



PREGÃO PRESENCIAL Nº 07/2023 - PROCESSO Nº 3765/2023

DELIBERAÇÃO

O pregoeiro da Câmara Municipal de Jundiaí, designado pela Portaria nº 4488/2023, usando de suas atribuições legais;

Considerando as impugnações quanto aos termos do edital do Pregão Presencial nº 07/2023, apresentadas pelas empresas LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. e UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.;

Considerando a análise jurídica, conforme Parecer nº 1002 (anexo);

Considerando a conclusão da análise jurídica pelo não acolhimento integral das impugnações ofertadas pelas empresas LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. e UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.;

DELIBERA:

- a) Pelo não acolhimento total das impugnações ofertadas pela LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. e UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.;
- b) Por manter inalterado os termos do edital do Pregão Presencial nº 07/2023, sendo mantido o prazo para a entrega e protocolo dos envelopes até o dia **12/07/2023, às 09:00 horas**, ocorrendo a sessão pública dos trabalhos no mesmo dia e horário;
- c) fica estabelecido que esta deliberação seja publicada na Imprensa Oficial do Município de Jundiaí e no site <http://www.jundiai.sp.leg.br> para conhecimento de todos os interessados.

Jundiaí, 06 de julho de 2023.

PEDRO H. O. FERREIRA

Pregoeiro

Assinado digitalmente
por PEDRO HENRIQUE
OLIVEIRA FERREIRA
Data: 06/07/2023 15:42





PROCURADORIA JURÍDICA

Parecer nº 1002

Consultante: Chefe de Administração de Bens e Serviços

Assunto: Impugnação ao edital do Pregão 07/2023 (Processo: 3765/2023)

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL 07/2023. CRITÉRIO DE DESEMPATE. PREFERÊNCIA ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA. DEVER CONSTITUCIONAL E LEGAL. ISONOMIA MATERIAL. EXIGÊNCIA DE *DELIVERY*. MATÉRIA APRECIADA E SUPERADA PELO TCE/SP. RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE. INEXISTÊNCIA. VINCULAÇÃO AO EDITAL. RAZÃO RECURSAIS INSUBSISTENTES.

1. RELATÓRIO

Trata-se de impugnação ao edital do pregão em epígrafe que, em essência, repete as razões da impugnação administrativa apresentada pela licitante Le Card Administradora de Cartões LTDA, em face do edital do Pregão 03/2023, que também estabelecia preferência à contratação de ME e EPP, seja o empate real ou ficto, e exigência de sistema de *delivery*, razão pela qual ratificam-se os argumentos do Parecer nº 819/2023 desta Procuradoria, haja vista não ter havido fato novo suficientemente forte para infirmar as justificativas adotadas.

Acrescenta-se que também foi analisada a impugnação da UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA acerca do item 6.1.4.1 alínea “b” do edital, que fixa o índice endividamento máximo em 0,80, de modo que ratificam-se os fundamentos apresentados no Pareceres nº 963 e nº 992 desta Procuradoria, haja vista não ter havido fato novo suficientemente forte para infirmar as justificativas adotadas

Em síntese, é o relatório. Passa-se a opinar estritamente sobre os aspectos jurídicos da questão posta.





2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1 – Da preferência às microempresas e empresas de pequeno porte

Inicialmente, destaca-se que o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte é um dever constitucional e legal imposto à Administração, a teor do Art. 170, IX da Constituição e do Art. 5º – A da Lei nº 8.666/93.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte **sejam iguais** ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. (Grifo).

A controvérsia cinge-se aplicação do direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, mormente quanto à sua aplicação ao empate real e ficto, de modo que a impugnação argumenta pela impossibilidade de ser dada preferência as MEs e EPPs em caso de empate real, restringindo tal critério ao empate ficto, o que, com todo respeito, não encontra substrato legal ou lógico.

Argumenta a impugnante que a legislação de regência não traz qualquer disciplina para aplicação do empate real.





Todavia, tal argumento não corresponde à realidade, uma vez que o dispositivo legal citado pela própria empresa impugnante traz a definição de empate contemplando o empate real, posto que entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte **sejam iguais** ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

Ora, por excelência, a situação em que as propostas apresentadas sejam iguais é uma situação de empate real e não ficto.

Logo, seja ficto ou real o empate, assegura-se o direito de preferência nos termos do *caput* do Art. 44.

No caso em tela, a vedação à taxa negativa decorre de imposição do TCE/SP, conforme paradigma TC-9245.989.22-3, bem como da aplicação das regras estabelecidas no Programa de Alimentação do Trabalhador que proíbe a oferta de taxa de administração negativa, corroborando com o cadastro por todas as licitantes, de taxa 0%, impossibilitando assim, qualquer outra oferta de lances.

