ou subordinação na relação entre a Administração e os empregados da Contratada; e a dificuldade em fiscalizar quantitativamente e qualitativamente os serviços prestados.

Quanto à pessoalidade e à subordinação, tratam-se de características da relação empregatícia, que não pode haver entre a Administração e quaisquer pessoas físicas se não através de concurso público. Para evitá-las, na execução do contrato, o gestor deve tomar as seguintes medidas:

- Havendo quaisquer imperfeições ou atrasos nos serviços prestados por quaisquer funcionários, o gestor deve fazer as devidas reclamações e exigir a solução dos problemas **diretamente ao preposto do contratado**, e apenas a ele;
- Quaisquer comportamentos inadequados de funcionários do contratado, que comprometam a qualidade do trabalho realizado ou o bem estar de terceiros no local da prestação dos serviços, devem ser relatados pelo gestor diretamente ao preposto do contratado, e apenas a ele;
- Quaisquer orientações sobre a execução dos serviços que precisem ser comunicadas ou alteradas devem ser feitas diretamente ao preposto, para que este oriente os empregados do contratado.

Nos casos em que o preposto não tomar as providências requeridas, persistindo o problema, o gestor deverá comunicar a autoridade competente para notificar o contratado e aplicar as penalidades cabíveis.

Acerca da matéria, assim já se pronunciou esta Corte (grifos nossos):

O objeto não se revestiu de características que permitissem sua contratação por meio de licitação, pois, em sua essência, visou tão somente à admissão de mão de obra, que foi realizada por meio de empresa interposta. Assim, o que se pretendeu, efetivamente, foi o fornecimento de mão de obra para execução de atividades de responsabilidade do próprio município, que deveria ser efetuado por meio de concurso público ou processo seletivo, nos termos do art. 37, inc. II ou IX, da Constituição Federal.

A contratação em comento diferencia-se da terceirização, esta sim passível de ser efetuada por meio de certame licitatório, pois, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, a terceirização deve ficar limitada à atividade-meio e **desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta**. (...)

Muito embora a referida irregularidade seja suficiente para macular a totalidade da matéria, subsistem, além disso, falhas que contribuem para o quadro desfavorável da licitação e do contrato.

Em que pese a afirmação de que houve o efetivo controle dos horários de entrada e saída dos médicos, acompanhada de declaração da então Secretária Municipal de Saúde, não trouxe a Origem qualquer

comprovação documental de suas alegações, não merecendo guarida a simples afirmação de que, por motivos políticos, os documentos do referido controle “sumiram”, haja vista que a empresa também poderia fornecer informações acerca dos serviços prestados, bem como dos médicos que executaram os atendimentos. (TCE-SP - TC-1218/003/15 Relator: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 43, de 08/03/2016)

Quanto à aferição da quantidade e da qualidade dos serviços, é necessário que o contrato, o projeto básico ou executivo e o edital contenham critérios objetivos de medição, que viabilizem a aferição da boa execução do objeto. O cálculo do valor do pagamento com base no atingimento de resultados fixados no contrato com certeza é um estímulo para o bom desempenho do contratado, além de evitar que a Administração pague por serviços não executados ou mal executados.

Para verificação dos serviços prestados, o gestor do contrato pode utilizar planilhas de medição elaboradas a partir das condições de execução estabelecidas no contrato.

A título de exemplo, a página eletrônica dos Estudos Técnicos de Serviços Terceirizados – CADTERC do Estado de São Paulo na internet⁶⁸ disponibiliza vasta documentação concernente aos diversos serviços que podem ser terceirizados, que inclui minutas de editais e planilhas de medição com itens próprios para a avaliação tanto de resultados quantitativos quanto qualitativos estabelecidos contratualmente.

Os modelos do CADERTEC sugerem formas de cálculo dos valores a serem pagos à Contratada de acordo com a qualidade dos serviços efetivamente prestados. Para ser aplicado pelo gestor, este tipo de cálculo deve estar previsto no contrato.

