

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



TCE-SP
Tribunal de Contas
do Estado de São Paulo

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



TCE-SP
Tribunal de Contas
do Estado de São Paulo



Exercício 2022

Conselheiros

Dimas Ramalho (Presidente)
Sidney Estanislau Beraldo (Vice-Presidente)
Renato Martins Costa (Corregedor)
Antonio Roque Citadini
Edgard Camargo Rodrigues
Robson Marinho
Cristiana De Castro Moraes

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 Matuck Feres
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 Manfio
Jéssica Helena Rocha Vieira Couto

Auditores

Samy Wurman – Coordenador
Alexandre Manir Figueiredo Sarquis
Antonio Carlos dos Santos
Josué Romero
Márcio Martins de Camargo
Sílvia Monteiro
Valdenir Antonio Polizeli

Supervisão

Sérgio Ciquera Rossi
Secretário-Diretor Geral

Coordenação

Paulo Massaru Uesugi Sugiura
Diretor Técnico de Departamento – DSF-I
Alexandre Teixeira Carsola
Diretor Técnico de Departamento – DSF-II

Elaboração

Dyllan Leandro Christofaro
Maira Coutinho Ferreira Giroto

Atualização (2019)

Maira Coutinho Ferreira Giroto

Atualização

Maria das Graças Bigal Barboza da Silva
Robson Luís Correia

Colaboração

Antônio José Viveiros
José Márcio Ferreira
Escola Paulista de Contas Públicas
“Presidente Washington Luís” – EPCP
Coordenadoria de Comunicação Social – CCS

Apresentação

“O que distingue os Tribunais de Contas do Poder Judiciário? Não é sua estrutura ou a forma de composição de seus membros [...], mas é a sua capacidade de atuação preventiva. E, em uma época em que falamos tanto de eficiência e eficácia, isso é tudo.”

Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Que fatores contribuem para a ocorrência de erros e ilegalidades na gestão pública? Quais deles podem ser evitados e de que forma? Levantar indagações desse tipo e refletir sobre possíveis soluções também é parte do trabalho de um Tribunal de Contas, que tem a atuação preventiva como um de seus pilares.

Nesse sentido, uma das frentes mais eficientes é composta pelas ações educativas, que conseguem se antecipar a ponto de eliminar irregularidades antes mesmo de sua origem.

Cursos e materiais que permitam a capacitação de gestores e de suas equipes acabam por trazer um duplo retorno à sociedade. Primeiro, de forma imediata, espera-se a redução dos equívocos técnicos na execução orçamentária ou na formulação de um edital de licitação, por exemplo. Segundo, em um efeito indireto, mas não menos importante, órgãos de controle e cidadãos ganham ainda mais legitimidade para cobrar retidão e excelência de agentes políticos e servidores.

Com o objetivo de fortalecer seu caráter pedagógico, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo vai ao encontro do jurisdicionado. Em 2022, completamos 26 anos de Ciclo de Debates com Agentes Políticos e Dirigentes Municipais percorrendo o Estado para instruir pessoalmente mais de 8.000 representantes dos 644 municípios de nossa jurisdição. Também viajamos ao interior para uma série de cinco seminários, no segundo semestre, sobre a Nova Lei de Licitações, para cumprir nosso dever legal de capacitar na área de contratações públicas.

Sob essa perspectiva, decidimos atualizar este e outros manuais editados pelo TCESP à luz das alterações legislativas, da jurisprudência atualizada e das recentes instruções do Tribunal. Espero que gestores e ordenadores de despesas tenham a oportunidade de acessar e dedicar o merecido tempo a este material, que só assim cumprirá sua finalidade.

São Paulo, janeiro de 2023.

Dimas Ramalho
Presidente

Sumário

PARTE I. Principais aspectos da fase preparatória, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e pontos reflexos na Lei nº 14.133/2021.	9
1. INTRODUÇÃO.	9
2. A publicidade do edital e a Lei de Acesso à Informação.	21
2.1. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL OU APRESENTAÇÃO DE RECURSOS POR MEIO FÍSICO, dentre as várias decisões destacamos:.....	22
2.2. IMPOSIÇÃO DE CADASTRAMENTO PARA TER ACESSO AO EDITAL, dentre as diversas decisões destacamos:.....	23
3. Objeto da licitação.	26
3.1 – Principais Jurisprudências do TCESP.	30
4. Composição do objeto.	44
4.1. A compra para armazenamento em almoxarifado e a impropriedade do julgamento das propostas pelo menor preço por lote.	46
5. Modalidades Licitatórias e Critérios de Julgamento.	47
5.1. Modalidades Licitatórias.	47
5.2. Critérios de Julgamento.	47
6. Sistema de Registro de Preços.	48
6.1. Súmulas atinentes ao Sistema de Registro de Preços – SRP. ...	50
6.1.1. Decisões sobre o SRP.	50
6.2. Alteração de preços registrados.	52
6.3. O “carona”.	53
6.4. O SRP na Lei Federal nº 14.133/2021.....	57
7. Os efeitos das sanções de declaração de idoneidade para contratar e de suspensão de participação em licitações e impedimento de contratar com a administração.	59
8. Limitações de participação às empresas em recuperação judicial.	59
9. Participação de cooperativas.	61
10. Habilitação.	66
10.1. Habilitação jurídica.	68
10.2. Regularidade fiscal e trabalhista.	71
10.3. Qualificação técnica.	76
10.4. Qualificação econômico-financeira.	84
11. Participação de empresas em consórcio.	92
12. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.	101

13. Análise e julgamento das propostas.	106
13.1. Possibilidade de exigência de amostras.	113
13.1.1. Dever de estabelecer, no edital, os critérios objetivos de análise das amostras.	114
13.1.2. Dever de ser concedido prazo razoável para apresentação das amostras.	115
14. Contratação direta.	119
14.1. Pontos de destaque nas contratações por dispensa de licitação na NLLC.	124
14.2. Pontos de destaque nas contratações por inexigibilidade de licitação na NLLC.	125
14.3. Credenciamento como hipótese de Inexigibilidade.	125
14.4. Outros cuidados necessários.	127
15. Tipos de licitação.	129
15.1. Destaques sobre os “critérios de julgamentos” na NLLC.	130
15.1.1. Julgamento por menor preço ou maior desconto. (art. 34).	130
15.1.2. Julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico. (art. 35)	130
15.1.3. Julgamento por técnica e preço ou por melhor técnica. (art. 36 a 38).	131
15.1.4. Julgamento pelo maior retorno econômico. (art. 39)	132
16. Regime Diferenciado de Contratações Públicas.	132
17. O processo de Exame Prévio de Edital.	135
17.1. Desdobramentos do Exame Prévio de Edital.	138
17.2. O Instituto da Preclusão.	139
17.3. Recursos.	141
18. Os Tribunais de Contas na NLLC.	141
PARTE II – A Gestão dos Contratos Administrativos.	145
19. Introdução.	145
19.1. As figuras do Fiscal e do Gestor de contratos.	148
19.2. Possibilidade de recusa da atribuição.	152
19.3. Capacitação do gestor do contrato.	155
20. Planejamento da contratação.	157
20.1. Análise de Riscos.	160
21. Aspectos importantes do edital e contrato.	165
21.1. Elaboração da minuta do contrato.	165
21.2. O reajuste e a revisão do valor do contrato.	170
21.3. Garantia contratual e garantia técnica.	174
21.4. Recebimento do objeto.	176
21.5. Fiscalização do cumprimento de obrigações acessórias.	179
21.5.1. Responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários.	

.....	183
21.6. Cláusulas referentes ao gestor e à fiscalização.....	184
21.7. Possibilidade de subcontratação	187
22. Responsabilização do gestor do contrato.	189
23. Acompanhamento e fiscalização da execução contratual.	191
23.1. Atribuições legais do gestor do contrato.....	191
23.2. Atuação do gestor do contrato.....	191
23.3. Fiscalização de fornecimento de bens.....	195
23.4. Fiscalização de obras e serviços de engenharia.	196
23.5. Fiscalização de prestação de serviços.	198
23.6. Penalidades aplicáveis ao contratado.....	201
23.7. Rescisão do contrato.....	209
24. A FISCALIZAÇÃO DO TCESP.	212
24.1. Destaques das Instruções nº 01/2020.	215
25. LEGISLAÇÃO E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	218

PARTE I. Principais aspectos da fase preparatória, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e pontos reflexos na Lei nº 14.133/21.

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 sob a égide das Leis vigentes, nas respectivas datas, bem como trazer temas voltados à Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos, publicada em 01 de abril de 2021 e doravante chamada de NLLC.

Nosso primeiro objetivo é apresentar orientações que contribuam para a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares, Termos de Referência, Projetos Básicos e demais documentos que integram a fase interna dos certames, os editais, avisos ou instrumentos de contratação direta para que garantam a necessária competitividade e a ampla participação de interessados, fazendo com que a licitação cumpra seu papel de conduzir ao alcance da proposta mais vantajosa¹ e do atendimento ao interesse público sob as Leis de regência.

A Lei nº 14.133/2021 requer atenção e dedicação dos Poderes Executivos Estaduais, Municipais e da Administração Direta, Fundações e Autarquias e Fundos para promoverem as ações requeridas à operacionalização integral da NLLC.

Esta Lei consiste em uma nova norma geral de licitações e contratações públicas², editada pela União dentro da competência prevista no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, em substituição às Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011, vigente a partir dessa data, porém com dois anos para a transição³.

Nos termos da NLLC⁴, subsidiariamente se aplica nos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, nas concessões e permissão de serviços públicos (Lei nº 8.987/1995), nas PPPs (Lei nº 11.079/2004), nos serviços de publicidade com agências de propaganda (Lei nº 12.232/2010) e nos contratos relativos a imóvel do Patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações.

Durante aquele período (01/04/2021 a 31/03/2023) a Administração

¹ Segundo a NLLC (artigo 11. I,) passou a ser a “seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso”.

² Conforme preceituado no artigo 1º da Lei Federal nº 14.133/2021.

³ Consoante estabelecido nos artigos 191 e 193, II, ambos da Lei Federal nº 14.133/2021.

⁴ Consoante estabelecido, respectivamente, em seus artigos 184, 186 e 192.

poderá optar por licitar ou contratar com base na NLLC ou de acordo com as três leis citadas⁵, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital, aviso ou instrumento de contratação direta, sendo vedado combiná-las⁶.

Neste ponto é pertinente citar o Comunicado SDG nº 031/2021, de 16/06/2021, que **RECOMENDA**:

[...] que independente da possibilidade conferida de utilização simultânea das Leis nº 8.666 de 1993 e nº 14.133, de 2021, vedadas a combinação de preceitos de uma e de outra, os Poderes e órgãos das esferas do Estado e dos Municípios avaliem a conveniência e oportunidade sobre a imediata adoção das regras da Lei 14.133 de 2021.

Tal avaliação torna-se imperiosa ante o grande número de dispositivos dependentes de regulamentação que poderão definir interpretações de variada ordem.

Muito embora haja determinação legal expressa, e que tenha sido objeto do Comunicado acima mencionado, deparamo-nos com situações de combinação indevida das Leis, conforme verificado na análise dos processos TC-012253.989.21-4 e TC-024259.989.21-8 em que a Egrégia Corte de Contas do Estado de São Paulo assim decidiu:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. ADOÇÃO CONJUGADA DAS LEIS 8.666/93, 10.520/02 E 14.133/21. OMISSÃO DO NÚMERO DE USUÁRIOS QUE DEVERÃO RECEBER TREINAMENTO PARA OPERAÇÃO DO SISTEMA DE INFORMÁTICA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA PARA SUBCONTRATAÇÃO DE DATA CENTER. INSUFICIÊNCIA DE DISPOSIÇÕES RELATIVAS À PROVA DE CONCEITO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE ACEITAÇÃO DE ATESTADO EMITIDO POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RETIFICAÇÕES DETERMINADAS.

1. O artigo 191 da Lei nº 14.133/21 veda aplicação combinada deste novo diploma legislativo com a legislação por ele revogada.

[...]

(TC-012253.989.21-4, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data da Publicação: DOE – 16/07/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE. APLICAÇÃO COMBINADA DAS LEIS 8.666/93 E 14.133/21.

⁵ Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011.

⁶ Artigo 191 da NLLC.

ILEGALIDADE. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DOS PROJETOS. NECESSIDADE DE DETALHAMENTO. PROCEDENTE. (TC-024259.989.21-8, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data da Publicação: DOE – 31/03/2022)

A vigência imediata da Lei, permitindo esse período de transição, deve ser entendida como um recado aos referidos poderes e aos órgãos e entidades públicas de que a implantação da Lei é gradativa, devendo, assim, ser amparada técnica e juridicamente a cada caso concreto.

Diante de inúmeras questões que surgiram com a **vigência imediata** da Lei e o **período de transição** concedido, podem-lhe ser atribuídos, primordialmente, os objetivos de:

1. Garantir o tempo necessário para que os Poderes Executivos Federal, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios promovam ou customizem suas regulamentações e desenvolvam adaptações nos sistemas requeridos, haja vista as regras, por exemplo, dos seus **artigos 19 e 174**⁷.
2. Garantir o tempo adequado para que os órgãos e as entidades públicas estruturem seus recursos humanos e procedimentos de controle das contratações, a exemplo do que preveem os **artigos 7º, 8º e 169**⁸, e desenvolvam seus respectivos regulamentos internos.

Vislumbra-se, portanto, a necessidade de importantes ações em adaptações de procedimentos e práticas de gestão para viabilizar a adoção da NLLC.

Em resumo, observando-se essas providências primárias durante esse período, será possível optar pela aplicação da Lei nº 14.133/2021; ou da Lei nº 8.666/1993; ou da Lei nº 10.520/2002 (com a condição em seu artigo 9º); ou da Lei nº 12.462/2011, observando-se o disposto no § 2º de seu artigo 1º.

Todos os atos da fase interna ou preparatória, da fase externa ou de divulgação do edital, das fases de julgamento e habilitação, da fase recursal, da fase de homologação e da fase de execução contratual, até a conclusão final da avença, deverão ser praticados integralmente de

⁷ O artigo 19 prevê medidas que devem ser tomadas pelos órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos, enquanto o artigo 174 dispõe sobre o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

⁸ Artigo 7º (Agentes Públicos), Artigo 8º (Agente e Comissão de Contratação) e Artigo 169 (Controle das Contratações).

acordo com o preceituado na norma indicada no edital, aviso ou instrumento de contratação direta. Em caso de utilização da Lei nº 8.666/1993, deve-se observar que a Lei nº 14.133/2021 revogou os artigos 89 a 108 daquela, aplicando-se de imediato o disposto no Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), artigos 337-E/P, conforme Capítulo II (das alterações legislativas), artigo 178 da referida Lei.

Em breve resumo, a operacionalização da Lei depende, conforme cada caso concreto, entre outras providências, da adequação de recursos humanos e tecnológicos, sistemas estruturantes e rotinas internas de modo que:

1. Seja implementada a gestão por competências e viabilizada a designação de agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da nova Lei (gestão e fiscalização de contratos, assessoramento jurídico, controle interno, entre outras) que preencham os requisitos elencados em seu **artigo 7º**;
2. As licitações sejam conduzidas por agente de contratação, designado entre servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente da Administração, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação e em casos específicos por meio de comissão de contratação, nos termos definidos no **artigo 8º**;
3. As licitações sejam realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica e, no caso de utilização motivada da forma presencial, a sessão pública seja registrada em ata e gravada em áudio e vídeo⁹;
4. Sejam cumpridas as regras de divulgação em sítio eletrônico oficial dos atos exigidos pela nova Lei, que é o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)¹⁰, assim como, em caráter complementar (artigo 175), o sítio eletrônico oficial do ente federativo¹¹.

Não menos importante, o Controle Interno do órgão e das entidades públicas deve estar customizado com as regras do **artigo 169¹², inciso**

⁹ Artigo 17, § 2º. Ressalvado o disposto no artigo 176, II, ambos da Lei Federal nº 14.133/2021, aplicável para municípios de até 20.000 habitantes pelo prazo de seis anos.

¹⁰ Delineado no artigo 174 da Lei Federal nº 14.133/2021.

¹¹ Definido no artigo 6º, LII, da Lei Federal nº 14.133/2021.

¹² Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa; II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; § 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o **caput** deste artigo será de

II e § 1º.

A eficácia dos contratos e respectivos aditamentos firmados no regime da NLLC tem como condição indispensável a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)¹³, sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela nova Lei¹⁴.

O Portal Nacional de Contratações Públicas já foi implantado pelo Governo Federal, inclusive com a regulamentação do Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, exigido pelo § 1º do artigo 174 da nova Lei, o que ocorreu por meio do Decreto Federal nº 10.764/2021.

O PNCP é um portal de consultas e uma base de dados; por isso, deverá elevar o nível de maturidade no quesito compras de governo. É uma estratégia integrada que exige ação compartilhada dos entes e órgãos e entidades públicas em um esforço colaborativo. Constitui-se em um organismo vivo, em construção, em evolução constante, a ser acompanhado pelos órgãos regulamentadores dos estados e municípios.

Importante frisar que sua alimentação é feita a partir de sistemas diretamente para o Portal, a exemplo da BEC do Estado de São Paulo, compras.gov.br ou de sistemas próprios ou contratados integrados que enviarão seus dados e arquivos diretamente para o PNCP.

Ressalva se faz somente quanto aos municípios com até vinte mil habitantes, que terão o prazo de seis anos, contados de 1º de abril de 2021, para cumprimento das quatro adequações elencadas anteriormente. Esses entes estão expressamente autorizados a substituir a divulgação no PNCP pela publicação em diário oficial das informações que a Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, disponibilizando as versões físicas dos documentos em suas repartições. No entanto, devem observar todos os critérios, diretrizes e exigências da NLLC que não estejam expressamente mencionados em seu artigo 176¹⁵.

responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

¹³ Segundo o teor do artigo 94 da Lei Federal nº 14.133/2021.

¹⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/pncp>.

¹⁵ Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento: I – dos requisitos estabelecidos no [art. 7º](#) e no [caput do art. 8º desta Lei](#); II – da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o [§ 2º do art. 17 desta Lei](#); III – das regras relativas à

O caminho para a implantação da Lei nº 14.133/2021, portanto, exige esforços e medidas concretas por parte de todos os envolvidos.

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.

A NLLC trouxe as boas práticas da RDC, agregou a Lei do Pregão e outras novidades, que em breve síntese destacamos, sem prejuízo de outras:

- Obras de Grande vulto, acima de 200 milhões, obrigada a alocação de riscos¹⁶ e Programa de Integridade de Contratada¹⁷; a única modalidade de garantia contratual permitida é o seguro garantia, que pode atingir o patamar de até 30% do valor do contrato inicial, com cláusula de retomada pela seguradora (*performance-bond*)¹⁸;
- Modalidades de Licitação¹⁹ (pregão, concorrência, concurso, leilão só por lance, e diálogo competitivo – modalidade essa que permite um processo de construção transparente com o mercado em contratações complexas). Prevê o ajuste do projeto no transcurso. Em resumo, empresas são habilitadas, discutem a solução, a administração consolida uma ou mais soluções, estes licitantes que contribuíram, enviam proposta comercial em certame²⁰;
- Concorrência (por menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico e maior desconto);
- Procedimentos Auxiliares²¹ (credenciamento para serviços e fornecimentos, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral)²². Ressaltando que esses procedimentos auxiliares pendem de regulamentação que deverá definir os critérios claros e objetivos que deverão ser observados na sua utilização

divulgação em sítio eletrônico oficial. Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o **caput** deste artigo deverão: I – publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato; II – disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

¹⁶ Artigo 22, § 3º, da Lei Federal nº 14.133/2021.

¹⁷ Artigo 25, § 4º, da Lei Federal nº 14.133/2021.

¹⁸ Artigos 99 e 102 da Lei Federal nº 14.133/2021.

¹⁹ Artigos 28 a 32 da Lei Federal nº 14.133/2021.

²⁰ Modalidade delineada no artigo 32 da Lei Federal nº 14.133/2021.

²¹ Artigo 78 da Lei Federal nº 14.133/2021.

²² Tratados nos artigos 79 a 88 da Lei Federal nº 14.133/2021.

prática, consoante art. 78, § 1º, da NLLC;

- Fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto (obras e/ou fornecimento), a contratada responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado;
- Gestão por competência, segregação de funções no programa de governança;
- SRP: contratação direta, pregão ou concorrência, para serviços, obras, aquisição e locação de bens;
- Registro cadastral com sistema de reputação; Sistema de Registro Cadastral Unificado/ deverá estar no PNCP;
- Contrato de eficiência: economia para Administração na forma de redução de despesas correntes, remunerando a contratada com base em % da economia gerada;
- Garantia de proposta pode ser a primeira exigência a ser verificada, como requisito de pré-habilitação (quando prevista);
- Permite a previsão de remuneração variável²³;
- Catálogo Eletrônico de Padronização de Compras, Serviços e Obras – sistema informatizado de gerenciamento centralizado e com indicação de preços, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela Administração Pública e que estarão disponíveis para licitação;
- Itens de consumo, com definição do que é artigo de luxo, a ser regulamentado até seis meses da vigência da Lei;
- Matriz de Risco;
- Margem de Preferência, definições e competências;
- Publicidade;
- Contratação integrada: anteprojeto de engenharia; orçamentos simplificados;
- Estudo Técnico Preliminar – ETP²⁴;
- Contratação semi-integrada. Projeto Básico da Administração pode ser melhorado / alterado / modernizado pelos licitantes. Orçamentos simplificados;
- Conceitos do Sobrepreço e do Superfaturamento²⁵;
- Conceito de Padronização e sua gradação como princípio;
- Sigilo do orçamento²⁶ – é opção;
- Exigência de programa de integridade – grande vulto, desempate²⁷, dosimetria de sanções²⁸;

²³ Artigo 144 da Lei Federal nº 14.133/2021.

²⁴ Delineado no artigo 18, § 1º, da Lei Federal nº 14.133/2021.

²⁵ Artigo 6º, LVI e LVII, da Lei Federal nº 14.133/2021, respectivamente.

²⁶ Artigo 24 da Lei Federal nº 14.133/2021.

²⁷ Artigo 60, IV, da Lei Federal nº 14.133/2021.

²⁸ Artigo 156, § 1º, V, da Lei Federal nº 14.133/2021.

- Permite expressamente negociação entre as partes²⁹;
- Amplia a vigência dos contratos³⁰;
- Permite definir marcas, solicitar amostras e certificação de qualidade;
- Portal Nacional de Compras Públicas – PNCP e Sítio Eletrônico Oficial.

No transcorrer da revisão desse manual, publicado inicialmente em 2019, e ora atualizado, projetaremos dentro dos temas informações da NLLC, sem, no entanto, esgotar o assunto, que carece de capacitações continuadas.

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.

Sendo que esse procedimento de correções durante a execução da avença deve retroalimentar o processo de contratação de forma em que ocorra uma melhoria continuada das contratações públicas.

Os 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 as jurisprudências mais recentes 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

²⁹ Artigo 61 da Lei Federal nº 14.133/2021.

³⁰ Artigos 105 a 114 da Lei Federal nº 14.133/2021.

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).

A NLLC veio trazer um olhar mais consequencialista para as contratações públicas ao definir em seu artigo 11, I, que um dos objetivos do processo licitatório é “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o **resultado de contratação mais vantajoso** para a Administração pública, **inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto**”.

Segundo a literatura especializada:

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 nº 8.666/1993 (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, bem como 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.

Na leitura e estudo da NLLC vemos que houve um incremento da carga principiológica, vez que passaram a ser 22 os princípios e estão elencados em seu artigo 5º, sendo eles: 1. Legalidade; 2. Impessoalidade; 3. Moralidade; 4. Publicidade; 5. Eficiência; 6. Interesse Público; 7. Probidade Administrativa; 8. Igualdade; 9. Planejamento; 10. Transparência; 11. Eficácia; 12. Segregação de Funções; 13. Motivação; 14. Vinculação ao Edital; 15. Julgamento objetivo; 16. Segurança jurídica; 17. Razoabilidade; 18. Competitividade; 19. Proporcionalidade; 20. Celeridade; 21. Economicidade e 22. Desenvolvimento Nacional Sustentável. Além desses objetivos deverão ser observadas as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB³¹.

³¹ Decreto-Lei nº 4.657, de 4/9/1942.

Afora aqueles 22 elencados explicitamente no supracitado artigo a NLLC trouxe previsão de outros que estão mencionados de forma esparsa no texto, como os da padronização e do parcelamento³², bem como da anualidade³³.

O destaque dentre aqueles listados no artigo 5º da NLLC fica para o de Planejamento, agora alçado a princípio, que serve como norteador de todas as ações da Administração Pública. Nesse sentido caminhou a própria NLLC ao mencionar, em seu artigo 18, que a “fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo **planejamento**”.

Além dos princípios da eficiência e da eficácia, a NLLC prestigia a necessidade de se atender ao princípio da efetividade na contratação, o qual significa a junção da eficiência e da eficácia e diz respeito à capacidade de atingir os objetivos pretendidos da melhor forma e de fazer da forma correta com o menor uso de recursos e tempo disponível e atingir os objetivos e os resultados estabelecidos.

Quanto ao princípio da publicidade convém salientar que a NLLC consolidou a necessidade de seu pleno atendimento, consoante fixado em seu artigo 13, ressaltando as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da Lei.

Todavia, o parágrafo único do mesmo artigo diferiu para o momento oportuno a publicidade quanto: **I** – ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura, ratificando o Princípio do sigilo na apresentação das propostas mencionado no quadro retro e **II** – ao orçamento da Administração, nos termos do artigo 24 da mesma Lei.

Daquele artigo 24 da NLLC depreende-se que o orçamento estimado para contratação somente poderá ser sigiloso mediante justificativa e não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo. Porém, deverá haver divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Sendo, ainda, que no caso de licitação que tenha como critério de julgamento o maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável deverá constar do edital da licitação.

Ao fim temos que 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 709/1993.

³² Ambos nos artigos 40 e 47 da Lei Federal nº 14.133/2021.

³³ Artigo 135, § 1º da Lei Federal nº 14.133/2021.

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 8.666/1993 e pelo inciso III do artigo 3º da Lei nº 10.520/2002, 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, os quais se encontram tratados na segunda parte deste manual, dedicada à gestão contratual.

O tema na NLLC está delineado no artigo 18, sendo que o inciso I de pronto estabelece a obrigatoriedade da “*descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido*”.

O mesmo artigo 18 em seu § 1º estabelece o objetivo do estudo técnico preliminar como sendo o de evidenciar o **problema a ser resolvido e a sua melhor solução**, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação.

Aquele mesmo parágrafo traz em seus incisos I ao XIII os elementos que devem constar do estudo técnico preliminar, sendo que o § 2º do artigo estabelece como obrigatório conter ao menos aqueles elementos constantes nos incisos:

- I – descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;
- IV – estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;
- VI – estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;
- VIII – justificativas para o parcelamento ou não da contratação;
- XIII – posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

Segundo o teor do artigo 40 da NLLC, quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa.

No tocante à conceituação é importante destacar que, segundo o

inciso XX do artigo 6º da NLLC, o estudo técnico preliminar é o:

[...] documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

O Termo de referência ou o Projeto Básico são, portanto, documentos originados do estudo técnico preliminar e que demandam tempo com pesquisas de dados para suas composições. Devem ser iniciados com antecedência suficiente, dentro do conceito de baixa, média ou alta complexidade, fazendo com que os procedimentos adequados sejam cumpridos.

É preciso calcular com antecedência, os períodos necessários à elaboração do edital, análise jurídica e os prazos licitatórios, incluídos prazos de eventuais recursos no decorrer do certame, notadamente a objetiva e clara descrição do que se pretende bem como as qualificações, com foco na legalidade, com vistas à mitigação de impugnações que possam comprometer o planejamento da contratação e os prazos requeridos para a obtenção do serviço ou do bem.

Neste sentido é recomendável que os responsáveis pela elaboração desse documento pesquisem decisões deste Tribunal de Contas sobre a matéria, muitas das quais são objeto de repetidas impugnações pelas mesmas motivações.

Em resumo, a fase preparatória da contratação tem início no(s) estudo(s) técnico(s) preliminar(es) que originam o Termo de Referência para as aquisições e serviços comuns e o Projeto Básico para as contratações de obras e serviços de engenharia.

Explicamos:

A Lei nº 10.520/2002, regulamentada pelo Decreto nº 3.555/2000, definiu e formalizou o documento “Termo de Referência” para compor os editais na modalidade pregão, ainda que a Lei Federal nº 8.666/1993 exija o Projeto Básico.

O inciso IX do artigo 6º da Lei Federal nº 8.666/1993, trata de exigências muito complexas que não seriam atendidas quando utilizado para contratar bens e serviços comuns. No entanto, foi aplicado no que coube, até a edição do Decreto referido.

Dispõe o supracitado Decreto em seu artigo 8º, II:

O termo de referência é o documento que deverá conter 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.

Segundo a letra “b” do artigo 8º do Decreto nº 3.555/2000, a justificativa da contratação é peça inicial de instrução do processo e não faz parte do Termo de Referência.

Ao final importante lembrar que nos incisos XXIII a XXVI do artigo 6º da NLLC temos a definição de termo de referência, anteprojeto, projeto básico e projeto executivo, à luz daquela Lei.

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 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 Informação³⁴, que já conta com mais de dez 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 custodiadas³⁵.

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,

³⁴ Lei Federal nº 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011.

³⁵ 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).

sendo obrigatória a divulgação em páginas oficiais da internet³⁶.

Acerca da matéria, citamos a seguinte decisão desta Corte³⁷:

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. (TC-005561.989.16-1, Relator: Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 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 nº 8.666/1993, aquele com tiragem mínima diária de pelo menos vinte mil exemplares³⁸.

Além daquelas decisões mencionadas acima, que servem para ilustrar manifestações históricas desta E. Corte de Contas, destacamos que a jurisprudência tem evoluído para se exigir ainda mais publicidade e transparência na condução dos processos de contratações públicas, tendo rejeitado exigências tais como:

2.1. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL OU APRESENTAÇÃO DE RECURSOS POR MEIO FÍSICO, dentre as várias decisões³⁹ destacamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. CESSÃO DE DIREITO DE USO DE SOFTWARE. FALTA DE INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À ADEQUADA FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA SOBRE CONDIÇÕES DE PAGAMENTOS E ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA NOS CASOS EM QUE A ADMINISTRAÇÃO NÃO EFETUE OS PAGAMENTOS NO PRAZO ESTABELECIDO. CLÁUSULA OBRIGATÓRIA NO INSTRUMENTO CONTRATUAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

³⁶ Exceção feita aos municípios com população de até 10.000 habitantes, nos termos do artigo 8º, § 4º, da Lei de Acesso à Informação.

³⁷ Com precedente na decisão do processo TC-008334.989.15-9.

³⁸ Por exemplo, a decisão proferida em 06/03/2018 no processo TC-003472.989.15-1.

³⁹ TC-004953.989.21-7, TC-017097.989.21-4, TC-018494.989.21-3, TC-014683.989.21-4, entre outros.

[...]

2. É incompatível com a Lei de Acesso à Informação a obrigatoriedade de eventual apresentação de pedido de esclarecimento e impugnação, ou interposição de recursos administrativos, por meio de protocolo físico, devendo a Administração ampliar os meios de protocolo de documentos, admitindo, para tanto, o uso de meios eletrônicos ou digitais.

[...]

(TC-017097.989.21-4, Relatora: Dr.^a Sílvia Monteiro. Data da Publicação: DOE – 14/10/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. LICITAÇÃO DO TIPO TÉCNICA E PREÇO. SERVIÇOS DE PUBLICIDADE, PROPAGANDA E MARKETING. PREVISÃO DE CLÁUSULA DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DAS PARCELAS ADIMPLIDAS COM ATRASO. RESGUARDO À INVOLABILIDADE DO SIGILO DAS PROPOSTAS. EXIGÊNCIA DE PROVA DE CERTIFICAÇÃO TÉCNICA COMO CONDIÇÃO À ASSINATURA DO AJUSTE. ENTREGA DE DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO COM A OPORTUNA DISPONIBILIZAÇÃO DOS COMPROVANTES. CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DESCLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS QUE NÃO ATINJAM NOTA MÍNIMA. LIMITAÇÃO DO ACESSO À FASE DE ABERTURA DOS ENVELOPES COMERCIAIS. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O TIPO LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA DE PROTOCOLIZAÇÃO FÍSICA DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO, IMPUGNAÇÕES E RECURSOS. DESCOMPASSO COM OS PRECEITOS DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO. PRECÁRIA PUBLICIDADE DO ATO DE DESIGNAÇÃO E QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL DOS MEMBROS DA SUBCOMISSÃO TÉCNICA. RETIFICAÇÕES DETERMINADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO.

[...]

2. À luz do artigo 8º, § 2º, da Lei Federal nº 12.527/11 e no contexto de franca difusão tecnológica, o edital deverá contemplar meios eletrônicos de comunicação, que dispensem o comparecimento pessoal dos interessados para oferta de pedidos de esclarecimento, impugnações e recursos em âmbito administrativo. (TC-018494.989.21-3, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data da Publicação: DOE – 11/11/2021)

2.2. IMPOSIÇÃO DE CADASTRAMENTO PARA TER ACESSO AO EDITAL, dentre as diversas decisões⁴⁰ destacamos:

⁴⁰ TC-018448.989.20-2, TC-022173.989.20-3, TC-022201.989.20-9, TC-008031.989.21-3, TC-009140.989.21-1, TC-014562.989.21-0, TC-019277.989.21-6, TC-019459.989.21-6, TC-

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PROJETO BÁSICO. ORÇAMENTO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. DIVULGAÇÃO DO EDITAL. PROCEDÊNCIA.

[...]

3. O edital e seus anexos deverão ser disponibilizados a todos os interessados independentemente de requerimento ou cadastro prévio, nos termos do que determina a Lei nº 12.527/11, em seu artigo 8º, § 1º, inciso IV, c/c § 2º. (TC-022173.989.20-3 e TC-022201.989.20-9, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data da Publicação: DOE – 18/12/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. TOMADA DE PREÇOS. ORÇAMENTO ESTIMADO. DIVULGAÇÃO DO EDITAL NA INTERNET. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

1. Consoante dispõe o artigo 8º, § 1º, inciso IV e § 2º da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, a Administração deve divulgar os editais de certames licitatórios e resultados, mediante a utilização de todos os meios e instrumentos legítimos disponíveis, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet). Essa publicação deve ser simultânea à divulgação do ato convocatório na imprensa oficial e o acesso ao seu conteúdo deve ser permitido a qualquer interessado independentemente do preenchimento de inscrições ou cadastros de qualquer espécie.

[...]

(TC-008031.989.21-3, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data da Publicação: DOE – 4/5/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE RETROESCAVADEIRA. BEM COMUM. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS EXAGERADAS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO TÉCNICA EXPRESSA QUANDO INCLUÍDAS DESCRIÇÕES EXCESSIVAS E INCOMUNS. NECESSIDADE DE PRÉVIO CADASTRO PARA ACESSO AO EDITAL. OBSTRUÇÃO RECRIMINADA PELA LEI E JURISPRUDÊNCIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. O edital, acompanhado de seus anexos, deverá ser disponibilizado a todos os interessados independentemente de requerimento ou cadastro prévio, nos termos do que determina o artigo 8º, § 1º, inciso IV, c/c § 2º da Lei Federal nº 12.527/11.

[...]

(TC-019459.989.21-6, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data da Publicação: DOE – 24/11/2021)

O entendimento historicamente externado por esta E. Corte de Contas foi ratificado pela NLLC, vez que esta trouxe em seu artigo 5º os

princípios da publicidade e da transparência, bem como estabeleceu em seu artigo 174 a centralização das informações no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, como ferramenta para que esses princípios se materializassem e atingissem a concretude necessária.