Diante disso, prevalecendo o empate entre os licitantes, à preferência à ME ou EPP é dever constitucional, máxime porque a Administração não pode conferir interpretação restritiva a direito fundamental, como o fez a empresa impugnante, posto que os direitos fundamentais interpretam-se ampliativamente.

Veja-se que a Lei Complementar nº 123/2006, em seu artigo 44 e seguintes destrincha o favorecimento às MEs e EPPs em caso de empate ficto, haja vista que, por óbvio, se o empate for real, a preferência decorre do próprio *caput* do Art. 44, o qual não fez qualquer distinção entre empate real e ficto, sendo certo que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir.

Frise-se que, ante a imposição de vedação à taxa negativa, a interpretação adotada pela impugnante tolhe das MEs e EPPs o direito de preferência que lhes é constitucionalmente assegurado, haja vista que pela própria situação de mercado e pelo estado de fato da legislação e jurisprudência aplicável, não há hipótese de empate ficto, de modo que, necessariamente, o empate será real, razão porque o direito de preferência deve ser assegurado nos termos do *caput* do Art. 44 exposto supra, de modo que não procede a alegação de falta de vantajosidade na contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Ao intérprete, portanto, não é dado interpretar a legislação de forma estanque, estática e isolada, cabendo, ao revés, adotar a interpretação que contemple todos os diplomas legais que





regem a matéria, sobretudo conferindo interpretação que privilegie a máxima efetividade dos preceitos constitucionais, harmonizando o substrato fático do caso em tela com a Constituição Cidadã, concebida como um todo unitário, a qual assegura não só o tratamento diferenciado, mas também favorecido às MEs e EPPs, afinal a isonomia consagra-se pelo seu viés material e não meramente formal.

Logo, não se verifica violação à isonomia, posto que prevalece amplamente na doutrina e jurisprudência o princípio da igualdade material, tratando-se igualmente os iguais e designativamente os desiguais na medida de sua desigualdade. Bem como, não há violação da legalidade, mormente pelo disposto no Art. 5º – A da Lei nº 8.666/93 retromencionado e já explicado cabalmente.

Inclusive, ressaltamos que não se criou qualquer critério de desempate não previsto em lei, muito pelo contrário, aplicou-se o critério legal (sorteio) em cotejo e observância ao dever constitucional de tratamento diferenciado e favorecido às MEs e EPPs, o que comprova a observância do princípio do julgamento objetivo.

Ademais, se a lei estabelece preferência à ME e EPP quando há empate ficto, ou seja, uma ficção jurídica para fins de garantir o direito fundamental dessas empresas conforme art. 170 da CF, com mais razão ainda deve ser aplicado tal critério em caso de empate real, máxime com base no Art. 5º da Lei nº 8.666/93, de modo que não é lógico aplicar o critério de desempate em favor das MEs e EPPs quando o empate for ficto e não o aplicar quando o empate for real.

No mesmo sentido é a jurisprudência do TCE/SP:

No mérito, **consoante posição uniforme dos órgãos atuantes no feito, a representação é improcedente.** De início, impende consignar que, configurando-se o chamado “empate real/próprio”, situação passível de ocorrer em razão da vedação editalícia à oferta de taxa de administração negativa, com consequente possibilidade de apresentação de “taxa zero” por todas as interessadas, o subitem 8.12.2.2. **do ato de chamamento estipula a aplicação do direito de preferência às micro e pequenas empresas em detrimento das demais com as quais tenha empatado, nos moldes do artigo 3º, § 14º, da Lei n. 8.666/19936 e sem necessidade de realização do sorteio. Essa previsão impugnada, nos moldes do parecer do Ministério Público de Contas, está em consonância com o**





artigo 44 da Lei Complementar n.º 123/20068 e com o tratamento favorecido fixado no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal⁹, tal como já decidido por esta Corte em Sessão Plenária de 15/02/2023, nos autos dos TC-001304.989.23-9 e TC-001305.989.23-8, em voto de relatoria do e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, cujo excerto é de oportuna transcrição: Inexiste motivo para dissentir das conclusões expostas na instrução dos autos. **De rigor a observância dos benefícios constitucionais e legais instituídos às micro e pequenas empresas, com a consequente manutenção do dispositivo editalício que assegura a seleção tão somente dessas sociedades para desempate em caso de igualdade de propostas entre as licitantes. Também assiste razão à defesa da municipalidade ao defender a incidência do artigo § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 na hipótese de empate das ofertas comerciais entre empresas de maior porte, não sujeitas às regras da Lei nº 123/06. Permanecendo a igualdade, haverá a sucessiva aplicação do artigo 45, §2º, da citada Lei de Licitações, consoante, aliás, expressamente nele disciplinado.** (TC-001648.989.23-4. TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 1º/03/2023). (Grifo).