Nos contratos de varrição de ruas, por exemplo, o serviço pode ser medido pela quantidade de ruas ou quarteirões varridos e pelo número de sacos de material varrido das ruas; nos contratos de fornecimento de merenda escolar, o serviço pode ser medido pela quantidade de refeições fornecidas e pela correta forma de preparo, transporte e embalagem da comida; nos contratos de manutenção de veículos, o serviço pode ser medido pelo número de reparos realizados no período e pela quantidade de peças substituídas; na contratação de empresa de arquitetura, o serviço pode ser medido por etapa concluída, como elaboração do projeto arquitetônico, elaboração do projeto urbanístico, elaboração de maquete etc.

68 Disponível em: https://www.bec.sp.gov.br/BEC_Servicos_UI/CadTerc/ui_CadTercApresentacao.aspx. Acesso em 29 jun. 2019.

A partir do resultado da análise de cada item, o gestor deve determinar por escrito que o contratado execute serviços que não estejam sendo prestados, ou corrija a forma de execução, conforme o caso. Não sendo atendida a determinação, ele deve recusar-se a atestar o recebimento e/ou notas fiscais e comunicar o ordenador da despesa sobre o descumprimento das especificações contratuais, para que este adote as medidas cabíveis.

Penalidades aplicáveis ao contratado

As penalidades aplicáveis à Contratada pela inexecução total ou parcial do objeto estão previstas nos artigos 86 e 87 da Lei de Licitações.

O art. 86 dispõe sobre a **multa de mora**, nos seguintes termos:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

De acordo com o artigo citado, as condições de aplicação da multa de mora devem estar previstas no edital e no contrato, e só passa a ser exigível após processo administrativo no qual seja dada ao contratado oportunidade de apresentar justificativa para o atraso na obra, fornecimento de bens ou serviços.

O valor da multa pode ser descontado da garantia quando esta for prestada em dinheiro. Segundo Marçal Justen Filho (2010), quando tiver sido prestada em caução real, fiança bancária ou títulos da dívida pública, a garantia só poderá ser excutida através de processo judicial. Em qualquer caso, havendo valores devidos à Contratada em virtude da execução do contrato, o valor da multa poderá ser descontado destes, nos termos do inciso IV do artigo 80 da Lei de Licitações (JUSTEN FILHO, 2010).

A cláusula do edital e do contrato que dispõe sobre as condições de aplicação da multa de mora pode prever, por exemplo: multa diária de 5% do valor do item até o quinto dia de atraso e de 10% a partir do sexto dia; ou multa de 1% por dia de atraso calculada sobre o valor total do contrato, considerando-se abandonada a obra,

serviço ou fornecimento a partir do 31º dia de atraso (podendo ser aplicada nesse último caso, cumulativamente, a multa por inexecução parcial ou total do objeto).

O artigo 87 dispõe sobre as penalidades aplicáveis à empresa contratada que não executa o objeto, ou o executa em desconformidade com o estipulado no contrato:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

As sanções de advertência, suspensão de licitar e contratar e declaração de inidoneidade podem ser aplicadas juntamente com a multa, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de cinco dias úteis.

A declaração de inidoneidade é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de dez dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após dois anos de sua aplicação.

A advertência deve ser aplicada à Contratada nos casos de inexecução parcial de obrigações de diminuta monta (JUSTEN FILHO, 2010), e pode ser atribuída ao gestor do contrato a competência para aplicá-la, “sempre que for necessário fortalecer o processo educativo”, como ocorre, por exemplo, nas contratações realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁹.

69 MANUAL de gestão de contratos do STJ. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 76.

Assim como a multa de mora (por atraso na execução do objeto), a multa por inexecução parcial ou total do objeto deve ser prevista no edital e no contrato, podendo a respectiva cláusula estabelecer as seguintes condições: multa de 20% (vinte por cento), calculada sobre o valor total do contrato.