Nessa mesma linha seguiu o § 3º, do artigo 25 da Lei Federal nº 14.133/21 ao estabelecer que:

Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

O PNCP, em suma, é um local destinado, entre outros, à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos naquela Lei, sendo que segundo dicção do § 2º daquele artigo 174 deverão constar, entre outras, as informações acerca de: **I** – planos de contratação anuais; **II** – catálogos eletrônicos de padronização; **III** – editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos; **IV** – atas de registros de preços; **V** – contratos e termos aditivos e **VI** – notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

Além da divulgação no PNCP o legislador tornou obrigatória a publicação complementar do edital de licitação:

- Todos os entes da Administração Pública em Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação. (artigo 54, § 1º)
- Pelos municípios, em jornal diário de grande circulação local, até 31/12/2023. (artigo 175, § 2º)

Ainda, segundo o artigo 175 da NLLC, além da divulgação no PNCP, é facultado aos entes federativos instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações, desde que mantida integração com o PNCP.

Ao implantar esse sítio eletrônico oficial o ente federativo deverá observar o conceito estabelecido no inciso LII do artigo 6º da NLLC, que traz a obrigatoriedade de que ele seja “*certificado digitalmente por autoridade certificadora*”.

São essas algumas ferramentas trazidas pelo legislador na busca de dar a necessária publicidade e de transparência aos procedimentos de aquisições públicas.

3. Objeto da licitação.

À luz das Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011, a Administração identifica sua necessidade, bens ou serviços, reformas ou obras e a solução mais adequada, elabora o termo de referência ou projeto básico e a minuta do contrato, e precisa então selecionar o fornecedor capaz de fornecer aquela solução pelo menor preço.

Por isso dizemos que a licitação se destina a selecionar a proposta mais vantajosa economicamente, dentre um grupo de fornecedores com condições técnicas de executar o contrato em todas as suas especificações e condições.

Nesse contexto merece atenção especial o disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal⁴¹.

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 10.520/2002 veda especificações do

⁴¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

objeto que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.

De igual forma, a Lei nº 8.666/1993, 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.

Neste mesmo sentido já decidiu a E. Corte de Contas do Estado de São Paulo, nos autos do TC-008125.989.16-0⁴², cujo trecho destacamos:

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.

Além daquela decisão cujo trecho foi destacado acima, existem várias outras manifestações deste TCESP⁴³ condenando os excessos de especificação dos objetos, como exemplificamos a seguir:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. MATERIAL ESCOLAR. EXCESSOS DE ESPECIFICAÇÕES. PROCEDÊNCIA. V.U.

1. Por força do artigo 3º, inciso II da Lei 10.520/02, os produtos devem ser definidos no edital apenas com as qualidades mínimas para bem identificá-los, evitando minúcias exclusivas, não padronizadas ou que não sejam comprovadamente essenciais à finalidade de sua utilização. TC-012660.989.19-5, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data da Publicação: DOE – 03/07/2019)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS. MERENDA ESCOLAR. AMOSTRAS. ESPECIFICAÇÕES DOS PRODUTOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. V.U.

[...]

3. Devem ser exigidas apenas as características mínimas necessárias para identificar o produto ou serviço, sem minúcias que não sejam padronizadas ou comprovadamente essenciais.

⁴² Relator: Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 07/06/2016.

⁴³ TC-012660.989.19-5, TC-019618.989.20-6, TC-006116.989.21-1, TC-006641.989.21-5, TC-007524.989.21-7, TC-012296.989.21-3, TC-016321.989.21-2, TC-018112.989.21, TC-018133.989.21, TC-018147.989.21, entre outros.

facilitando a busca no mercado. (TC-019618.989.20-6, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data da Publicação: DOE – 08/10/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS. RECONHECIMENTO DO EXCESSO NA PEÇA DE DEFESA. RETIFICAÇÃO VOLUNTÁRIA DO EDITAL. PROCEDENTE.

1. Especificações demasiadamente pormenorizadas do que se pretende licitar podem acarretar o afunilamento do universo competitivo, salvo quando fundadas em elementos técnicos idôneos e verossímeis associados à complexidade e/ou especialidade do objeto, sob pena de configurar fortes indícios de direcionamento do certame. (TC-006116.989.21-1, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data da Publicação: DOE – 06/04/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. KITS DE MATERIAIS ESCOLARES. ESPECIFICAÇÕES OU CARACTERÍSTICAS EXCLUSIVAS. ART. 7º, § 5º, DA LEI Nº 8.666/93. IMPOSSIBILIDADE. SELO FSC. CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL EXCLUSIVA. IRREGULARIDADE CONFIRMADA. ITENS SUSTENTÁVEIS. SEGREGAÇÃO. PRETENSÃO NÃO ACOLHIDA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. É vedada a inclusão de item com característica ou especificação exclusiva, como no caso da descrição excessiva e injustificada de cores para caixa de lápis de cor (§ 5º, do art. 7º da Lei nº 8.666/93).

[...]

(TC-006641.989.21-5, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data da Publicação: DOE – 02/06/2021)

É importante destacar que não somente os excessos de especificações são objeto de constantes represálias pelo TCESP, mas também a reprimenda ocorre em face de objetos incompletos ou insuficientes, a exemplo do decidido nos processos que ora citamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PLANILHA ORÇAMENTÁRIA. DEFINIÇÃO INSUFICIENTE DE ALGUNS ITENS. AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO ADEQUADO PARA TODOS OS SERVIÇOS. HABILITAÇÃO TÉCNICA. PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA. ELEIÇÃO DE SERVIÇOS SEM RELEVÂNCIA TÉCNICA OU FINANCEIRA. INDEVIDA PROVA DE APTIDÃO DO PROFISSIONAL EM ATIVIDADE PRÓPRIA DA EMPRESA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. (TC-013689.989.21-8, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data da Publicação: DOE – 22/09/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PLANILHA

ORÇAMENTÁRIA. DEFINIÇÃO INSUFICIENTE DE ALGUNS ITENS. AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO ADEQUADO PARA TODOS OS SERVIÇOS. HABILITAÇÃO TÉCNICA. PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA. ELEIÇÃO DE SERVIÇOS SEM RELEVÂNCIA TÉCNICA OU FINANCEIRA. INDEVIDA PROVA DE APTIDÃO DO PROFISSIONAL EM ATIVIDADE PRÓPRIA DA EMPRESA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. (TC-016496.989.21-1, Relator: Dr. Márcio Martins de Camargo. Data da Publicação: DOE – 03/11/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. CONSULTORIA E ASSESSORIA DE APOIO À GESTÃO PÚBLICA. IMPOSIÇÃO DE PRÉVIO CADASTRO PARA ACESSO AO EDITAL. BALANÇO PATRIMONIAL E DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS ASSINADOS NECESSARIAMENTE PELO CONTADOR RESPONSÁVEL. INSUFICIENTE DELIMITAÇÃO DO OBJETO. PARCIALMENTE PROCEDENTE (TC-019277.989.21-6, Relator: Dr. Samy Wurman. Data da Publicação: DOE – 08/12/2021)

Todavia a Administração Pública deve olhar não somente para o descritivo do objeto da contratação, mas também deve primar por um planejamento adequado evitando ter seu procedimento rechaçado por esta e. Corte de Contas, consoante decidido nos processos TC-023041.989.21-1 e TC-024375.989.21-7, a exemplo:

EMENTA: EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL. PLANEJAMENTO DEFICITÁRIO DO CERTAME. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS RESTRITIVAS. PROCEDÊNCIA DAS REPRESENTAÇÕES.

1. Denota-se a ausência de planejamento dos certames pela falta de integração entre os órgãos públicos responsáveis, com possibilidade de fornecimento em duplicidade do mesmo objeto.

2. Verifica-se a falta de planejamento pelo estabelecimento de preços díspares para produtos e serviços idênticos.

[...]

(TC-023041.989.21-1 e TC-024375.989.21-7, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data da Publicação: DOE – 30/03/2022)

Importante lembrar que à luz da NLLC a Administração Pública ao definir seu objeto deve ter em mente o disposto no inciso I do artigo 11, onde consta como um dos seus objetivos “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o **resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública**, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”. Assim, a definição do objeto da contratação deve ser

derivada de um estudo técnico preliminar elaborado a partir da **caracterização do problema ser resolvido sob a perspectiva do interesse público**, sob pena de, ao não se atentar, ter seu procedimento de contratação questionado junto ao TCESP, face à previsão contida no § 4º do artigo 170 da NLLC.

3.1 – Principais Jurisprudências do TCESP.

Na linha das decisões, separamos algumas matérias que já foram objeto de deliberação e/ou constantemente se repetem em julgados desta Corte de Contas.

I – 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.

Sobre o tema a Corte de Contas Paulista editou a **Súmula nº 35** com o seguinte teor:

Em procedimento licitatório para aquisição de cartuchos de impressão e similares, é vedada a exigência de marca idêntica à dos equipamentos a que se destinam, exceto enquanto estes estiverem em período de garantia condicionada ao uso de insumos da mesma marca.

Assim, 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 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 referência⁴⁴.

A decisão de exigir ou não atestado ou laudo técnico do vencedor, no entanto, reside na discricionariedade da Administração, todavia tal exigência não pode ser para fins de habilitação, conforme delineado na **Súmula nº 17** desta Corte de Contas, que traz:

⁴⁴ TC-021296/026/11 e TC-022022/026/11 (Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues); TC-030494/026/11 (Relator: Dr. Alexandre Manir Figueiredo Sarquis).

“Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.”.

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.

II – Exigência de produtos de procedência nacional.

A restrição à oferta de produtos importados é prática reiteradamente repudiada no âmbito deste Tribunal, aliás, consolidada na **Súmula nº 36** que aclara:

“Em procedimento licitatório, não se admite vedação a bens de fabricação estrangeira, salvo se decorrente de disposição legal.”.

III – Vale-Alimentação e similares.

O tema aparece constantemente nas pautas das sessões de julgamento desta E. Corte de Contas, sendo que os motivos mais corriqueiros citamos a seguir:

III.a – Os cartões com chip de segurança e “QR-Code”.

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 ramo⁴⁵.

No tocante à previsão da tecnologia “QR-Code” esta Corte de Contas não tem rejeitado⁴⁶, conforme decisão a seguir exemplificada:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL FORNECIMENTO DE SISTEMA DE GESTÃO DE FROTA. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NA FORMA DO ARTIGO 48, I DA LEI COMPLEMENTAR 123/06. DIVULGAÇÃO DO ORÇAMENTO DO PREGÃO. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. ESCOLHA DE TECNOLOGIA “QR-CODE”. COMPOSIÇÃO DO OBJETO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A jurisprudência deste E. Tribunal consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de pregão, não há

⁴⁵ Precedentes: 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.

⁴⁶ TC-020120.989.20-7, TC-005768.989.22-0, TC-005823.989.22-3 e TC-005830.989.22-4.

obrigatoriedade na divulgação do orçamento estimado da contratação, devendo a Administração tornar público o local onde tal informação poderá ser obtida e facilitar o acesso aos interessados.

2. O rol de possíveis exigências de qualificação técnica e econômico-financeira, previstas nos artigos 30 e 31 da Lei 8.666/93 não implicam em obrigatoriedade de imposições, mas discricionariedade na escolha. (TC-020120.989.20-7, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data da Publicação: DOE – 26/09/2020)

Por pertinente, destacamos o trecho do voto que balizou a decisão acima:

Segundo a avaliação do setor especializado da Assessoria Técnica (evento 52), a tecnologia “QR-code”, embora não seja a única forma de identificação possível, é provavelmente a mais prática e não é de difícil desenvolvimento, não apresentando potencial restritivo que justifique alterações no edital quanto a este ponto.

Todavia a optar por tal tecnologia a Administração deve prever em seu edital todas as informações necessárias à compreensão do objeto, evitando que o instrumento editalício seja objeto de reprimenda por esta Corte Contas como ocorrido na decisão a seguir, que citamos como exemplo:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. ADMINISTRAÇÃO, FORNECIMENTO, GERENCIAMENTO E EMISSÃO DE CARTÕES PARA AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES PARA UTILIZAÇÃO DE QR CODE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. TC-006689.989.22-6, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data da Publicação: DOE – 12/04/2022)

Daquela decisão destacamos o seguinte trecho que constou do voto do Relator:

Não ignoro o conceito de QR Code e reconheço, também, que é um sistema largamente utilizado no mercado atual. Outrossim, ressalto não se questionar o uso de tal ferramenta, mas a ausência de transparência nas informações contidas no edital, princípio basilar dos atos da Administração Pública. Assim, percebo que, apesar de o edital trazer a possibilidade de compras por meio de QR Code, não apresentou, de forma clara e objetiva, como será processado esse sistema. Assim, entendo ser de fundamental importância que o edital traga

no seu Termo de Referência dados precisos acerca das hipóteses em que o usuário poderá optar pela utilização do QR Code, de modo a propiciar que os eventuais interessados formulem suas propostas com base em informações mais robustas

2.4 *Posto isto, circunscrito às questões analisadas, considero parcialmente procedentes as impugnações, determinando que a Administração adote as medidas corretivas necessárias ao cumprimento da lei e desta decisão, especialmente para consignar informações precisas e objetivas à compreensão do método de uso do sistema de QR Code no presente caso.*

III.b – 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.

Nesse sentido caminha a consolidada jurisprudência desta e. Corte de Contas, como exemplo que segue:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. FORNECIMENTO E ENTREGA DE VALES REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO NA FORMA DE CARTÃO MAGNÉTICO E/OU ELETRÔNICO. A REDE CREDENCIADA MÍNIMA ESTABELECIDA DEVE PAUTAR-SE NOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA. CORREÇÕES DETERMINADAS. (TC-009908.989.15-5, Relator: Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 26/02/2016)

A seguir, destacamos trecho do relatório que originou o Acórdão acima, por se mostrar relevante para aclarar ainda mais o tema:

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 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.

Além daquela decisão acima referenciada existem inúmeras outras⁴⁷, dentre as quais destacamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. VALES REFEIÇÃO. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. ÍNDICES E PATRIMÔNIO OU CAPITAL SOCIAL MÍNIMOS. EXIGÊNCIA CUMULADA. ANÁLISE CASUÍSTICA. POSSIBILIDADE. PRAZO PARA COMPROVAÇÃO DE REDE CREDENCIADA. PARÂMETRO DISCRICIONÁRIO, MAS QUE DEMANDA JUSTIFICATIVA DE RAZOABILIDADE. NÚMERO DE ESTABELECIMENTOS A SEREM COMPROVADOS. EXCESSO NÃO ESCLARECIDO. NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA. QUESTÃO AGREGADA DE OFÍCIO. PEDIDO PROCEDENTE EM PARTE (TC-013691.989.20-6, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 31/07/2020)

EMENTA: EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL. VALE ALIMENTAÇÃO. EXIGÊNCIA EXCESSIVA DE REDE CREDENCIADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS REPRESENTAÇÕES.

A definição da rede credenciada de estabelecimentos, exigida para atendimento dos beneficiários do vale alimentação, deve observar padrões de razoabilidade, de acordo com as condições concretas da respectiva região ou município; (TC-021159.989.20-1 e TC-021288.989.20-5, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 10/11/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REDE CREDENCIADA. HIPERMERCADOS. CORREÇÕES DETERMINADAS. RECOMENDAÇÃO.

1. A apresentação da relação de estabelecimentos credenciados constitui-se em encargo que deve ser direcionado somente à vencedora do certame, em prazo razoável para o cumprimento, como forma de não inibir indevidamente o ambiente restritivo.

2. Não se mostrou razoável a exigência do credenciamento de cinco hipermercados, diante da falta de justificativas técnicas e do reconhecimento da Origem como obrigação indevida.

[...]

(TC-027253.989.20-6, Relatora: Dr.^a Sílvia Monteiro. Data de Publicação: DOE – 03/03/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REDE CREDENCIADA. CORREÇÃO DETERMINADA COM RECOMENDAÇÃO.

⁴⁷ TC-013691.989.20-6, TC-015794.989.20-2, TC-021159.989.20-1, TC-021288.989.20-5, TC-026949.989.20-6, TC-027253.989.20-6, TC-004524.989.21-7, TC-011689.989.21-8, TC-016010.989.21-8, TC-001250.989.22-5, TC-001322.989.22-9, entre outros.

1. O prazo estabelecido para a apresentação da rede credenciada de apenas três dias deve ser ampliado, de forma que se mostre suficiente e razoável ao cumprimento da demanda.

[...]

(TC-011689.989.21-8, Relator: Dr. Antonio Carlos dos Santos. Data de Publicação: DOE – 01/07/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. VALE ALIMENTAÇÃO. VEDAÇÃO À OFERTA DE TAXA NEGATIVA. COMPROVAÇÃO DA REDE CREDENCIADA AINDA NA FASE DE COMPETIÇÃO E ESTABELECIDADA COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE. PROCEDÊNCIA. (TC-001250.989.22-5 e TC-001322.989.22-9, Relator: Dr. Robson Marinho. Data de Publicação: DOE – 23/02/2022)

III.c – Taxa de Administração igual a zero ou negativa.

A jurisprudência anterior desta Corte de Contas previa que 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, deveria ser admitida proposta de taxa zero ou negativa⁴⁸.

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, era considerada irregular a regra que proibisse a apresentação de propostas com preço inferior a zero para contratações da espécie.

Todavia, com o advento do Decreto Federal nº 10.854/2021 que, dentre outras disposições, reformulou o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, inclusive do ponto de vista dos beneficiários ativos de aludido programa e vedou em seu artigo 175 qualquer tipo de deságio sob pena, inclusive de cancelamento de inscrição no PAT, a Corte de Contas de São Paulo assim decidiu:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO E FORNECIMENTO DE BENEFÍCIO DE VALE ALIMENTAÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO. TAXA ZERO OU NEGATIVA.

⁴⁸ Por exemplo, as decisões proferidas nos processos TC-14695/026/10, TC-001144.989.12-6, TC-000934.989.13-8, TC-012999.989.20-5, TC-004544.989.21-3, TC-015180.989.21-2, entre outros.

IMPOSSIBILIDADE. DECRETO Nº 10.854/21. IMPROCEDÊNCIA. É descabida a exigência e/ou recebimento de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado em virtude do disposto no art. 175 do Decreto nº 10.854/21 (TC-005627.989.22-1, Relator: Dr. Renato Martins Costa, Relatado na Sessão de 23/03/2022.

EMENTA: REPRESENTAÇÃO CONTRA O EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. TAXA NEGATIVA. INDEFERIMENTO. A vedação ao oferecimento de taxa de administração negativa prevista no edital, mesmo por Entidades não filiadas ao PAT, não denota qualquer ilegalidade ao certame. (TC-009245.989.22-3, Relator: Dr. Robson Marinho. Data da Publicação: DOE – 27/04/2022)

Assim, contratações no âmbito do aludido Programa de Alimentação do Trabalhador deverão observar as novas diretrizes acima mencionadas, especialmente no tocante à impossibilidade de aplicação de deságio, também conhecido como “taxa negativa”.

Cabe ressaltar que foi editada a Medida Provisória nº 1.108/2022, de 25 de março de 2022, que dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do artigo 457 da CLT.

Sendo que o § 3º daquela MPV segue na mesma linha ao vedar expressamente que o empregador ao contratar pessoa jurídica para fornecimento do auxílio-alimentação exija ou receba qualquer tipo de deságio ou imponha de descontos sobre o valor contratado.

IV – 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”⁴⁹, e de exigência de produto de procedência nacional⁵⁰.

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.

⁴⁹ Entendimento adotado nas decisões dos processos TC-007836.989.15-2 e TC - 006798.989.15-8, dentre outros.

⁵⁰ 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.

Nessa linha de sustentabilidade a NLLC permitiu em seu artigo 26, II, que seja estabelecida margem de preferência para os bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, cabendo ressaltar que tal margem de preferência para sua implementação necessita da edição de regulamento.

V – Exigência de Primeiro emplacamento – Lei Federal nº 6.729/1979 (Lei Ferrari).

Dentre as diversas matérias que são objeto de constante acionamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, temos a exigência de primeiro registro, licenciamento ou emplacamento em nome da Administração Pública, tendo esta Corte decidido no sentido de que tal exigência se mostra imprópria, vez que direciona o certame a concessionárias ou fabricantes.

Das inúmeras decisões exaradas por esta Corte de Contas⁵¹ destacamos as seguintes:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS. IMPUGNAÇÕES. PROCEDÊNCIA.

1 – Em certames que objetivam a aquisição de veículos, mostram-se impróprias solicitações ou restrições que possam implicar endereçamento da disputa apenas a concessionárias e fabricantes, com base na Lei Federal n.º 6.729/79, porquanto vulneram os princípios da isonomia e da livre concorrência.

⁵¹ TC-011589.989.17-7, TC-018212.989.20-6, TC-026770.989.20-0, TC-009804.989.21-8, TC-012558.989.21-6, TC-016320.989.21-3, TC-018127.989.21-8, TC-020106.989.21-3, TC-022727.989.21-2, TC-024033.989.21-1, TC-024493.989.21-4, entre outros.

[...]

(TC-018212.989.20-6, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes – Data de Publicação: DOE – 18/08/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS. INDEVIDA EXIGÊNCIA DE PRIMEIRO EMPLACAMENTO. RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REVENDEDORAS DE VEÍCULOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE SANEAMENTO A POSTERIORI DA REGULARIDADE TRABALHISTA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. PROCEDÊNCIA. (TC-024033.989.21-1, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo – Data de Publicação: DOE – 16/02/2022)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS TIPO CAMINHÕES, MÁQUINAS E VANS. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. Pacífica a jurisprudência no sentido da inadequação da imposição de primeiro licenciamento/emplacamento em nome do órgão licitante, o que acaba limitando a participação no certame às fabricantes e concessionárias, em afronta aos princípios da igualdade e da livre concorrência. Retificação da exigência de equipamentos de fabricação nacional (TC-024493.989.21-4, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 09/03/2022)

VI – Motor da mesma marca do equipamento.

Outro ponto constantemente condenado por esta Corte de Contas é a exigência de que o motor seja fabricado pelo mesmo fabricante ou grupo econômico do equipamento.

Neste sentido seguem várias decisões⁵², dentre as quais destacamos as seguintes:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. Aquisição de uma pá carregadeira sobre pneus, zero hora, dentro das normas em vigor da ABNT. Procedência. Retificação do edital. Exigência na descrição da pá carregadeira, de especificações técnicas que restringem, injustificadamente, a competitividade no certame, ao exigir motor do próprio fabricante e sistema hidráulico dimensionado com bomba de pistões axiais. Votação unânime. (TC-018772.989.20-8, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 20/11/2020)

⁵² TC-011662.989.20-1, TC-011663.989.20-0, TC-011666.989.20-7, TC-018465.989.20-0, TC-018772.989.20-8, TC-005703.989.21-0, TC-015246.989.21-4, TC-017768.989.21-2, TC-019255.989.21-2, TC-019459.989.21-6, TC-023278.989.21-5, TC-001545.989.22-0, entre outros.

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. AQUISIÇÃO DE RETROESCAVADEIRAS. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS INJUSTIFICADAS. PROCEDÊNCIA. Não há amparo legal ou técnico para a imposição de que o motor seja do mesmo fabricante do equipamento, devendo o edital permitir aqueles que apresentem tecnologia compatível. (TC-005703.989.21-0, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo – Data de Publicação: DOE – 23/03/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. MOTONIVELADORA. MOTOR DE MESMO FABRICANTE. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. IRREGULARIDADE. JURISPRUDÊNCIA. PROCEDENTE. (TC-023278.989.21-5, Relator: Dr. Samy Wurman – Data de Publicação: DOE – 11/01/2022)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE MÁQUINA RETROESCAVADEIRA. MOTOR DO MESMO FABRICANTE OU DO GRUPO DO FABRICANTE. INJUSTIFICADA RESTRIÇÃO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL PLENO. PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. (TC-001545.989.22-0, Relator: Dr. Robson Marinho – Data de Publicação: DOE – 23/03/2022)

VII – Aquisição de Pneus.

Ainda dentre as matérias que mais demandam intervenção desta e. Corte de Contas temos a aquisição de pneus, vez que diariamente surgem demandas sobre o tema, sendo que as representações apresentadas são da mais variada ordem e pelos mais diversos motivos, dentre os quais citamos:

- Procedência Nacional;
- Exigência de certificação – Ibama em nome do fabricante;
- Garantia do fabricante;
- Excesso de exigências quanto a certificações;
- Exigência de similaridade com marcas;
- Data de fabricação (DOT) / Prazo de validade;
- Homologação por montadora;
- Prazo de entrega exíguo.

Assim, não é possível resumir neste manual todas as ocorrências que envolvem o objeto, mas dentre as inúmeras decisões desta Corte de Contas⁵³ destacamos aquelas listadas a seguir, que servem para

⁵³ TC-015881.989.19-8; TC-009666.989.20-7; TC-017994.989.20; TC-017909.989.20-4, TC-020943.989.20-2, TC-021091.989.20-2; TC-021241.989.20-1; TC-022494.989.20-5; TC-001135.989.21-8; TC-002117.989.21-0; TC-013508.989.21-7; TC-013868.989.21-1, TC-015239.989.21-3, TC-017706.989.21-7, TC-019946.989.21-7, TC-021134.989.21-9, TC-023321.989.21-2, TC-005374.989.22-6, TC-005455.989.22-8, entre outros.

nortear a Administração Pública em suas aquisições:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO – REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO. PRODUTOS PNEUMÁTICOS. CERTIFICAÇÃO DA ANIP (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE PNEUMÁTICOS) E CERTIFICADO DE GARANTIA DO FABRICANTE. JURISPRUDÊNCIA. PROCEDÊNCIA COM DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES À PREFEITURA REPRESENTADA. VOTAÇÃO UNÂNIME (TC-022494.989.20-5, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 05/12/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO – REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO. PRODUTOS PNEUMÁTICOS. IMPUGNAÇÕES DIVERSAS – IRREGULARIDADES EXISTENTES QUANTO A: OMISSÃO, NO EDITAL, DE DISPOSIÇÃO AFETA AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO; ESTIPULAÇÃO DE PAGAMENTO EM 30, 60 E 90 DIAS APÓS O VENCIMENTO DO EMPENHO; E, EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE GARANTIA ORIGINAL DO FABRICANTE. JURISPRUDÊNCIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL COM DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES À PREFEITURA REPRESENTADA. VOTAÇÃO UNÂNIME. (TC-001135.989.21-8, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 13/04/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO – REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO. PRODUTOS PNEUMÁTICOS. CUMULATIVIDADE INDEVIDA – EXIGÊNCIA DE QUE A DETENTORA DEVERÁ ENTREGAR OS PRODUTOS COM DOT INFERIOR A 06 MESES E DECLARAÇÃO DO FABRICANTE QUE AS MARCAS COTADAS SÃO HOMOLOGADAS POR MONTADORAS NACIONAIS. JURISPRUDÊNCIA. PROCEDÊNCIA COM DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES À PREFEITURA REPRESENTADA. VOTAÇÃO UNÂNIME (TC-002117.989.21-0, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 13/04/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. Exigência de prazo de 03 dias para entrega das mercadorias e amostras no prazo de 48 horas. Exigência de apresentação de garantia de fábrica. (TC-013508.989.21-7, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 26/08/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS. PROCEDÊNCIA. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. Exigência de que os produtos deverão ser originais de fábrica, primeira linha, usados em linha de

produção de montadoras nacionais de veículos. (TC-013868.989.21-1, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 26/08/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE PNEUS – IMPUGNAÇÃO ENVOLVENDO EXIGÊNCIA DE MARCAS NACIONAIS, ESPECÍFICAS E HOMOLOGADAS, E OMISSÃO DE PRAZO PARA ENTREGA DOS PRODUTOS – RESTRITIVIDADE E ILEGALIDADE. JURISPRUDÊNCIA – PROCEDÊNCIA COM DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES À PREFEITURA REPRESENTADA, COM APLICAÇÃO DE MULTA AO RESPONSÁVEL. VOTAÇÃO UNÂNIME. (TC-015239.989.21-3, Relator: Dr. Robson Marinho – Data de Publicação: DOE – 01/09/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE PNEUS – IMPUGNAÇÃO ENVOLVENDO EXIGÊNCIAS DE LAUDO(S), CERTIFICAÇÕES DE IATF 16949, ISO 14001 E 9001, E REGISTRO DA MARCA JUNTO A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE PNEUMÁTICOS – ANIP. RESTRITIVIDADE E ILEGALIDADE. JURISPRUDÊNCIA – PROCEDÊNCIA COM DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES À PREFEITURA REPRESENTADA. VOTAÇÃO UNÂNIME. (TC-017706.989.21-7, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 06/11/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS DE AR E PROTETORES. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. O edital deve ser corrigido para ampliar o prazo de entrega dos produtos e excluir a exigência de apresentação de garantia de fábrica. (TC-019946.989.21-7, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 18/12/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS – EXIGÊNCIA DE MARCAS ESPECÍFICAS E HOMOLOGADAS POR MONTADORAS NACIONAIS. RESTRIÇÃO DO CERTAME – Ilegalidade. Jurisprudência – PROCEDÊNCIA com determinações e recomendações à Prefeitura Representada. V.U. (TC-021134.989.21-9, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 29/01/2022)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO OBJETIVANDO O REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE PNEUS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. A exigência de prazo de fabricação igual ou inferior a seis meses no momento da entrega é conhecida pela jurisprudência deste Tribunal que em diversas ocasiões decidiu que tal exigência afronta o princípio da isonomia, e

prejudica a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração. (TC-023321.989.21-2, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 23/02/2022)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL OBJETIVANDO A AQUISIÇÃO DE PNEUS. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. A exigência de apresentação certificado de garantia do fábrica é descabida, pois impossibilita a participação de licitantes que forneçam pneus importados, assim como configura compromisso com terceiros alheios à disputa, em afronta à Súmula nº 15 desse TCE/SP (TC-005374.989.22-6, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 26/03/2022)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO OBJETIVANDO A AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS E PROTETORES NOVOS. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. Mesmo que a exigência da certificação ISO 9001 seja somente para a aquisição de câmaras de ar, é firme a jurisprudência deste Tribunal que em diversas ocasiões decidiu que tal exigência pode acarretar restritividade ao certame, uma vez que não é obrigatória, podendo as empresas obter a garantia de qualidade de seus produtos por outros meios. (TC-005455.989.22-8, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 26/03/2022)

Ainda é necessário destacar que esta e. Corte de Contas não tem condenado licitações destinadas à aquisição de pneus divididas em lotes, todavia devem ser observadas todas as cautelas na elaboração deles, especialmente quando se tratar de aquisições a serem promovidas através do Sistema de Registro de Preços, sendo que sobre esse tema trataremos em tópico específico.

No tocante ao julgamento por lote destacamos manifestação do Relator ao indeferir liminar que pretendia a suspensão de certame licitatório que utilizava tal critério de julgamento:

Como já tive oportunidade de manifestar em outros casos, entendo que o ponto impugnado é controverso e não me convence da existência de clara afronta à legislação, pois envolve situação que refoge ao procedimento sumaríssimo e excepcional previsto na legislação e que por esse motivo deve ser interpretada restritivamente, requerendo a devida prudência, sob pena de obstaculizar legítimas pretensões da Administração, e prejudicar, inclusive, o interesse público, conforme vasto repertório jurisprudencial firmado nesta Corte. Destaco que este Tribunal tem decisões que aceitaram o critério de menor preço por lote desde que exista uma grande quantidade de produtos contratados, como

no presente caso. (TC-022932.989.20-5 e TC-023056.989.20-5, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 14/10/2020)

Destaco que a jurisprudência deste Tribunal tem aceitado o critério de menor preço por lote em casos onde exista uma grande quantidade de produtos contratados e compatibilidade dos lotes. (TC-023057.989.20-4, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 15/10/2020)

Trazemos, ainda, exemplo de decisão que seguiu no mesmo sentido de aceitar o critério de julgamento de menor preço por lote:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS – IMPUGNAÇÕES – AFASTADAS AS QUEIXAS ATINENTES À CLASSIFICAÇÃO MÍNIMA DE RESISTÊNCIA DE ROLAGEM E ADERÊNCIA À PISTA MOLHADA, E IMPOSSIBILIDADE DE LICITAÇÃO POR LOTE. REPROVADAS AS EXIGÊNCIAS ENVOLVENDO PRAZO EXÍGUO PARA ENTREGA DAS MERCADORIAS, PRAZO MÁXIMO DE SEIS MESES ESTABELECIDO ENTRE A DATA DE FABRICAÇÃO E ENTREGA DOS PNEUS, E REQUISIÇÃO DE CERTIFICAÇÃO DO IBAMA EM NOME DO FABRICANTE – LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA – PROCEDÊNCIA PARCIAL COM DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES À PREFEITURA REPRESENTADA. (TC-018921.989.21-6 e TC-018928.989.21-9, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini – Data de Publicação: DOE – 06/11/2021)

Ao final deste tópico é importante destacar que a NLLC, visando minimizar os efeitos nocivos de uma descrição de objeto elaborada de forma precária, prevê como medida salutar a adoção do catálogo eletrônico padronizado, estando o mesmo definido no artigo 6º, LI daquela Lei.

Neste sentido o artigo 19 da NLLC estabeleceu em seu inciso II o **dever** dos órgãos da Administração, com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos, criarem “*catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos*”.

Sendo que segundo o artigo 19, § 2º, da NLLC, a não utilização desse catálogo **deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo licitatório.**

4. 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 8.666/1993 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*. Nesse 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 se tratando de **contratação de produtos díspares**, de naturezas diversas e comercializados por empresas que atuam em diferentes segmentos de mercado que não se interagem, 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, 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.

Caso seja tecnicamente entendida a viabilidade de ser admitida a participação de “consórcios” é importante destacar à luz da Lei nº 8.666/1993 que essa admissão deve estar explicitada no texto do

edital⁵⁴, ou seja, é a exceção, enquanto, sob a égide da NLLC, a vedação deve estar expressa no edital⁵⁵.

Sob a regência da NLLC a justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio deverá constar no estudo técnico preliminar, conforme estabelecido no artigo 18, IX.

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 global⁵⁶. 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 Corte⁵⁷ no sentido de que a composição dos lotes não deve misturar itens de prateleira com produtos

⁵⁴ Art. 33. **Quando permitida** na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (gn).

⁵⁵ Art. 15. **Salvo vedação** devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica **poderá** participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas (gn).

⁵⁶ Nesse sentido podemos citar as decisões dos processos TC-2033/010/07 e TC-1069/010/08.

⁵⁷ 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.

personalizados, bem como artigos de ramos de mercado distintos.

Importante frisar que a NLLC traz o parcelamento como um princípio a ser observado nas aquisições (artigo 40) e contratações de serviços em geral (artigo 47), sendo que o artigo 18, § 1º, VIII, exige que conste do estudo técnico preliminar as “*justificativas para o parcelamento ou não da contratação*”.

Ao final é prudente reforçar que o § 3º do mesmo artigo 40 da NLLC delinea situação em que o parcelamento não será adotado.

4.1. 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.

Nesse sentido foram as decisões, cujo trechos pertinentes dos relatórios que originaram a emissão dos Acórdãos, destacamos a seguir:

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. (TC-009658.989.16-5, Relator: Dr.

Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 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.
Além disso, a concentração da disputa entre poucos licitantes igualmente caracteriza a apreciação pelo preço global. (TC-001310.989.14-0, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação – DOE – 26/04/2014).

5. Modalidades Licitatórias e Critérios de Julgamento.

5.1. Modalidades Licitatórias.

À luz da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002 existem seis modalidades licitatórias, à saber: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso; V – leilão e VI – pregão.

A NLLC inseriu uma nova modalidade denominada “diálogo competitivo”, que se encontra definido em seu artigo 6º, XLII como sendo a:

Modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

O tema diálogo competitivo está tratado no artigo 32 da NLLC e será matéria de análise mais detida em momento futuro, vez que a sua utilização se mostra pouco usual e abordá-la, neste momento, traria pouco efeito prático à maioria dos nossos jurisdicionados e destoaria do intuito deste Manual.