Equivoca-se a empresa impugnante, outrossim, ao sustentar que o sorteio deve ser feito entre todos os classificados sem distinção, pois, além de tal interpretação ferir direito constitucional assegurado às MEs e EPPs, consoante exaustivamente já explicado, é decorrência lógica que o sorteio, enquanto critério de desempate, seja feito entre os licitantes empatados.

Veja-se que o que a legislação de regência trazida pela impugnante estabelece é o dever de se realizar sorteio, em ato público, para o qual para o qual todos os licitantes serão convocados (Art. 45, §2º).

Seja qual for o método interpretativo adotado, está expresso na legislação que os licitantes são convocados para o ato público em que realizar-se-á o sorteio, não havendo qualquer menção de que o sorteio far-se-á entre todos os convocados. Muito pelo contrário, o critério de desempate aplica-se, obviamente, apenas aos empatados e, pelas peculiaridades do caso em tela, é imperioso harmonizar tal dispositivo com a garantia do direito de preferência às MEs e EPPs.





Outrossim, a alegação de primar por sorteio entre todos os licitantes, violando o dever de preferência já explicado, não traz maior competitividade para o certame, apenas se afigura mais vantajoso ao interesse particular da impugnante, o que não se coaduna com o interesse público perseguido no certame, haja vista que não há restrição à participação de licitantes específicos, a impugnação, inclusive, trata de fase muito à frente do certame (fase de desempate), o que denota, de forma sumária, que não subsiste a alegação de violação da ampla competitividade.

Assim como, a contratação da proposta mais vantajosa perpassa, necessariamente, pelo cumprimento da legislação de regência, de modo que, havendo empate, seja ele real ou ficto, aplicar qualquer critério de desempate que não seja à preferência a tais empresas configura, isso sim, ilegalidade.

Portanto, não assiste razão ao impugnante, motivo pelo qual opina-se pelo indeferimento da impugnação, já que, nos termos do Art.49, III da LC nº 123/06, não se aplicará a preferência quando o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, o que não restou demonstrado e nem pode ser deduzido pela simples caracterização da concorrente como ME ou EPP.

Logo, não prosperam as alegações formuladas pela recorrente, motivo pelo qual opina-se pelo seu indeferimento.

2.2 – Da legalidade da exigência de *delivery*

Neste quesito, a impugnação ao edital em epígrafe já foi objeto até mesmo de decisão pelo TCE/SP, constatando-se a legalidade do expediente, mormente porque é prática usual do mercado e está no campo de discricionariedade da Administração, vejamos:

PROCESSO:00007617.989.23-1 REPRESENTANTE: MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA (CNPJ 21.922.507/0001-72) ADVOGADO: RAFAEL PRUDENTE CARVALHO SILVA (OAB/SP 288.403) REPRESENTADO(A): CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ (CNPJ 51.864.114/0001-10) ASSUNTO: Representação visando ao Exame Prévio do edital do Pregão Presencial nº 03//2023, Processo Administrativo nº 720/2023, do tipo menor preço global, promovido pela Câmara Municipal de Jundiaí, objetivando a





"contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento e fornecimento de documentos de legitimação, tipo cartões alimentação "rígidos" (eletrônicos, magnéticos ou outros provenientes de tecnologia "online" ou equivalente), com chip de segurança ou tecnologia de melhor qualidade, munidos de senha de acesso para uso pessoal e intransferível, para validação de transações eletrônicas, mediante digitação em equipamento POS/PDV ou similar, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, destinados a até 135 (cento e trinta e cinco) funcionários da Câmara Municipal"