Além das sanções previstas na Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02, que instituiu a modalidade licitatória do pregão, prevê o **impedimento de licitar e contratar** com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até cinco anos a quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal (art. 7º).

Nos termos da Súmula nº 51 desta Corte de Contas, essa penalidade tem o mesmo alcance da suspensão prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ou seja, se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

Para a validade da aplicação das penalidades, é indispensável que sejam assegurados ao contratado o direito de ampla defesa e do contraditório, no prazo de cinco dias úteis, e que as penalidades sejam motivadas em processo administrativo (artigos 78 a 80 da Lei nº 8.666/93).

O Decreto Estadual nº 61.751/15 regulamenta os processos administrativos de aplicação de penalidades decorrentes de infrações praticadas em processos licitatórios ou contratos administrativos realizados ou celebrados pelos órgãos da Administração Direta, autárquica e fundacional do Estado de São Paulo, que tramitam em sistema informatizado (e-Sanções).

A partir desse regulamento, é possível delinear o seguinte rito de procedimento administrativo de aplicação de sanções ao contratado, em caráter exemplificativo e suscetível de adaptações à realidade e legislação específica de cada entidade pública contratante:

- a) O gestor do contrato registra os fatos indicativos da prática de infração administrativa nos autos do processo de licitação/contrato;
- b) A autoridade competente, se entender cabível, determina a abertura de processo administrativo com vistas à apuração da prática de infração e designa servidor responsável pela condução do processo;
- c) O servidor responsável analisa a ocorrência relatada, emite e envia intimação ao fornecedor, para ciência da abertura do procedimento, indicando prazo para sua defesa;
- d) O fornecedor deve ser intimado ou notificado pela via postal, com aviso de recebimento e, na impossibilidade desta, por qualquer meio que permita comprovar o recebimento inequívoco da intimação ou notificação;

- e) O prazo para defesa será de 5 dias úteis, quando a sanção proposta for a de suspensão temporária, e 10 dias, quando a sanção proposta for a de declaração de inidoneidade ou de impedimento de licitar e contratar;
- f) Os prazos para oferecimento de defesa, alegações finais e interposição de recurso serão contados a partir da data consignada no aviso de recebimento, excluindo-se o dia do recebimento e incluindo-se o do vencimento;
- g) Decorrido o prazo para apresentação de defesa, o servidor responsável pelo procedimento relata o processado, cotejando a imputação com as razões de defesa (se houver);
- h) Se houver juntada de novos documentos ou se entender necessário, intima o fornecedor para apresentar alegações finais, e examina as alegações apresentadas;
- i) O servidor responsável pelo procedimento deve então opinar, fundamentadamente, pelo seu arquivamento ou pela aplicação da sanção, especificando-a, com observância dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, e encaminhar o processo à decisão da autoridade competente.
- j) A autoridade competente deve decidir, de forma fundamentada, sobre a aplicação da penalidade, após analisar o parecer técnico do servidor responsável;
- k) A autoridade competente deve determinar a publicação da decisão e emitir a notificação para ciência do fornecedor de sua decisão;
- l) A autoridade competente deve examinar pedidos de reconsideração, quando cabíveis, decidindo fundamentadamente a respeito;
- m) O fornecedor poderá interpor recurso no prazo de 5 dias úteis, a contar da notificação do ato decisório;
- n) Quando cabível, a autoridade encaminhará eventual recurso hierárquico próprio do fornecedor à autoridade superior; caso não se retrate em sua decisão;
- o) Em qualquer etapa do procedimento para apurar a prática de infração, se houver dúvida jurídica a ser dirimida, os autos físicos deverão ser encaminhados ao Órgão Jurídico Consultivo competente, para exame e manifestação;
- p) Decorrido o prazo de vigência da sanção, o fornecedor será reabilitado pela autoridade competente;
- q) A reabilitação poderá ser concedida antes do término da vigência por ato devidamente fundamentado da autoridade competente (publicado na imprensa oficial) ou em cumprimento de decisão judicial.