Quando somente estiver vigente a NLLC serão extintas as modalidades Tomada de Preços e Convite, passando a existir apenas cinco, sendo elas: I – pregão; II – concorrência; III – concurso; V – leilão e V – diálogo competitivo, conforme consta do artigo 28 da NLLC.

5.2. Critérios de Julgamento.

Os critérios de julgamento existentes à luz das Leis nº 8.666/1993 e 10.520/2002 são os seguintes: I – menor preço; II – melhor técnica; III – técnica e preço; IV – maior lance ou oferta, nos casos de alienação de

bens ou concessão de direito real de uso e V – maior retorno econômico. Cabendo ressaltar que, muito embora esse último não esteja previsto expressamente na Lei nº 8.666/1993 foi incorporado pela doutrina e é usualmente aceito por esta e. Corte de Contas.

Trazemos a título de exemplo trecho do relatório que balizou a emissão do acórdão relativo ao TC-021847.989.20-9⁵⁸ onde foi aceito o critério de julgamento de “maior desconto”:

*“É necessário indicar, no corpo do edital, qual é a data-base da tabela da FDE sobre a qual incidirão **os descontos percentuais**, que constituem o **critério de julgamento do certame**.”.*

Com o advento da NLLC foram mantidos aqueles mesmos critérios de julgamento e inserido o de “maior retorno econômico”. Assim, de acordo com o artigo 33 daquela Lei, passamos a ter em nosso cenário **seis critérios de julgamento**, a saber: I – menor preço; II – maior desconto; III – melhor técnica ou conteúdo artístico; IV – técnica e preço; V – maior lance, no caso de leilão e VI – maior retorno econômico.

6. Sistema de Registro de Preços.

O art. 15, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 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)

O sistema de registro de preços está delineado nos §§ 1º a 6º do artigo 15 da Lei nº 8.666/1993 e é regulamentado nas mais diversas esferas da Administração Pública, por meio de atos próprios, muitas vezes derivados daquele editado pela União ou pelo Estado.

Atualmente no Estado de São Paulo o tema é regulamentado por

⁵⁸ **EMENTA:** REPRESENTAÇÃO. EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS. MANUTENÇÃO DE UNIDADES ESCOLARES. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTÓ. TABELA FDE. INDICAÇÃO DA DATA-BASE DOS PREÇOS DE REFERÊNCIA. INDICAÇÃO DOS ITENS A SEREM REGISTRADOS. CORREÇÃO DETERMINADA. PROCEDÊNCIA. (TC-021847.989.20-9, Relator: Dr. Josué Romero. Data de Publicação – DOE – 04/12/2020).

meio do Decreto Estadual nº 63.722/2018 e na União através do Decreto Federal nº 7.892/2013, cabendo ressaltar que tal regulamentação ocorre no âmbito de vigência das Leis nº 8.666/1993 e 10.520/2002 e que, com o advento da NLLC necessitarão de adequações e/ou edição de novos regulamentos, a depender da decisão adotada pelo órgão competente por editar normas regulamentares sob o tema.

Diferente não é a situação dos demais entes federativos que possuem regulamentação própria.

Entre as vantagens desse sistema aponta-se que, uma vez registrados os preços de uma quantidade para o período da ata, não há que se fazer o empenho prévio, sendo este necessário apenas na oportunidade da Ordem de Compra. Também não há a obrigatoriedade da ser feita a aquisição integral do quanto registrado. Ocorre também aquilo que é denominado *just in time*⁵⁹ que permite que a Administração não tenha a necessidade de possuir níveis elevados de estoque e que, ao surgir uma demanda, seja atendida pela empresa detentora da ata de registro de preços, no prazo estabelecido em edital.

O certame, neste procedimento, tem o benefício da imprevisibilidade da compra, no entanto é preciso que os preços estejam amplamente pesquisados previamente à realização do certame e confirmados rotineiramente, na sua utilização.

Em sendo verificado o mercado com preços inferiores, há que se fazer a negociação sem prejuízo de licitação específica, de pronta entrega.

A eventualidade do fornecimento e a imprevisibilidade da demanda são, portanto, 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.

Porém não há apenas benefícios nesta forma de contratação, pois a incerteza da demanda pode gerar em significativa perda da economia de escala, vez que os licitantes ao não terem certeza de que fornecerão a totalidade do quanto registrado em ata, por muitas das vezes incrementam seus preços em decorrência de algumas variáveis, tal

⁵⁹ O *just in time* é responsável por buscar a precisão da cadeia de produção, encaixando as operações e as execuções de acordo com o nível de demanda. Ou seja, tudo ocorre no seu devido tempo, nem antes, nem depois. Essa metodologia evita o estoque parado e o desperdício de matéria-prima.

como o custo de logística, entre outros.

Assim, é necessário que a Administração ao fixar seus quantitativos e sua estimativa de consumo os faça calcados em estudos técnicos e com base em histórico de consumo anteriores, quando couber.

6.1. Súmulas atinentes ao Sistema de Registro de Preços – SRP.

No tocante ao tema este Tribunal consolidou seu entendimento por meio das súmulas a seguir transcritas:

SÚMULA Nº 31 – Em procedimento licitatório, é vedada a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços de natureza continuada.

SÚMULA Nº 32 – 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.

SÚMULA Nº 33 – 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.

SÚMULA Nº 34 – A validade da ata de registro de preços, incluídas eventuais prorrogações, limita-se ao período máximo de 1 (um) ano.

6.1.1. Decisões sobre o SRP.

No que pese a existência das decisões sumuladas citadas acima, não são raras as demandas que surgem nesta Corte onde se representa contra edital contendo objetos contrários às mesmas, como destacamos a seguir:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE CAMINHÕES, EQUIPAMENTOS E MÁQUINAS DIVERSOS. INDEVIDA OPÇÃO PELO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. AFRONTA À SÚMULA Nº 31 DESTE TCESP. AGLUTINAÇÃO DE ITENS DESARMÔNICOS EM UM MESMO LOTE. LACUNA QUANTO AO SEGURO REQUERIDO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Determinando, ainda, na eventualidade de elaboração de novo edital:

1) deixe de adotar o sistema de registro de preços;

[...]

(TC-022605.989.20-1, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação – DOE – 13/02/2021).

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. LOCAÇÃO DE MÁQUINAS. REGISTRO DE PREÇOS. SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS Nº 31 E Nº 32. VÍCIO DE ILEGALIDADE. ANULAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

Determinando que se digne a promover a anulação do edital em função da impossibilidade jurídica de utilização do sistema do registro de preços, consoante orientação consagrada nos enunciados nº 31 e nº 32 da Súmula de jurisprudência deste E. Tribunal (TC-018498.989.21-9, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação – DOE – 02/12/2021).

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS. SERVIÇOS TÉCNICOS NA ELABORAÇÃO DE ESTUDOS DE INFRAESTRUTURA E PROJETOS DE ENGENHARIA. SERVIÇOS COMPLEXOS DE ENGENHARIA. TÉCNICA E PREÇO. VÍCIOS DE ORIGEM. ANULAÇÃO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Utilização de registro de preços para serviços complexos de engenharia e sua incompatibilidade com o tipo de licitação "técnica e preço" resultam em vícios de origem que inviabilizam o prosseguimento da licitação na forma concebida, determinando a necessidade de anulação do certame e do edital respectivo, na forma do artigo 49 da Lei 8.666/93. (TC-019401.989.21-5, Relator: Valdenir Antônio Polizeli. Data de Publicação – DOE – 02/12/2021).

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE GERENCIAMENTO DA MANUTENÇÃO DA FROTA DE VEÍCULOS. PROCEDÊNCIA DAS REPRESENTAÇÕES. ANULAÇÃO DO EDITAL.

A adoção do Sistema de Registro de Preços e critério de julgamento "menor taxa de administração" não se mostra adequado, eis que os serviços pretendidos são de caráter rotineiro, contínuo e essencial ao funcionamento das atividades administrativas. (TC-019902.989.21-9 E TC-020290.989.21-9, Relatora: Dr.^a Sílvia Monteiro. Data de Publicação – DOE – 29/01/2022).

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. REDUTORES DE VELOCIDADE E FAIXAS ELEVADAS. IMPOSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. CONFUSÃO ENTRE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E REAJUSTE CONTRATUAL. TERMO DE REFERÊNCIA FALHO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-021533.989.21-6, Relator: Dr. Josué Romero. Data de Publicação – DOE – 08/12/2021).

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. AQUISIÇÃO DE NOTEBOOKS. REGISTRO DE PREÇOS. INADEQUAÇÃO.

DEMANDA CERTA E PREVISÍVEL. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS EXCESSIVAS. EXIGÊNCIA DE PLACA-MÃE FABRICADA E CUSTOMIZADA PELO FABRICANTE DA LINHA DE EQUIPAMENTO OFERTADO. RESTRIÇÃO EVIDENCIADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ANULAÇÃO DO CERTAME POR VÍCIO DE ORIGEM. (TC-021683.989.21-4, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação – DOE – 04/02/2022).

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇOS DE CALÇADAS, RAMPAS E MURO – EXTENSÃO DO OBJETO PRETENDIDO E VULTOSA IMPORTÂNCIA ESTIMADA PARA A CONTRATAÇÃO DESCONFIGURAM A NATUREZA ESPORÁDICA DA CONTRATAÇÃO ALMEJADA COMO DE PEQUENOS REPAROS – VÍCIO DE ORIGEM POR ADOÇÃO DE SISTEMA INDEVIDO – ANULAÇÃO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA com determinações e recomendações à Prefeitura Representada. V.U. (TC-022374.989.21-8, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini. Data de Publicação – DOE – 29/01/2022).

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. REGISTRO DE PREÇOS. SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO, REPARO E PINTURA, NÃO CARACTERIZADOS COMO PEQUENOS REPAROS. AFRONTA À SÚMULA Nº 32. ANULAÇÃO. PRAZO DE EXECUÇÃO COM CRITÉRIOS INADEQUADOS. PLANILHA ORÇAMENTÁRIA INCOMPLETA. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÕES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-022587.989.21-1, Relatora: Dr.^a Sílvia Monteiro. Data de Publicação – DOE – 10/02/2022).

6.2. 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 que⁶⁰:

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. (TC-002541/003/11, Relator: Dr. Samy Wurman. Data de Publicação: DOE – 24/11/2011)

⁶⁰ 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.

É importante observar que o § 3º inciso II do art. 15 da Lei 8666/1993 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 7.892/2013, que regulamenta o sistema de registro de preços em âmbito federal, quanto o Decreto nº 63.722/2018, utilizado na 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.

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 10.192/2001 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 dele, 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 advindos**⁶¹.

Independente disso, toda e qualquer alteração deve ser muito bem documentada e baseada em documentação probatória que dê lastro, não só ao evento que gerou a distorção, mas também ao eventual percentual aplicado, sob pena de não se mostrar apropriado e sofrer reprimendas pelos órgãos de controle.

O tema, sob a égide da NLLC, será resumidamente tratado no item 6.4 deste manual.

6.3. O “carona”.

⁶¹ TC-012459.989.18-2, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 12/07/2018.

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, temos que:

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 3.931/2001, 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 7.892/2013, que traz a mesma autorização em seu art. 22. De igual modo, o Decreto nº 63.722/2018, 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 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)

Sobre esse tema, a SDG emitiu o Comunicado SDG 27/2013, à oportunidade: *“O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo COMUNICA que, em face da Lei Federal nº 12.816, de 5 de junho de 2013, Estado e Municípios poderão aproveitar registros de preços realizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Referido aproveitamento fica limitado àqueles registros de preços que objetivem “aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais, inclusive quando empregados recursos próprios”, conforme disposto no artigo 6º de aludida Lei.”*

A respeito da SÚMULA 33, citada no item 6.1, deste Manual⁶², destacamos trechos do r. Voto do E. Relator, em decisão proferida pelo E. Tribunal Pleno em sede de Embargos de Declaração⁶³, que bem ilustra o entendimento desta Corte de Contas:

TC-008437.989.21-3 e Outros.

[...]

Considerando-se, pois, o teor do que se apresentava nestes Embargos de Declaração, esta Relatoria entendeu estar justificado o uso do art. 213 do RITCESP ao caso dos autos, razão pela qual foram submetidos os presentes Embargos de Declaração à análise e manifestação do **Sr. Secretário-Diretor Geral**, o que se deu, em suma, na seguinte conformidade:

[...]

No âmbito desta Corte de Contas, consolidou-se o entendimento expresso na citada Súmula nº 33 tendo em perspectiva a ausência de previsão acerca do “carona” na Lei Federal nº 8.666/93 e a interpretação, com base no disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal [nota de rodapé omitida], de que dependeria de lei a instituição de aludida figura, não podendo ser autorizada por meio de decreto, como, v.g., prelecionado na r. decisão proferida no TC-000608/007/09 [nota de rodapé omitida], que constituiu um dos julgados que fundamentou a criação do enunciado na referida Súmula, conforme citação efetuada por esta Diretoria em parecer exarado nos TCs 025627.989.20-5, 025658.989.20-7, 025660.989.20-3 e 025664.989.20-9, para o qual me reporto.

Entretanto, ao contrário do regramento anterior, a Lei Federal nº 14.133/2021 passou a discorrer de forma pormenorizada sobre os procedimentos a serem empregados no Sistema de Registro de Preços, tendo estabelecido em seu art. 86 o que segue, vipsis litteris:

[transcrição omitida]

Vê-se, pois, que a nova Lei de Licitações e Contratos consigna permissão à adesão posterior a atas de registro de preços lançadas pelos governos Federal, Estadual ou

⁶² **SÚMULA 33** – 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.

⁶³ TC-008437.989.21-3 e Outros. Decisão de 28/04/2021. Acórdão publicado no DOE de 15/05/2021 com trânsito em julgado em 24/05/2021. Relator E. Substituto de Conselheiro Auditor Antonio Carlos dos Santos.

Distrital, eliminando a controvérsia anteriormente existente acerca da figura do “carona”, motivada pela falta de previsão na Lei Federal nº 8.666/93.

Posto isso, tendo em perspectiva que o prelecionado na Súmula nº 33 decorreu de entendimento jurisprudencial consolidado ao longo do tempo, para preenchimento de lacuna legal então existente, que, agora, restou superada pelo advento da Lei Federal nº 14.133/2021, e considerando, ainda, que, no caso, trata-se de registro de preços lançado por órgão Estadual, com previsão de adesão posterior à ata de registro de preços também consignada no Decreto Estadual nº 63.722/2018 [nota de rodapé omitida], penso não ser o caso de aplicação da Súmula nº 33, deste Tribunal, na presente situação.

Digo isso, pois, mesmo que a Lei Federal nº 8.666/93 ainda se encontre vigente por mais dois anos, podendo ser aplicada pelos órgãos públicos, nesse meio tempo, em seus procedimentos licitatórios, é fato que o referido regramento não contempla previsão acerca da figura do “carona” em sistema de registro de preços, e que a Lei Federal nº 14.133/2021, mesmo que não seja adotada de imediato, contempla novas diretrizes que, na lacuna da legislação anterior, deverão servir de norte para a Administração Pública e para os órgãos judiciais e de controle, até porque, invariavelmente, deverão ser seguidas por todos decorridos dois anos da data de publicação da nova Lei.

Assim, e tendo em conta, ainda, o disposto nos arts. 20, caput, e 22, caput, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) [nota de rodapé omitida], compreendo não ser o caso de determinação de retificação da previsão de adesão posterior à ata de registro de preços contida no item 15 dos editais em apreço.

Sem embargo, reputo necessário seja mantida a determinação contida na r. decisão embargada no sentido de que, in verbis, seja providenciada ‘a abertura de prazo suficiente para a manifestação de interesse de órgãos e entidades a participar antecipadamente destas licitações e de suas correspondentes atas de registro de preços’, haja vista que, consoante noticiado nos autos dos TCs 025627.989.20-5, 025658.989.20-7, 025660.989.20-3 e 025664.989.20-9, e considerado na r. decisão proferida em aludidos feitos, os órgãos municipais não foram formalmente contactados para manifestarem interesse em participar dos certames, não obstante conste tal

determinação no Decreto Estadual nº 63.722/2018 [nota de rodapé omitida].

Nesse contexto, manifesto-me pelo conhecimento e, quanto ao mérito, pelo acolhimento parcial dos presentes Embargos de Declaração, recebendo-os, excepcionalmente, com efeitos infringentes, para o fim da reforma da r. decisão embargada no que tange à imposição de retificação do item 15 dos editais em apreço, mantendo-se, no entanto, a determinação de concessão de prazo suficiente para a manifestação de interesse de órgãos e entidades que queiram participar antecipadamente destas licitações e de suas correspondentes atas de registro de preços, nos termos do Decreto Estadual nº 63.722/2018.”

O tema, à luz da NLLC, será resumidamente tratado no item 6.4 a seguir.

6.4. O SRP na Lei Federal nº 14.133/2021.

A NLLC em seu artigo 78 consolidou o sistema de registro de preços como um “procedimento auxiliar”, bem como definiu que o mesmo, tal quais os demais ali listados, deverá obedecer a critérios claros e objetivos a serem definidos em regulamento.

Assim, incontestemente a necessidade de regulamentação sobre o tema.

Outro norte trazido pela NLLC está no artigo 40 e se assemelha ao estabelecido no artigo 15, II da Lei nº 8.666/1993, ao estabelecer que, quando pertinente, processamento das compras se dê por meio de sistema de registro de preços.

No artigo 82 da NLLC foram delineadas as regras básicas de um edital de licitação para registro de preços, inclusive no tocante à obrigatoriedade de dispor sobre **as condições para alteração de preços registrados** e no artigo 83 reforçou-se a ideia de que há o compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, mas não a obrigação da Administração contratar, sendo facultada, ainda, a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, desde que devidamente motivada.

Dentre as novidades trazidas pela NLLC no tocante ao tema está o prazo de validade da ata de registro de preços que antes era limitada há 12 meses, mas segundo o artigo 84, será de **1 ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.**

Destacamos, ainda, a possibilidade trazida pelo artigo 85 da NLLC ao permitir a adoção do sistema de registro de preços para execução de

obras e serviços de engenharia, desde que atendidos os requisitos estabelecidos em seus incisos I e II.

A figura do “carona” é tratada na NLLC em vários parágrafos do artigo 86 e nela são denominados como “**não participantes**”, sendo que segundo o inciso XLVIX o órgão ou entidade não participante é aquele que “*não participa dos procedimentos iniciais da licitação para registro de preços e não integra a ata de registro de preços*”, destacando-se que esse procedimento está limitado a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na condição de **não participantes**, desejarem aderir ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora **federal, estadual** ou **distrital**, conforme estabelecido no § 3º do artigo 86.

Numa leitura *ipsis literis* da NLLC observa-se uma **vedação à adesão “carona” em atas de registro de preços gerenciadas por órgão ou entidade municipal**.

Os limites de aquisição dos “**não participantes**” impostos nos §§ 4º e 5º do artigo 86 da NLLC podem ser assim resumidos:

CARONA	
Por órgão / entidade	< 50% do quantitativo da ata
Total de adesões	<= 200% do quantitativo da ata

Importante destacar, ainda, que com relação às exceções daquele limite previsto no § 5º do artigo 86 (<=200% do quantitativo da ata) temos as disposições contidas nos §§ 6º e 7º do mesmo artigo que trazem:

§ 6º A adesão à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora do Poder Executivo federal por órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital e municipal poderá ser exigida para fins de transferências voluntárias, não ficando sujeita ao limite de que trata o § 5º deste artigo se destinada à execução descentralizada de programa ou projeto federal e comprovada a compatibilidade dos preços registrados com os valores praticados no mercado na forma do art. 23 desta Lei.

§ 7º Para aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, a adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da Saúde não estará sujeita ao limite de que trata o § 5º deste artigo.

Destacamos, por oportuno, a novidade introduzida pela NLLC que é a possibilidade de utilização do sistema de registro de preços nas

hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade, consoante estabelecido em seu artigo 82, § 6º, bem como para locação de bens tratada no conceito *sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras*, inciso XLV do artigo 6º.

7. Os efeitos das sanções de declaração de idoneidade 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 8.666/1993) tem seus 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 8.666/1993 e no art. 7º da Lei nº 10.520/2002), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

Mesma posição foi adotada na NLLC no artigo 156, vez que o § 4º define que a sanção de “impedimento de licitar e contratar” (inciso III, do *caput*) impedirá o responsável de licitar ou contratar no **âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo** que tiver aplicado a sanção, pelo **prazo máximo de 3 (três) anos**⁶⁴, ao passo que no § 5º fixa que a “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” (inciso IV, do *caput*) impedirá o responsável de licitar ou contratar no **âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos**, pelo **prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos**.

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** que traz:

“Em procedimento licitatório, não pode a Administração

⁶⁴ Importante destacar que o art. 163 da NLLC estabeleceu, condições para reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, dentre as quais destacamos a contida no inciso III (**transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento para licitar e contratar**, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade).

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.”.

A título de exemplo é conveniente destacarmos que tal entendimento é observado nas minutas padrão preparadas pela PGESP que na qualificação 4.1.3. *Qualificação econômico-financeira, observa:*

a.2) Caso o licitante esteja em recuperação judicial ou extrajudicial, deverá ser comprovado o acolhimento do plano de recuperação judicial ou a homologação do plano de recuperação extrajudicial, conforme o caso.

Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 980/2019, que exclui, do inciso II do art. 31 da Lei nº 8.666/1993, 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.*

Sobre esse tema este Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, reportou no documento, PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LICITAÇÕES PÚBLICAS – ENTENDIMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO *Participation of companies undergoing judicial reorganization in public tenders – understandings of the São Paulo State Court of auditors and the Federal Court of Accounts* **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | vol. 14/2020 | p. 283 - 302 | Jul – Set / 2020 DTR\2020\11605, em breve síntese.**

O Tribunal Paulista possui súmula sobre o tema: “Súmula 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.” (g.n.) Participação de empresas em recuperação judicial em licitações públicas – entendimentos do Tribunal de contas do Estado de São Paulo e do Tribunal de Contas da União Página 2 Trata-se de entendimento sumular aprovado pela Resolução 10/2019 (DOE de 15.12.2016) e mantido pela Resolução 5/2019/TCE-SP (DOE 18.07.2019). Foram muitos os julgados da Corte Paulista que serviram de fundamento para sua edição.

1. Em linhas gerais, o Tribunal defende que a empresa em recuperação não está, a priori, inapta para ser contratada pela Administração Pública; poderá apresentar o plano de recuperação, homologado pelo juízo competente;

2. Que demonstre sua capacidade de cumprir as obrigações contratuais. No entender da Corte Paulista, portanto, a inexistência de certidão negativa de falência ou recuperação judicial não pode impedir a empresa de participar do certame licitatório – o fato de estar em recuperação não comprova, de antemão, a incapacidade econômica para concluir o objeto do ajuste subscrito com o poder público. Nos termos da decisão proferida pelo Plenário do TCE-SP em Sessão de 30.9.2015”.

Na NLLC a “habilitação econômico-financeira” está tratada no artigo 69 que fixa a documentação máxima a ser exigida para fins de demonstração da aptidão econômica do licitante, dentre as quais destacamos, por pertinência ao tema aqui abordado, o inciso II do *caput* que traz:

II – certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

9. Participação de cooperativas.

A Lei Federal nº 12.690/2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho, em seu art. 10, § 2º, estabelece que elas não podem ser impedidas de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seus objetos sociais.

O art. 5º da mesma Lei, por sua vez, traz a vedação de que a cooperativa seja utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

A Administração pode contratar serviços prestados por cooperativa,

desde que esta não figure como mera intermediária de mão de obra.

Alinhadas à determinação legal são várias as decisões desta Corte de Contas⁶⁵, dentre as quais citamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS MÉDICOS. INDEVIDA PREVISÃO DE PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA À PARTICIPAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS. PROCEDÊNCIA.

1. A prestação de serviços de atendimento médico à rede pública é incompatível com o regime das cooperativas em face do disposto no art. 5º da Lei Federal 12.690/12

2. À luz da disciplina de complementaridade estabelecida na Lei Federal nº 8.080/90, as entidades sem fins lucrativos pactuam com entes federativos por meio de instrumentos próprios (convênios, termos de parceria ou contratos de gestão), distintos, portanto, da relação jurídica obrigacional delineada no presente caso. (TC-11455.989.21-0, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 04/08/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. NÃO ADMITIDA. PRECEDENTES UNÂNIMES. QUESTÃO INCONTROVERSA. RETIFICAÇÃO DETERMINADA. PARTICIPAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS. HIPÓTESE VEDADA EXPRESSAMENTE PELO EDITAL. PARCIALMENTE PROCEDENTE. (TC-021306.989.21-1, Relator: Dr. Samy Wurman. Data de Publicação: DOE – 26/11/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇOS MÉDICOS. PARTICIPAÇÃO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS E ASSOCIAÇÕES CIVIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA. (TC-022323.989.21-0, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 03/02/2022)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ATENDIMENTO TELEFÔNICO, ATENDIMENTO DIGITAL. INDEVIDA PREVISÃO DE PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. RESTRIÇÃO GEOGRÁFICA PARA CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. INDEVIDA HIPÓTESE DE SUSTAÇÃO DE PAGAMENTOS EM FACE DE INTERCORRÊNCIAS EM OUTROS AJUSTES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-000643.989.22-1 e TC-000918.989.22-9, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE –

⁶⁵ TC-008214.989.18-8, TC-006749.989.19-0, TC-024767.989.20-5, TC-011455.989.21-0, TC-021306.989.21-1, TC-022323.989.21-0, TC-000643.989.22-1, TC-000918.989.22-9, entre outros.

26/02/2022).

A seguir destacamos trecho do relatório que embasou o acórdão expedido nos autos do TC-008214.989.18-8, referente à edital que tinha como objeto a contratação de serviços médicos e que permitia a participação de cooperativas:

2.4 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 12.690/12, 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-008389.989.17-9⁶⁶ e TC-010649.989.17-5⁶⁷”. (TC-008214.989.18-8, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 28/04/2018)

É importante rememorar que decisões anteriores desta e. Corte foram no sentido de que deveria constar vedação editalícia expressa da participação de cooperativas, conforme exemplos que seguem:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS E ASSOCIAÇÕES. PRAZO PARA INÍCIO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. PROCEDÊNCIA.

[...]

2. Consoante jurisprudência deste Tribunal a vedação à participação de cooperativas, em objetos com relação de subordinação, deve constar expressamente do edital.

[...]

(TC-018084.989.20-1, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 17/09/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. COOPERATIVAS E

⁶⁶ Tribunal Pleno, sessão de 19-07-17, Relator e. Conselheiro DIMAS RAMALHO.

⁶⁷ Tribunal Pleno, sessão de 04-10-17, Relator e. Conselheiro Substituto SAMY WURMAN.

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. PROVA DE EXPERIÊNCIA. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. CORREÇÕES DETERMINADAS COM RECOMENDAÇÃO.

1. O edital deverá ser retificado para fins de constar a impossibilidade da participação de sociedades não empresárias, em face das características da contratação e natureza dos serviços.

[...]

(TC-026508.989.20-9, Relatora: Dr.^a Sílvia Monteiro. Data de Publicação: DOE – 03/03/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. SERVIÇOS MÉDICOS COMPLEMENTARES AO SUS. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS E ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DEVE VIR EXPRESSA NO EDITAL. EXIGÊNCIA DE INDICAÇÃO DE EQUIPE TÉCNICA NA FASE DE HABILITAÇÃO. CLÁUSULA QUE DEVE SER SUBSTITUÍDA POR DECLARAÇÃO FORMAL DE DISPONIBILIDADE. ALVARÁ SANITÁRIO OU LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. DOCUMENTOS CUJA EXIGÊNCIA SE JUSTIFICA SOMENTE COMO CONDIÇÃO PARA A HABILITAÇÃO JURÍDICA DAS LICITANTES. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE. (TC-024767.989.20-5, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 17/02/2021)

Todavia, entendimentos mais recentes deste Tribunal de Contas do Estado de São Paulo caminham no sentido de que a simples ausência de vedação editalícia expressa não constitui permissivo para participação das cooperativas, consoante várias decisões⁶⁸ dentre as quais citamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS MÉDICOS NA ESPECIALIDADE DE ANESTESIOLOGIA. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS E ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS. RECOMENDAÇÃO. EXIGÊNCIA, COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO, DE DIVERSOS DOCUMENTOS DOS PROFISSIONAIS QUE EXECUTARÃO OS SERVIÇOS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AFRONTA À SÚMULA Nº 50. FALTA DE POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO A POSTERIORI DA REGULARIDADE TRABALHISTA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE

⁶⁸ TC-011975.989.20-3, TC-019027.989.20-1, TC-019737.989.20-2, TC-019865.989.20-6, TC-007707.989.21-6, entre outros.

PEQUENO PORTE. SUBSCRIÇÃO DO EDITAL PELO PREGOEIRO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Inobstante seja imprópria em contratações de serviços médicos a participação de associações sem fins lucrativos e cooperativas, a ausência de proibição específica no edital não corresponde a uma permissão implícita para a presença dessas entidades na disputa. (TC-007707.989.21-6, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 01/05/2021)

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 (LRF), 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.⁶⁹

Nesse contexto, o Decreto nº 55.938/2010 (com as alterações promovidas pelo Decreto nº 57.159/2011), que regulamenta a matéria no Estado de São Paulo, permite a participação de sociedades cooperativas em licitações.

Todavia o § 1º do mesmo dispositivo legal dispõe que tal permissivo não se aplica aos casos em que a execução do objeto 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 12.690/2012, 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, tal como comentado alhures, esta Corte de Contas tem aceitado⁷⁰ 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 a contratada.

Neste mesmo sentido seguiu a Súmula nº 281 do Tribunal de Contas

⁶⁹ **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.

⁷⁰ TC-006158.989.15-2, TC-013413.989.16-1, TC-007130.989.17-1 e TC-007379.989.17-1, TC-016283.989.18-4.

da União – TCU⁷¹.

10. Habilitação.

A habilitação é a verificação do conjunto de informações e documentos necessários, suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, fixadas no edital.

Na Lei nº 8.666/1993 o tema está relacionado no artigo 27 e tratado nos artigos 28 a 31 e se subdividem em habilitação jurídica (art. 28), regularidade fiscal e trabalhista (art. 29), qualificação técnica (art. 30) e qualificação econômico-financeira (art. 31). Além disso, deverá ser observado o disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal⁷², sendo que, ao estabelecer esses quesitos o gestor público, na análise do objeto, poderá dispensá-los, no todo ou em parte, nos casos estabelecidos no § 1º do art. 32 da Lei nº 8.666/1993⁷³.

Na lição de Hely Lopes Meirelles (199, p. 126):

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 responsabilidade do contrato.

A habilitação deve estar em acordo com o objeto e as regras de mercado. Muitas das impugnações junto a este TCESP vêm de solicitações na qualificação técnica em desacordo com essas regras que inibem participações de empresas.

Decisões e Súmulas deste Tribunal sobre esta matéria devem ser pesquisadas, com o fito de não ocorrer atrasos desnecessários, colocando em risco a programação do certame e incorrendo a

⁷¹ 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.

⁷² Que proíbe 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.

⁷³ § 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

Administração em contratações emergenciais ou atrasos na execução de serviços ou no abastecimento.

Neste ponto é importante destacar que a Administração busque a **responsabilização de quem deu causa a esse tipo de situação**.

Com relação às exigências relativas à habilitação este Tribunal de Contas consolidou seu entendimento através da edição das Súmulas nº 15, 17, 18, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 37, 38, 42, 43, 48, 49 e 50 que serão tratadas quando pertinentes a cada quesito de habilitação.

Frise-se também 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 taxa⁷⁴, nos termos do § 5º do artigo 32 da Lei nº 8.666/1993.

Convém ressaltar que o rol de possíveis exigências de qualificação técnica e econômico-financeira previstas nos artigos 30 e 31 da Lei 8.666/1993 não implicam em obrigatoriedade de imposições, mas discricionariedade na escolha, consoante decidido por esta Corte de Contas no TC-009550.989.21-4, a seguir transcrito:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. AMOSTRAS. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. REGULARIDADE FISCAL. HABILITAÇÃO JURÍDICA. FALTA DE CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA NA HIPÓTESE DE ATRASO NO PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DE FICHA TÉCNICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

2. O rol de possíveis exigências de qualificação técnica e econômico-financeira previstas nos artigos 30 e 31 da Lei 8.666/93 não implicam em obrigatoriedade de imposições, mas discricionariedade na escolha;

[...]

(TC-009550.989.21-4, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 02/06/2021)

Na NLLC o tema está delineado no artigo 62 e é composto por I – jurídica, II – técnica, III – fiscal, social e trabalhista e IV – econômico-

⁷⁴ Nesse sentido a decisão do processo nº TC-016630.989.18-4.

financeira.

Os artigos 63 a 65 da NLLC trazem as disposições a serem observadas na fase de habilitação, dentre as quais destacamos aquelas estabelecidas no artigo 63⁷⁵.

10.1. Habilitação jurídica.

Dentre citações doutrinárias a respeito de habilitação jurídica, destacamos aquele que a define como: “a *aptidão efetiva* para exercer direitos e contrair obrigações, com responsabilidade absoluta ou relativa por seus atos”. (MEIRELLES, 2001, p. 280)

A documentação passível de ser exigida consta do rol contido no art. 28 da Lei nº 8.666/1993.

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.

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. (TC-000030.989.17-2 e TC-000120.989.17-3, Relator: Dr. Josué Romero. Data de Publicação: DOE – 21/03/2017)

Neste mesmo sentido seguiram diversas outras decisões desta e. Corte de Contas, dentre as quais destacamos:

⁷⁵ **Art. 63** – Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições: I – poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação, e o declarante responderá pela veracidade das informações prestadas, na forma da lei; II – será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento; III – serão exigidos os documentos relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado e IV – será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas.

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LOCAÇÃO DE AMBULÂNCIAS ZERO QUILOMETRO. INSTALAÇÃO DE SEDE OU SUBSEDE DA CONTRATADA NO MUNICÍPIO. REGISTRO NA VIGILÂNCIA SANITÁRIA. PRAZO DE ENTREGA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO.

Considerando tratar-se de condição para o exercício da atividade, a previsão de cadastro do licitante na vigilância sanitária deve ser deslocada para as exigências de habilitação jurídica, nos termos do inciso V do artigo 28 da Lei nº 8.666/93.

[...]

(TC-016044.989.20-0, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 18/08/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PÃES. LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. FICHA REGISTRO. LAUDOS. AVALIAÇÃO DE AMOSTRAS. CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. V.U.

[...]

3. A exigência de licença de funcionamento deve compor a documentação relativa à habilitação jurídica;

[...]

(TC-004665.989.21-6, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 16/03/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS DE COLETA, TRANSPORTE, TRATAMENTO E DISPOSIÇÃO DE RESÍDUOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS REPRESENTAÇÕES.

Requisição de Alvará Sanitário para demonstração de capacitação jurídica de executar atividade dependente de prévia autorização de órgão regulador é permitida no inciso V do artigo 28 da Lei nº 8.666/93.

[...]

(TC-014234.989.21-8 E TC-014360.989.21-4 –, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data de Publicação: DOE – 18/09/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. REGISTRO DE PREÇO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ADAPTADO. AMBULÂNCIA-UTI. OBJETO CERTO E DETERMINADO. VALOR DE MERCADO E QUANTIDADE DEFINIDOS. BINÔMIO INCERTEZA/ EVENTUALIDADE DE FORNECIMENTO AUSENTE. INVIABILIDADE DE REGISTRO DE PREÇOS. NULIDADE INCIDENTAL. EXIGÊNCIA DE CERTIFICADOS E REGISTROS NA VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REQUISITOS POSSÍVEIS DESDE QUE DESLOCADOS COMO CONDIÇÃO DE CONTRATAÇÃO. LICENÇA DE FUNCIONAMENTO.