2. **DECIDO** 2.1. A representação foi protocolizada tempestivamente e está acompanhada dos documentos da Representante nos termos dos artigos 110 e 111 da Lei Orgânica do TCE/SP e do § 2º do artigo 220 do Regimento Interno. 2.2. No mérito, em que pese os questionamentos desenvolvidos pela Autora, considero que as alegações e documentos colacionados não demonstram a existência de cláusulas e requisições contrárias às normas de regência e que impliquem em restrição nociva à competitividade do certame, que prejudiquem a formulação de propostas ou comprometam as condições mínimas para o prosseguimento da licitação. **2.3.A imposição de aplicativo de “delivery” que tenha funcionalidade de pagamento online pela internet, além de se mostrar compatível com o núcleo do objeto da contratação, oferece maior conforto e praticidade ao usuário, inserindo-se no campo discricionário em que a atuação administrativa busca melhor qualidade e eficiência, sem destoar das práticas usuais do mercado. Os pagamentos por aplicativos para este tipo de serviço são corriqueiramente empregados pelas empresas do ramo, não sugerindo, ao menos de plano, que caracterizem ferramentas excepcionais e de domínio restrito, que prejudiquem a competitividade. Observo que requisições da espécie tem sido admitidas por este E. Tribunal por meio de uma coleção de decisões que tem reafirmado o entendimento de que o avanço nas formas de comércio e, via de consequência, de pagamentos, é uma constante e que não se pode impor à Administração a permanente utilização de meios obsoletos que desprezem os**





benefícios trazidos pelo avanço da tecnologia, a exemplo dos TCs 27001.989.20-1; 27512.989.20-3, e 272.989.21-1. Além disso, as disposições impugnadas tratam de obrigações endereçadas à futura contrata, e não às licitantes como condição de participação ou habilitação. Portanto, a **impugnação deve ser afastada.** 2.4. Neste contexto, sem antecipar juízo de mérito em relação ao processo licitatório e ao contrato em perspectiva, jurisdição que será prestada por esta Corte oportunamente, o confronto entre as queixas da Representante e o ato convocatório impõe que se examine as questões suscitadas na oportunidade da análise ordinária da matéria. Diante do exposto, não estando configurado interesse no pro- cessamento deste feito, por versar sobre questões sujeitas à fiscalização ordinária já realizada pelos órgãos desta Corte, DETERMINO o ARQUIVAMENTO deste processado.

Inclusive, tal exigência editalícia foi objeto de impugnação perante o TCE/SP na ocasião do Pregão nº03/2023 (TC-007617/989/23-1) e foi julgada totalmente improcedente, conforme transcreve-se:

2.2. No mérito, em que pese os questionamentos desenvolvidos pela Autora, **considero que as alegações e documentos colacionados não demonstram a existência de cláusulas e requisições contrárias às normas de regência e que impliquem em restrição nociva à competitividade do certame**, que prejudiquem a formulação de propostas ou comprometam as condições mínimas para o prosseguimento da licitação. 2.3. A **imposição de aplicativo de “delivery” que tenha funcionalidade de pagamento online pela internet, além de se mostrar compatível com o núcleo do objeto da contratação, oferece maior conforto e praticidade ao usuário, inserindo-se no campo discricionário em que a atuação administrativa busca melhor qualidade e eficiência, sem destoar das práticas usuais do mercado. Os pagamentos por aplicativos para este tipo de serviço são corriqueiramente empregados pelas empresas do ramo, não sugerindo, ao menos de plano, que caracterizem ferramentas excepcionais e de domínio restrito, que prejudiquem a competitividade. Observo que requisições da**





espécie tem sido admitidas por este E. Tribunal por meio de uma coleção de decisões que tem reafirmado o entendimento de que o avanço nas formas de comércio e, via de consequência, de pagamentos, é uma constante e que não se pode impor à Administração a permanente utilização de meios obsoletos que desprezem os benefícios trazidos pelo avanço da tecnologia, a exemplo dos Tcs 27001.989.20-1; 27512.989.20-3, e 272.989.21-1. Além disso, as disposições impugnadas tratam de obrigações endereçadas à futura contrata, e não às licitantes como condição de participação ou habilitação. Portanto, a **impugnação deve ser afastada.** (Grifo).

Logo, não prospera a alegação formulada pelo impugnante, motivo pelo qual opina-se pelo seu indeferimento.

2.3 – Do fundamento do índice econômico exigido. PARECER 992

Nos termos do Ofício da Diretoria Financeira da Casa em 22 de junho de 2023 (Of. DF 06.2023.069 - Doc. 12), o qual atualiza e ratifica o Ofício da Diretoria Financeira da Casa de 06 de março de 2023 (Of. DF 03.2023.021 - Doc. 15) referente ao Pregão 03/2023, encontra-se justificado o índice de endividamento exigido no edital do certame (item 6.1.4.1 alínea “b”), mormente porque observada a orientação do TCE/SP, vejamos:

b) Análise de índices econômicos

Inicialmente, é importante destacar que a exigência de índices econômicos para avaliar a boa situação econômica das licitantes decorre da necessidade da Câmara Municipal em mitigar eventuais riscos de descontinuidade dos serviços. Nesse sentido, o objetivo da avaliação da qualificação econômico-financeira é evitar a descontinuidade dos serviços por problemas do fornecedor, como falência, encerramento das atividades, entre outros. Para tanto, o TCE-SP, através de manual e jurisprudência, recomenda a utilização de índice de





liquidez mínimo entre 1,0 e 1,5 (não específica qual liquidez, podendo ser a liquidez seca, corrente, geral, etc...) e Grau de Endividamento máximo entre 0,3 e 0,5. A recomendação também é clara no sentido de que, tanto quanto possível, esses valores devem ser adaptados à realidade de cada setor do mercado. Assim, tomando por referência processos anteriores (85.225/2020 e 86.663/2021), nos quais as exigências se mostraram aderentes à realidade deste setor específico do mercado, sugerimos: 1. Índice de Liquidez Geral (ILG) igual ou maior que 1,00; adequando-se este índice ao menor índice de exigência sugerido pelo TCE-SP; 2. Grau de Endividamento (GE) menor ou igual que 0,80; adequando-se este índice aos parâmetros de mercado já apurados em licitações anteriores.

Ante o exposto, verifica-se que a justificativa acima está de acordo com o que determina a legislação de regência (Art. 31, §5º da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão), bem como com a Súmula nº 289 do TCU:

Art. 31, §5º-A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Súmula nº 289 do TCU: A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto





licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.

Destaca-se, ademais que o índice exigido constitui prerrogativa da Administração, sendo, pois, pautado pela conveniência e oportunidade que consubstanciam o mérito do ato administrativo, não representando indevida restrição à competitividade do certame, sobretudo porque, consoante já exposto, está observando as orientações do TCE/SP, bem como, no Pregão 03/2023, em que o mesmo índice foi exigido, outras licitantes do mesmo certame demonstraram atendê-lo, a exemplo da Ifood.

Além disso, colaciona-se a manifestação do setor técnico competente:

Segue os materiais que avaliamos em 2020 quando fizemos a primeira definição de exigências dos índices contábeis.

No documento Sodexo (pág. 3, 2017), pode-se verificar que são elencadas 2 empresas (sodexo e visa, com Grau de Endividamento menor ou igual a 0,80).

No documento "TCE Índices cartão 2" (2010), pode-se verificar que o tribunal entendeu exigir índice igual ou menor 0,60 como restritivo "por ser inatingível por quase a totalidade das empresas que atuam no ramo", o que não é o caso do presente pregão presencial (que exige índice igual ou inferior a 0,80).

No documento "TCE Índices cartão 3" (2013), pode-se verificar que o tribunal também considerou restritivo exigir índice igual ou menor que 0,60. Contudo, no texto do julgado (pág. 6), verifica-se pelo menos 3 empresas com grau de endividamento menor ou igual a 0,80: Bônus Brasil, Planinvest e Ticket Serviços.

No documento "TCE Índices cartão 4" (2018), o tribunal entendeu como restritivo a exigência de grau de endividamento menor ou igual a 0,50, o que também não é o caso do presente pregão (que exige índice igual ou inferior a 0,80).

Adicionalmente:

- na sessão pública do Pregão 03/2023, realizada em 04/05/2023, a empresa UP Brasil apresentou grau de endividamento de 0,72, que é compatível com a exigência do presente certame; a empresa IFOOD apresentou grau de endividamento igual a 0,47, também compatível com a exigência do presente certame

- na sessão pública do Pregão 03/2021, realizada em 08/07/2021, verifica-se que as empresas Sodexo, Bq Benefícios e Verocheque também atenderam a exigência editalícia quanto grau de endividamento exigido (menor ou igual a 0,80).

Assim, em conformidade com o histórico o qual temos acesso, estimamos a existência de pelo menos 9 empresas com potencial para participação no certame cumprindo a exigência editalícia quanto ao grau de endividamento.

Observe-se que precisamos buscar um meio termo para não restringir demais a competitividade mas, simultaneamente, preservar a mitigação de riscos que traz consigo a exigência dos índices contábeis.

Num outro giro, observe-se que, quanto maior o grau de endividamento exigido, maior também é o risco assumido pela contratante, e que se trata de um tipo de contratação de alto risco, tanto por tratar de auxílio de caráter alimentar devido aos servidores, de modo que eventual sinistro trará um impacto pesado em relação aos seus beneficiários (a exemplo com o que ocorreu com a Sindiplus, que descontinuou seus serviços com a Prefeitura de Jundiaí), como pelo fato da previsão de pagamento antecipado dos créditos a serem disponibilizados nos respectivos cartões.