É imprescindível que as regras processuais do procedimento de aplicação de sanções estejam expressamente previstas em ato normativo.

Rescisão do contrato

As hipóteses de rescisão do contrato administrativo estão relacionadas no artigo 78, incisos I a XVIII, da Lei de Licitações. Entre elas, destacamos as causas previstas nos incisos I a VIII, que se referem ao descumprimento de cláusulas, prazos e especificações que compromete o atendimento da necessidade que motivou a contratação:

I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projeto ou prazos;

II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III – a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV – o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V – a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII – o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII – o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei.

Cabe mencionar que os incisos VII e VIII referem-se especificamente à atuação do gestor do contrato. Ele deve registrar por escrito as determinações feitas ao contratado (para correção de problemas na execução do objeto) e não atendidas, bem como as faltas cometidas por esta durante a vigência do contrato. Esta formalidade é necessária para que a ocorrência da hipótese prevista no inciso VII ou VIII possa ser comprovada em processo administrativo para rescisão contratual e/ou penalização do contratado.

A Administração tem o dever de zelar pelo interesse público e, por consequência, tem o dever de rescindir contratos com fornecedores que não atendem a necessidade pública que motivou sua contratação. A simples legalidade do procedimento licitatório e do contrato não justifica a manutenção de pagamentos a um fornecedor

que presta serviço com atraso, não atende os padrões de qualidade pactuados ou entrega obras inacabadas ou defeituosas.

Em casos assim, previstos nos incisos I a XII e XVIII do artigo 78 da Lei de Licitações, o contrato pode ser rescindido unilateralmente mediante autorização escrita e fundamentada da autoridade competente. A garantia contratual pode ser executada para ressarcimento da Administração e dos valores das multas e indenizações a ela devidos; e podem ser retidos os valores devidos à Contratada, decorrentes do contrato, até o limite dos prejuízos causados à Administração, entre outras medidas (artigos 78 a 80 da Lei nº 8.666/93).

A aplicação de penalidades e a rescisão do contrato são importantes para evitar prejuízos aos cofres públicos, garantir um serviço ou obra pública de qualidade e evidenciar a intenção da Administração de zelar pelo cumprimento integral de seus ajustes, o que acaba por coibir a participação de maus fornecedores em futuras licitações daquele órgão.

24. A FISCALIZAÇÃO DO TCESP

Nos termos do art. 113 da Lei de Licitações, a Administração é responsável pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução. Ou seja, a legalidade e regularidade da licitação (inclusive de sua fase interna) e da execução contratual não são presumidas, devem ser comprovadas ao Tribunal de Contas pelo órgão responsável pela contratação.

Daí a importância da formalização tanto da licitação quanto da execução contratual: o processo licitatório deve ser devidamente autuado, contendo todos os documentos obrigatórios, e todas as ocorrências da execução contratual devem ser registradas por escrito, conforme preceitua a Lei de Licitações.

Da perspectiva do planejamento da contratação e do acompanhamento e fiscalização da execução do objeto, é necessário que o referido processo contenha, entre outros, os seguintes documentos:

- justificativa da contratação pretendida;
- indicação do valor estimado, incluindo-se a comprovação documental das pesquisas de preços e as fontes consultadas;
- pareceres técnicos e jurídicos emitidos sobre o edital de licitação, dispensa ou inexistência, e sobre o respectivo contrato;
- justificativas sobre as alterações promovidas por termos aditivos;
- planilhas de quantidades e preços atualizadas, com especificações dos quantitativos acrescidos e suprimidos, bem como dos eventuais novos serviços incluídos por termos aditivos;

- pesquisas de preços documentadas, utilizadas como critério de aceitabilidade da prorrogação contratual ou para inclusão de novos serviços (extracontratuais);
- pareceres técnicos e/ou jurídicos relativos a alterações contratuais;
- no caso de rescisão do contrato, respectiva justificativa e autorização;
- termo de recebimento definitivo, constando, se for o caso, existência ou não de pendências ou correções de qualquer natureza.