POSSIBILIDADE COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO JURÍDICA. NO MÉRITO, REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. (TC-015622.989.21-8, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 17/03/2022)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. TOMADA DE PREÇOS. SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA ROÇADA MECANIZADA, ROÇADA MANUAL, CAPINAÇÃO, LIMPEZA URBANA E SERVIÇOS GERAIS. EXIGÊNCIA ANTECIPADA DE GARANTIA. ILEGAL. CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 38. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO. LIMITE. ARTIGO 31, § 3º DA LEI 8.666/93. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. ADMISSÍVEL. ARTIGO 28, V, DA LEI 8.666/93. HABILITAÇÃO JURÍDICA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. LICENÇA EXPEDIDA PELO IBAMA PARA PORTE E USO DE MOTOSSERRA. PROVA DE QUE AS LICITANTES POSSUAM PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS – PPRA E PROGRAMA DE CONTROLE MÉDICO DE SAÚDE OCUPACIONAL – PCMSO. SEM PREVISÃO NO ARTIGO 30 DA LEI 8.666/93. EXIGÊNCIA DE PLANO PRELIMINAR DE RECRUTAMENTO E DE SELEÇÃO DOS COLABORADORES. ILEGAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

3. Em procedimento licitatório, admissível a exigência de alvará de funcionamento, na conformidade do artigo 28, V da Lei 8.666/93, entre os documentos de habilitação jurídica;

[...]

(TC-021833.989.21-3, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 16/12/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. SUBSCRIÇÃO DO EDITAL POR DELEGADO FORMALMENTE DESIGNADO. ATRIBUIÇÕES DO PREGOEIRO. EXTRAPOLAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS LEGAIS. OMISSÃO DO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL E APRESENTAÇÃO DE PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS. SUFICIENTE ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO ENTRE O REGIME DE EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO E A SISTEMÁTICA DE ADJUDICAÇÃO POR LOTES. DISPONIBILIZAÇÃO DA PLANILHA ORÇAMENTÁRIA NOS AUTOS ADMINISTRATIVOS. INDICAÇÃO EXPRESSA DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NO INSTRUMENTO CONTRATUAL. EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA COM EXCESSO DE FORMALISMOS. CERTIDÃO DE QUITAÇÃO PERANTE ÓRGÃO DE CLASSE. AUSÊNCIA DE AFRONTA À SÚMULA TCESP 28 NO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO DE PROFISSIONAL INSCRITO EM DETERMINADO CONSELHO DE CLASSE DURANTE A

VIGÊNCIA DO AJUSTE. ALVARÁ/LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. EXIGÊNCIA LEGAL PARA ATUAÇÃO DA LICITANTE. FATOR REDUTOR DO PAGAMENTO. ILEGALIDADE. JURISPRUDÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

3. Para fins de habilitação jurídica, a exigência de apresentação de alvará de funcionamento pressupõe a demonstração de que o documento constitui exigência do Poder Público para o funcionamento da licitante.

[...]

(TC-023750.989.21-2 e TC-023840.989.21-4, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data de Publicação: DOE – 03/03/2022)

Assim, diversas são as regulamentações que versam sobre autorizações de funcionamento, alvarás e outros documentos que perfazem condição *sine qua non* para que a licitante possa exercer suas atividades comerciais e, dentre elas, fornecer à Administração Pública.

A sua observância é obrigatória sob pena de estar exercendo atividade irregular, daí a Administração pública exigir tal cumprimento em nada extrapola o permissivo legal contido no artigo 28 da Lei nº 8.666/1993.

Na NLLC a habilitação jurídica está tratada no artigo 66 e traz que:

A habilitação jurídica visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, **quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.**

Destacamos a parte final daquela previsão legal para evidenciar que ela reflete o entendimento já consolidado desta Corte de Contas no tocante ao tema.

10.2. Regularidade fiscal e trabalhista.

A regularidade fiscal se refere ao atendimento das exigências do Fisco no âmbito federal, estadual e/ou municipal relativos ao domicílio ou sede do licitante e pertinente aos tributos que recaem sobre o objeto licitado. A regularidade deverá ser comprovada mediante apresentação de prova de regularidade através de certidões negativas ou, ainda,

certidões positivas com efeito de negativa⁷⁶.

Já a regularidade trabalhista corresponde à inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, também a ser comprovada pelas certidões instituídas pela Lei Federal nº 12.440/2011.

Lembrando que o próprio § 2º do supracitado dispositivo legal possibilita a apresentação Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com os mesmos efeitos da CNDT quando verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa.

No âmbito do Fisco da União a Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 1.751/2014 e alterações, vigente, prevê que 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 (ITR), 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 naquelas situações previstas no art. 5º da citada Portaria nº 1.751/2014.

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 negativa⁷⁷.

⁷⁶ Nos termos do artigo 206 do Código Tributário Nacional (Lei Federal nº 5.172/1966) que traz: “Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.”.

⁷⁷ TC-007465.989.16-8, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE - 17/05/2016.

Entendimento anterior desta Corte de Contas seguia no sentido de que a exigência de comprovação de regularidade perante as fazendas estadual e/ ou municipal, quando pertinente em decorrência da natureza do objeto, não poderia constar de forma genérica no edital. Tal como decidido nos autos do TC-002237.989.19-9, conforme trecho do relatório que a seguir destacamos:

2.5. 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.

Em decorrência daquele entendimento foi expedido o seguinte acórdão:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS. GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. ESTIMATIVAS MENSIS DE CONSUMO. COMPROVAÇÃO DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO. REGULARIDADE FISCAL. CLÁUSULA PENAL POR ATRASO NOS PAGAMENTOS. PROCEDÊNCIA – V.U.

[...]

3. O edital deve identificar os tributos sobre os quais exige a demonstração de regularidade, guardada a devida pertinência ao objeto em disputa;

[...]

(TC-002237.989.19-9, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 07/03/2019)

Todavia, decisões mais recentes caminham no sentido de que ao reproduzir disposição exata contida no artigo 29 da Lei nº 8.666/1993 a Administração não incorre em ilegalidade, contudo na análise da documentação apresentada deve observar a demonstração pertinente

ao ramo de atividade dos interessados e a compatibilidade com o objeto licitado.

Nesta linha seguiram as decisões que ora destacamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL FORNECIMENTO DE LICENÇAS DE PROGRAMAS DE INFORMÁTICA. AUSÊNCIA DE REGRAS DE PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS APENADAS COM IMPEDIMENTO E SUSPENSÃO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO. EXIGÊNCIA DE FIRMA RECONHECIDA EM PROCURAÇÃO PARA CREDENCIAMENTO. SANEAMENTO DE DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. REGULARIDADE TRABALHISTA. REGULARIDADE FISCAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS, IMPUGNAÇÕES E RECURSOS APENAS MEDIANTE PROTOCOLO PRESENCIAL. DESARRAZOADO. DIVULGAÇÃO NO EDITAL DAS CARACTERÍSTICAS DO BANCO DE DADOS PARA CONVERSÃO. PROVA DE CONCEITO. AVALIAÇÃO RESTRITA AOS RECURSOS ESSENCIAIS DA SOLUÇÃO PROPOSTA. CRITÉRIOS OBJETIVOS DE AVALIAÇÃO. DIVULGAÇÃO PRÉVIA DA COMPOSIÇÃO DA COMISSÃO RESPONSÁVEL PELA AVALIAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

4. Não há ilegalidade nos requisitos de regularidade fiscal expressos no edital de licitação nos exatos termos do artigo 29 da Lei 8.666/93;

[...]

(TC-006333.989.21-8, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 23/04/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. AMOSTRAS. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. REGULARIDADE FISCAL. HABILITAÇÃO JURÍDICA. FALTA DE CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA NA HIPÓTESE DE ATRASO NO PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DE FICHA TÉCNICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

3. Não há ilegalidade nos requisitos de regularidade fiscal expressos no edital de licitação nos exatos termos do artigo 29 da Lei 8.666/93. Não é responsabilidade da Administração discriminar quais os tributos que devem ter sua regularidade fiscal comprovada, mas compete à empresa proponente apresentar os comprovantes relativos aos tributos que incidem sobre a sua atividade;

[...]

(TC-009550.989.21-4, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 02/06/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA. TÉCNICA E PREÇO. SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. VISITA TÉCNICA. ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO. REGULARIDADE FISCAL. ORÇAMENTO. EFEITOS DAS SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E/OU CONTRATAR. CONSÓRCIOS. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRATIVO DE ÍNDICES CONTÁBEIS. PRAZO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Não há ilegalidade nos requisitos de regularidade fiscal expressos no edital de licitação nos exatos termos do artigo 29 da Lei 8.666/93. Não é responsabilidade da Administração discriminar quais os tributos que devem ter sua regularidade fiscal comprovada, mas compete à empresa proponente apresentar os comprovantes relativos aos tributos que incidem sobre a sua atividade;

[...]

(TC-013181.989.21-1, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 04/11/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. SERVIÇOS MÉDICOS. REGULARIDADE FISCAL. TRIBUTOS IMOBILIÁRIOS. RESTRITIVA. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 104, III DA LEI COMPLEMENTAR Nº 709/93. PROCEDÊNCIA.

1. Em editais de licitação, os requisitos de regularidade fiscal expressos no edital nos termos do artigo 29 da Lei 8.666/93 não são considerados ilegais, porém, a Administração deve se limitar a aferir a habilitação das licitantes apenas quanto aos tributos que tenham incidência sobre a atividade e o objeto licitado;

[...]

(TC-021092.989.21-9, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 08/12/2021)

O tema “regularidade fiscal, social e trabalhista” está tratado no artigo 68 da NLLC, ali constando o rol de documentos que poderão ser exigidos, sendo que o § 2º estabelece que a comprovação de atendimento do disposto nos incisos III⁷⁸, IV⁷⁹ e V⁸⁰ do caput daquele

⁷⁸ Regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

⁷⁹ IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

⁸⁰ V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

artigo deverá ser feita na forma da legislação específica, ou seja, novamente a NLLC reforça entendimento desta e. Corte de Contas.

10.3. Qualificação técnica.

A qualificação técnica consiste num conjunto de comprovações relativas à capacitação técnico-profissional e na qualificação técnico-operacional, sendo que o primeiro se refere ao profissional enquanto o segundo é pertinente à empresa.

É importante lembrar que ao delimitar as condições a serem observadas pelas empresas licitantes a Administração deve cuidar para que as exigências de qualificação técnica e econômica sejam aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, segundo estampado no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

No caso de obras e serviços de engenharia, a respeito da comprovação do registro profissional dos licitantes registrados em Conselhos Regionais de outros Estados, o TCESP editou a Súmula nº 49, que traz:

SÚMULA Nº 49 – Em procedimento licitatório, o visto do Conselho Regional 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.

Com relação à qualificação técnico-operacional é importante destacar que, segundo entendimento desta e. Corte de Contas, é vedada a exigência de CAT – Certidão de Acervo Técnico para fins de

comprovação da aptidão da empresa, consoante exemplos que ora citamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. SERVIÇOS DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E LIMPEZA URBANA. PLANILHA DE CUSTOS. BDI. DATA BASE. FONTE DE PREÇOS. ENCARGOS SOCIAIS. CAPITAL SOCIAL. CONTADOR. ÍNDICES CONTÁBEIS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. QUANTITATIVO DE VEÍCULOS. IDADE DA FROTA. INCONGRUÊNCIA ENTRE DISPOSIÇÕES. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES. RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL. CONTÊINERES; PLANO DE TRABALHO. DEMAIS INSURGÊNCIAS NÃO PROSPERAM. PROCEDÊNCIA PARCIAL. V.U.

[...]

6. Necessidade de exclusão da exigência de atestado acompanhado de CAT (Certidão de Acervo Técnico);

[...]

(TC-017602.989.20-4 TC-017697.989.20-0 TC-017784.989.20-4 TC-018065.989.20-4 TC-018215.989.20-3 TC-018511.989.20-4 TC-018521.989.20-2 TC-018523.989.20-0 e TC-018619.989.20-5, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 26/09/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA. TÉCNICA E PREÇO. SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. VISITA TÉCNICA. ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO. REGULARIDADE FISCAL. ORÇAMENTO. EFEITOS DAS SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E/OU CONTRATAR. CONSÓRCIOS. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRATIVO DE ÍNDICES CONTÁBEIS. PRAZO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

5. A exigência de apresentação de CAT – Certidão de Acervo Técnico emitida pelo CREA junto ao correspondente atestado fornecido para comprovação da capacidade técnica operacional é desarrazoada e contrária ao artigo 30, inciso II e § 1º da Lei 8.666/93 e à súmula nº 24 deste E. Tribunal; (TC-013181.989.21-1, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 04/11/2021)

Importante salientar que o artigo 55 da Resolução Confea nº 1.025/2009 veda a emissão de Certidão de Acervo Técnico (CAT) em nome de pessoa jurídica, conforme transcrito a seguir:

Art. 55. É vedada a emissão de CAT em nome da pessoa

jurídica.

Parágrafo único. A CAT constituirá prova da capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica somente se o responsável técnico indicado estiver a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico.

Salientamos que esse também é o entendimento exarado pelo Tribunal de Contas da União – TCU consoante explicitado no Acórdão 470/2022 – Plenário⁸¹.

Ainda, nessa mesma linha segue a Orientação Interpretativa nº 01.19 do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo que traz:

OI-MPC/SP n.º 01.19: Para comprovação da capacidade técnico-operacional da empresa, não é permitida a exigência de apresentação de Certidão de Acervo Técnico (CAT).

Temos, ainda, que 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 8.666/1993) 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 equipe**⁸².

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

⁸¹ 9.6.1 Exigência de atestado registrado no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea) para comprovação da capacidade técnico-operacional da empresa (item 5.4.5.1. do edital), em desacordo com a legislação vigente, haja vista que o CAT (Certidão de Acervo Técnico) é o documento oficial do Crea apto a fazer prova da capacidade técnica do profissional, mas não da empresa licitante, conforme o art. 5º da Resolução 1.025/2009 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea);

⁸² Teor das decisões dos processos TC-022504/026/11, TC-022808/026/11, TC-022924/026/11, TC-000706/005/11, TC-029738/026/09, TC-032534/026/08 e TC-032535/026/08.

engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de 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.

Assim, a exigência de Certidão de Acervo Técnico (CAT) somente é aceita para fins de comprovação da qualificação técnico-profissional e deverá ser exigida pela Administração para dar cumprimento ao contido na Súmula nº 23 desta e. Corte de Contas, consoante decidido, a exemplo, nos processos TC-024479.989.21-2 e TC-024545.989.21-2, que trazem:

EMENTA: EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL. IMPUGNAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS. QUALIFICAÇÕES TÉCNICO-PROFISSIONAL E OPERACIONAL. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO. FORMA DE APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS. PLANILHA ORÇAMENTÁRIA. VISITA TÉCNICA. PARCIALMENTE PROCEDENTES.

[...]

2. Para fins de qualificação técnico-profissional, cabe à Administração explicitar que seu aperfeiçoamento ocorrerá mediante a apresentação de Certidão de Acervo Técnico – CAT, conforme Súmula n.º 23 desta Corte. (TC-024479.989.21-2 e TC-024545.989.21-2, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 30/03/2022)

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)⁸³.

No que pese o entendimento sumulado por esta e. Corte de Contas ainda persistem demandas de representações criticando a requisição de experiência em atividade específica, como por exemplo, a que citamos a seguir:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DE VIÁRIO DE LIGAÇÃO, COM TRANSPOSIÇÃO DE CÔRREGO. REQUISIÇÃO DE EXPERIÊNCIA EM ATIVIDADE ESPECÍFICA. AFRONTA À SÚMULA Nº 30. IMPOSIÇÃO DE DECLARAÇÃO QUE DENOTA DISPONIBILIDADE PRÉVIA DAS INSTALAÇÕES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-021551.989.20-5, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 17/11/2020)

É vedada, ainda, pela jurisprudência desta Corte⁸⁴, a limitação do número máximo ou mínimo de atestados e/ou certidões a serem apresentados, sendo possível o somatório deles para fins de comprovação dos quantitativos mínimos de execução de objetos similares e das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo⁸⁵ do objeto da licitação, conforme as exigências do edital.

Excepcionalmente pode ser admitida a limitação do número de atestados e/ou certidões, quando tecnicamente justificável⁸⁶.

⁸³ 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.

⁸⁴ Por exemplo, nas decisões dos processos TC-040823/026/07, TC-005815/026/09 e TC-018013.989.18-1.

⁸⁵ A disposição está contida no § 2º do artigo 30 da Lei nº 8.666/1993.

⁸⁶ 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

Esta Corte tem reconhecido, desde que devidamente justificado, 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 momento⁸⁷. 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).

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**”, desde que haja justificativa técnica referente à complexidade do objeto ou as peculiaridades dos locais de execução que demandem tal exigência.

Neste sentido destacamos algumas decisões que recriam a exigência de visita técnica desprovida dos elementos acima mencionados:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LIMPEZA URBANA. AGLUTINAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA PÚBLICA COM OPERAÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO E CONSTRUÇÃO DE CONTAINERS ENTERRADOS. RESTRITIVA. OFENSA AO ARTIGO 23, § 1º DA LEI 8.666/93. MEMÓRIA DE CÁLCULO DE ÍNDICES CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA NO ARTIGO 31 DA LEI 8.666/93. REQUISIÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR EM LOCAIS ESPECÍFICOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 30, § 5º DA LEI 8.666/93 E DESATENÇÃO À SÚMULA Nº 30 DESTE E. TRIBUNAL. VISITA TÉCNICA OBRIGATÓRIA SEM A COMPROVAÇÃO DE COMPLEXIDADE QUE JUSTIFIQUE A IMPOSIÇÃO. RESTRITIVA. CRITÉRIOS DE IDADE MÁXIMA DE FROTA. ADOÇÃO DOS PADRÕES CONTÁBEIS DE DEPRECIÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. V.U. (TC-012406.989.20-2, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 25/08/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. LOCAÇÃO DE CAMINHÕES E MÁQUINAS PESADAS E EQUIPAMENTOS. INDEVIDA ADOÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. AFRONTA À SÚMULA Nº 31. NECESSÁRIA SEGREGAÇÃO DO OBJETO. VISITA TÉCNICA.

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).

⁸⁷ Foi esse o entendimento nas decisões dos processos TC-008532/026/10, TC-006169/026/10, TC-014343/026/09, TC-004238.989.15-6, TC-012583.989.18-1.

EXIGÊNCIA INCOMPATÍVEL COM O OBJETO. EXIGUIDADE NO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DOS BENS. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES QUANTO AOS VALORES DAS APÓLICES DE SEGURO. INCONGRUÊNCIAS NO TERMO DE REFERÊNCIA. IDADE MÁXIMA DA FROTA DEVE SER TÉCNICAMENTE JUSTIFICADA. INADEQUADA REQUISICÃO DE ATESTADOS ACOMPANHADOS DE NOTAS FISCAIS. VÍCIO INSANÁVEL. ANULAÇÃO. – Inaplicável a adoção do sistema de registro de preços para a locação de máquinas e equipamentos quando evidenciada a continuidade e previsibilidade da execução pretendida (Súmula nº 31). (TC-008851.989.21-0, TC-008949.989.21-4, TC-009190.989.21-0 e TC-009223.989.21-1, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 29/06/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. FORNECIMENTO E ENTREGA PARCELADA PONTO A PONTO DE CARNE PARA A ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. VISITA TÉCNICA. EXCESSIVA REQUISICÃO DE VISTORIA A TODAS AS UNIDADES ESCOLARES. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO LAUDO BROMATOLÓGICO. AFRONTA À SÚMULA Nº 42. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-004575.989.21-5, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 30/03/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. REMOÇÃO DE ÁRVORES E PODA DE COPA. VISITA TÉCNICA OBRIGATÓRIA. ACEITÁVEL. EXIGÊNCIA DE VEÍCULO PARA A FISCALIZAÇÃO DA CONTRATANTE. DESARRAZOADA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A visita técnica constitui diligência prevista no artigo 30, inciso III da Lei 8.666/93 e sua obrigatoriedade se justifica quando os serviços forem prestados em áreas de riscos geológicos, com condições peculiares tanto de acesso como de execução;

[...]

(TC-021967.989.21-1, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 08/12/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. LIMPEZA DE PRÉDIO, MOBILIÁRIO E EQUIPAMENTOS ESCOLARES. VISITA TÉCNICA OBRIGATÓRIA. OBJETO DESPROVIDO DE COMPLEXIDADE. PROCEDÊNCIA. (TC-007027.989.22-7, TC-007321.989.22-0 e TC-007238.989.22-3, Relator: Dr. Robson Marinho. Data de Publicação: DOE – 29/03/2022)

Há situações, ainda, em que a Administração apesar de facultar a “visita técnica” exige o comparecimento das empresas licitantes para retirada de declaração neste sentido, conforme exemplo que citamos a

seguir:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E PAVIMENTAÇÃO URBANA. REGISTRO DE PREÇOS. SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA. PLANEJAMENTO DO CERTAME. DIMENSIONAMENTO DO OBJETO. DECLARAÇÃO DE VISITA TÉCNICA. INSUFICIÊNCIA DE DADOS PARA ELABORAÇÃO DE PROPOSTAS. VÍCIOS DE ORIGEM. ANULAÇÃO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

2. Indevida exigência de que as licitantes que optarem por não realizar a visita técnica, compareçam na Prefeitura para retirada de declaração. (TC-007529.989.21-2, Relator: Dr. Robson Marinho. Data de Publicação: DOE – 11/06/2021)

Cabendo ressaltar, ainda, que mesmo diante de justificativa técnica que evidencie a necessidade indubitável da imposição de exigência de “visita técnica” a Administração deve observar o teor da Súmula nº 39 deste Tribunal de Contas que traz:

SÚMULA Nº 39 – Em procedimento licitatório, é vedada a fixação de data única para realização de visita técnica.

Ainda com relação à “visita técnica” é sólido entendimento desta Corte no sentido de que faculta aos licitantes a indicação do profissional que realizará a visita, sem a obrigatoriedade de que seja o responsável técnico da empresa⁸⁸, dentre aquelas várias decisões destacamos a que segue:

EMENTA: VISITA TÉCNICA. REQUISIÇÃO EXORBITANTE. OBJETO DE BAIXA COMPLEXIDADE. DESNECESSIDADE DE INSPEÇÃO EM TODAS AS UNIDADES ESCOLARES DESTINATÁRIAS DOS SERVIÇOS. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO.

1. A exigência de visita técnica é admitida desde que atendidos os seguintes requisitos: (i) demonstração da imprescindibilidade da diligência; (ii) possibilidade de que a visita seja realizada por preposto da empresa e não necessariamente pelo engenheiro responsável pela obra; e (iii) não seja estabelecido prazo exíguo.

[...]

(TC-009567.989.21-5, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues.

⁸⁸ Nesse sentido, são exemplos as decisões dos processos TC-009567.989.21-5, TC-000433.989.18-3, TC-000449.989.18-5, TC-012959.989.16-1, TC-333/009/11, TC-000444/010/10, TC-000202/013/10 e TC-000921/009/09.

Data de Publicação: DOE – 11/06/2021)

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.

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.

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.

Na NLLC as qualificações “técnico-operacional” e “técnico-profissional” estão abordadas no artigo 67, constando ali o rol de documentos que podem ser exigidos para fins de comprovação.

Uma das novidades da NLLC consta do § 1º daquele mesmo artigo, vez que definiu quais seriam as parcelas de maior relevância **ou** valor significativo como sendo aquelas as que tenham **valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação**.

Importante observar que o § 2º permitiu a exigência de atestados em quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de maior relevância ou valor significativo, o que se mostra alinhado ao entendimento desta Corte de Contas externado através da Súmula nº 24.

Aquele mesmo § 2º trouxe vedação expressa no tocante à exigência referente à limitação de tempo e de locais específicos relativas aos atestados, o que, em suma, mantém a disposição contida no § 5º do artigo 30 da Lei nº 8.666/1993.

10.4. Qualificação econômico-financeira.

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

À luz da Lei nº 8.666/1993 a qualificação econômico-financeira está tratada no artigo 31, onde consta o rol de documentos que podem ser

exigidos para fins de comprovação.

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 conformam com esses parâmetros, em razão das especificidades da atividade econômica relacionada ao objeto do certame.

Neste sentido seguiu a decisão que ora destacamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS. ÍNDICE ECONÔMICO-FINANCEIRO. EXIGUIDADE DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE LAUDOS.

1. Na fixação de índices econômico-financeiros deve haver compatibilidade e adequação ao ramo de atividade ou segmento de mercado em que atuam as licitantes;

[...]

(TC-023558.989.20-8, TC-023661.989.20-2, TC-023761.989.20-1, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 09/02/2021)

É conveniente lembrar a orientação traçada por esta Corte, por meio do Comunicado SDG nº 05/2019⁸⁹ (TCA-18484/026/15) que traz:

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

⁸⁹ Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 21, de 01/02/2019.

concomitante da execução contratual.

No caso de contratações com predominância de mão de obra mostra-se salutar que a Administração exija a apresentação do índice de liquidez, observadas as recomendações acima, vez que a futura contratada deverá arcar com as despesas do primeiro mês da prestação de serviços, antes de começar a receber do contratante.

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.

Dentre os vários acórdãos sobre o tema destacamos os que seguem, vez que elucidam e abordam todas as principais decisões desta e. Corte de Contas:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS. CESTAS BÁSICAS. FICHA TÉCNICA. AVALIAÇÃO DAS AMOSTRAS. LAUDO BROMATOLÓGICO. BALANÇO PATRIMONIAL. ASSINATURA POR CONTADOR. DEMAIS INSURGÊNCIAS NÃO PROSPERAM. PROCEDÊNCIA PARCIAL. V.U

[...]

5. Devem ser admitidas demonstrações contábeis ou financeiras, assinadas tanto por contador, como por contabilistas legalmente habilitados. (TC-017989.989.20-7 e TC-018201.989.20-9, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 15/09/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. BALANÇO PATRIMONIAL. DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DE SUBSCRIÇÃO POR PROFISSIONAL CONTADOR. VEDAÇÃO AO PROTOCOLO DE IMPUGNAÇÕES AO EDITAL E APRESENTAÇÃO DE RECURSOS POR MEIO ELETRÔNICO. HABILITAÇÃO JURÍDICA. EXIGÊNCIA DE CÉDULA DE IDENTIDADE DOS SÓCIOS DE EMPRESAS. REGULARIDADE FISCAL. CONDIÇÃO QUE NÃO SE CONFORMA COM O ARTIGO 29 DA LEI DE LICITAÇÕES. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. ESPECIFICIDADE CONTRÁRIA À NORMA. EXIGÊNCIAS CONTRÁRIAS ÀS SÚMULAS Nº 23 E 24 DESTE TRIBUNAL. ORÇAMENTO REFERENCIAL. DEFASAGEM. DESCRITIVO DE SERVIÇOS. LACUNAS. CORREÇÕES DETERMINADAS. PROCEDÊNCIA. (TC-022376.989.20-8 e TC-022526.989.20-7,

Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 24/02/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO. ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO NÃO CONDIZENTE COM O SEGMENTO DE MERCADO. PROCEDÊNCIA.

A fixação dos índices econômico-financeiros, notadamente em relação ao grau de endividamento, deve guardar pertinência com o ramo de atividade da empresa licitante, a fim de aferir sua boa situação financeira e verificar se é suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, em conformidade com o disposto no § 5º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93. (TC-004765.989.21-5, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 30/03/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE ALUNOS. PROPRIEDADE PLENA DE VEÍCULOS. RESTRIÇÃO INDEVIDA. EXÍGUO PRAZO PARA PROVA DE DISPONIBILIDADE DE FROTA DE ÔNIBUS E DE PESSOAL. OFENSA AO ART. 30, § 6º, DA LEI 8.666/93. VISITA TÉCNICA EM DATA ÚNICA. AFRONTA À SÚMULA Nº 39. ÍNDICES CONTÁBEIS SUBSCRITOS PELO CONTADOR. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL E PROCEDÊNCIA. (TC-015659.989.21-4, TC-015669.989.21-2 e TC-015703.989.21-0, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data de Publicação: DOE – 02/09/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA. TÉCNICA E PREÇO. SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. VISITA TÉCNICA. ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO. REGULARIDADE FISCAL. ORÇAMENTO. EFEITOS DAS SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E/OU CONTRATAR. CONSÓRCIOS. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRATIVO DE ÍNDICES CONTÁBEIS. PRAZO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

2. Na demonstração da qualificação econômico-financeira, a requisição de demonstrativos de índices contábeis, assinados pelo contador responsável, é excessiva e extrapola as previsões do artigo 31, inciso I e §§ 1º e 5º, da Lei 8.666/93;

[...]

(TC-013181.989.21-1, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 04/11/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO

PRESENCIAL. CESSÃO DE USO E SUPORTE TÉCNICO DE SOFTWARE COM SISTEMA DE GESTÃO PÚBLICA ESPECIALIZADO EM RPPS. DESCABIDA A EXIGÊNCIA DE ASSINATURA DA MEMÓRIA DE CÁLCULO POR CONTADOR CHEFE DA LICITANTE. EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA INDEVIDAS. CABÍVEL A APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS TAMBÉM POR MEIO DE PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. EXIGUIDADE DO PRAZO ESTIPULADO PARA REALIZAÇÃO DA PROVA DE CONCEITO. NECESSÁRIO PERMITIR A ÔFERTA DE IMPUGNAÇÕES E RECURSOS TAMBÉM POR MEIO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DEVE SER EXPRESSO. PLANILHA ORÇAMENTÁRIA DEVE CONTER VALORES UNITÁRIOS PARA TREINAMENTO. CRITÉRIOS PARA DEMONSTRAÇÃO DO SISTEMA DEVEM SER OBJETIVOS E RAZOÁVEIS. INDEVIDA A EXIGÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE FIRMA EM PROCURAÇÃO PARA FINS DE CREDENCIAMENTO. ESTRUTURA DE DADOS PARA CONVERSÃO E MIGRAÇÃO DEVE CONSTAR DO EDITAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-014683.989.21-4, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 25/09/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. LICENCIAMENTO DE USO DE SOFTWARE DE GESTÃO PÚBLICA, EM AMBIENTE NUVEM. CONDIÇÕES CONTRÁRIAS À LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RETIFICAÇÃO DO EDITAL.

Indevidas exigências de assinatura com firma reconhecida, de requisição de apresentação de documentação contábil assinada por contador, além de excesso de informações requisitadas nos atestados de capacidade técnica e, ainda, necessidade de revisão nas condições previstas sobre proposta técnica, visita, treinamento, modelo de proposta, serviços de migração de dados e prova de conceito. (TC-001606.989.22-6, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini. Data de Publicação: DOE – 26/03/2022)

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 através da Súmula nº 37, que traz:

SÚMULA Nº 37 – Em procedimento licitatório para contratação de serviços de caráter continuado, 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.

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 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. (TC-018518.989.18-1, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE- 30/08/2018)

Já nas licitações para concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo expediu a Súmula nº 43 que traz:

SÚMULA Nº 43 – Na licitação 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.

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 razões que constaram no processo TC-014610/026/10, cujo trecho a seguir destacamos:

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 econômico-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 econômico-financeira. (TC-014610/026/10, Relator: Dr. Eduardo Bittencourt Carvalho. Data de Publicação: DOE – 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.

A qualificação econômico-financeira está tratada na NLLC no artigo 69, onde consta o rol de documentos que podem ser exigidos para fins de comprovação da referida qualificação.

Fazemos referência ao item 8 deste manual no tocante às limitações de participação às empresas em recuperação judicial.

Destacamos a disposição contida no § 5º do referido artigo 69, que traz vedação expressa quanto à exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da

licitação, vez que se mostra alinhado ao entendimento externado há muito por esta e. Corte de Contas.

Ademais o *caput* do artigo 69 estabelece que a comprovação deverá ser de forma objetiva, por coeficientes e índices previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório.

A vista do exposto sobre a habilitação sob a Lei nº 8.666/1993 é imperioso trazermos que na NLLC é regra a fase de habilitação ser posterior à do julgamento, podendo anteceder, sob justificativa e autorização da autoridade competente. Esse tema está nos artigos 62 a 70 da referida Lei.

Traz novos procedimentos que orientam a padronização de editais. No entanto, mantem-se outros que já foram objeto de Súmulas e decisões deste tribunal. É necessário, portanto, que os editais tragam as exigências de habilitação e qualificações observando com o rigor necessário as regras comerciais, as jurisprudências, súmulas e decisões deste TCE, com as devidas justificativas, tal como recomendado para os certames sob a Lei nº 8.666/1993, com vistas à celeridade do certame.

O teor do artigo 58 da NLLC estabelece que poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação, não superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação, devolvida aos licitantes no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação, o que se mostra, no tocante ao prazo de apresentação, alinhado à Súmula nº 38 desta Corte de Contas.

Cumpra rememorar que nos termos do § 3º do artigo 58 da NLLC a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para contratação implicará execução do valor integral da referida garantia.

Os documentos de habilitação devem ser restritos aqueles definidos na NLLC.

Assim, o tema “habilitação” está disposto nos **artigos 62 a 70 da NLLC** e uma análise sobre eles é necessária com vistas a identificar alterações/inclusões dispostas neste tema comparadas às Leis em trânsito para revogação, notadamente com o objetivo de serem anotados os dispositivos permanentes na padronização de editais, os que devem ser objeto de customização, em cada caso concreto e os que precisam de regulamentos específicos à sua operacionalização.

A documentação referida no **Capítulo VI da NLLC** poderá ser apresentada em original ou cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pelo Contratante substituída por registro

cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que autorizado a provisão no edital e que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto na NLLC.

Nos termos do inciso III do artigo 70 da NLLC a documentação constante daquele Capítulo VI poderá ser dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas compras para pesquisa e desenvolvimento até o valor estabelecido naquele inciso.

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 8.666/1993 e a Lei nº 8.987/1995⁹⁰ facultam à Administração permitir a participação de empresas em consórcio em certames licitatórios.

Neste momento é importante rememorar que à luz da Lei nº 8.666/1993⁹¹ e da Lei nº 8.987/1995⁹² a admissão de participação de empresas consorciadas deve estar no texto do edital, ou seja, é a exceção. Enquanto sob a égide da NLLC a vedação deve estar expressa no edital⁹³, ou seja, é a regra.

Este Tribunal de Contas já decidiu por inúmeras vezes que se insere no poder discricionário da Administração permitir ou não a participação de empresas reunidas em consórcio, tal como nos processos cujo trecho a seguir destacamos:

2.2 De início, afasto a crítica à vedação de participação de empresas reunidas em consórcio, já que assente o entendimento desta Casa no sentido de que se trata de prerrogativa inserida no âmbito da discricionariedade do Administrador. (TC-006204.989.18-0, TC-006341.989.18-4 e TC-006644.989.18-8, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 19/04/2018)

⁹⁰ Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

⁹¹ Art. 33. **Quando permitida** na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (gn).

⁹² Art. 19. **Quando permitida**, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (gn).

⁹³ Art. 15. **Salvo vedação** devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica **poderá** participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas: (gn).