Nesse sentido, seria possível inclusive uma análise para tornar a exigência mais rígida, em vista do número de empresas que poderiam se enquadrar nesse nível de exigência.

Sendo o que tínhamos para o momento, permanecemos à disposição.

Atenciosamente,



Frisa-se, por fim, que a administração não ampliou as exigências legais, apenas regulamentou o disposto em lei a partir do edital, uma vez que cabe a União editar normas gerais (Art. 22, XXVII CF) e a especificação dos comandos-gerais é feita no âmbito do órgão contratante, mormente através do ato convocatório, afinal é tal instrumento que disciplina o certame licitatório, de modo que não há qualquer incompatibilidade entre a taxatividade legal e o índice econômico que justificou a inabilitação da recorrente.





Logo, não prosperam as alegações formuladas pela recorrente, motivo pelo qual opina-se pelo seu indeferimento.

4. CONCLUSÕES

Ante o exposto, constata-se, opinativamente, que:

a) Não assiste razão às impugnantes, recomendando-se a manutenção da previsão editalícia, uma vez que não foram verificadas ilegalidades.

Eis o parecer, submetido à consideração da autoridade superior.

Jundiaí, 06 de julho de 2023

Hiago Ferreira C. E. Vieira
Procurador Jurídico

João Paulo M. D. de Castro
Procurador Jurídico

Gabriela Hapuque S. Silva
Estagiária de Direito

Assinado digitalmente por
HIAGO FERREIRA
COVO EVANGELISTA
VIEIRA
Data: 06/07/2023 14:54

Assinado digitalmente por
JOAO PAULO MARQUES
DOMINGUITO DE
CASTRO
Data: 06/07/2023 14:59



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR/SC

REF.: PREGÃO PRESENCIAL N° 112/2017
PROCESSO N° 223/2017


Prefeitura Municipal de Gaspar
Priscila Gonçalves
Matricula 11.388
06/11/17
16h33

SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A., com sede na cidade de Barueri - SP, na Alameda Araguaia, nº. 1.142, Bloco 3 – Alphaville, CEP: 06455-000, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 69.034.668/0001-56, não concordando com os termos do Edital de Pregão acima referenciado, vem, tempestivamente, por seu representante legal, com fundamento na Lei nº. 8.666/93 e posteriores alterações, apresentar:

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

pelas razões de fato e de direito a seguir expostos:

I. DO OBJETO DO CERTAME

Trata-se o presente procedimento licitatório, na modalidade pregão presencial, cujo objeto é “a contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de cartões de Vale Refeição/Alimentação eletrônico/magnético ou com chip, e senha, para recargas mensais, solicitados conforme demanda, destinado aos servidores da Prefeitura Municipal de Gaspar, pelo período de 12 (doze) meses, conforme as condições e especificações constantes neste termo de referência.”

II. DOS ITENS EDITALÍCIOS IMPUGNADOS

Em que pese o extremo zelo do Órgão Licitante ao elaborar o presente instrumento convocatório, há disposição editalícia que vai de encontro ao nosso ordenamento jurídico e, sobretudo, com os certames dessa natureza, especialmente, os **índices contábeis referentes ao Grau de Endividamento e Liquidez Corrente** (o item 5.1.2.2.2, subitem "d", do Edital), bem como a **devolução do saldo remanescente dos créditos em conta corrente da contratante, após transcorrido o prazo de validade de 90 dias** (itens 5.7 c.c 5.8 do Termo de Referência).

II.A - QUANTO AOS ÍNDICES FINANCEIROS

Segundo consta no presente certame, há exigência exorbitante para a avaliação da **QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA** das licitantes, capaz de frustrar o caráter competitivo da licitação.

Estabelece o item 5.1.2.2.2, subitem "d", do Edital que:

d) A apresentação de índices contábeis deverá estar assinada por profissional contábil devidamente registrado no conselho regional de contabilidade, obtido através de Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis (Demonstração do Resultado dos Lucros ou Prejuízos Acumulados) do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 03 (três) meses da data de apresentação da proposta, demonstrando os índices financeiros mínimos.

(...)

Índice de Liquidez Corrente (ILC), deverá ser igual ou superior a 1,5 (um vírgula cinco), calculados pela fórmula abaixo:

(...)

Índice de Endividamento Geral (IEG), deverá ser menor ou igual a 0,5 (zero vírgula cinco), calculados pela fórmula abaixo: (grifos nossos).

Conforme restará demonstrado, tais exigências procuram aferir índices financeiros INCOMPATÍVEIS e NÃO USUAIS com o cenário das empresas que oferecem o objeto ora licitado.