As prestações de contas concernentes a contratos e atos jurídicos análogos a este Tribunal têm início com o encaminhamento das informações ao Sistema AUDESP - Fase IV, de acordo com os Comunicados e manuais publicados por esta Corte e disponíveis em sua página eletrônica na internet⁷⁰.

No módulo Ajustes do AUDESP - Fase IV (informações relativas a termos de contrato, notas de empenho ou documento similar), a Administração deve informar, entre diversos outros dados, a quantidade do objeto contratada, por exemplo, o número de postos de vigilância contratados (tendo por unidade de medida “postos de vigilância), e se há servidor designado para a gestão do contrato, sendo necessário, em caso positivo, inserir o CPF e o cargo ocupado pelo mesmo.

No módulo Execuções de Ajustes do AUDESP – Fase IV, deve ser selecionada a situação do ajuste, ou seja, se está em execução, suspenso (paralisado), cumprido integralmente ou se foi rescindido com ou sem aplicação de sanções ou anulado. Em caso de inexecução parcial, é necessário informar o motivo e, em caso de inexecução total, deverá ser informado se houve aplicação de sanções.

Nesse módulo também deve ser inserida a data de entrega do material ou início da execução de serviço ou obra, o regime de execução ou a forma de fornecimento do objeto, se a execução está de acordo com o cronograma, se houve recebimento provisório ou definitivo, a respectiva data e se existe termo circunstanciado assinado pelas partes e vistoria que comprove adequação do objeto aos termos contratuais. É necessário informar o CPF do servidor responsável pelo recebimento, seu nome e cargo.

Sendo o contrato de prestação de serviços, esse módulo também exige, entre outras informações: se houve transferência dos serviços (subcontratação); se o número de empregados da contratada em atividade é aquele estabelecido no edital e contrato; se existe algum tipo de controle com referência ao serviço prestado; os dados da conferência ou medição, como número, data, percentual executado, se

70 Disponíveis em: <http://www4.tce.sp.gov.br/audesp/comunicados> e <http://www4.tce.sp.gov.br/audesp/fase-iv-do-sistema-audesp-manual>. Acesso em 30 jun. 2019.

houve supressão do objeto, número do CPF, nome e cargo do servidor responsável pela conferência ou medição.

No módulo Exigências de Obras do AUDESP - Fase IV, devem ser informados, entre outros elementos: se há relatório de impacto ambiental, se a obra contempla as exigências para garantia do acesso de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, se há alvará de construção, se há Anotação da Responsabilidade Técnica do responsável pela obra e se há licença ambiental (quando exigível).

Os módulos Documento Fiscal e Pagamento do AUDESP - Fase IV exigem informações sobre as notas fiscais emitidas e que sejam selecionados o número do empenho e a medição ou conferência, previamente cadastrados nos módulos anteriores, aos quais cada documento fiscal está vinculado. A inserção de dados de um pagamento, por sua vez, depende de prévio cadastramento da nota fiscal e da medição correspondentes. Para cada pagamento inserido, é necessário informar se foram efetuados os recolhimentos dos encargos previdenciários.

No módulo Termos Aditivos do AUDESP - Fase IV, é necessário informar se houve justificativa para assinatura do termo, e em caso positivo descrever a justificativa apresentada, se há exigência de garantia e se existe autorização para a assinatura do termo aditivo.

Após a inserção das informações no AUDESP - Fase IV pelos órgãos e entidades contratantes, sistema informatizado aplica regras sobre os dados informados, com base em critérios objetivos previamente definidos, e seleciona os contratos ou atos jurídicos análogos a serem encaminhados a este Tribunal, os quais serão analisados e terão sua execução acompanhada. Os processos versando sobre os contratos ou atos selecionados são autuados no Sistema e-TCESP e tramitam exclusivamente por meio eletrônico.