3.2 Excetuo desse entendimento a queixa relacionada à vedação à participação de empresas reunidas em consórcio, eis que assente o entendimento desta Corte no sentido de que esta possibilidade é prerrogativa que se encontra no âmbito da discricionariedade do Administrador. (TC-000907.989.18-0, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 19/04/2018)

6. Rememoro, ainda, que esta Corte, em reiteradas oportunidades, já se posicionou no sentido de que vedar a participação de empresas reunidas em consórcio é prerrogativa que se insere no âmbito do exercício da competência discricionária do Administrador. (TC-021846.989.20-0, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 22/09/2020)

Embora inserido no campo da discricionariedade da Administração, conforme mencionado anteriormente, é necessário que conste dos autos justificativas para eventual vedação, consoante decidido por esta e. Corte de Contas:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXECUÇÃO DE OBRAS E OPERAÇÃO DO ATERRO SANITÁRIO E ATERRO DE RESÍDUOS INDUSTRIAIS. DESAJUSTE NAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. DESATENÇÃO ÀS SÚMULAS 24 E 30 DESTA TRIBUNAL. DESARMONIA NA COMPOSIÇÃO DO OBJETO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA PARA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS E À SUBCONTRATAÇÃO. EXIGUIDADE DO PRAZO ESTIPULADO PARA LICENCIAMENTO AMBIENTAL. EXIGUIDADE DO PRAZO PARA DISPONIBILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS, MÁQUINAS E VEÍCULOS. ANTECIPAÇÃO DA POSSE/PROPRIEDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. PROCEDÊNCIA. (TC-012188.989.20-6, TC-012314.989.20-3 e TC-012394.989.20-6, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 16/10/2020)

A Administração ao permitir a participação de empresas reunidas em consórcio deve refletir no edital as regras desta participação, **especialmente no tocante aos requisitos de habilitação, na conformidade do art. 33 da Lei nº 8.666/1993.**

Neste sentido seguiram as decisões que a seguir destacamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA. ILUMINAÇÃO PÚBLICA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. DISCRICIONARIEDADE. CONSÓRCIOS. SUBCONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

PARTICIPAÇÃO. REGULARIDADE FISCAL. SOMA DE ATESTADOS. OBSERVÂNCIA ÀS SÚMULAS DESTE TRIBUNAL. AFERIÇÃO DA EXEQUIBILIDADE DAS PROPOSTAS. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. REGRAS PARA ASSEGURAR INDENIZAÇÃO À PARTE CONTRATANTE. ENQUADRAMENTO DE ME/EPP. CONVOCAÇÃO DE LICITANTES REMANESCENTES. VÍCIOS NÃO CONFIRMADOS. DETALHAMENTO DO BDI NAS PROPOSTAS COMERCIAIS. CRITÉRIOS DE REAJUSTE. RETIFICAÇÕES DETERMINADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Determinando à Representada que providencie, nos termos do quanto aqui exposto, as seguintes retificações no Edital da Concorrência Pública nº 07/2021:

a) redimensionar o instrumento naquilo que reflete sobre a forma de participação de consórcios, especialmente para fazer constar os requisitos de habilitação, na conformidade do art. 33 da Lei Federal nº 8.666/93;

[...]

(TC-014707.989.21-6, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 21/10/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. SERVIÇOS DE COLETA, REMOÇÃO E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS DOMICILIARES. INDEVIDA A REQUISIÇÃO DE PROVA DE EXPERIÊNCIA EM RELAÇÃO À PARCELA PASSÍVEL DE SUBCONTRATAÇÃO. DESCABIDA A EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL. IMPRESCINDÍVEL O DETALHAMENTO DE CARACTERÍSTICAS QUE IMPACTEM NA FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS. NECESSÁRIA A ELABORAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE PLANILHA ORÇAMENTÁRIA DE CUSTOS UNITÁRIOS NO CASO DE CONCORRÊNCIA. IDADE MÁXIMA DA FROTA DEVE SER ESTIPULADA EM PATAMAR COMPATÍVEL COM OS PADRÕES DE DEPRECIAÇÃO CONTÁBIL DO BEM. NECESSÁRIA A EXPLICITAÇÃO DAS REGRAS QUANTO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. TRANSBORDA DA LEI Nº 8.666/93 A EXIGÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DE SPE EM CASO DE CONSÓRCIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÕES. ALERTAS.

Determinando que a Representada se digne a realizar ampla revisão de seu edital, com a finalidade de:

[...]

VI) explicitar as regras para participação de empresas reunidas em consórcio, particularmente incluindo disposições para habilitação em tal situação, bem como afastando a imposição de constituição de SPE em caso de consórcio. (TC-005277.989.21-6, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE –

25/05/2021)

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 6.404/1976).

A Lei nº 8.666/1993 prevê responsabilidade solidária das consorciadas pelos atos praticados na licitação e na execução do contrato⁹⁴ e a Lei nº 8.987/1995 prevê responsabilidade solidária das consorciadas pelo cumprimento do contrato de concessão⁹⁵, 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 contrato⁹⁶.

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 consórcio⁹⁷.

Além das decisões citadas no parágrafo anterior destacamos a seguinte:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL. CANALIZAÇÃO DE CÔRREGO E CRIAÇÃO DE PARQUE LINEAR CONTÍGUO. LIMITE AO NÚMERO DE EMPRESAS PARTICIPANTES DE CONSÓRCIOS. PRERROGATIVA DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. ELEIÇÃO DE PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA DESTITUÍDAS DE COMPLEXIDADE EXECUTIVA E VALOR SIGNIFICATIVO. INDEVIDA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE INTERESSADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS REPRESENTAÇÕES. (TC-010880.989.21-5, TC-010881.989.21-4, TC-010882.989.21-3, TC-011169.989.21-7, TC-011182.989.21-0, TC-011184.989.21-8, TC-011186.989.21-6 e TC-

⁹⁴ Artigo 33, inciso V da Lei nº 8.666/1993.

⁹⁵ Artigo 19, § 2º da Lei nº 8.987/1995.

⁹⁶ Artigo 20 da Lei nº 8.987/1995.

⁹⁷ 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.

011253.989.21-4, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data de Publicação: DOE – 16/07/2021)

No tocante às exigências para habilitação de consórcios, o inciso III do art. 33 da Lei nº 8.666/1993 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, as quais foram objeto de explanação no relatório de lavra do Exmo. Auditor Dr. Samy Wurman, cujos trechos pertinentes transcrevemos a seguir:

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 x 0,70) + (R\$ 50,00 x 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, 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 com 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. (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: Dr. Samy Wurman. Data de Publicação: DOE – 12/11/2016)

Ainda no tocante à qualificação econômico-financeira, assim deliberou esta e. Corte de Contas:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS DE GESTÃO INTEGRADA DE SEGURANÇA PATRIMÔNIAL. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. ÍNDICES CONTÁBEIS. COMPROVAÇÃO DEVE SER INDIVIDUAL NO CASO DE CONSÓRCIOS. DIVERGÊNCIAS FORMAIS DEVEM SER SANADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A aferição da capacidade econômico-financeira de interessadas por meio da apresentação de índices contábeis deve ser feita, no caso de empresas reunidas em consórcio, de maneira individualizada por cada empresa. (TC-005916.989.21-3, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 26/05/2021)

O mesmo dispositivo legal (inciso III, art. 33, da Lei nº 8.666/1993) 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.

Caminhou neste sentido o entendimento desta Corte, conforme trecho que destacamos a seguir:

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. (TC-007585/026/07, TC-007832/026/07, TC-008007/026/07 e TC-009064/026/07, Relator: Dr. Cláudio Ferraz De Alvarenga, Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 117, p. 105, fev./jun. 2007)

Nesse mesmo 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 processo⁹⁸.

No âmbito desta e. Corte de Contas não raras as licitações que são objeto de representação referente à aglutinação de objetos distintos e que dentre os pontos considerados restritivos destaca-se a vedação à subcontratação ou ainda **participação de empresas em reunidas em consórcio**.

Dentre essas decisões destacamos as que seguem:

EMENTA: EDITAL DE LICITAÇÃO. TRATAMENTO E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÉPTICOS. VEDAÇÕES À SUBCONTRATAÇÃO E À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. REGULARIDADE FISCAL.

A despeito do reconhecimento da viabilidade da contratação integrada do tratamento de diferentes espécies de resíduos, que demandam métodos distintos e específicos, assim como da destinação final dos mesmos, a vedação da subcontratação, em conjunto o impedimento da participação de empresas consorciadas, denota indevido obstáculo à competitividade do certame. (TC-018317.989.18-4, Relator: Dr. Márcio Martins Camargo. Data de Publicação: DOE – 23/10/2018)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA LOCAÇÃO DE SISTEMA DE INFORMÁTICA. INDEVIDA AGLUTINAÇÃO DE SERVIÇO DE HOSPEDAGEM DE DADOS/DATACENTER. VEDAÇÃO À SUBCONTRATAÇÃO E À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS

⁹⁸ TC-001386.989.12-3 e TC-001402.989.12-3, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE - 20/02/2013.

REUNIDAS EM CONSÓRCIO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ESSENCIAIS À ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS. REQUISIÇÃO DE DEMONSTRAÇÃO DA INTEGRALIDADE DO SISTEMA. AUSÊNCIA DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO SOFTWARE E DA COMPOSIÇÃO DA EQUIPE TÉCNICA DE AVALIAÇÃO. MODELO DE PROPOSTA DEVE DISTINGUIR ADEQUADAMENTE OS SERVIÇOS INICIAIS DAQUELES DE INCIDÊNCIA MENSAL. ESTABELECE O CRONOGRAMA DE PAGAMENTO DESTACANDO O PERÍODO DE IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA. AUSÊNCIA DE MENÇÃO AO ÓRGÃO INTERESSADO NA CONTRATAÇÃO E AO REGIME DE EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DESCUMPRIMENTO À DECISÃO ANTERIOR. MULTA. (TC-022829.989.20-1, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 24/11/2020)
EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. DEFINIÇÃO DO OBJETO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. MODELO DE PROPOSTA. PROCEDÊNCIA.

[...]

2. O critério de julgamento eleito deve ser reavaliado, segregando o objeto em lotes por tipo de resíduo ou, ainda, se mantido em agrupamento único, em relação à destinação final, deve ser franqueada a possibilidade de subcontratação (e/ou a admissão de consórcios), de modo a assegurar melhores condições de competitividade e ampliar a participação na disputa.

[...]

(TC-021736.989.20-3, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 13/11/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE IMPLANTAÇÃO DE CADASTRO TÉCNICO MULTIFINALITÁRIO, FORNECIMENTO DE SISTEMA DE INFORMAÇÃO GEOGRÁFICA E ATUALIZAÇÃO DA BASE DIGITAL CARTOGRÁFICA DO MUNICÍPIO. MODALIDADE INADEQUADA PARA O OBJETO LICITADO – VÍCIO DE ORIGEM. AGLUTINAÇÃO DO OBJETO SEM POSSIBILIDADE DE CONSÓRCIOS E SUBCONTRATAÇÃO. PROVA DE CONCEITO – CONDIÇÕES PARA REALIZAÇÃO – INCONGRUÊNCIAS. ANULAÇÃO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

2. Deve ser possibilitada a participação de empresas reunidas em consórcio ou a subcontratação para mitigar a restrição imposta pela aglutinação do objeto.

[...]

(TC-024951.989.20-1, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 11/02/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. FORNECIMENTO DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE. INADEQUADA AGLUTINAÇÃO DE SERVIÇOS DE LICENÇA DE SOFTWARE COM A AQUISIÇÃO DE CERTIFICADOS DIGITAIS (E-CPF). EXIGÊNCIA CONJUNTA DE DATACENTER SEM POSSIBILITAR SUBCONTRATAÇÃO E/ OU CONSÓRCIO. REQUISIÇÃO DE HABILITAÇÃO TÉCNICA EM AFRONTA À SÚMULA Nº 30. DEFICIÊNCIA DE INFORMAÇÕES PARA A DEMONSTRAÇÃO DO SISTEMA. DIVERSAS INCONGRUÊNCIAS NO EDITAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-009713.989.21-8 e TC-009741.989.21-4, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 09/06/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS DE LICENCIAMENTO DE USO DE PLATAFORMA INFORMATIZADA ON-LINE DE GESTÃO DA REDE DE SAÚDE PÚBLICA, COM IMPLANTAÇÃO, TREINAMENTOS, SUPORTE TÉCNICO E ASSESSORAMENTO. AGLUTINAÇÃO DE SERVIÇOS DISTINTOS NO OBJETO. DEFINIÇÃO DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS. INCONSISTÊNCIAS NO EDITAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. É desarrazoada a aglutinação no objeto de serviços distintos sem a possibilidade de participação de empresas reunidas em consórcio ou de subcontratação de parte do objeto;

[...]

(TC-015422.989.21-0, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 24/09/2021)

EMENTA: EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL. GARANTIAS EM FAVOR DA ADMINISTRAÇÃO. RESCISÃO CONTRATUAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. MODELO DE PROPOSTA. CAPACITAÇÃO DE USUÁRIOS. CONVERSÃO E MIGRAÇÃO DE DADOS. REUNIÃO DE SISTEMAS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MENOR PREÇO GLOBAL. PARCIALMENTE PROCEDENTES.

[...]

5. Em se tratando de sistemas de naturezas distintas, o objeto licitado deverá ser dividido em lotes específicos que reúnam apenas os sistemas interdependentes, ou, em caso de agrupamento de todos eles em um mesmo lote, mediante a eleição do critério de julgamento de menor preço global, deverá a Administração possibilitar a participação de empresas reunidas em consórcio e/ou a subcontratação de partes do escopo licitado.

[...]

(TC-006155.989.22-1 e TC-006206.989.22-0, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 14/04/2022)

É importante rememorar que na NLLC a justificativa das regras

pertinentes à participação de empresas em consórcio, deverá constar no estudo técnico preliminar, conforme estabelecido em seu artigo 18, inciso IX.

12. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

A Lei Complementar nº 123/2006 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 Civil⁹⁹, 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 8.538/2015 (aplicável aos órgãos da administração pública federal direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União).

⁹⁹ 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.

No que pese existir várias formas de comprovação de enquadramento, por vezes a Administração opta por apenas uma e isso tem ensejado manifestações contrárias por essa e. Corte de Contas, onde se tem determinado que seja admitida comprovação por todos os meios em direito admitidos, conforme exemplos que citamos a seguir:

EMENTA: Exame Prévio de Edital. 1. Exigência de índices contábeis sem comprovação de que os mesmos estão relacionados com o setor comercial do objeto posto em disputa – Comprovado – À míngua de justificativas técnicas e econômicas a Administração deve reavaliar a pertinência da exigência ou estipulá-la em parâmetros do setor empresarial que cuida o objeto da licitação – 2. Requisição de que as licitantes façam prova da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte em seu ato constitutivo – Desarrazoada – A Administração deve possibilitar a comprovação das interessadas licitantes como microempresa e empresa de pequeno porte por todos os meios admitidos pelo ordenamento jurídico vigente, mormente quanto ao que estabelece a Instrução Normativa nº 103, de 30/04/07, e ou a apresentação de Certidão Simplificada da Junta Comercial – [...]

(TC-001085.989.14-3, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 22/05/2014)

EMENTA: Exame Prévio de Edital – Exigência de emplacamento de veículos no Estado de São Paulo. Possibilidade. Subordinação à Lei Estadual nº 13.296/08. Vedação ao ingresso de empresas suspensas de licitar e contratar por qualquer órgão da Administração. Excesso contrário à Súmula nº 51 deste Tribunal. Enquadramento como ME ou EPP a ser comprovado por qualquer meio legalmente admitido. Regularidade perante a Fazenda Estadual restrita aos débitos inscritos na dívida ativa. Comprovação de experiência anterior em serviços idênticos. Dispositivo contrário à Súmula nº 24. Exigência de seguro. Necessidade de indicação do valor mínimo da cobertura. Veículos zero quilômetro. Restrição indevida à ampla competitividade. **Representação parcialmente procedente.** (TC-018419.989.18-1, Relator: Dr. Valdenir Antônio Polizeli. Data de Publicação: DOE – 02/10/2018)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. TIPO DE LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. MEIOS DE IMPUGNAÇÕES AO EDITAL E DE PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS. ABRANGÊNCIA DE EFEITOS DE SANÇÕES. COMPROVAÇÃO DO ENQUADRAMENTO COMO MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. REGULARIDADE FISCAL. DETERMINAÇÃO DE ANULAÇÃO. PROCEDÊNCIA

[...]

8. É irregular a limitação das formas documentais de

comprovação do enquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte para fruição dos benefícios legais em procedimentos licitatórios.

[...]

(TC-018273.989.20-2, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 17/09/2020)

Esta Corte de Contas Paulista emitiu em 13/08/2021 um parecer em resposta a consultas formuladas por meio dos processos TC-025128.989.20-9 e TC-025129.989.20-8¹⁰⁰, que apresenta a seguinte ementa:

CONSULTAS. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, COM AS ALTERAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/14. TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONSULTAS CONHECIDAS. MATÉRIA APRECIADA EM TESE. QUESITOS RESPONDIDOS.

Neste sentido recomendamos leitura do referido parecer, vez que foram respondidos vários quesitos, dentre os quais destacamos: *licitações exclusivas, cotas reservadas, participação de número mínimo de participantes, definição de fornecedor competitivo*, entre outros.

Além disso, é importante destacar que não são raras as vezes em que esta Corte de Contas recrimina editais que deixam de prever a comprovação *a posteriori* da regularidade referente aos débitos trabalhistas, como a exemplo do decido nos processos que citamos a seguir:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. SOLUÇÃO INTEGRADA PARA IMPLANTAÇÃO, TREINAMENTO, MANUTENÇÃO E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA AUTOMAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE. INDEVIDA AGLUTINAÇÃO DE SERVIÇOS ALHEIOS AO ESCOPO DO OBJETO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO E DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO. CARÊNCIA DE INFORMAÇÕES PARA A FORMULAÇÃO DAS PROPOSTAS. FALTA DE POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO A POSTERIORI DA REGULARIDADE TRABALHISTA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. PROCEDÊNCIA. (TC-019613.989.20-1, Relator: Dr. Sidney

¹⁰⁰ Disponível no link: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/834242.pdf - acesso em 19/4/2022.

Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 23/09/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. FORNECIMENTO DE CESTAS BÁSICAS. ESPECIFICAÇÕES EXCESSIVAS E INCOMUNS. FALTA DE POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO A POSTERIORI DA REGULARIDADE TRABALHISTA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. PROCEDÊNCIA. (TC-006331.989.21-0, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 13/04/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS MÉDICOS NA ESPECIALIDADE DE ANESTESIOLOGIA. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS E ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS. RECOMENDAÇÃO. EXIGÊNCIA, COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO, DE DIVERSOS DOCUMENTOS DOS PROFISSIONAIS QUE EXECUTARÃO OS SERVIÇOS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AFRONTA À SÚMULA Nº 50. FALTA DE POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO A POSTERIORI DA REGULARIDADE TRABALHISTA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. SUBSCRIÇÃO DO EDITAL PELO PREGOEIRO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. Inobstante seja imprópria em contratações de serviços médicos a participação de associações sem fins lucrativos e cooperativas, a ausência de proibição específica no edital não corresponde a uma permissão implícita para a presença dessas entidades na disputa. (TC-007701.989.21-6, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 01/05/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. EXIGÊNCIA DE PRIMEIRO EMPLACAMENTO E LICENCIAMENTO EM NOME DA PREFEITURA LICITANTE. RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REVENDEDORAS DE VEÍCULOS. FALTA DE POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO A POSTERIORI DA REGULARIDADE TRABALHISTA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. PROCEDENTE. (TC-020106.989.21-3, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 28/10/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE CONCRETO ASFÁLTICO. TAPA-BURACOS. EXPERIÊNCIA EM ATIVIDADE ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SUMULADA. DÉBITOS TRABALHISTAS. REGULARIZAÇÃO. MICROEMPRESA E EMPRESA DE

PEQUENO PORTE. PROCEDÊNCIA PARCIAL – FOI DETERMINADO:

[...]

c) admita a regularização de débitos trabalhistas de microempresas e empresas de pequeno porte na conformidade do art. 43 da Lei Complementar nº 123/06. (TC-022041.989.21-1, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 03/02/2022)

Na NLLC o tema está disciplinado em seu artigo 4º onde consta expressamente que se aplicam às licitações e contratos disciplinados pela Lei nº 14.133/2021 as disposições constantes dos artigos 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006.

Aquele mesmo artigo 4º estabeleceu no § 1º as hipóteses em que não são aplicadas aquelas disposições, a saber:

I – no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II – no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

Os §§ 2º e 3º do artigo 4º da NLLC estabeleceram que:

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.

Outras foram as previsões referentes às microempresas e empresas de pequeno porte contidas na NLLC dentre elas citamos a contida no artigo 141, § 1º, I, que versa sobre a possibilidade de alteração da ordem cronológica em situação de *pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa*

física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato.

No caso do procedimento de manifestação de interesse, procedimento auxiliar previsto no art. 78 e 81 da NLLC, o § 4º deste artigo define que esse poderá ser restrito a *startups*, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.

13. Análise e julgamento das propostas.

De pronto é conveniente reforçar que, independentemente do tipo de licitação adotado (tema tratado no item 15 deste manual), a contratada é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, nos termos do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993.

Desse modo a Corte de Contas Paulista emitiu o seguinte entendimento sumular:

SÚMULA Nº 10 – O preço final do produto ofertado pelos proponentes deve incluir os tributos e demais encargos a serem suportados pelo ofertante.

No tocante a certificações e laudos em procedimento licitatório esta E. Corte de Contas assim sumulou:

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.

SÚMULA Nº 42 – Nas aquisições de gêneros alimentícios, a apresentação de laudo bromatológico do produto, quando exigida, deve ser imposta apenas à licitante vencedora e mediante prazo suficiente para atendimento.

Assim, temos que 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, consoante*

deliberado nos autos do TC-012836.989.18-6¹⁰¹, entre outros.

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 evitada¹⁰².

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 nº 8.666/1993¹⁰³.

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 propósito¹⁰⁴.

Várias foram as decisões desta Corte de Contas, condenando, por exemplo, a imposição dos selos emitidos por órgãos não oficiais como IQB e ABRINQ¹⁰⁵.

No tocante às aquisições de **material escolar e de escritório** destaca-se o seguinte entendimento desta Corte acerca das comprovações de qualidade a serem exigidas:

*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.** (grifo nosso)*

¹⁰¹ Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data de Publicação: DOE - 20/07/2018.

¹⁰² Por exemplo, nas decisões dos processos TC-014505.989.16-0, TC-010550.989.15-6 e TC-014926.989.17-9.

¹⁰³ 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, a exemplos.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ TC-006958.989.16-2, TC-009157/026/11 e TC-005915.989.14-9, dentre outros.

Não são raras as decisões sobre esse tema, dentre as quais destacamos:

EMENTA: Exame Prévio de Edital. Licitação destinada a aquisição de material escolar. A descrição de determinado produto que não possua correspondência com os padrões de mercado, dependendo de encomenda, importa na sua separação em um lote um próprio ou em licitação específica. Não é cabível a exigência de apresentação de laudos complementares, no caso específico, comprovando que possuem níveis aceitáveis de Bisfenol-A (BPA), quando os produtos já possuem Certificação Compulsória expedida pelo INMETRO. Ausência de justificativas técnicas para aceitação unicamente de cadernos com espiral de plástico, devendo ser admitidos também materiais da espécie que possuam espiral de metal. Procedência parcial da Representação”. (TC-008811.989.18-5, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE, de 30/05/2018)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR. ESPECIFICAÇÃO DOS PRODUTOS. EXIGÊNCIA DE LAUDOS E CERTIFICAÇÕES. PROCEDÊNCIA. V.U.

1. Devem ser exigidas apenas as especificações mínimas necessárias para identificar o produto ou serviço, sem minúcias que não sejam padronizadas ou comprovadamente essenciais, facilitando a busca no mercado;

2. Cabe a exigência de certificações e laudos dos produtos apenas quando indispensáveis, sendo vedada a escolha de certificações específicas em detrimento de outras capazes de atender aos fins almejados”. (TC-015657.989.20-8, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE, de 31/07/2020)

EMENTA¹⁰⁶: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. PARA AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS, MATERIAIS ESCOLARES, EXPEDIENTE, DIVERSOS E AFINS. EXIGÊNCIA DE LAUDOS E CERTIFICAÇÕES. PRAZO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. V.U.

1. Cabe a exigência de certificações e laudos dos produtos apenas quando indispensáveis, sendo vedada a escolha de certificações específicas em detrimento de outras capazes de atender aos fins almejados;

¹⁰⁶ Foi determinado, ainda: – *que a Administração reveja a exigência de apresentação, pelo licitante, de cópia autenticada do laudo e autorização de uso emitido pelo fabricante do produto, titular do documento, comprovando conformidade com as normas da ABNT 15.236/2012, haja vista que a certificação é concedida somente a pedido dos fabricantes e não de revendedores; bem assim que realize ampla revisão das exigências relativas aos laudos, haja vista requisição não usual de “laudo laboratorial que comprove a utilização de aditivo antimicrobiano na extrusão da lâmina de pet reciclado” dos diários de classe bimestrais (lote 01).*

2. Deve ser concedido prazo razoável para apresentação de laudos requisitados”. (TC-016843.989.20-3, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE, de 31/07/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. ESPECIFICAÇÕES DO OBJETO. DIVISÃO EM LOTES. LAUDOS E CERTIFICAÇÕES. AMOSTRAS. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

4. É desarrazoada a exigência de laudos e certificações de qualidade para produtos submetidos à certificação compulsória pelo INMETRO;

5. Na compra de materiais escolares, tem caráter restritivo a exigência de Laudo de biodegradação, conforme Norma ASTM D 5511, pois se trata de norma internacional que, para o segmento "material escolar", não é comumente utilizada como requisito de especificação de produto;

6. O caráter facultativo de utilização das normas da ABNT/NBRs resulta na restritividade da exigência de laudos laboratoriais em conformidade com os referidos regramentos;

[...]

(TC-018112.989.21-5, TC-018133.989.21-0 e TC-018147.989.21-4, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE, de 04/11/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE KIT DE MATERIAL ESCOLAR. INDEVIDA EXIGÊNCIA DE LAUDOS DE CONFORMIDADE COM ABNT/ NBR 15236/2020 E 16040/2018 E LAUDO ATESTANDO NÍVEIS ACEITÁVEIS DE BISFENOL-A (BPA). DESCRIÇÃO RESTRITIVA DE ITENS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-022642.989.21-4, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE, de 15/12/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. SRP. ESPECIFICAÇÕES. INMETRO. LAUDO E CERTIFICAÇÕES. ANULAÇÃO E PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

3. A apresentação de laudo em conjunto com a certificação do INMETRO denota indevida restritividade ao certame, devendo ser possibilitada a apresentação de um ou de outro documento, de forma alternativa.

4. Irregular a exigência de laudo comprobatório dos níveis de “Bisfenol-A”, por falta de amparo legal.

5. O edital deverá permitir a apresentação de outras certificações ambientais equivalentes ou similares àquelas exigidas no certame. (TC-023770.989.21-8 e TC-023873.989.21-4, Relator: Dr. Robson Marinho. Data de Publicação: DOE, de 10/02/2022)

Com relação às aquisições de **pó de café**, destacamos a seguinte decisão:

*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.”. (grifo nosso)*

Neste mesmo processo foi expedido o seguinte acórdão:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PRAZO PARA ENTREGA DE DOCUMENTOS. DESCRIÇÃO DE PRODUTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Verificado prazo exíguo para a comprovação da “análise físico-química e microbiológica” de gêneros alimentícios, a demandar adequação da Prefeitura, que deverá levar em consideração o período necessário para a expedição do referido documento a contar de sua solicitação pelo interessado.

2. A restritividade da descrição de produto materializa desrespeito aos comandos do artigo 3º, inciso II, da Lei do Pregão, assim como ao artigo 7º, § 5º, da Lei de Licitações. (TC-008890.989.19-7, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 10/05/2019)

Fazemos referência ao item 3.1, VII, deste manual onde citamos várias decisões relativas à **aquisição de pneus** condenando a exigência de certificação ou laudos, além daqueles expedidos pelo Inmetro.

Quanto aos certificados temos ainda, por exemplo, decisões que condenam a exigência exclusiva de Selo de Inspeção Federal (SIF) na **aquisição de carnes bovinas, suínas e de frango** em detrimento às hipóteses de apresentação àqueles expedidos por Serviço de Inspeção Municipal – SIM ou ainda pelo Serviço de Inspeção Estadual – SISP, conforme exemplos que citamos a seguir:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL.

REGISTRO DE PREÇOS PARA A AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO EXCLUSIVAMENTE NO SERVIÇO DE INSPEÇÃO FEDERAL – SIF. PRAZO EXÍGUO PARA A APRESENTAÇÃO DE LAUDO BROMATOLÓGICO. INDEFINIÇÃO NO PRAZO PARA PAGAMENTO. PROCEDÊNCIA.

Na aquisição de carnes, o edital não pode limitar a demonstração de qualidade do produto ao registro no Serviço de Inspeção Federal – SIF, devendo permitir também aqueles inscritos no SISP (estadual) ou SIM (municipal), tendo em vista haver uma divisão de competências entre o Ministério da Agricultura, as Secretarias de Agricultura dos Estados e do Distrito Federal e as Secretarias Municipais, conforme o âmbito de atuação do estabelecimento. (TC-002490.989.20-9 e TC-002523.989.20-0, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 10/03/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. LAUDO BROMATOLÓGICO. PRAZO SUFICIENTE DE ATENDIMENTO. SÚMULA Nº 42. SERVIÇOS PÚBLICOS DE INSPEÇÃO. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ENQUADRAMENTO. CREDENCIAMENTO. DECLARAÇÃO. ATUALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO. ÍNDICE. CLÁUSULA OBRIGATORIA. PROCEDÊNCIA.

Determinou-se à Representada que promova as seguintes correções:

[...]

b) permita a prova do registro do fabricante/produtor e/ou rótulo dos produtos nos serviços públicos de inspeção federal, estadual e municipal;

[...]

(TC-020244.989.21-6, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 14/12/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE CARNES. EXIGÊNCIA DE SELO DE INSPEÇÃO EXCLUSIVAMENTE FEDERAL. RESTRITIVIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

É inadmissível a limitação da demonstração da qualidade do produto perante serviço de inspeção de uma única esfera no caso de aquisição de carnes, pois tal competência é exercida de forma comum, conforme o âmbito de atuação do estabelecimento. (TC-020902.989.21-9, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 01/02/2022)

No tocante aos orçamentos exigidos pelo inciso II do § 2º do art. 7º

da Lei nº 8.666/1993 e pelo inciso III do art. 3º da Lei nº 10.520/2002, a serem elaborados pelo 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 seis meses”¹⁰⁷.

Dentre as decisões mais recentes que ratificam esse entendimento destacamos as que seguem:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. DEFASAGEM SUPERIOR A 6 (SEIS) MESES NA DATA BASE DO ORÇAMENTO ESTIMATIVO DO CERTAME. EXIGÊNCIAS À HABILITAÇÃO TÉCNICA DE EMPRESAS INTERESSADAS EM DISSONÂNCIA COM A SÚMULA Nº 24 DA CORTE. OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE VISITA PRÉVIA POR RESPONSÁVEL TÉCNICO DA LICITANTE. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. (TC-021544.989.20-9, Relator: Dr. Valdenir Antônio Polizeli. Data de Publicação: DOE – 16/02/2021)

EMENTA: EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL. CONCORRÊNCIAS. OBJETOS. COMPOSIÇÕES. ORÇAMENTOS ESTIMADOS. DEFASAGEM. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

2. A confecção dos orçamentos referenciais das licitações precisa se amparar nas versões mais recentes das fontes adotadas como subsídios nas precificações, com vistas a observar o entendimento consolidado da Casa sobre a atualidade da estimativa, o qual considera como razoável o interregno de, no máximo, 06 (seis) meses entre a elaboração da planilha e a publicação do edital.

[...]

(TC-022377.989.21-5, TC-022386.989.21-4, TC-022402.989.21-4 e TC-022403.989.21-3, Relatora: Dr.^a Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE – 26/02/2022)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA. CONSTRUÇÃO DE ESCOLA. ORÇAMENTO ATUALIZADO. NECESSIDADE DE DISCRIMINAÇÃO DE ITENS DE SERVIÇOS E DE REVISÃO DE ITENS EM POSSÍVEL DUPLICIDADE. CRITÉRIOS DE MEDIÇÃO. OBJETIVIDADE. INDICAÇÃO DE MARCAS. PRÁTICA VEDADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

¹⁰⁷ TC-016436/026/00; TC-026273/026/01; TC-030627/026/04; TC-015125/026/05; TC-001625/006/07; TC-020670/026/07; TC-001699/002/08; TC-002026/005/08, TC-000582.989.16-6, entre outros.

1. De acordo com sedimentado entendimento jurisprudencial, em certames licitatórios é vedada a utilização de orçamentos defasados, assim considerados aqueles cuja data base seja superior a 06 (seis) meses da data de divulgação do ato convocatório.

[...]

(TC-022784.989.21-2, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues.
Data de Publicação: DOE – 03/03/2022)

Quanto ao julgamento das propostas à luz da NLLC é importante destacar que o artigo 61 estabelece que definido o resultado do julgamento, a Administração **poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.**

Segundo o § 1º do mesmo artigo a negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.

A negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, **na forma de regulamento**, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexada aos autos do processo licitatório (§ 2º do artigo 61).

13.1. 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 8.666/1993 e incisos X e XI do art. 4º da Lei nº 10.520/2002.

O objetivo deve ser 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”)¹⁰⁸, 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 customizadas¹⁰⁹.

¹⁰⁸ TC-008424.989.18, TC-008634.989.18, TC-018468.989.20, TC-020211.989.20, TC-010928.989.21, TC-011219.989.21, entre outros.

¹⁰⁹ Exemplos extraídos das decisões dos processos números TC-002594.989.15-4, TC-002613.989.15-1 e TC-005289.989.16-4.

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 à 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 razoável.

Visando aclarar esses entendimentos destacamos, a seguir, algumas decisões pertinentes ao tema, especialmente no tocante ao:

13.1.1. Dever de estabelecer, no edital, os critérios objetivos de análise das amostras.

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS. CESTAS BÁSICAS. FICHA TÉCNICA. AVALIAÇÃO DAS AMOSTRAS. LAUDO BROMATOLÓGICO. BALANÇO PATRIMONIAL. ASSINATURA POR CONTADOR. DEMAIS INSURGÊNCIAS NÃO PROSPERAM. PROCEDÊNCIA PARCIAL. V.U.

[...]

2. Necessidade de critérios objetivos para avaliação das amostras;

[...]

(TC-017989.989.20-7 e TC-018201.989.20-9, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 15/09/2020)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PÃES. LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. FICHA REGISTRO. LAUDOS. AVALIAÇÃO DE AMOSTRAS. CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. V.U.

[...]

4. O edital deve estabelecer objetivamente os critérios para avaliação das amostras;

[...]

(TC-004665.989.21-6, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 16/03/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CESTAS BÁSICAS. APRESENTAÇÃO DE LAUDO BROMOTALÓGICO. EXCESSO DE

ESPECIFICAÇÕES DOS ITENS LICITADOS. INDEFINIÇÃO E EXIGUIDADE DE PRAZO À COMPROVAÇÃO DE CERTIFICAÇÃO DE QUALIDADE. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO PARA A ANÁLISE DE AMOSTRAS. SUBJETIVIDADE PREJUDICIAL À AMPLA E ISONÔMICA PARTICIPAÇÃO DE INTERESSADOS NO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS REPRESENTAÇÕES. (TC-009517.989.21-6 e TC-009758.989.21-4, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data de Publicação: DOE – 25/06/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONSELHO DE CLASSE. ENDIVIDAMENTO. VISITA TÉCNICA. FICHA DE PROCEDIMENTOS. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. IMPUGNAÇÕES. AMOSTRAS. CORREÇÕES DETERMINADAS COM RECOMENDAÇÕES.

[...]

7. Necessário que o texto convocatório estabeleça de forma objetiva os critérios de avaliação das amostras, caso mantida a exigência.

[...]

(TC-010797.989.21-7, TC-011016.989.21-; TC-011083.989.21-0; TC-011088.989.21-5 e TC-011189.989.21-3, Relator: Dr. Antônio Carlos dos Santos. Data de Publicação: DOE – 09/07/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. MATERIAIS DE ESCRITÓRIO E EXPEDIENTE. AMOSTRAS. ITENS DE PRATELEIRA. PRAZO DE APRESENTAÇÃO. CRITÉRIOS DE ANÁLISE. DESCRIÇÃO DO OBJETO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

3. Quando requisitadas amostras, o edital deve dispor expressamente dos critérios objetivos de análise e aprovação ou rejeição, em atendimento ao princípio do julgamento objetivo.