Evidentemente, tal exigência não é benéfica para a Administração Pública que visa, através do processo licitatório, obter o maior número de propostas comerciais para a escolha do melhor preço.

Importa registrar, inicialmente, que não se contesta o direito legal da Administração em exigir índices de análise de balanço patrimonial para aferição da QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA das licitantes.

Contesta-se, sim, o patamar a ser alcançado para aferição dos índices, que não refletem a realidade do Setor de alimentação/refeição-convênio, sendo certo que a discricionariedade administrativa quando do estabelecimento das condições de habilitação encontra limites, dentre os quais aponta-se o teor do § 5º, do art. 31, da Lei 8.666/93:

*Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
(...)*

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (g.n.)

De acordo com o dispositivo legal acima transcrito, a Administração ao definir os índices indicadores da capacidade financeira desejada dos licitantes deve observar aqueles **usualmente adotados** no mercado. Entretanto, pelo contrário, traz exigência exorbitante para a avaliação da **QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA** das licitantes, capaz de frustrar o caráter competitivo da licitação.

Para exemplificar o acima relatado, o **índice de Liquidez Corrente e o Endividamento Geral** são capazes de retirar do certame as maiores operadoras na prestação de serviços desta natureza, nos moldes do quadro abaixo, conforme ano calendário de 2016:

EMPRESAS DO RAMO	ÍNDICE DE LIQUIDEZ CORRENTE	ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO GERAL
TICKET	1,27	0,87
POLICARD	1,20	0,89
SODEXO	1,26	0,60
VISA	1,12	0,76

Observa-se que de acordo com o Edital (exige IEG menor ou igual que 0,5 e ILC igual ou superior a 1,5) nenhuma dessas empresas teriam requisitos mínimos necessários para atender os documentos habilitatórios e, conseqüentemente, o índice exigido no certame está em descompasso com o já mencionado

artigo 31, § 5º, da Lei 8.666/93, que **veda** a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira das proponentes licitantes.

Desconhecer tal realidade, impondo no edital critérios e condições impossíveis para as licitantes, especialmente para àquelas que tradicionalmente possuem maior mercado, tecnologia e política de investimentos, será encerrar de vez com qualquer possibilidade de justa competição, invertendo-se os preceitos norteadores da correta e boa gestão da coisa pública, alijando empresas idôneas e capazes de atender ao objeto da contratação.

Cumpre destacar que a atividade empresarial desenvolvida pelas empresas operadoras de refeição/alimentação-convênio difere em muito de outras empresas prestadoras de serviços.

Isto porque, operam necessariamente com **RECURSOS DE TERCEIROS**, recursos esses devidamente lançados em seus Balanços Patrimoniais, que no caso da impugnante, encontra-se devidamente registrados na rubrica "**CRÉDITOS E VOUCHERS EM CIRCULAÇÃO**" presente em nosso **PASSIVO CIRCULANTE**, que em razão de seu volume afeta de forma considerável todos os índices de **LIQUIDEZ** exigidos, haja vista que esta rubrica representa cerca de 50% (cinquenta por cento) de nosso **PASSIVO TOTAL** e 60% (sessenta por cento) de nosso **PASSIVO CIRCULANTE**.

Façamos um parêntese na impugnação para explicar a sistemática contábil aplicada ao presente caso.

Primeiro, para registro de nossa operação comercial impõe que o montante de todas as vendas seja registrado como valor a receber de sua Carteira de Clientes (**ATIVO**), bem como o valor a reembolsar (a pagar) aos Estabelecimentos Conveniados (**PASSIVO**), dessa forma eleva-se o **PASSIVO** na mesma proporção do **ATIVO**, sendo que este valor somente será pago pela **SODEXO** quando da apresentação das competentes solicitações de reembolso pelos Estabelecimentos Credenciados.

Verifica-se, então, que quanto maior for o Capital de Terceiros presente em nosso Balanço Patrimonial, maior será sua interferência nos índices de **LIQUIDEZ GERAL**, **LIQUIDEZ CORRENTE** e no **GRAU DE ENDIVIDAMENTO**, expressando na verdade uma ótima realidade de equilíbrio financeiro, pois os valores

lançados como **“CRÉDITOS E VOUCHERS EM CIRCULAÇÃO”** referem-se a todos os **créditos e cheques** emitidos pela **SODEXO** já **DEVIDAMENTE PAGOS** por sua Carteira de Clientes.