Os documentos relativos a contratos ou atos jurídicos análogos selecionados e os relativos a termos aditivos, modificativos ou complementares, distratos ou rescisões, decorrentes daqueles ajustes selecionados, devem ser encaminhados pela Administração a esta Corte nos moldes das Instruções vigentes.

Conclui-se, portanto, que as informações exigidas pelos módulos da Fase IV do AUDESP e a documentação exigida pelas Instruções desta Corte terão sempre como parâmetro as exigências legais e a importância dos aspectos de eficiência e efetividade abordados neste manual, em especial dos procedimentos de gestão das contratações públicas necessários ao fiel cumprimento das cláusulas pactuadas e ao efetivo atendimento do interesse público almejado.

25. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO 31000: Gestão de riscos - Diretrizes**. Rio de Janeiro. 2018.
- BOTTESI, Claudine Corrêa Leite. **Lei Complementar nº 147/14: o fortalecimento do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte nas compras públicas**, 2015. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/lei-complementar-14714>. Acesso em: 12 jun. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **O Que é CNDT**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/o-que-e-cndt>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BRASIL. Governo do Brasil. **Saiba como funciona o sistema de educação infantil no País**, 2012 (última modificação em 23 dez. 2017). Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/educacao-e-ciencia/2012/04/creche>. Acesso em: 24 jun. 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014. 1285 p.
- CASTRO JUNIOR, Sérgio de; ROSSI, Sérgio Ciqueira. **Regime diferenciado de contratações públicas (RDC): regras não mais exclusivas para licitações e contratos relacionados à Copa do Mundo e Jogos Olímpicos**, 2013. Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/downloads/20130712_-_artigo_regimediferenciadocontratacao.pdf. Acesso em 24 jun. 2019.
- FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 944 p.
- IDANKAS, Rodney; AKAO, Cecília Yukari. **Metodologias para contratação de desenvolvimento, manutenção, correção e melhoria de software na Administração Pública**, 2015. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/metodologias-para-contratacao-desenvolvimento-manutencao-correcao-e-melhoria-software>. Acesso em: 28 jun. 2019.
- INTOSAI. **ISSAI 300: Princípios Fundamentais de Auditoria Operacional**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2017. 16 p.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. 991 p.
- MANUAL de gestão de contratos do STJ. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 232 p.
- MANUAL de fiscalização: orientação para a adequada gestão dos contratos, 2004. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/diretoria_geral/Gestao_Contratos. Acesso em: 31 ago. 2016.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001. 782 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999. 448 p.
- MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006. 383 p.
- PIOVESAN, Eduardo. Plenário aprova texto-base com regras para licitações na Copa e nas Olimpíadas. **Jornal da Câmara**, Brasília, 16 jun. 2011. p. 3.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte**. Curitiba: Juruá, 2011. 174 p.
- SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Temas de Patrimônio Público: fraudes em licitações e contratos**. v. 1. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.html. Acesso em: mai. 2019.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Provimento CSM nº 2.138, de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Caderno Administrativo, São Paulo, SP, 18 dez. 2013. Edição 1563, p. 12-27.
- SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo; RAMOS, Rosemeire da Silva Cardoso. Controvérsias do sistema de registro de preços, 2011. Disponível em: <https://www4.tce.sp.gov.br/controversias-do-sistema-de-registro-de-precos>. Acesso em 25 jun. 2019.

<i>formato</i>	16 x 23 cm
<i>tipologia</i>	Myriad Pro, Lucida Sans e Utopia
<i>papel miolo</i>	Offset 90 g/m ²
<i>capa</i>	Cartão Triplex 250 g/m ²
<i>número de páginas</i>	120
<i>editoração, impressão e acabamento</i>	Imprensa Oficial do Estado S/A - IMESP

www.tce.sp.gov.br

A versão eletrônica deste Manual de
Orientação está na página do TCESP

Redes Sociais



facebook.com/tcesp



youtube.com/tcespoficial



flickr.com/tcesp



twitter.com/tcesp



instagram.com/tcesp



linkedin.com/company/tcespoficial