(TC-020424.989.21-8, Relator: Dr. Valdenir Antônio Polizeli. Data de Publicação: DOE – 02/12/2021)

13.1.2. Dever de ser concedido prazo razoável para apresentação das amostras.

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÃO DE HIPER CONVERGÊNCIA. POSSÍVEL REQUISICÃO DE AMOSTRAS DESDE QUE DIRECIONADA À LICITANTE VENCEDORA E EM PRAZO RAZOÁVEL. INDEVIDA IMPOSIÇÃO DE REGISTRO NO CREA OU CAU PARA ATIVIDADE QUE NÃO SE SUBMETE À SUA FISCALIZAÇÃO. INADEQUADA IMPOSIÇÃO DE SUPORTE E ASSISTÊNCIA TÉCNICA PARA ALÉM DA VIGÊNCIA CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO

FINANCEIRA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-023912.989.20-9, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 10/02/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. MATERIAL ESCOLAR. CERTIFICADOS FSC OU CERFLOR. MEDIDAS E CORES DOS ITENS LICITADOS SEM TOLERÂNCIA. PRAZO DESARRAZOADO PARA ENTREGA DAS AMOSTRAS. EXAME DAS AMOSTRAS PELO SETOR REQUERENTE. DESIGNAÇÃO DA EQUIPE DE APOIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-004893.989.21-0, Relatora: Dr.^a Sílvia Monteiro. Data de Publicação: DOE – 24/03/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. FORMAÇÃO DE REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS ESPORTIVOS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO MENOR PREÇO GLOBAL. IMPRÓPRIO AO OBJETO. CORREÇÃO PARA O MENOR PREÇO POR LOTE. ESPECIFICAÇÃO DE ITEM. JUÍZO DISCRICIONÁRIO. ACATADO EM SEDE DE RITO SUMÁRIO. PRAZO PARA EXIBIÇÃO DE AMOSTRAS. 3 DIAS ÚTEIS. PRODUTOS DE PRATELEIRA. ADEQUADO A ITENS SEM PERSONALIZAÇÃO OU MANUFATURA ESPECÍFICA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. (TC-010928.989.21-9 e TC-011219.989.21-7, Relator: Dr. Antônio Carlos dos Santos. Data de Publicação: DOE – 24/06/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. IMPUGNAÇÃO ENVOLVENDO AQUISIÇÃO DE PNEUS – RESTRITIVA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE GARANTIA POR LAUDO TÉCNICO DO FABRICANTE. RAZOABILIDADE DO PRAZO DE 05 DIAS PARA ENTREGA DAS AMOSTRAS. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL, COM DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES À PREFEITURA REPRESENTADA. VOTAÇÃO UNÂNIME. (TC-015468.989.21-5, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini. Data de Publicação: DOE – 03/09/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR. EXCESSO DE ESPECIFICAÇÕES. PRODUTOS NÃO DISPONÍVEIS NO MERCADO. NECESSÁRIA SEGREGAÇÃO DE ITENS SOB ENCOMENDA. AMOSTRA. PRAZO EXÍGUO PARA SUA CONFECÇÃO. PARCIALMENTE PROCEDENTE. (TC-018216.989.21-0, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 02/10/2021)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇO DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À FORMULAÇÃO DAS PROPOSTAS. PRAZO EXÍGUO PARA AMOSTRAS. REGRAMENTOS AFETOS AOS

EQUIPAMENTOS DE SISTEMA AUTOMÁTICO NÃO METROLÓGICO (SAnMFT) CONSONANTES COM A LEGISLAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (TC-021391.989.21-7, Relator: Dr. Robson Marinho. Data de Publicação: DOE – 10/02/2022)

Temos, ainda, que em licitações de produtos *in natura*, como frutas, verduras, legumes e ovos, o exame de amostras não oferece à contratante uma apresentação fidedigna de um padrão permanente e uniforme de produção destes produtos. Assim, a exigência de amostras para fins de julgamento das propostas, nesses casos, resulta desprovida de finalidade e utilidade.

Neste sentido destacamos o acórdão a seguir:

EMENTA: Exame Prévio de Edital. 1 – Exigência de amostras para hortifrutigranjeiros e outros produtos naturais – Injustificada – A verificação de amostras de produtos “in natura” como frutas, verduras, legumes e ovos não tem o condão de oferecer à contratante uma apresentação fidedigna de um padrão permanente e uniforme de produção, de forma que a requisição acaba por resultar desprovida de finalidade e utilidade – A aferição da qualidade dos produtos fornecidos deverá ser levada a efeito no momento da execução contratual. – [...]

(TC-001517.989.14-1, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 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 8.666/1993 e na Lei nº 10.520/2002 são aplicáveis, conforme o caso, ao adjudicatário e/ou à contratada, portanto, não há que se falar em aplicação de sanções durante a fase de julgamento e classificação das propostas.

Na NLLC segundo estabelecido no § 3º do artigo 17, na fase de julgamento, desde que previsto no edital o *órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.*

No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, segundo redação contida no artigo 41 da NLLC, a Administração poderá

excepcionalmente:

- I. indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:
 - a. em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
 - b. em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pelo TCESP;
 - c. quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;
 - d. quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;
- II. exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação;
- III. vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pelo TCESP não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual;
- IV. solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

Cabe ressaltar que o parágrafo único do artigo 41 reforça que a exigência prevista no inciso II do *caput* deste artigo **restringir-se-á ao licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances.**

A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer dos meios previstos nos incisos I a III do *caput* do artigo 42 da NLLC¹¹⁰.

¹¹⁰ I - comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro;

II - declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;

III - certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.

A inovação deste artigo consiste na obrigatoriedade de a Administração aceitar como prova de qualidade do produto apresentado uma *declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto*.

Nos termos do § 1º do artigo 42 da NLLC, o *edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro)*.

A NLLC prevê, ainda, que a Administração poderá, nos termos do edital de licitação, oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir, na fase de julgamento das propostas, amostras do licitante provisoriamente vencedor, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato (§ 2º do art. 42).

Aduz, também que *no interesse da Administração, as amostras a que se refere o § 2º deste artigo poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no edital* (§ 3º do art. 42).

Assim, a redação contida nos supracitados artigos não destoa essencialmente dos entendimentos externados pela Corte de Contas Paulista, ou seja, devem ser admitidas todas as formas legalmente possíveis para comprovação, a exigência será destinada somente ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mediante oferecimento de prazo razoável para apresentação.

Devemos ter em mente, ainda, que as licitações à luz da NLLC serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo, segundo teor do § 2º do artigo 17 da NLLC.

É óbvio que nas licitações em que a Administração requeira a apresentação das amostras ou das provas de conceito, deverá viabilizar o acompanhamento dessas etapas a todos os licitantes interessados, em consonância com o princípio da publicidade.

Ao final, sempre é salutar lembrarmos que as despesas inerentes a apresentação de amostras estão sob a responsabilidade do licitante tendo em vista constituir encargo inerente à formulação da proposta para a participação do certame.

14. Contratação direta.

Devemos ter em mente que a regra é licitar, podendo ser **dispensada, dispensável** ou **inexigível**, na forma das respectivas leis, sendo que as hipóteses constam dos seguintes dispositivos legais:

	Lei nº 8.666/1993	NLLC
Licitações Dispensadas	Artigo 17	Artigo 76
Licitações Dispensáveis	Artigo 24	Artigo 75
Licitações Inexigíveis	Artigo 25	Artigo 74

À luz da Lei nº 8.666/1993, os processos administrativos relativos às dispensas previstas nos §§ 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 8.666/1993).

Temos, ainda, que 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, conforme estabelecido no supracitado dispositivo legal.

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. (TC-037645/026/09, Relatora:

Cristiana de Castro Moraes. Data de Publicação: DOE-18/12/2018)

Neste mesmo sentido seguiu a NLLC ao não prever a necessidade de ratificação, como exigido no artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, vez que esta busca, em certa medida, o duplo grau decisório administrativo, pois uma autoridade decidia e a outra promovia a ratificação.

Todavia a NLLC na busca de simplificar os procedimentos previu apenas a disposição contida no inciso VIII do artigo 72, ou seja, “**autorização da autoridade competente**”.

Evidenciando que a regra é licitar, a Corte de Contas do Estado de São Paulo editou as seguintes Súmulas:

SÚMULA Nº 11 – Não basta o simples tabelamento de um produto para dispensar a Administração pública de adquiri-lo mediante o competente certame licitatório¹¹¹.

SÚMULA Nº 12 – Depende de licitação a aquisição de combustíveis e derivados de petróleo pelos órgãos e entidades da administração pública estadual e municipal, direta e indireta, aí incluídas as fundações instituídas pelo poder público e empresas sob seu controle, não podendo eventual dispensa fundar-se no inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 93.

Nos termos da doutrina temos que *A dispensa com fulcro nesse dispositivo legal supracitado somente 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)

Dentre as hipóteses dispensáveis, destacamos, por exemplo, a Súmula nº 9 desta Corte de Contas que visou aclarar o procedimento exigido da Administração ao promover dispensa de licitação com base no artigo 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, sendo este o seu texto:

SÚMULA Nº 9 – As aquisições de obras de arte ou de valor

¹¹¹ 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 Sanitária (TC-800252/304/10, Relatora: Sílvia Monteiro. Data de Publicação: DOE - 27/09/2018.

histórico devem ser precedidas de laudo de autenticidade e avaliação.

Na NLLC foi dedicado o Capítulo VIII inteiro para tratar da “**contratação direta**”, o qual compreende os artigos 72 a 75.

O artigo 72 da NLLC estabelece que o processo da contratação direta deve estar instruído com: “**I** – documento de formalização da demanda e, se for o caso, pelo estudo técnico preliminar e análise de riscos voltada aos pontos que possam comprometer o resultado da contratação; o termo de referência, projeto básico ou projeto executivo, de acordo com o caso concreto; **II** – a estimativa de despesa calculada na forma estabelecida no art. 23 da referida Lei; **III** – o parecer jurídico e pareceres técnicos, exceto se dispensados; **IV** – a demonstração dos recursos orçamentários; **V** – a comprovação de que a contratada preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; **VI** – a razão da escolha do contratado; **VII** – a justificativa de preço e **VIII** – autorização da autoridade competente.”.

Cabe lembrar que, em observância dos princípios da publicidade e da transparência, o parágrafo único do artigo 72 exige que o *ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial*.

O artigo 73 da NLLC estabelece que “*Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais*”.

As hipóteses previstas no artigo 75, ou seja, **as dispensáveis** devem ser justificadas quanto a vantajosidade da contratação incluindo a processual, sendo que aquelas decorrentes da dispensa em virtude do valor (incisos I e II do *caput* do artigo 75) serão, preferencialmente, precedidas de divulgação de aviso no sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de três dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

Assim, a ausência desta divulgação deverá estar necessariamente justificada na instrução do processo.

Consoante estabelecido no inciso II do artigo 72 da NLLC a estimativa de preços deverá ser calculada na forma estabelecida no artigo 23 da NLLC, e, notadamente, quanto aos incisos I, II e III do artigo 75, devem ser observadas as diretrizes do § 4º do artigo 23

NLLC¹¹².

O impulso à dispensa eletrônica demanda regulamento específico, o que no âmbito da União ocorreu mediante a edição da Instrução Normativa Seges/ME nº 67/2021, de 8 de julho de 2021 que:

Dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

A NLLC trouxe no § 1º do artigo 75 que para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do mesmo artigo, deverão ser observados: **I** – o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora; **II** – o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Aquela Instrução Normativa federal, embora aplicável no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, trouxe definição do que seria, a seu ver, o “**mesmo ramo de atividade**”, vez que assim dispôs o § 2º do artigo 4º:

§ 2º Considera-se ramo de atividade a partição econômica do mercado, identificada pelo nível de subclasse da **Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE**.

Segundo informação constante do sítio oficial do IBGE¹¹³ o CNAE-Subclasses é:

Uma classificação derivada da CNAE hierarquizada em cinco níveis – seções, divisões, grupos, classes e subclasses. Ela é igual à CNAE até o quarto dígito (classe). O quinto nível, de subclasses, corresponde ao detalhamento usado para a identificação econômica das unidades de produção em cadastros e registros da administração pública, nas três esferas de governo.

¹¹² § 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.”.

¹¹³ <https://www.ibge.gov.br/novo-portal-destaques/23506-ibge-disponibiliza-versao-2-3-das-subclasses-da-classificacao-nacional-de-atividades-economicas.html> - acesso em 20/04/2022 - às 16h43min

A definição das subclasses leva em consideração as necessidades da administração pública na identificação mais particularizada da atividade econômica.

No caso de as contratações atingirem os referidos limites, todas as novas com objetos da mesma natureza, no mesmo ramo de atividade, deverão ser por meio de licitação, **independentemente do valor**.

Nos termos do artigo 75, § 7º, não se aplica o somatório no respectivo exercício financeiro os casos de manutenção de veículos até o limite do valor ali estabelecido.

14.1. Pontos de destaque nas contratações por dispensa de licitação na NLLC.

Dentre as várias previsões relativas às contratações por dispensa de licitação na NLLC destacamos as que seguem:

- O termo de referência é obrigatório para todas as possibilidades de contratações diretas;
- Nos casos dos incisos I e II do artigo 75 da NLLC este deve ser simplificado e constar o objeto e suas características técnicas, orçamento, eventuais exigências técnicas que deverão ser cumpridas pelo futuro contratado, os critérios para a escolha do futuro contratado, as condições de execução do contrato, destacando-se prazos de execução e recebimento, com as justificativas sobre o cabimento da contratação direta e demais motivações que forem consideradas cabíveis, notadamente no tocante ao preço;
- O procedimento para a contratação mediante dispensa de licitação no caso de obras e serviços de engenharia somente poderá se realizar com o projeto executivo, exceto se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, através do Termo de referência;
- O contrato celebrado sob justificativa emergencial, inciso VIII do art. 75 da NLLC pode ser de até 1 (um) ano; vedada a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no referido inciso¹¹⁴; a contratação deve observar os preços praticados no mercado na forma do artigo 23 da NLLC; a Administração deve adotar as providências necessárias à conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação

¹¹⁴ A vedação à recontração de empresa já contratada com base no referido inciso (em razão de emergência ou calamidade pública) é objeto da ADI nº 6.890.

emergencial.

14.2. Pontos de destaque nas contratações por inexigibilidade de licitação na NLLC.

Dentre os diversos quesitos relativos às contratações por inexigibilidade de licitação na NLLC destacamos as que seguem:

- A contratação direta por inexigibilidade deve ser justificada pela inviabilidade do certame;
- Considera-se inviável a competição e o processo poderá ser instruído para contratação por inexigibilidade nas possibilidades previstas no artigo 74 da NLLC;
- A inviabilidade de competição de que trata este artigo deverá ser justificada pela área demandante, que a escolha da proponente está associada, com suas características particulares, nas necessidades definidas e específicas devidamente identificadas e caracterizadas no referido documento, juntando, em cada caso concreto, os documentos comprobatórios.

Fazemos referência ao item 6.4 deste manual onde tratamos do sistema de registro de preços à luz da NLLC, tendo ali mencionado a possibilidade de utilização deste procedimento auxiliar nas hipóteses de **inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade**, conforme previsto no § 6º do artigo 82 da NLLC.

14.3. Credenciamento como hipótese de Inexigibilidade.

No que pese o Instituto do “credenciamento” não possuir previsão expressa na Lei nº 8.666/1993, este já era aceito e utilizado por construção doutrinária e jurisprudencial¹¹⁵, especialmente nas contratações de serviços de saúde/SUS.

Todavia, o artigo 78 da NLLC consolidou o **credenciamento** como um “**procedimento auxiliar**” das licitações e das contratações e o artigo 79 cuidou de trazer as hipóteses em que caberia o credenciamento, sendo elas: **I** – paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas; **II** – com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação; **III** – em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das

¹¹⁵ A exemplo do decidido nesta Corte de Contas (TC-000200.989.14-3, entre outros) e no âmbito do TCU: Acórdãos nº 1150/2013 - Plenário e Acórdão nº 3567/2014 – Plenário.

condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

O inciso XLIII do artigo 6º da NLLC assim definiu o **credenciamento**:

XLIII – credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

O artigo 74, IV, da NLLC estabeleceu, dentre as hipóteses de inexigibilidade de licitação aquela relativa a objetos que **devam** ou **possam ser contratados por meio de credenciamento**, enquanto o parágrafo único do artigo 79 estabeleceu que os procedimentos de credenciamento **serão definidos em regulamento** e trouxe ali algumas regras a serem observadas.

O mesmo artigo 79 delimitou as hipóteses de contratação em que poderá ser utilizado o credenciamento, sendo elas:

I – paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas; (g.n.) **Ex.** Produtores rurais, onde a capacidade de produção é baixa e a Administração abarca toda aquela produção.

II – com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação; (g.n.) **Ex.** Exames laboratoriais, Serviços do Detran, tal como vistoria veicular.

III – em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação. (g.n.) **Ex.** Passagens aéreas.

Desta forma, devemos ter em mente que a interpretação da “inviabilidade de competição” deve ser ampla, ou seja, pode se dar por contratação de todos. Assim, a inviabilidade não ocorre porque existe apenas um fornecedor, mas sim, porque há vários prestadores do serviço e todos que tiverem interesse e cumprirem os requisitos serão contratados.

A utilização deste procedimento auxiliar deve ser feita com muito critério e com os cuidados necessários, bem como deve ficar restrita àquelas hipóteses delineadas no artigo 78 da NLLC, sob pena de

reprimenda por parte desta e. Corte de Contas, como ocorreu no processo que ora destacamos:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CREDENCIAMENTO. PROCEDIMENTO AUXILIAR. CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE. MATÉRIA SUJEITA À DISCIPLINA DA LEI Nº 14.133/21. SERVIÇOS DE PREPARO E DISTRIBUIÇÃO DE REFEIÇÕES. MERENDA ESCOLAR. VIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. SUJEIÇÃO A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VÍCIO DE ORIGEM. ANULAÇÃO DO CERTAME.

A utilização de credenciamento, enquanto método de seleção de parceiros privados para o oferecimento de bens e serviços para a Administração Pública, somente se justifica quando não se vislumbra possibilidade de concorrência entre os interessados, na medida em que todos os credenciados poderão ser contratados em condições padronizadas pelo órgão público. (TC-014572.989.21-8, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 20/10/2021)

Importante lembrar que a NLLC traz também como procedimentos auxiliares a Pré-qualificação (artigo 80), o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI (artigo 81), o Sistema de Registro de Preços (artigos 82 a 86) e o Registro Cadastral (artigos 87 e 88), nesse incluso o Cadastro de Atesto (§ 4º do artigo 88).

14.4. Outros cuidados necessários.

Além da observância obrigatória dos dispositivos legais mencionados anteriormente, na aplicação da NLLC nas contratações diretas a Administração deverá se atentar à necessária regulamentação.

Nesse ponto convém ressaltar que a NLLC não “criou” nenhum poder normativo aos órgãos, somente definiu o que deve ser regulamentado, por quem já detinha esse poder.

Cabe aqui lembrar a disposição contida no artigo 19 da NLLC, vez que impacta diretamente em todos os processos de contratação, inclusive naqueles previstos no Capítulo VIII da NLLC (**contratação direta**).

Dentre as diretrizes traçadas naquele artigo 19 temos:

- preferência pela centralização dos procedimentos de aquisição e de contratação (inciso I);

- unificação da descrição dos objetos, por meio de catálogos eletrônicos de compras, serviços e obras, sendo permitida a adoção do catálogo do Poder Executivo Federal (§ 2);
- necessária informatização do acompanhamento e controle de obras, inclusive com o uso de imagens e adoção da Modelagem da Informação da Construção¹¹⁶ ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la (incisos III e V e § 3º);
- necessidade de a Administração adotar minutas de editais, de termos de referência, de contratos administrativos e de outros documentos, admitindo-se a adoção das minutas do Poder Executivo Federal.

Em caso de não utilização do catálogo eletrônico de padronização de compras e das minutas padrões, a Administração deverá justificar nos autos, consoante previsto no § 2º do artigo 19.

Todas aquelas exigências passam necessariamente pela regulamentação a ser realizada pelos órgãos da Administração que possuam competências regulamentares.

Na observância dessa regulamentação a Administração deverá, no mínimo, definir a responsabilização interna para a comprovação/justificativa do preço da contratação, para a escolha do contratado, bem como dispor sobre as responsabilidades pela emissão do parecer jurídico e técnico, além de definir quem possui competência para autorizar a contratação direta.

Ainda, naquele âmbito regulamentar deverá definir quais os documentos a serem exigidos como suficientes para a habilitação do contrato e estabelecer os parâmetros para aqueles documentos exigidos à contratação, tais como o documento de formalização de demanda, do mapa de riscos, dos termos de referência, do projeto básico e do executivo.

Outro ponto que deve ser observado na utilização da NLLC é a obrigatória regulamentação dos itens de consumo e de luxo, consoante exigido no § 1º do artigo 20 da Lei, o qual estabelece que os limites de enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo se dará pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Neste íterim é prudente lembrar que o próprio artigo 20 veda a aquisição de artigos de luxo e define que os itens de consumo devem ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam.

¹¹⁶ BIM – Building Information Modelling.

Cabe aqui realçar que à luz do § 2º do supracitado artigo da NLLC, após 180 dias contados da promulgação da NLLC, novas compras de bens de consumo somente poderiam ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento exigido no § 1º.

15. Tipos de licitação.

Os tipos de licitação na Lei nº 8.666/1993¹¹⁷, estão dispostos no artigo 45, e são:

- a) **MENOR PREÇO** (inciso I): 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;
- b) **MELHOR TÉCNICA** (inciso II): *“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) **TÉCNICA E PREÇO** (inciso III): 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) **MAIOR LANCE OU OFERTA** (inciso IV): nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Acerca da matéria, esta Corte de Contas Paulista 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.

SÚMULA Nº 47 – Em procedimento licitatório, é vedada a utilização do tipo técnica e preço ou melhor técnica para contratação de licença de usos de software dito “de prateleira”.

¹¹⁷ Exceto na modalidade concurso.

Na NLLC o tema está tratado nos artigos 33 a 39, sendo adotada a terminologia “**Critérios de Julgamento**”, ou seja, a mesma usada na Lei nº 12.462/2011 (RDC).

O legislador manteve os tipos, agora chamados de critérios, de “**menor preço**”, de “**melhor técnica**”, essa acrescentada ou “conteúdo artístico”, “técnica e preço” e a de “maior lance ou oferta”, essa apenas como maior lance.

Trouxe, ainda, dois novos critérios: o de “**maior desconto**” e o de “**maior retorno econômico**”, este último da Lei nº 12462/2011 acima mencionada.

15.1. Destaques sobre os “critérios de julgamentos” na NLLC.

Sem prejuízo da importância do entendimento de todo o conteúdo, destacamos:

15.1.1. Julgamento por menor preço ou maior desconto. (art. 34)

Na análise deverá ser considerado o **menor dispêndio** para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação (*caput*, do artigo 34). Podendo ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida (§ 1º, do artigo 34), **conforme disposto em regulamento**.

O julgamento por **maior desconto** terá como referência o preço global fixado no edital de licitação, e o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos (§ 1º do artigo 34). Por questão lógica, o preço estimado ou o máximo aceitável deverá constar do edital de licitação (parágrafo único do artigo 24).

A utilização isolada do **modo de disputa fechado é vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço e de maior desconto** (§ 1º do art. 56).

O critério de julgamento de **maior desconto** sobre tabela de preços praticada no mercado poderá ser usado no procedimento auxiliar Sistema de Registro de Preços, consoante previsto no artigo 82, V.

15.1.2. Julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico. (art. 35)

No julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico serão consideradas **exclusivamente** as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes, sendo que **o edital deverá definir** o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores (artigo

35). Esse critério poderá ser utilizado, ainda, para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística (parágrafo único do artigo 35).

15.1.3. Julgamento por técnica e preço ou por melhor técnica. (art. 36 a 38)

O julgamento por **técnica e preço** considerará a **maior pontuação obtida a partir da ponderação**, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta (artigo 36). Segundo o § 1º do mesmo artigo, deverá ser escolhido quando o estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para a contratação dos serviços elencados nos incisos I ao V¹¹⁸.

No julgamento por **técnica e preço** deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço apresentadas pelos licitantes, na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica (§ 2º do artigo 36). Devendo, ainda, o desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública ser considerado na pontuação técnica, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 88 desta Lei, e em **regulamento**, conforme estabelecido no § 3º do artigo 36.

A utilização isolada do **modo de disputa aberto é vedada quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço** (§ 2º do art. 56).

O artigo 37 da NLLC delinea o que deverá observado no julgamento por **melhor técnica e técnica e preço**, dentre os quais destacamos: a necessidade de designação de banca independente da designação do agente de contratação para dar impulso ao certame, formada por no mínimo três membros, podendo ser composta por: **I** – servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública, **II** – profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos

¹¹⁸ **I** - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado; **II** - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação; **III** - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação; **IV** - obras e serviços especiais de engenharia; **V** - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

questos especificados em edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados por profissionais designados conforme o disposto no art. 7º da NLLC.

O artigo 38 da NLLC estabelece que no julgamento **por melhor técnica ou por técnica e preço, a obtenção de pontuação devido à capacitação técnico-profissional exigirá que a execução do respectivo contrato tenha participação direta e pessoal do profissional correspondente.**

15.1.4. Julgamento pelo maior retorno econômico. (art. 39)

O julgamento por **maior retorno econômico** será utilizado exclusivamente para a celebração de **contrato de eficiência**, e **considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato** (*caput*, artigo 39), sendo que o edital de licitação **deverá** prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado (§ 2º do mesmo artigo).

Para efeito de julgamento da proposta, **o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço** (§ 3º do artigo 39).

O § 1º delimita o que os licitantes deverão apresentar quando adotado o critério de julgamento de **maior retorno econômico**.

No caso em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado e se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis (§ 4º do artigo 39).

16. Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A Lei nº 12.462/2011 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, regulamentado pelo Decreto Federal nº 7.581/2011 e aplicável **exclusivamente** às licitações e contratos necessários à realização daqueles objetos estabelecidos no art. 1º, incisos I a X, e § 3º, da citada lei, com as respectivas alterações¹¹⁹.

¹¹⁹ Art. – 1º [...]: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 [...]; II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014 [...]; III - 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

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 8.666/1993. (CASTRO JUNIOR; ROSSI, 2013)

Nessa linha a NLLC incorporou muitas das disposições contidas no RDC, sendo que o quadro a seguir sintetiza importantes diferenças entre o RDC e a Lei de Licitações e aponta, na medida do possível, o que foi incorporado pelo legislador ao editar a novel licitação de licitações e contratos:

Regime Diferenciado de Contratações Públicas	Lei nº 8.666/1993
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. Adotado pela NLLC, inciso XXXII, do artigo 6º e demais complementos.	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 2.745/1998) já permite a contratação integrada desde essa data/1998.
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. Adotado pela NLLC, art. 41 e demais complementos	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.

quilômetros) das cidades sedes [...]; IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – (PAC) V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; VII - das ações no âmbito da segurança pública; VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A (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;) X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação; [...] § 3º - de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.

Remuneração variável	
<p>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.</p> <p>Adotado pela NLLC, art. 144</p>	<p>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.</p>
Inversão de fases	
<p>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.</p> <p>Adotado pela NLLC, art. 17 e complementos</p>	<p>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.</p>
Parcelamento e contratação simultânea	
<p>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).</p> <p>Adotado pela NLLC, art. 47 e complementos</p>	<p>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.</p>
Fase única de recursos	
<p>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.</p> <p>Adotado pela NLLC, art. 165, § 1º, inciso II e complementos, com alteração nos prazos.</p>	<p>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.</p>
Pré-qualificação	
<p>É criada a pré-qualificação permanente. Um regulamento estabelecerá as condições em que a administração poderá fazer uma licitação restrita aos pré-qualificados.</p> <p>A NLLC traz a pré-qualificação como um dos procedimentos auxiliares (inciso XLIV do art. 6º, art. 78 e</p>	<p>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.</p>

regrado no art. 80)	
Proposta vencedora	
<p>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.</p> <p>Adotado pela NLLC, art. 90, incluída a possibilidade prevista no § 4º do inciso I, desde que devidamente justificado.</p>	<p>Permite apenas convocar os licitantes remanescentes para assinar o contrato nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado.</p>

Fonte: Piovesan, 2011, adequado quanto à adoção pela NLLC.

Conforme se observa nos textos grafados acima, a NLLC absorveu muitas das práticas da Lei nº 12.462/2011 (RDC), lembrando que a lei do RDC será revogada em 1º de abril de 2023.

No entanto, repisamos que todos os certames publicados até 31 de março de 2023 com contratos celebrados sob a égide das leis revogadas pela NLLC serão regidos sob os ditames das mesmas, à luz do estabelecido no artigo 190 da NLLC.

Como pode ser observado, a NLLC seguiu a inovação da Lei que instituiu o RDC e que trouxe previsão expressa sobre a possibilidade da indicação de marcas (artigo 7º, inciso II). Isso porque, até o advento da Lei nº 12.462/2011 e do Decreto nº 7.581/2011, 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 8.666/1993 e no art. 4º, VII, da Lei nº 10.520/2002. (CASTRO JUNIOR; ROSSI, 2013)

17. O processo de Exame Prévio de Edital.

O art. 113 da Lei nº 8.666/1993 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.

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 da Lei nº 8.666/1993, para os fins do disposto naquele artigo 113.

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.

À luz da disposição contida no § 2º do artigo 113 são reiteradas as decisões no sentido de indeferir pleito em virtude do aspecto temporal para apresentação, face à inexistência de lapso de tempo suficiente para uma adequada apreciação, com a cautela devida, dos termos editalícios e a realização de todas as medidas burocráticas necessárias à requisição do edital, caso se mostrassem indispensáveis¹²⁰.

Ainda sobre o mesmo tema a jurisprudência desta e. Corte de Contas firmou que a peça inicial de representação deve ser protocolizada a menos de 24 horas do horário previsto para o início da disputa¹²¹.

Destacamos a seguir trecho da decisão exarada no TC-002228.989.21-6:

Assente em nossa jurisprudência que a requisição de editais de licitação para exame prévio pressupõe observação das 24 horas que antecedem o exato momento da abertura da disputa, ou seja, a sessão de recebimento dos envelopes, prevalecendo, nesse sentido, que o conceito de dia útil anterior que autoriza a requisição de instrumentos convocatórios de licitação pressupõe seja o caso trazido à Corte antes que se perfaça a antecedência mínima que permite eventual requisição de documentos da Administração ou liminar sustação de processo licitatório (e.g.: TC-1385/011/05 e TC-18073/026/05). (TC-002228.989.21-6, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 05/02/2021).

Aqui cabe um parêntese para rememorar que o § 4º do artigo 170 da NLLC traz redação similar ao contido no § 1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/1993 ao estabelecer que: *Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na*

¹²⁰ A exemplo do decidido nos processos TC-002228.989.21-6, TC-009671.989.22-6, TC-009736.989.22-9, TC-009982.989.22-0, entre outros.

¹²¹ A exemplo dos processos TC-001008.989.20-4, TC-019528.989.20-5, TC-023178.989.20-8.

aplicação desta Lei. Todavia, inexistente na NLLC redação análoga à contida no § 2º, especialmente no tocante ao prazo.

Devemos lembrar, contudo, que idêntica lacuna temporal existia na redação primária do § 2º do artigo 113 da Lei nº 8.666/1993 e que somente foi corrigida com o advento das alterações promovidas pela Lei nº 8.883/1994.

O Regimento Interno deste Tribunal de Contas regulamenta a Representação em seu art. 214 e o Exame Prévio de Edital em seus artigos 220 a 225¹²².

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 13/2014¹²³ 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 esmerada 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 eminentemente limitativo à ampla competição, em contrariedade ao interesse público da contratação,

¹²² Disponível para acesso no link: <https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/lei-organica-e-regimento-interno/regimento-interno> – Acesso em 22/04/2022 às 09h04min.

¹²³ Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de São Paulo n. 84, de 09/05/2014.

porquanto podem impedir ou prejudicar a formulação de propostas, inviabilizando, em abstrato, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

17.1. 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 suscitam 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 nº 8.666/1993, 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 Corte¹²⁴, ficará sujeito à multa de até 2.000 (duas mil) vezes o valor da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo – UFESP (ou outro valor unitário que venha a substituí-la), independentemente do processo de responsabilidade, aquele que: **I** – não remeter a documentação que lhe tenha sido requisitada; **II** – não tenha adotado as medidas corretivas que lhe tenham sido determinadas.

17.2. 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, vez que elas 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, geralmente, 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.

Sobre tal aspecto, tomem-se como exemplos as seguintes decisões:

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

¹²⁴ Disponível no link:

<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1993/lei.complementar-709-14.01.1993.html> – Acesso em 22/04/2022 às 10h08min.

mais danosas e prejudiciais ao erário.

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. (TC-001201.989.13-4 Relator: Dr. Samy Wurman. Data de Publicação: DOE – 12/06/2013)

No presente caso, trata-se de edital anteriormente examinado por este Tribunal em sede de exame prévio de edital, no processo TC-22481.989.21, ocasião em que foram determinadas correções. Pude constatar, a princípio, que o edital foi retificado e que os itens agora impugnados já foram objeto de apreciação ou já constavam da versão anterior. Dessa forma, conforme o entendimento jurisprudencial que condena o fatiamento de impugnações, visando garantir à Administração a regular tramitação da licitação, a impugnação agora apresentada está preclusa.

Assim sendo, indefiro o pedido e com fundamento no artigo 220, § 1º do Regimento Interno, determino o arquivamento dos presentes expedientes, antes, porém, transitando para ciência do Ministério Público de Contas. Não obstante, deverá a Administração avaliar os questionamentos feitos, e se for o caso, adotar as providências cabíveis para cumprimento da legislação e da jurisprudência desta Corte. Alerto ainda, que a presente decisão não exime de verificar eventuais incongruências do edital e nem lhe aproveita por ocasião do julgamento ordinário da matéria. (TC-006593.989.22-1 Relator: Dr. Antonio Roque Citadini. Data de Publicação: DOE – 04/03/2012)

Conforme jurisprudência consolidada desta Corte, 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 o tema, dentre as decisões¹²⁵ existentes, destacamos a que segue:

O pedido foi distribuído a este Gabinete pela E. Presidência por conexão com a matéria tratada nos autos do TC-6308.989.19-3.

[....]

Também registro não ser o caso da aplicação do instituto da preclusão, haja vista que o teor impugnado sofrera alteração, na comparação com o último ato convocatório apreciado. (TC-006522.989.22-7 Relator: Dr. Robson Marinho. Data de Publicação: DOE – 04/03/2022).

17.3. Recursos.

Consoante estabelecido no Regimento Interno desta Corte Paulista, da decisão de mérito do Tribunal Pleno cabe **Pedido de Reconsideração**, com efeito suspensivo, no prazo de 15 dias contados da publicação no Diário Oficial da decisão recorrida¹²⁶, 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 cinco dias¹²⁷.

Cabem ainda **Embargos de Declaração**, no prazo de 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 recursos¹²⁸.

18. Os Tribunais de Contas na NLLC.

As competências dos Tribunais de Contas estão delineadas na Constituição, portanto, incontestes. Assim, deixaremos de tecer maiores comentários neste aspecto.

O poder da cautelar dos Tribunais de Contas foi objeto de minuciosa análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510-7¹²⁹, que pode ser considerado como um marco

¹²⁵ 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.

¹²⁶ Artigos 147 a 151.

¹²⁷ Artigo 152.

¹²⁸ Artigos 153 a 158.

¹²⁹ PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº

para a atuação dos Tribunais de Contas, vez que, com base na teoria dos poderes implícitos, reconheceu a existência de um poder geral de cautela aos órgãos de controle externo.

Neste sentido trazemos¹³⁰:

*Trata-se da constatação da importância reconhecida pelo texto constitucional à Corte de Contas que não se subordina hierarquicamente ao Poder Legislativo. Destarte, o Tribunal de Contas pode sustar contratos irregulares do Poder Executivo, mas essa sustação não é automática (primária), devendo ser observado o seguinte rito (art. 71, X e §§ 1.º e 2.º, da CRFB e art. 45, §§ 2.º e 3.º, da Lei 8.443/1992): **a)** verificada a irregularidade em determinado contrato, o Tribunal de Contas assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; **b)** caso permaneça a irregularidade, o Tribunal comunicará o fato à Casa Legislativa respectiva para sustação do contrato, solicitando imediatamente a adoção das medidas cabíveis ao Poder Executivo; e, por fim, **c)** se a Casa Legislativa ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas solicitadas, o Tribunal de Contas sustará os contratos (art. 71, X e §§ 1.º e 2.º, da CRFB).*

A prerrogativa de sustação dos contratos irregulares pelos Tribunais de Contas deve ser compatibilizada com o dever de regularização previsto no parágrafo único do art. 21 da LINDB, impondo-se observar se a convalidação, a conversão e a modulação dos efeitos dos ajustes irregulares representariam solução mais adequada para o atendimento do interesse público que a sustação dos ajustes.

Aliás, o art. 20 da LINDB proíbe a tomada de decisão apoiada exclusivamente em valores abstratos, sem considerar as consequências práticas da decisão, o que, inegavelmente, eleva o ônus de motivação das decisões estatais que devem levar em consideração os argumentos jurídicos, o contexto fático e as consequências da solução adotada, especialmente quando ensejar a sustação de um contrato administrativo pelo Tribunal de Contas.

8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do artigo 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem" (MS 24510. Relatora Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgamento: 19/11/2003. Publicação: 19/3/2004).

¹³⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), Zênite Fácil, categoria Doutrina, 25 mai. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 22 abr 2022.

Na NLLC há ao menos treze referências diretas aos Tribunais de Contas/Controle Externo/Órgãos de Controle¹³¹, dentre as quais destacamos as contidas nos artigos 24, 141 e 173 a seguir destacados:

No **artigo 24** da NLLC que versa sobre a possibilidade do orçamento sigiloso o **inciso I** estabelece que esse sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e **externo**.

No **artigo 141** ao regram sobre a ordem cronológica dos pagamentos, estabelece em seu **§ 1º** que a mesma somente poderá ser alterada, em casos especificados nos incisos I a V, e mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão do controle internos da Administração e ao **Tribunal de Contas competente**. O **§ 2º** do mesmo artigo estabelece que a inobservância imotivada da ordem cronológica referida no *caput* deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos **órgãos de controle** a sua fiscalização.

No **artigo 173** foi atribuído o dever dos **Tribunais de Contas**, por meio de suas escolas de contas, promoverem eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução da NLLC, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

Num primeiro momento não nos parece que a NLLC tenha trazido grandes inovações, pois obviamente o sigilo do orçamento não poderia ser aplicado aos órgãos de controle interno e externo, ademais a necessidade de se comunicar visa apenas ampliar a forma de comunicação, uma vez que a eventual quebra da ordem exigia sua publicação, nos termos do artigo 5º da Lei nº 8.666/1993. Ademais, o Tribunal de Contas de São Paulo, por meio da Escola Paulista de Contas Públicas – EPCP, promove constantemente ações educativas e orientativas aos jurisdicionados e, habitualmente, com possibilidade de ampla participação, inclusive da sociedade.

Outras menções que merecem maior destaque constam nos artigos 169 a 171 da NLLC e serão tratadas adiante.

O artigo 169 da NLLC estabeleceu que as *contratações públicas deverão submeter-se a **práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas***

¹³¹ Aqui entendidos como “Controle Externo”.

de defesa:

Os termos destacados no texto anterior visa primeiramente mostrar o norte que a NLLC buscou dar aos seus operadores, qual seja: **I** – práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos; **II** – controle preventivo, inclusive por meio de controle social; **III** – utilização de recursos de tecnologia da informação e **IV** – sujeição às linhas de defesa.

Nos incisos I a III do mesmo artigo 169 foram descritas as três linhas de defesa que podem ser assim resumidas: **I** – aqueles que atuam na estrutura da Administração; **II** – unidades de assessoramento e controle interno do órgão; **III** – órgão central de controle interno e **Tribunal de Contas**. Cabe ressaltar que não se trata de uma hierarquização, ou seja, essas linhas de defesa se interagem.

Assim, os **Tribunais de Contas** foram inseridos na **terceira linha de defesa**.

Na forma como foram dispostas, essas linhas de defesa funcionam como filtros, sendo a primeira camada aquela que atua diretamente no processamento da contratação, e que se depara com situações que devem ser avaliadas e conformadas com a Lei. A segunda camada passa pelo crivo da unidade de assessoramento e do controle interno do órgão, que analisam a conformidade do processo, apontam eventuais desvios ou irregularidades, e propõem as providências cabíveis. Essas duas camadas se situam no âmbito da Administração. A terceira camada transcende o órgão. Nela atuam os órgãos de controle interno central (CGU, Controladoria Geral, CRCI, à exemplos) e controle externo, no caso, os Tribunais de Contas.

Desta forma, temos que uma linha de defesa não se submete, suplanta ou exclui a outra, de modo que, eventual representação contra edital lançada ou falhas na execução de ajustes, pode ser analisada diretamente pelos órgãos centrais de controle interno e Tribunais de Contas, através dos meios dispostos.

Consoante estabelecido no § 1º do artigo 169 aquelas práticas previstas em seu *caput* demandam **regulamentação** e será de **responsabilidade da alta administração** e deverão ser observadas as disposições contidas no referido § 1º.

O § 2º do artigo 169 prevê acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos¹³², enquanto o § 3º

¹³² Inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Sendo que neste caso, órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

delineia, em seus incisos I e II, o que os integrantes das três linhas de defesa deverão observar¹³³.

Os artigos 170 e 171 estabelecem quais os critérios¹³⁴ e os procedimentos que os Órgãos de Controle deverão adotar na fiscalização dos atos previstos na NLLC, determinando que deverão ser consideradas as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação.

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 de Saúde e de Educação (municipal ou estadual) 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, à luz da Lei nº 8.666/1993 é recomendável que exista também uma norma própria que regulamente de forma geral a atuação dos diferentes setores e funcionários envolvidos no planejamento, acompanhamento e

¹³³ I – quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; II – quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

¹³⁴ Art. 170 – Critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco.

fiscalização dos contratos administrativos.

Todavia, à luz da NLLC, a situação deixou de ser recomendável e passou a ser obrigatória, face ao comando contido, por exemplo, no artigo 8º, § 3º que traz:

§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à **atuação de fiscais e gestores de contratos** de que trata esta Lei **serão estabelecidas em regulamento**, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

Temos ainda que no artigo 92, XVIII, constou como cláusula necessária do contrato “o modelo de gestão do contrato”¹³⁵, **observados os requisitos definidos em regulamento**”.

Ademais deve constar do estudo técnico preliminar as *providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual* (artigo 18, § 1º, X);

Ainda nesse caminho o artigo 25 da NLLC estabeleceu que dentre outras informações necessárias o edital deverá conter as **regras relativas à fiscalização e à gestão do contrato**.

Assim, inicialmente a União editou a Instrução Normativa SEGES/ME nº 75/2021, que estabelece regras para a designação dos fiscais e gestores de contratos nos processos de contratação direta, autorizando a aplicação da Instrução Normativa nº 5/2017, no que couber, para a designação de fiscais e gestores de contratos, bem como para a atuação da gestão e fiscalização da execução contratual nos processos de contratação direta.

Posteriormente, visando atender ao comando de regulamentar, editou o Decreto Federal nº 11.246/2022, de 27/10/2022, regulamentando o disposto no § 3º do art. 8º da Lei nº 14.133/21, dispondo sobre as regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Na elaboração dessa norma geral, é necessário levar em conta os recursos humanos e materiais disponíveis para a execução dessas

¹³⁵ Segundo artigo 6º, XXIII, letra “f”, o modelo de gestão do contrato é aquele que descreve “**como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade**”;

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.

À luz da Lei nº 8.666/1993, 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; 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 projeto¹³⁶;
- d) 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 necessárias¹³⁷;
- e) 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;
- f) estabelecer procedimento de avaliação dos serviços, bens e obras pelos servidores públicos, através de reuniões, pesquisas de satisfação e comunicações internas;
- g) prever procedimentos de verificação da manutenção das condições de habilitação;
- h) 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

¹³⁶ 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).

¹³⁷ Idem (da mesma obra).

disposições específicas e necessárias a cada tipo de objeto a ser contratado, previstas no edital (ou em seus anexos) da respectiva licitação.

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 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.

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.

19.1. As figuras do Fiscal e do Gestor de contratos.

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”) ou até formar uma comissão de fiscalização, 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 8.666/1993 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”.

À luz da Lei nº 8.666/1993 **inexiste 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 deverá atuar como gestor do contrato paralelamente ao exercício das atribuições de seu cargo.

Sob a égide da NLLC temos que essa atividade deverá ser executada, **preferencialmente**, por servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública.

Essa interpretação se extrai da leitura do artigo 117 da NLLC que traz:

Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por **1 (um) ou mais fiscais do contrato**, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

Veja que o artigo 7º da NLLC prevê:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e **designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei** que preencham os seguintes requisitos:

I – sejam, **preferencialmente**, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II – tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III – não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

Cabe lembrar que o § 1º do mesmo artigo 7º fixou que:

§ 1º A autoridade referida no **caput** deste artigo **deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções**

mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

Temos que toda vez que a lei mencione algo como **preferencial**, a Administração para não atender à preferência **deverá apresentar justificativas técnicas embasadas em documentação comprobatória**, sob pena de descumprir o basilar princípio da motivação.

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 nº 8.666/1993 não possuem natureza de direção, chefia ou assessoramento¹³⁸, 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);
- solicitar a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, as decisões e providências que ultrapassarem 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”).

Cabe aqui ressaltar que semelhante redação consta dos §§ 1º e 2º do artigo 117 da NLLC, a seguir transcritos:

§ 1º O fiscal do contrato anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados.

§ 2º O fiscal do contrato informará a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência.

Reforçando a ideia das linhas de defesa e de maior participação colaborativa entre os setores da Administração, inclusive na execução contratual, a mesma lei em seu § 3º do artigo 117 estabeleceu o seguinte:

§ 3º O fiscal do contrato **será auxiliado pelos órgãos de**

¹³⁸ Hipóteses permitidas pelo inciso V do art. 37 da Constituição Federal.

assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

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.** (TC-000378/026/08, Relator: Dr. Eduardo Bittencourt Carvalho. Data de Publicação: DOE-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 da Lei nº 8.666/1993 e 117 da NLLC, 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 8.666/1993).

Na NLLC consta no artigo 117, § 4º, I e II, as regras a serem observadas na hipótese de contratação de terceiros prevista em seu

caput, a saber:

- I – a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato;
- II – a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado.

Vale rememorar que na NLLC, artigo 8º, § 3º, há previsão expressa no sentido da necessidade de se regulamentar a atuação dos fiscais e gestores de contratos, conforme repisamos:

As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à **atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei** serão estabelecidas em regulamento, e **deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno** para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

19.2. 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 ilegais¹³⁹. 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 8.666/1993 e art. 117 da NLLC), o servidor não pode, em regra, recusar-se a desempenhá-la.

Nada impede, entretanto, que a Administração regulamente mecanismos que relativizem essa obrigatoriedade. Tomem-se como exemplos as hipóteses previstas no artigo 11 do Decreto Federal nº 11.246/2022 que estabelece:

Art. 11. O encargo de agente de contratação, de integrante de equipe de apoio, de integrante de comissão de contratação, de

¹³⁹ Tomem-se como exemplos o art. 116, inciso IV, da Lei Federal nº 8.112/1990, o art. 241, inciso II, da Lei Estadual nº 10.261/1968 e o art. 171, inciso VIII, da Lei Municipal nº 1.429/1968 (Guarulhos/SP).

gestor ou de fiscal de contratos não poderá ser recusado pelo agente público.

§ 1º Na hipótese de deficiência ou de limitações técnicas que possam impedir o cumprimento diligente das atribuições, o agente público deverá comunicar o fato ao seu superior hierárquico.

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º, a autoridade competente poderá providenciar a qualificação prévia do servidor para o desempenho das suas atribuições, conforme a natureza e a complexidade do objeto, ou designar outro servidor com a qualificação requerida, observado o disposto no § 3º do art. 8º.

Similar previsão consta da Instrução Normativa nº 5/17, aplicável às contratações de serviços por órgãos ou entidades da Administração Pública **federal** direta, autárquica e fundacional, convalidada pela **INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES /ME Nº 75, DE 13 DE AGOSTO DE 2021**, que *estabelece regras para a designação e atuação dos fiscais e gestores de contratos nos processos de contratação direta, de que dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional*, ação que, pelas regras da NLLC, deve ser construída ou validada pelos estados e municípios e órgãos públicos.

Pelo art. 43 da referida Instrução Normativa nº 5/2017, temos que:

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, 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.

Cabe aqui rememorar o disposto no artigo 18, § 1º, X, da NLLC que estabelece a obrigação da Administração, ao elaborar o estudo técnico preliminar, abordar todas as considerações técnicas e, dentre os elementos obrigatórios, fixou aquele pertinente às **providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual**.

Assim, 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 deles, 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 elevada¹⁴⁰. Assim, a culpa *in eligendo* 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 Executivo¹⁴¹ (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 a 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.

Nesse sentido caminhou a NLLC ao estabelecer em seu artigo 7º que caberá à *autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover **gestão por competências** e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei.*

Destacando, ainda, o contido no inciso II do mesmo artigo 7º que traz, dentre os requisitos a serem observados naquela designação:

II – tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e

¹⁴⁰ TC-041655/026/11, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini. Data de Publicação: DOE – 23/07/2015.

¹⁴¹ TC-001172.989.12-1, Relator: Dr. Dimas Ramalho. Data de Publicação: DOE – 26/02/2013.

mantida pelo poder público; e

Além do conhecimento técnico, o Manual do Gestor de Contratos do Superior Tribunal de Justiça de Belo Horizonte (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.

19.3. 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.

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 portaria¹⁴², conforme o caso. O segundo passo, à luz da Lei nº 8.666/1993, é estabelecer no projeto básico, termo de referência, contrato e/ou edital os critérios e condições de atendimento satisfatório e de fiscalização do objeto, ou seja, customizar esses documentos ao objeto e à legislação específica e tributária aplicável. Esse segundo passo, sob a égide, da NLLC deverá seguir o quanto já abordado anteriormente neste manual.

¹⁴² A diferença entre regulamento, instrução e portaria pode ser encontrada em MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 172-177.

O ato de designação do gestor do contrato também pode prever suas responsabilidades e atribuições específicas, customizadas a cada contrato, o que é muito recomendável.

É necessário 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, bem como é conveniente que haja uma retroalimentação constante desse processo, ou seja, as intercorrências e experiências apuradas durante o acompanhamento da execução contratual sirvam de balizadores para as próximas contratações.

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, solicitando esclarecimentos quando necessário e principalmente conhecendo o objeto a ser fiscalizado e fazendo apontamentos nas questões que podem ser melhoradas com vistas de deixar o contrato à realidade das necessidades da gestão.

À luz da NLLC (artigo 8º, § 3º) os gestores e fiscais dos contratos devem contar com apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e do controle interno para desempenho de suas funções essenciais à execução da NLLC, o que, inclusive, deve constar expressamente do regulamento a ser editado, conforme já mencionamos anteriormente.

A partir daquelas cláusulas e/ou daquele regulamento, a depender de qual lei foi utilizada para a contratação, o gestor pode e deve elaborar um roteiro, um plano de trabalho e/ou um *checklist* 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.

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.

O Planejamento da licitação, a elaboração do termo de referência ou do projeto básico, a elaboração da minuta do instrumento contratual e do edital customizados ao objeto em todas as suas especificidades

quanto à execução contratual e gestão administrativa, orçamentária, financeira e tributária/fiscal, é essencial para a boa gestão do contrato.

É nesse momento que se ganha qualidade, celeridade e segurança jurídica, daí a necessidade de servidores capacitados nessa função. É preciso, nesse momento, serem definidos os documentos a serem apresentados com as respectivas faturas bem como a validação de documentos específicos e avaliações necessárias à liberação dos pagamentos, de forma objetiva.

Dispõe o parágrafo único do art. 11 da NLLC: *A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no **caput** deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e **promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.*** (grifo nosso)

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.

À luz da NLLC temos que foi inserido no artigo 12, VII, a possibilidade de a Administração elaborar o **plano de contratações anual (PCA)**, o que deverá ser definido na forma de **regulamento**.

No âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional foi editado o Decreto Federal nº 10.947/2022 que regulamento o referido inciso VII do artigo 12 da NLLC.

Cabe destaque que nesse referido decreto regulamentador se consolidou entendimento do TCU (Acórdão 1637/21- Plenário) no sentido de que o PCA pode ser elaborado a nível *meso*, **ou seja, por classe e não por item**.

Todavia, aqui cabe uma ressalva de que a Administração, ao regulamentar o PCA, deve levar em conta a sua estrutura e nível de gastos, sob pena de elaborar um PCA que não atinja o objetivo estabelecido na parte final do inciso VII do artigo 12 que é o de **racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias**.

Assim, no que pese o legislador ter utilizado o termo “poderão”, entendemos que o PCA constitui um documento imprescindível à implementação de uma boa governança de forma a permitir o alcance dos objetivos delineados no artigo 11 da NLLC e que devem nortear todas as contratações realizadas pela Administração à luz da NLLC.

Ademais, a existência de um PCA elaborado e divulgado nos termos da NLLC permite ao próprio mercado se preparar melhor para participar daqueles fornecimentos e até mesmo colaborar para que a aquisição/contratação propicie o resultado mais vantajoso à

Administração.

Fazemos aqui referência ao que foi mencionado na introdução deste manual no tocante à importância do planejamento.

Temos, ainda, que 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.

No tocante ao tema, à luz da NLLC, destacamos que os conceitos estão definidos no artigo 6º, consoante disposto nos incisos XX (estudo técnico preliminar), XXIII (termo de referência), XXIV (anteprojeto), XXV (projeto básico) e XXVI (projeto executivo).

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.

Neste sentido seguiu a NLLC ao destacar que a fase preparatória é caracterizada pelo **planejamento** e deve compatibilizar-se com o **PCA** e a **descrição da necessidade da contratação estar fundamentada em estudo técnico preliminar**, que caracterize o **interesse público envolvido**.

A ideia da NLLC é fazer que sejam repensadas as antigas formas de contratação e que se abandonem, se for o caso, aquelas ultrapassadas metodologias de contratação. Isso fica nítido em dois incisos obrigatórios que devem constar do estudo técnico preliminar, segundo o § 2º do artigo 18¹⁴³, sendo eles os incisos I e XIII do § 1º, a seguir

¹⁴³ § 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos

transcritos:

- I – descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;
- XIII – posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

Essa premissa é tão cristalina que na própria definição de estudo técnico preliminar (artigo 6º, XX) contou na parte final o termo: “**caso se conclua pela viabilidade da contratação**”, ou seja, a Administração pode, ao final da elaboração do estudo técnico preliminar, chegar à conclusão que não necessita daquela contratação, por exemplo, por possuir condições de executar de forma direta.

Nessa mesma linha no sentido de a Administração revisitar suas antigas formas de contratação, segue a disposição contida no artigo 44 da NLLC que traz:

Art. 44. Quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa.

20.1. Análise de Riscos.

O art. 6º, inciso IX, alínea “b”, da Lei nº 8.666/1993 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 2.138/2013, 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.

Destacamos o seu artigo 12 que 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.

Conforme veremos adiante, a NLLC traz também a necessidade de ser feita a análise dos riscos em contratações de objetos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução do contrato, e, se for caso, com a recomendação da inclusão no contrato da matriz de risco.

A matriz de risco é uma cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as informações das alíneas “a” a “c” do artigo 6º, inciso XXVII¹⁴⁴, nos termos do artigo 22 da NLLC, que face à relevância da matéria transcrevemos a seguir:

¹⁴⁴ a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência; b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico; c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo. § 1º A matriz de que trata o **caput** deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual.

§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

I – às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento; II – à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual; III – à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado. § 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

§ 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

A alocação dos riscos contratuais deve ser quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

O artigo 103, § 5º, da NLLC traz que:

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I – às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do *caput* do art. 124 desta Lei;

II – ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

As hipóteses mencionadas no inciso I consistem na modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração e na modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto.

Segundo o § 6º do artigo 103 da NLLC, na alocação de riscos poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.

Assim, temos que poderia ser utilizada, por exemplo, a NBR ISO 31000:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas, que fornece diretrizes para gerenciar riscos enfrentados pelas organizações, cuja aplicação pode ser personalizada para qualquer organização e seu contexto¹⁴⁵.

Haverá objetos que demandaram elementos mais simplificados, tal como uma compra de aparelhos de ar-condicionado para todas as escolas da rede pública municipal, onde poderiam constar apenas:

- 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

¹⁴⁵ Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=392334>. Acesso em 10/09/2021.

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.

Por questão lógica, procedimentos mais complexos de análise de riscos podem e devem ser regulamentados e implantados de acordo com as necessidades próprias de cada entidade pública, conforme mencionado anteriormente.

O art. 58 da Lei nº 8.666/1993 e o 104 da NLLC conferem 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 rescindi-lo unilateralmente¹⁴⁶, 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 melhor resultados do contrato ou rescindi-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, se for o caso, pela Administração de serviços essenciais vinculados ao objeto.

A quarta 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 do

¹⁴⁶ Na NLLC o legislador optou pelo termo “extinguir”.

Termo de Referência anexo ao edital da licitação destinada à contratação da melhor solução definida pela Administração na fase interna (ou preparatória) do certame.

21. Aspectos importantes do edital e contrato.

21.1. Elaboração da minuta do contrato.

A minuta do contrato entre a Administração e o particular deve 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.

A Lei nº 8.666/1993¹⁴⁷ define contrato administrativo como 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. 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.

Já a NLLC não repete essa definição, tampouco traz uma nova. À medida em que avancem os estudos e a aplicação da NLLC, muito provavelmente a doutrina jurídica e jurisprudências conceberão definições com base nas novas características do contrato administrativo dela extraídas.

À luz da Lei nº 8.666/1993¹⁴⁸, o instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços¹⁴⁹, 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.

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

¹⁴⁷ Artigo 2º, parágrafo único.

¹⁴⁸ Artigo 62.

¹⁴⁹ Na NLLC não há mais a modalidade de Tomada de Preços.

essenciais aquelas elencadas no art. 55 da Lei nº 8.666/1993 ou do art. 92 da NLLC, a depender da legislação utilizada pela Administração para o procedimento de contratação que deverá estar expressamente indicada no edital, face ao estabelecido no artigo 191 da NLLC.

Nos termos do art. 95 da NLLC, o termo de contrato somente pode ser substituído por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço nos casos de dispensa de licitação em razão de valor e de compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, **independentemente de seu valor**.

O parágrafo único do artigo 60 da Lei nº 8.666/1993 estabeleceu que *é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento*. Enquanto o § 2º do artigo 95 da NLLC trouxe que é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sendo que os pontos grifados são aqueles em que houve alteração.

No contexto da NLLC é importante ressaltar que os valores são atualizados anualmente por Decreto do Poder Executivo Federal¹⁵⁰, conforme disposto no artigo 182 da NLLC¹⁵¹.

O § 3º do artigo 91 da NLLC admite a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em **regulamento**. Assim, indispensável que exista um ato regulamentar previamente à utilização daquela forma eletrônica. Esse ato deverá estabelecer, entre outras condições, as ferramentas de tecnologia que serão utilizadas e a forma de assinatura eletrônica.

O regulamento deverá ser elaborado em consonância com a Lei Federal nº 14.063/2020¹⁵², que estabelece regras e procedimentos

¹⁵⁰ Em 30/12/2021 foi editado o Decreto nº 10.922/2021 atualizando os valores da NLLC.

¹⁵¹ Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP.

¹⁵² Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, em atos de pessoas jurídicas e em questões de saúde e sobre as licenças de **softwares** desenvolvidos por entes públicos, com o objetivo de proteger as informações pessoais e sensíveis dos cidadãos, com base nos incisos X e XII do caput do art. 5º da Constituição Federal e na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de

sobre o uso de assinaturas eletrônicas no âmbito da interação entre pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado e órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos dos entes federativos.

Como mencionado anteriormente sob a regência da NLLC, são cláusulas necessárias à elaboração da minuta contratual aquelas estabelecidas no artigo 92.

Quando comparadas as disposições contidas no artigo 55 da Lei nº 8.666/1993 e aquelas estabelecidas no artigo 92 da NLLC, podemos verificar que houve uma ampliação desse rol de exigências, dentre as quais destacamos:

- os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento; (inciso VI)

Embora seja, há muito tempo, comum que os contratos prevejam os prazos e a periodicidade de medição, os itens e indicadores a serem medidos, bem como os prazos de pagamento (contados da data da medição), essas exigências expressas evitam que sejam formalizados contratos com omissões acerca dessas fases de verificação da execução e pagamento dos valores devidos ao contratado.

Prazos claramente estipulados ajudam a evitar, por exemplo, atrasos nos pagamentos ao contratado, na liberação de etapas seguintes de obras e serviços, na formalização de aditamentos, pois cada setor da Administração e cada agente público conhece previamente o prazo que deve observar na realização de suas atividades específicas para a regular tramitação dos atos do processo administrativo.

- prazos para resposta (quando for o caso): ao pedido de repactuação de preços e ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro; (incisos X e XI)

Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de um mês, contado da apresentação da demonstração analítica da variação dos custos e dos documentos que a fundamentam, conforme previsto no artigo 92, § 6º da NLLC.

- a matriz de risco, quando for o caso; (inciso IX)

A matriz de risco consiste em *cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação* (artigo 6º, XXVII), e deve ser observada na solução de eventuais pleitos das partes. É obrigatória nas contratações de obras e serviços de grande vulto ou quando são adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada (artigo 22, § 3º).

- as garantias oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento; (inciso XII)

Essa cláusula se refere à garantia adicional como condição para o pagamento antecipado, que pode ser exigida pela Administração. A possibilidade de antecipação de pagamento está prevista nos §§ 1º a 3º do artigo 145 da NLLC.

- o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso; (inciso XIII)

Em se tratando de obra, a garantia técnica tem prazo mínimo de cinco anos, admitida a previsão de prazo de garantia superior no edital e no contrato (artigo 140, § 6º).

- a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz; (inciso XVII)

São exemplos de reserva legal de cargos: a Lei Federal nº 8.213/1991, art. 93, que exige que empresas com cem ou mais empregados preencha de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados da Previdência Social ou pessoas portadoras de deficiência; e o Decreto-Lei nº 5.452/1943, que exige que os estabelecimentos de qualquer natureza empreguem e matriculem nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

- o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento; (inciso XVIII)

O modelo de gestão do contrato consiste na descrição de como a

execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade e é parte integrante do termo de referência da licitação para contratação de bens e serviços. Já o regulamento tem caráter geral, ou seja, aplica-se a todas as modalidades de contratações, e deve estabelecer as regras relativas à atuação de fiscais e gestores de contratos no desempenho de suas funções, sobre o tema fazemos referência ao já abordado neste manual.

Cuidados ao contratar o 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.

Nos termos da decisão constante do processo cujo trecho transcrevemos a seguir, 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. (TC-034698/026/14, Relator: Dr. Valdenir Antonio Polizeli. Data de Publicação: DOE – 04/06/2016).

Nesse sentido segue a seguinte lição:

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)

Ao tratar da padronização a NLLC trouxe, em seu artigo 42, § 2º, a seguinte previsão com relação à aquisição de software:

*§ 2º As **contratações** de soluções baseadas em **software** de uso disseminado **serão disciplinadas em regulamento** que defina processo de gestão estratégica das contratações desse tipo de solução.*

Já o artigo 93 da NLLC estabelece que:

Nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados, inclusive daqueles que contemplem o desenvolvimento de programas e aplicações de internet para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento e de comunicação da informação (software) – e a respectiva documentação técnica associada -, o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais a eles relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor.

21.2. 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 10.192/1991 com as alterações posteriores, 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 simples apostila ou termo de apostilamento.

Na Lei nº 8.666/1993 o tema “simples apostila” está tratado no artigo 65, § 8º¹⁵³ que fixa as únicas possibilidades que permitem a dispensa de regular termo aditivo.

O mesmo tema na NLLC está regrado no artigo 136 e estabelece exemplo de situações em que pode ser dispensada a celebração de termo aditivo, conforme a seguir transcrito:

Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações:

- I – variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato;
- II – atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento previstas no contrato;
- III – alterações na razão ou na denominação social do contratado;
- IV – empenho de dotações orçamentárias.

É importante lembrar a disposição contida no artigo 132 da NLLC, no tocante à necessária formalização de termo aditivo:

Art. 132. A formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato, salvo nos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, hipótese em que a formalização deverá ocorrer no prazo máximo de 1 (um) mês.

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,

¹⁵³ 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 nº 8.666/1993), 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.

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. (TC-000806/008/08, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues Data de Publicação: DOE – 01/05/2013)

Convém salientar que, se o índice adotado for negativo, o preço deverá ser reduzido, assim como é aumentado quando o índice é positivo.

O artigo 92 da NLLC ao tratar das **cláusulas necessárias em todo contrato**, fixou em seu § 3º a obrigatoriedade de se conter cláusula que estabeleça, independentemente do prazo de duração, o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, permitindo o estabelecimento de mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

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 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 8.666/1993).

Um exemplo de fato do príncipe é a hipótese prevista no § 5º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993: 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: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 06/12/2016)

O **reajuste** e a **revisão**, portanto, **são institutos bastante distintos**, o primeiro de 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-000415/004/12, Relator: Dr. Samy Wurman. Data de Publicação: DOE – 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 Paulo¹⁵⁴ quando se tratam de licitações regidas pelas leis que serão revogadas pela NLLC.

Na NLLC a alteração dos contratos e dos preços está tratada nos artigos 124 a 136, sendo que o **artigo 124 traz as possibilidades de alterações dos contratos e preços**, porém **as alterações unilaterais não poderão transfigurar o objeto da contratação**, consoante previsto no artigo 126.

Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-

¹⁵⁴ Matéria tratada, por exemplo, na decisão do TC-006077.989.17-6.

financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada, observando-se o disposto **no artigo 135, incisos I e II e §§ 1º ao 6º**.

À luz da NLLC, nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de um mês, contado da apresentação da demonstração analítica dos custos e dos documentos que a fundamentam, conforme estabelecido no § 6º do artigo 92.

21.3. Garantia contratual e garantia técnica.

Em linhas gerais a Administração pode exigir a prestação de garantia contratual por parte da Contratada para assegurar a execução do objeto, sendo que 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 10.406/2002).

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 8.078/1990).

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 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 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.

À luz da Lei nº 8.666/1993 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.

Na NLLC o tema está abordado nos artigos 96 a 102 e permitiu, por exemplo, a majoração daquele percentual para até 10%, mediante justificativa referente à complexidade técnica e dos riscos envolvidos, conforme artigo 98.

Ainda com relação aos percentuais a NLLC o artigo 99 trouxe que:

Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente **a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.**

Outra inovação trazida pela NLLC (artigo 102) é a possibilidade de inclusão de cláusula de retomada, que consiste em prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, estando o regramento estabelecido nos incisos I a III do *caput* no parágrafo único do mesmo artigo 102.

Ainda com relação ao tema “garantias”, destacamos os seguintes pontos trazidos pela NLLC:

- Deverão constar do contrato, as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento (art. 92, XII);

- Nas licitações internacionais, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às

exigências dos órgãos competentes, devendo as garantias de pagamento do licitante brasileiro serem equivalentes àquelas oferecidas aos licitantes estrangeiros (art. 52, § 3º);

– Nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com NLLC (art. 59, § 5º);

– A critério do órgão contratante poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, observando o disposto no art. 96 da NLLC;

- Os emitentes das garantias definidas pelo contratante, na forma da NLLC, deverão ser notificados pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais (art. 137, § 4º).

21.4. Recebimento do objeto.

Em linhas gerais, 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 indicados para o recebimento 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 8.666/1993¹⁵⁵, bem como busca evidenciar como o tema é tratado na NLLC:

<p>OBRAS E SERVIÇOS</p>	<p>Lei nº 8.666/1993 – PROVISÓRIO (art. 73, I, “a”)</p> <ul style="list-style-type: none"> • gestor do contrato mediante termo circunstanciado, <u>assinado pelas partes</u>; • em até 15 dias da comunicação do contratado. <p>NLLC – PROVISÓRIO (art. 140, I, “a”)</p> <ul style="list-style-type: none"> • provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico; • no prazo estabelecido em regulamento ou no contrato (§ 3º, artigo 140).
--------------------------------	---

¹⁵⁵ Valores atualizados conforme o Decreto Federal nº 9.412/2018.

	<p>Lei nº 8.666/1993 – DEFINITIVO (art. 73, I, “b”)</p> <ul style="list-style-type: none"> • servidor ou comissão mediante termo circunstanciado, <u>assinado pelas partes</u>; • após o decurso do prazo de observação (até 90 dias) ou vistoria. <p>NLLC – DEFINITIVO (art. 140, I, “b”)</p> <ul style="list-style-type: none"> • definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais; • no prazo estabelecido em regulamento ou no contrato (§ 3º, artigo 140).
<p>COMPRAS E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS</p>	<p>Lei nº 8.666/1993 (art. 73, II e art. 15, § 8º)</p> <ul style="list-style-type: none"> • termo circunstanciado (superior a R\$ 82.500.000,00 – grande vulto); • recibo nos demais (abaixo de R\$ 82.500.000,00); • comissão de no mínimo três membros (superior a R\$ 176.000,00). <p>NLLC (art. 140, II, “a” e “b”)</p> <ul style="list-style-type: none"> • a) provisoriamente, de forma sumária, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, com verificação posterior da conformidade do material com as exigências contratuais; • b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais. • no prazo estabelecido em regulamento ou no contrato (§ 3º, artigo 140).
<p>DISPENSAM RECEBIMENTO PROVISÓRIO</p>	<p>Lei nº 8.666/1993 (art. 74)</p> <ul style="list-style-type: none"> • gêneros perecíveis e alimentação preparada; • serviços profissionais; • obras e serviços até R\$ 176.000,00 (exceto os sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade). <p>NLLC – Não há previsão.</p>

Fonte: elaborado pela autora do Manual com adaptações feitas nesta atualização.

O recebimento do objeto na NLLC está previsto no seu artigo 140, donde se extrai os seguintes parágrafos:

§ 1º O objeto do contrato poderá ser rejeitado, no todo ou em parte, quando estiver em desacordo com o contrato.

§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não excluirá a responsabilidade civil pela solidez e pela segurança da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

§ 3º Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato.

§ 4º Salvo disposição em contrário constante do edital ou de ato normativo, os ensaios, os testes e as demais provas para aferição da boa execução do objeto do contrato exigidos por normas técnicas oficiais correrão por conta do contratado.

§ 5º Em se tratando de projeto de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o projetista ou o consultor da responsabilidade objetiva por todos os danos causados por falha de projeto.

§ 6º Em se tratando de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o contratado, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, admitida a previsão de prazo de garantia superior no edital e no contrato, da responsabilidade objetiva pela solidez e pela segurança dos materiais e dos serviços executados e pela funcionalidade da construção, da reforma, da recuperação ou da ampliação do bem imóvel, e, em caso de vício, defeito ou incorreção identificados, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.

O termo de referência deverá conter a indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para o recebimento provisório e definitivo, quando for o caso, consoante estabelecido no artigo 40, § 1º, II, da NLLC.

Ainda, em linhas gerais, 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 Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 76, prevê que a Administração é obrigada a rejeitar, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato, sendo que na NLLC consta similar previsão no § 1º do artigo 140.

Dizemos similar, pois o legislador, a nosso ver, usou o termo “**poderá**” enquanto na redação da Lei nº 8.666/1993 constava “**rejeitará**”. Assim, entendemos que não se trata de uma prerrogativa da Administração receber ou não o objeto do contrato, no todo ou em parte, quando estiver em desacordo com o contrato. Portanto temos a figura aqui de um **poder-dever**.

Todavia, importante destacar que, como mencionado alhures, trata-se de uma lei consequencialista cujo foco é o resultado alcançado, em suma o atendimento do interesse público.

Face à essa visão, a leitura mais adequada do artigo 140, § 1º deve se dar à luz do estabelecido no artigo 147 da mesma Lei¹⁵⁶, onde a Administração deve primeiramente buscar o saneamento, ou seja, adotar medidas para que as condições editalícias e contratuais sejam efetiva e plenamente cumpridas, com destaque para o inciso VII daquele artigo¹⁵⁷.

Caso não consiga sanear, e a medida de suspensão da execução ou declaração de nulidade do contrato não se revelem medida de interesse público, a Administração deverá optar pela continuidade do contrato e pela **solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis**, consoante estabelecido no parágrafo único do artigo 147 da NLLC.

Lembrando que a instauração de processo administrativo para aplicação de penalidades é Ato Administrativo Vinculado, não havendo prerrogativa de não ser instaurado, consoante previsto no Acórdão nº 981/17 - TCU.

21.5. Fiscalização do cumprimento de obrigações acessórias.

Tendo em vista a obrigatoriedade da manutenção das condições de habilitação na licitação, mais do que possível, podemos dizer que é **preciso** condicionar os pagamentos à comprovação, pelo contratado, das suas obrigações tributárias e trabalhistas, bem como a apresentação das certidões negativa ou positiva com efeito de negativas de tributos junto aos órgãos federais, estaduais e municipais, de acordo com o objeto e as condições de habilitação.

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 do recebimento do objeto pelo gestor do contrato.

Pode-se estabelecer em cláusula contratual, por exemplo, que o

¹⁵⁶ Art. 147. **Constatada irregularidade** no procedimento licitatório ou na **execução contratual, caso não seja possível o saneamento**, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato **somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público**, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: (grifo nosso)

¹⁵⁷ VII - **medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;**

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 documentação pertinente ao objeto.

Como exemplo, citamos a documentação relacionada na Instrução Normativa nº 5/2017¹⁵⁸, convalidada pela Instrução Normativa nº 75/2021, às quais fazemos referência como uma das boas práticas a serem adotadas.

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 obrigatoriedade de o contratado manter preposto aceito pela administração está expressamente prevista no artigo 68 da Lei nº 8.666/1993, bem como no artigo 118 da NLLC.

A subordinação, a pessoalidade, a habitualidade e a remuneração são características do vínculo empregatício (art. 3º do Decreto-Lei nº 5.452/1943), 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.

Já a indicação de pessoa para prestar o serviço ou executar a obra pode evidenciar pessoalidade e habitualidade, principalmente nos

¹⁵⁸ https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783 – Acesso em 25/04/2022 às 08h39min

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.

Neste sentido o artigo 48 da NLLC trouxe que poderão *ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade*. Todavia, vedou à Administração ou a seus agentes: **I – indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado**; **II – fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado**; **III – estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado**; **IV – definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos**; **V – demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação** e **VI – prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado**.

Assim, temos que 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 os 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.

Aqui cabe lembrar o quanto estabelecido no artigo 121 da NLLC:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

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.

Todavia, observamos rotineiramente que, não sabendo o que deve ser pedido, pede-se tudo, de forma desnecessária, a exemplo da folha de pagamento de um contrato que faz manutenção de elevadores.

Neste sentido podemos afirmar que solicitar folha de pagamento somente é possível para contratos com predominância de mão de obra, vez que é preciso ter o controle da presença dos funcionários em serviço, que constam da folha.

Outro ponto a ser destacado é que as cláusulas contratuais devem estar customizadas à legislação quanto à obrigação de reter e repassar para a localidade onde está sendo prestado os serviços ou ainda quanto à contratada apresentar o recolhimento do ISSQN.

As obrigações acessórias compreendem, além daquelas tratadas nesse item do manual, outros gravames contratuais que habilitam a empresa para o objeto contratado, a exemplo das específicas.

O contrato deve trazer objetividade nessas questões e as áreas financeira ou tributária do órgão podem e devem ser acionadas para auxiliar na elaboração dos termos de referência, editais etc.

21.5.1. Responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários.

Preceitua o § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 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 8.212/1991.

Na NLLC o tema foi tratado no artigo 121 comentado no item anterior desse manual, ao qual fazemos referência, acrescentando que no § 5º do citado artigo constou que o “*recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*”.

O citado artigo 31 da Lei nº 8.212/1991 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 artigo 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 óbice¹⁵⁹ 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.

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.

21.6. 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 contrato¹⁶⁰. 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 ou o fiscal do contrato**, aqui não há que se falar em simples apostila, vez que não se trata de nenhuma das hipóteses previstas no § 8º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993 (caso a contratação seja regida pela NLLC devemos ter em mente o que foi tratado no item 21.2 deste

¹⁵⁹ Decisões nesse sentido foram proferidas nos processos TC-023717/026/09, TC-023841/026/09, TC-003107.989.13-9, TC-006158.989.15-2, entre outras.

¹⁶⁰ A exemplo do decidido por esta Corte de Contas Paulista nos autos do processo TC-000355/018/14, Relator: Dr. Márcio Martins de Camargo. Data de Publicação: DOE – 22/10/2016.

manual).

Uma alternativa é fazer constar no contrato que o gestor e o fiscal serão nomeados através de ato específico (como uma Portaria) pela autoridade competente, vez que eventual alteração destes não ensejará a necessidade de se formalizar termo aditivo.

Além disso, é importante fazer constar expressamente as prerrogativas e atribuições do gestor e do fiscal do contrato, tendo-se em mente o quanto tratado no item 19 deste manual.

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, prazo de validade, temperatura e outras relativas aos 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, mas sem nominá-los, sob o risco de eventual alteração ter a mesma sorte daquela relativa ao gestor ou ao fiscal, ou seja, exigir-se formalização de termo aditivo.

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 e pelo fiscal. Como o objetivo da contratação é o atendimento de uma necessidade, o gestor e o fiscal precisam 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

suprida, 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 se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, consoante se depreende do artigo 67, § 1º e artigo 69, ambos da Lei nº 8.666/1993 ou, ainda, do contido nos artigos 117 e 119 da NLLC, a depender da legislação adotada para reger a licitação ou procedimento de dispensa/inexigibilidade.

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 serviços¹⁶¹.

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

Repisamos que, conforme estabelecido no § 3º do artigo 8º da NLLC, as **regras relativas** à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e **à atuação de fiscais e gestores de contratos** de que tratam a referida lei **deverão ser estabelecidas em regulamento**, e **deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno** para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto na NLLC.

21.7. 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 nº 8.666/1993.

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.

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

¹⁶¹ Adaptado de MANUAL de gestão de contratos do STJ. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50.

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. (TC-002256/006/08, Relator: Dr. Renato Martins Costa. Data de Publicação: DOE – 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.

O tema na NLLC está tratado no artigo 122, onde consta a seguinte previsão:

Art. 122. Na execução do contrato e **sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.**

§ 1º O contratado apresentará à Administração **documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado**, que será avaliada e **juntada aos autos do processo** correspondente.

§ 2º Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

Importante destacar que a NLLC no § 3º do mesmo artigo 122 **veda a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.**

Assim, temos que não é admitida a subcontratação do todo do contrato, permite-se apenas quando se tratar de um complemento ao objeto, de acordo com as especificidades deste.

Consoante estabelecido no artigo 74, § 4º, da NLLC, nas contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização de que trata o inciso III do mesmo artigo 74, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade, nos termos do § 3º daquele artigo).

22. Responsabilização do gestor do contrato.

Tal qual mencionado anteriormente, para fins deste manual adotaremos neste tópico o termo “gestor do contrato” para fazer referência tanto ao “gestor do contrato” quanto ao “fiscal 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 Hely Lopes 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. (grifo nosso)

O artigo 28 da LINDB traz que: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

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.

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 do contrato pode ser responsabilizado se não tomar 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 Administração¹⁶².

Por isso é imprescindível a formalização de todos os atos do gestor do contrato. Esse responsável deve se comunicar sempre por escrito com o ordenador de despesa, com os servidores que o auxiliam na fiscalização e, principalmente, com o representante do contratado. 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 do contrato 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.

¹⁶² Nesse sentido a decisão do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1450/2011-Plenário, TC-021.726/2007-4.

Neste sentido fazemos referência, por exemplo, à importância do Livro de Ordem no acompanhamento e fiscalização de obras e serviços de engenharia, conforme tratado adiante.

23. Acompanhamento e fiscalização da execução contratual.

Semelhantemente ao mencionado anteriormente, neste tópico adotaremos o termo “gestor do contrato” para fazer referência tanto ao “gestor do contrato” quanto ao “fiscal do contrato”.

23.1. Atribuições legais do gestor do contrato.

Por todo o exposto anteriormente, temos que é indiscutível a importância e a obrigatoriedade do acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato e o cumprimento fielmente pelas partes, **de acordo com as cláusulas avençadas** e as normas da respectiva Lei, seja a nº 8.666/1993 como a nº 14.133/2021 (NLLC).

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.

Para tanto, o gestor do contrato deve anotar em registro próprio **todas as ocorrências** relacionadas com a execução dele. Ou seja, 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.

Cabe ao gestor do contrato determinar 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 e outras providências indispensáveis, pois é fato relacionado à execução do contrato. A exemplo, podemos citar 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.

23.2. Atuação do gestor do contrato.

Após ler o contrato, o edital e seus anexos e planejar seu trabalho, o

gestor do contrato 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 Paulo¹⁶³.

Sendo atribuição do gestor do contrato 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 do contrato 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 e encaminhá-la ao setor ou servidor responsável pelos pagamentos.

O descumprimento de obrigações acessórias deve ser comunicado à autoridade competente para que essa aplique as penalidades legais e

¹⁶³ Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/diretoria_geral/composicao/Gestao_Contratos/Manual_dosGestores.htm – acesso em 25/04/2022 às 12h04min.

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, sendo obrigatória a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Caso verifique que há necessidade de prorrogação de prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto 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 do contrato, a de participar dos levantamentos e estudos para verificação do interesse público ou da vantajosidade para a Administração da prorrogação da vigência, encaminhando os respectivos resultados à apreciação superior.

Se as citadas prorrogações não forem convenientes ou não se enquadrarem nas hipóteses legais, o gestor do contrato 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, evitando ruptura ou descontinuidade daquele serviço ou fornecimento, o que poderia prejudicar o atendimento do interesse público albergado por aquela contratação.

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 do contrato 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 de alteração contratual, observado o disposto nos art. 57 e 65 n^o Lei n^o 8.666/1993 ou nos artigos 124 a 136 da NLLC, a depender da lei adotada para reger o procedimento daquela contratação.

Nestes casos, é comum que a Administração consulte o gestor do contrato sobre a necessidade ou conveniência da alteração, daí a importância do nome dele e sua assinatura constarem do Termo de Ciência e de Notificação que será tratado no item 24.1 deste manual.

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 juris- prudência 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. (TC-010548.989.17-7 e TC-011090.989.17-9, Relator: Dr. Antonio Roque Citadini Data de Publicação: DOE – 31/01/2019)

Cabe aqui rememorar o contido, por exemplo, no artigo 178 da NLLC que inseriu no Código Penal, dentre os crimes em licitações e contratos administrativos o seguinte:

Omissão grave de dado ou de informação por projetista

Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no **caput** deste artigo.

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 do contrato 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 do contrato muitas vezes tomará decisões com base nestas informações, que constituirão justificativa para alguns de seus atos.

23.3. Fiscalização de fornecimento de bens.

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

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

23.4. 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 (no caso de obras comuns) 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)¹⁶⁴, 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

¹⁶⁴ Resolução nº 218/73 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA.

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. (TC-000172/011/12 e TC-000503/015/12, Relator: Dr. Valdenir Antonio Polizeli. Data de Publicação: DOE – 03/04/2018)

A Resolução nº 1.094/2017 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 1.094/2017).

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.

23.5. 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 (tema tratado no item 21.5 deste manual); e a dificuldade em fiscalizar quantitativamente e qualitativamente os serviços prestados.

Quanto à pessoalidade e à subordinação, trata-se de características da relação empregatícia, que não pode haver entre a Administração e os empregados da terceirizada.

Para evitá-las, na execução do contrato, o gestor deve tomar as seguintes medidas:

- Havendo qualquer imperfeição ou atrasos nos serviços prestados por quaisquer empregados, o gestor do contrato deve exigir a solução dos problemas **diretamente ao preposto do contratado**, e apenas a ele;
- Qualquer comportamento inadequado de empregados da contratada, que comprometam a qualidade do trabalho realizado ou o bem-estar de terceiros no local da prestação dos serviços, devem ser relatados pelo gestor do contrato diretamente ao preposto do contratado, e apenas a ele;

- Qualquer orientação 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 do contrato deverá comunicar a autoridade competente para notificar a contratada 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 terceirizado deve ficar limitada à atividade-meio e **desde que inexistente a personalidade 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. (TC-001218/003/15, Relator: Dr. Sidney Estanislau Beraldo. Data de Publicação: DOE – 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 internet¹⁶⁵ 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 CADTERC 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.

A partir do resultado da análise de cada item, o gestor do contrato deve determinar por escrito que a contratada 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, através dos procedimentos internos, sobre o descumprimento das especificações contratuais, para que este adote as medidas cabíveis.

¹⁶⁵ Disponível em:

https://www.bec.sp.gov.br/BEC_Servicos_UI/CadTerc/ui_CadTercApresentacao.aspx?chave= – Acesso em 25/04/2022 às 14h13min.

23.6. Penalidades aplicáveis ao contratado.

À luz da Lei nº 8.666/1993 as penalidades aplicáveis à contratada pela inexecução total ou parcial do objeto estão previstas em seus artigos 86 e 87.

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, quando tiver sido prestada em caução real, fiança bancária ou títulos da dívida pública, a garantia só poderá ser executada 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 nº 8.666/1993. (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, devendo ser facultada a defesa prévia ao interessado, no respectivo processo, no prazo de cinco dias úteis (§ 2º do artigo 87).

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 (§ 3º do artigo 87).

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 Justiça¹⁶⁶.

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 a

¹⁶⁶ MANUAL de gestão de contratos do STJ. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 76.

parcela inadimplida.

Todavia as sanções atinentes à contratação administrativa devem residir na razoabilidade, adotando-se, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato e os danos que dele provierem para a Administração.

Além das sanções previstas na Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002, 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).

Fazemos referência ao tema “**os efeitos das sanções de declaração de inidoneidade para contratar e de suspensão de participação em licitações e impedimento de contratar com a administração**” tratado no item 7 deste manual.

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 8.666/1993).

O Decreto Estadual nº 61.751/2015 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 cinco dias úteis, quando a sanção proposta for a de suspensão temporária, e dez 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, fundamentalmente, 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 cinco 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.

A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 87, elenca sanções da mesma natureza, porém, sem definir as infrações administrativas, referindo-se de modo genérico a quaisquer situações que configurem inexecução total ou parcial do contrato.

À luz da NLLC temos o artigo 155 que relaciona as infrações pelas quais o licitante ou o contratado **será** responsabilizado administrativamente, ou seja, no caso dessas infrações a Administração não possui prerrogativa de não sancionar.

Já o artigo 156 estabelece que **serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas** as sanções *a priori* aplicáveis a cada infração.

O § 1º do artigo 156 da NLLC determina que, na aplicação das sanções, sejam considerados os seguintes critérios: **I** – a natureza e a gravidade da infração cometida; **II** – as peculiaridades do caso concreto; **III** – as circunstâncias agravantes ou atenuantes; **IV** – os danos que dela provierem para a Administração Pública e **V** – a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Quanto aos três primeiros critérios, a previsão guarda consonância com o artigo 22, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, que incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

No tocante ao programa de integridade, sua previsão tem paralelo na Lei nº 12.846/2013, que estabelece que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade seja levada em consideração na aplicação de sanções administrativas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis por atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira.

Paralelamente aos critérios a serem observados na aplicação de sanções administrativas, a NLLC prevê expressamente que a aplicação de quaisquer sanções dessa natureza não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública (§ 9º do artigo 156).

A respeito da incidência de cada espécie de sanção, em específico,

a **advertência** é aplicável ao contratado que der causa à inexecução parcial do contrato, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave (§ 2º do artigo 156), enquanto a **multa** é aplicável a todas as infrações administrativas, inclusive cumulativamente à aplicação de qualquer das demais penalidades (§ 3º do artigo 156).

Conforme estabelecido no § 4º do artigo 156 o **impedimento de licitar e contratar** é aplicável às seguintes infrações, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave: dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano (inciso II do artigo 155); dar causa à inexecução total (inciso III do artigo 155); deixar de entregar a documentação exigida para o certame (inciso IV do artigo 155); não manter a proposta (inciso V do artigo 155); não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação (inciso VI do artigo 155); ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado (inciso VII do artigo 155).

Nos termos do mesmo § 4º do artigo 156 essa sanção impede o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do **ente federativo** que a tiver aplicado, pelo prazo máximo de três anos. Nesse ponto, a nova norma guarda consonância com o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo acerca do alcance dessa penalidade, consolidado na seguinte súmula:

SÚMULA Nº 51 – A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

Consoante § 5º do artigo 156 a **declaração de inidoneidade**, por sua vez, é aplicável às seguintes infrações: apresentar declaração/documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato (inciso VIII do artigo 155); fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato (inciso IX do artigo 155); comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude (inciso X do artigo 155); praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação (inciso XI do artigo 155); praticar ato lesivo previsto no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013 (inciso XII do artigo 155).

Ademais, essa sanção é aplicável a todas as demais infrações,

quando justifiquem a imposição de penalidade mais grave que o impedimento de licitar e contratar, exceto à inexecução parcial do contrato que não tenha causado grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo. Impede, ainda, o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de **todos os entes federativos**, pelo prazo mínimo de três anos e máximo de seis anos.

A NLLC em seu artigo 161 determina que, para fins de aplicação das sanções, o Poder Executivo **regulamente** a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

Quanto ao aspecto procedimental na aplicação de multa, deve ser facultada a defesa do interessado no prazo de quinze dias úteis, contado da data de sua intimação (artigo 157).

Já a aplicação do impedimento de licitar e contratar e da declaração de inidoneidade depende de instauração de **processo de responsabilização**, a ser **conduzido por comissão composta de dois ou mais servidores estáveis** (artigo 158, *caput*), sendo que em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a **comissão será composta de dois ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, três anos de tempo de serviço no órgão ou entidade** (§ 1º do artigo 158).

A comissão deve avaliar fatos e circunstâncias conhecidos e intimar o licitante ou contratado para, no prazo de quinze dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir (artigo 158, *caput*).

Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, a NLLC faculta ao licitante ou contratado apresentar alegações finais no prazo de quinze dias úteis, contado da data da intimação (§ 2º do artigo 158).

Em seu artigo 161 a NLLC determina que, no **prazo máximo quinze dias úteis**, contado da data de aplicação da sanção, o órgão ou entidade **informe e mantenha atualizados** os dados relativos às **sanções por ele aplicadas**, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal.

Além daquela obrigação mencionada no parágrafo anterior é importante destacar que nos artigos 87 e 88 da NLLC foi tratado do procedimento auxiliar denominado “Registro Cadastral”, sendo fixado

no § 3º do artigo 88 que:

§ 3º A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, **e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada.** (grifo nosso)

No caso das infrações [*apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato e de praticar ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira elencado no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)*], a reabilitação do licitante ou contratado perante a autoridade que aplicou a penalidade depende da implantação ou aperfeiçoamento de **programa de integridade** pelo responsável, consoante estabelecido no parágrafo único do artigo 163.

O Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei nº 12.846/2013, traz a seguinte definição de programa de integridade:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

O artigo 160 da NLLC trouxe expressamente para as contratações públicas, também, a possibilidade de que seja **desconsiderada a personalidade jurídica** sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos nela previstos ou para provocar confusão patrimonial. Nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado,

observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

A descon sideração da personalidade jurídica já foi adotada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em decisão pela impossibilidade de habilitação, em procedimento licitatório, de licitante subsidiária integral de empresa declarada inidônea. Entendeu o Relator que configuraria estímulo à impunidade admitir-se que a alteração da razão social de determinada sociedade comercial, sancionada por adotar conduta lesiva ao interesse público, pudesse invalidar a correspondente penalidade, a seguir transcrevemos o citado acórdão:

Ementa – Declaração de inidoneidade. Impedimento de contratar com toda a Administração Pública. Inteligência do inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93. Precedentes da Corte de Contas e do Poder Judiciário. Ação de recuperação judicial. Criação de subsidiária integral constituída pelos mesmos sócios controladores. Caracterização da hipótese de sucessão. Extensão do impedimento à sucessora. Determinação de inabilitação no certame. Incidência da regra do artigo XI do artigo 33 da Constituição Estadual combinado com o inciso XIV do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93. **Representação procedente.** (TC-002735.989.13-9, Relator: Dr. Edgard Camargo Rodrigues. Data de Publicação: DOE – 07/01/2014.

Em outra ocasião, a Corte de Contas Paulista externou o entendimento de que:

[...] é possível a aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica, para impedir a participação, em licitação, de empresa com mesmos sócios e objeto de outra empresa declarada inidônea, sob pena de frustrar a eficácia da sanção administrativa. (TC-017578.989.19-6, Relator: Dr. Alexandre Manir Figueiredo Sarquis. Data de Publicação: DOE – 26/09/2020.

23.7. Rescisão do contrato.

À luz da Lei nº 8.666/1993 as hipóteses de rescisão do contrato administrativo estão relacionadas no artigo 78, incisos I a XVIII. 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 com- provar 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, sempre assegurado o contraditório e a ampla defesa.

A Administração tem a obrigação 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.

Consoante estabelecido no artigo 79, I, da Lei nº 8.666/1993 em casos assim, previstos nos incisos I a XII e XVII do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993, o contrato pode ser rescindido unilateralmente mediante autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

Naqueles casos citados no parágrafo anterior, nos termos do artigo 80 da Lei nº 8.666/1993, a rescisão **acarretará** a execução da garantia contratual para ressarcimento da Administração e dos valores das multas e indenizações a ela devidos, bem como a retenção dos valores

devidos à contratada, decorrentes do contrato, até o limite dos prejuízos causados à Administração, entre outras medidas.

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.

Sob a égide da NLLC o tema foi denominado “**extinção dos contratos**” e está tratado nos artigos 137 a 139, sendo que o artigo 137 replica em certa medida aqueles motivos contidos no artigo 78. Dentre as alterações promovidas pela NLLC destacamos as seguintes:

- O § 2º, II, alterou o prazo de **120 dias** (previsto no artigo 78, XIV, da Lei nº 8.666/1993) para **três meses**, quando da suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração;
- O § 2º, III, alterou o prazo de **120 dias** (previsto no artigo 78, XIV, da Lei nº 8.666/1993) para **90 dias úteis**, quando das repetidas suspensões;
- O § 2º, IV, alterou o prazo de 90 dias (previsto no artigo 78, XV, da Lei nº 8.666/1993) para dois meses, quando do atraso dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela administração.

Além daquelas alterações destacadas acima, o artigo 137 da NLLC introduziu, entre outros, os seguintes motivos:

- VI – atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;
- VII – atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas;
- IX – não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

Os dois motivos inseridos por meio dos incisos VI e VII se justificam face ao contido no artigo 25, § 5º, I e II, onde a NLLC trouxe a possibilidade de o edital prever a responsabilidade do contratado pela “**obtenção do licenciamento ambiental**” e pela “**realização da desapropriação autorizada pelo poder público**”.

Para dar maior celeridade na questão de licenciamento ambiental o § 6º do mesmo artigo 25 da NLLC trouxe a previsão no sentido de que: *Os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos desta Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência* (grifo nosso).

Na mesma linha de cooperação e de maior celeridade na tramitação de processos a NLLC por meio do seu artigo 177 alterou o *caput* do artigo 1048 do Código de Processo Civil¹⁶⁷ e acresceu o inciso IV. Assim, aquele dispositivo passou a ter a seguinte redação:

Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

[...]

IV – em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação a que se refere o inciso XXVII do *caput* do art. 22 da Constituição Federal.

Já o motivo inserido no inciso IX daquele artigo 137 visa dar concretude ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável previsto no artigo 5º da NLLC, e citado no artigo 11, IV, como um dos objetivos do processo licitatório, vez que essa sustentabilidade não se limita apenas à questão ambiental, abrangendo, também as questões sociais.

Nesse caminho, por exemplo, seguiu o artigo 25, § 9º, ao estabelecer que o edital, **poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra** responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por: **I – mulheres vítimas de violência doméstica e II – oriundos ou egressos do sistema prisional, bem como trouxe, ainda, como critério de desempate entre duas ou mais propostas, o desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento.**

24. A FISCALIZAÇÃO DO TCESP.

Como tratado no item 18 deste manual, quer seja sob a égide das leis que serão revogadas pela NLLC ou sob a regência da mesma, a Administração é responsável pela demonstração da legalidade e

¹⁶⁷ Disponível no link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm
– Acesso em 26/04/2022 às 10h04min.

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/processo de dispensa, quando couber, quanto da execução contratual. O processo licitatório ou de dispensa de licitação, conforme o caso, deve ser devidamente autuado, contendo todos os documentos obrigatórios, e todas as ocorrências da execução contratual devem ser registradas por escrito.

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 inexigibilidade, 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 internet¹⁶⁸.

No módulo Ajustes do Audep – 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 por ele.

No módulo Execuções de Ajustes do Audep – 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 houve supressão do objeto; número do CPF; nome e cargo do servidor responsável pela conferência ou medição.

No módulo Exigências de Obras do Audep – 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 Audep – 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

¹⁶⁸ Disponíveis em: <https://www.tce.sp.gov.br/Audep>. Acesso em 24/04/2022, às 10h54min.

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 Audep – 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 Audep – 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.

Assim, 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.

No tocante aos contratos selecionados, mencionados no parágrafo anterior, o regramento de envio está contido no “Livro V – Das Licitações e Contratos” das Instruções nº 01/2020¹⁶⁹, o qual trataremos resumidamente a seguir.

24.1. Destaques das Instruções nº 01/2020.

O encaminhamento de contratos, termos aditivos e outros, está tratado nos artigos 93 a 113, sendo que o artigo 93 estabelece as regras gerais, enquanto o artigo 94 fixa que sistema informatizado aplicará regras com base em critérios objetivos.

Destacamos a seguir alguns artigos:

O artigo 96 estabelece que os processos versando sobre os contratos ou atos jurídicos análogos selecionados, **serão autuados no Sistema e-TCESP** e tramitarão, exclusivamente por meio eletrônico, enquanto o artigo 97 aborda os regramentos para fins de cadastramento, destacando-se a necessidade de se observar a formatação específica divulgada por meio de Comunicado disponível na

¹⁶⁹ Com as alterações promovidas pela Resolução nº 11/2021 – Vigente na data da revisão deste Manual.

página eletrônica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

O artigo 98 fixa o prazo de envio da documentação requisitada, a saber, **cinco dias úteis** após o recebimento, enquanto o **artigo 100** (incisos I a XVII) **relaciona quais documentos devem ser enviados** nesse primeiro momento.

Cabe aqui destaque especial à exigência contida no inciso XVII referente à obrigatoriedade de apresentação do Termo de Ciência e de Notificação, relativo à tramitação do processo perante o Tribunal de Contas do Estado, conforme Anexo LC-01.

Importante salientar que face às alterações promovidas por meio da Resolução nº 11/2021 o Termo de Ciência e de Notificação e/ou Cadastro do(s) Responsável(is) deve identificar:

[...] as pessoas físicas que tenham concorrido para a prática do ato jurídico, na condição de ordenador da despesa; de partes contratantes; de responsáveis por ações de acompanhamento, monitoramento e avaliação; de responsáveis por processos licitatórios; de responsáveis por prestações de contas; de responsáveis com atribuições previstas em atos legais ou administrativos e de interessados relacionados a processos de competência deste Tribunal. Na hipótese de prestações de contas, caso o signatário do parecer conclusivo seja distinto daqueles já arrolados como subscritores do Termo de Ciência e Notificação, será ele objeto de notificação específica.

O artigo 99 estabelece que os termos aditivos, modificativos ou complementares, distratos ou rescisões, decorrentes dos ajustes selecionados para análise, **deverão ser encaminhados no prazo de cinco dias úteis de sua assinatura**.

Os artigos 101 e 102 trazem, respectivamente, regramentos específicos relativos à modalidade pregão e para contratações efetuadas por meio de sistema de registro de preços.

O artigo 103 fixa regras de envio e relaciona os documentos a serem enviados quando da formalização de termos aditivos, modificativos ou complementares, distratos ou rescisões, decorrentes dos ajustes selecionados para análise.

Aqui destacamos a exigência contida no inciso XII que estabelece a necessidade de envio do Termo de Ciência e de Notificação (Anexo LC-01), caso haja alteração das partes que assinara o ajuste inicial.

Os artigos 104 e 105 fixam, respectivamente, regras complementares ao envio de documentos complementares quando a contratação for decorrente de contratos de Parceria Público-Privada (PPP) e regras sobre prazo de envio de documentos relativos às

atividades desenvolvidas pelo parceiro contratado (30 de junho do exercício subsequente) e os relaciona.

O artigo 106 tem a mesma finalidade do artigo 105, contudo voltado para fins de fiscalização e acompanhamento das atividades desenvolvidas pelas concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

O artigo 107 estabelece que os órgãos e entidades **deverão comunicar o término das obras, serviços e/ou fornecimentos**, decorrentes dos contratos ou atos jurídicos análogos em exame neste Tribunal e relaciona os documentos a serem apresentados, no que couber, sendo que o parágrafo único do mesmo artigo fixa o prazo máximo de **dez dias úteis** para o envio dos termos de recebimento definitivo a contar da sua emissão, acompanhado da documentação prevista nos incisos I a IV do *caput*.

Ao final destacamos o estabelecido no artigo 112 que traz:

Toda documentação requisitada pela fiscalização ou demais áreas do Tribunal de Contas, para efeito de complementação do exame e para seu convencimento, deverá ser providenciada *in continenti*, sob pena de responsabilidade da autoridade ou do servidor que assim deixar de proceder.

Conclui-se, portanto, que as informações exigidas pelos módulos da Fase IV do Audep 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 no presente 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. LEGISLAÇÃO E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL nº 709/1993 Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LICITAÇÕES PÚBLICAS – ENTENDIMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO *Participation of companies undergoing judicial reorganization in public tenders – understandings of the São Paulo State Court of auditors and the Federal Court of Accounts* Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | vol. 14/2020 | p. 283 - 302 | Jul - Set / 2020 DTR\2020\11605.

INSTRUÇÕES TCESP nº 01/2020.

COMUNICADO TCESP SDG nº 27/2013.

COMUNICADO TCESP/SDG nº 13/2014.

COMUNICADO TCESP/SDG nº 05/2019.

COMUNICADO TCESP/SDG nº 031/2021.

EMENTAS PROCESSOS TCESP citadas no texto.

SÚMULAS TCESP citadas no texto.

LEGISLAÇÃO FEDERAL

LEI nº 6.404/1976 Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

LEI nº 729/1979 Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

LEI nº 8078/1990 Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

LEI nº 8080/1990 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

LEI nº 8.212/1991 Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

LEI nº 8.213/1991 Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

LEI nº 8.666/1993 – Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

LEI nº 8.987/1995 Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

LEI nº 10.192/2001 Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências.

LEI nº 10.406/2002 Institui o Código Civil.

LEI nº 10.520/2002 Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

LEI nº 11.101/2005 Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

LEI COMPLEMENTAR nº 123/2006 Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

LEI nº 12.440/2011 Acrescenta Título VII-A a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

LEI nº 12.462/2011 Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

LEI nº 12.527/2011 Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

LEI nº 12.690/2012 Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho.

LEI nº 12.816/2013 Altera a Lei nº 12.513, de 26 de outubro de 2011, para ampliar o rol de beneficiários e ofertantes da Bolsa-Formação Estudante, no âmbito do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego – PRONATEC e a Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995.

LEI nº 12.846/2013 Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

LEI nº 14.133/2021 Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no âmbito das Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

LEI nº COMPLEMENTAR nº 101/2000 Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

DECRETO-LEI nº 2.848/1940 Código Penal.

DECRETO-LEI nº 4.657/1942 Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – “LINDB”.

MEDIDA PROVISÓRIA nº 1.108/2022 Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

PROJETO DE LEI 980/2019 Altera o art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e o art. 52 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a fim de possibilitar a participação em licitações de empresa que esteja em recuperação judicial.

DECRETO FEDERAL nº 5.452/1943 Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

DECRETO FEDERAL nº 7.581/2011 Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

DECRETO FEDERAL nº 10.764/2021 Dispõe sobre o Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, de que trata o § 1º do art. 174 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

DECRETO FEDERAL nº 10.854/2021 Regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista e institui o Programa Permanente de Consolidação, Simplificação e Desburocratização de Normas Trabalhistas Infralegais e o Prêmio Nacional Trabalhista, e altera o Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018.

DECRETO FEDERAL nº 3.555/2000 Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

~~DECRETO FEDERAL nº 3.931/2001 Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. (REVOGADO pelo DECRETO 7.892/130~~

DECRETO FEDERAL nº 7.892/2013 Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

DECRETO FEDERAL nº 8.538/2015 Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

DECRETO FEDERAL nº 10.947/2022 Regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

SUMULAS TCU citadas no texto.

ACÓRDÃOS TCU citados no texto.

SUMULA 331 DO TST – Contrato de Prestação de Serviços.

INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME nº 67/2021 Dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

INSTRUÇÃO NORMATIVA nº 05/2017 Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME nº 75/2001- Estabelece regras para a designação e atuação dos fiscais e gestores de contratos nos processos de contratação direta, de que dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECRETO nº 55.938/2010 Veda a participação, em licitações, de cooperativas nos casos que especifica e dá providência correlata.

DECRETO nº 63.722/2018 Regulamenta, nos termos da competência suplementar atribuída ao Estado de São Paulo pelo artigo 24, § 2º da Constituição Federal, o Sistema de Registro de Preços previsto no artigo 15, inciso II da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no artigo 11 da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002; e no artigo 15, inciso II da Lei Estadual nº 6.544, de 22 de novembro de 1989 e dá providências correlatas.

RESOLUÇÕES

RESOLUÇÃO CONFEA nº 1.025/2009 Dispõe sobre a Anotação de Responsabilidade Técnica e o Acervo Técnico Profissional, e dá outras providências.

RESOLUÇÃO CONFEA nº 1094/2017 Dispõe sobre a adoção do Livro de

Ordem de obras e serviços das profissões abrangidas pelo Sistema Confea/Crea.

PUBLICAÇÕES

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR ISO 31000: Gestão de riscos – Diretrizes Rio de Janeiro. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014. 1285 p.

CASTRO JUNIOR, Sérgio de; ROSSI, Sérgio Ciquera. Regime diferenciado de contratações públicas (RDC): regras não mais exclusivas para licitações e contratos relacionados à Copa do Mundo e Jogos Olímpicos, 2013.

Disponível

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.

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.

EDIÇÃO SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS/LEI 14.133/2021- Autores

servidores do TCESP – 2022

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.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), Zênite Fácil, categoria Doutrina, 25 mai. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 22 abr. 2022.

PIOVESAN, Eduardo. Plenário aprova texto-base com regras para licitações na Copa e nas Olimpíadas. Jornal da Câmara, Brasília, 16 jun. 2011. pág. 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/Fraud-desLicitacoes.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.



TCE-SP

Tribunal de Contas
do Estado de São Paulo

www.tce.sp.gov.br



@tcesp



tcesp



tcespoficial



@tcesp



@tcesp



tcesp-rss