Assim, a realidade econômico-financeira das empresas operadoras no Sistema de Refeição/Alimentação-Convênio, por essas trabalharem com **RECURSOS DE TERCEIROS**, em muito se assemelham com a dos principais bancos privados do país, pois demonstram uma boa situação financeira através de **RECURSOS DE CAIXA**, realidade de fácil verificação em simples análise do Balanço Patrimonial e suas Demonstrações Contábeis.

Registre-se, ainda, que a presença da rubrica **“CRÉDITOS E VOUCHERS EM CIRCULAÇÃO”** lançada em nosso PASSIVO significa que a **SODEXO** vem recebendo de seus clientes em prazo médio inferior ao que reembolsa seus Estabelecimentos Conveniados, sendo esta uma inquestionável prova de sua excelente liquidez, que não pode ser aferida com a simples confrontação a índices contábeis genéricos.

Feito esta breve explicação acerca da sistemática contábil, passamos a transcrever os recentes julgados do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a destacar os Processos: nº 00003702.989.16-1, nº 00003748.989.16-7, nº 00003774.989.16-7 e 003787.989-17, que entendem que o índice de endividamento adequado ao seguimento empresarial abrangido pelo serviço em questão **deve ser menor ou igual a 0,80**. Este entendimento é embasado na tabela abaixo:

N.º	Empresas	2008/2009	2011/2012	2013/2014
01	Ticket Serviços S/A.	0,72	0,79	0,77
02	Sodexo Pass do Brasil Ser.e Comércio	0,51	0,65	0,70
03	Planinvesti Administração e Ser.Ltda	0,69	0,86	0,85
04	Verocheque Refeições Ltda.	0,02	0,44	0,59
05	Companhia Brasileira Soluções e Serv.	0,88	0,85	0,74
06	Green Card S/A.Refeições Com. e Serv.	0,92	0,92	0,89
07	Trivale Administração Ltda.	0,52	0,53	0,78
08	Bônus Brasil Serviços de Alimentos	0,79	0,87	--
09	Policard Systems e Serviços S/A	--	--	0,89
10	Mixcred Administradora Ltda.	--	--	0,49
11	Riocard Admin. Cartões e Benef. S/A.	--	--	0,33
12	Sindplus Administradora de Cartões	--	--	0,79

Nota-se que, dentre as empresas pesquisadas no segmento em tela, somente duas empresas possuem índice de endividamento menor ou igual a 0,50 (zero vírgula cinquenta). Ou seja, a exigência em comento afastaria do certame, no mínimo, 10 potenciais empresas.

Contrária ao índice de Endividamento ora impugnado, a Corte de Contas do Estado de São Paulo, no julgado proferido nos autos do Processo TC-3232.989.16 e 3236.989.16, em que cita o estudo por de traz da tabela acima transcrita, dispõem:

Primeiro, no que tange ao índice de endividamento, na oportunidade foi afastada insurgência relativa à sua demanda em patamar menor ou igual a 0,80 com base em pesquisa da Assessoria Técnica desta Corte, na qual se verificou que, dentre 12 empresas selecionadas para comparação, apenas 3 possuíam índices que não atendiam ao requerido (ref 2013/2014). Tal precedente sinaliza que, provavelmente, também não haveria empecilho no presente edital nesse ponto.

Além disso, naquele caso foram apresentados documentos em que se demonstrou que ao menos 8 empresas do setor estavam aptas a fornecer cartões com chip de segurança, tendo sido citados julgados denotando que ao menos desde 2013 já havia discussão no Plenário deste TCESP sobre o uso dessa tecnologia.

Portanto, viável a compreensão de que não haveria dificuldade em se comprovar experiência no fornecimento de bem até de natureza equivalente. Não deixo de registrar que essa linha, diferenciada daquela que já defendi outras vezes, segue orientação mais recente, fundamentada e modulada de acordo com a evolução atualizada do debate sobre o tema.

Em outro julgado, o Rel. Valdenir Antonio Polizeli, nos autos do Processo 00004210.989.14-1, constou que:

Tal índice, de 0,80 mostra-se adequado e consentâneo com os padrões do mercado em comento, como também se assentou no julgamento proferido no autos do TC-1395/989/14-8 (Rel. Auditor Cons. Subs. Antonio Carlos dos Santos, Plenário, sessão de 07/05/2014)

Importante destacar, ainda, um julgado do Tribunal do Contas do Estado de São Paulo (TC 003787.989-17) que recentemente analisou caso análogo ao apresentado neste certame, cujo resultado restou na modificação do Edital, senão vejamos:

*Quanto à exigência de endividamento geral $\leq 0,50$, há unanimidade na instrução sobre sua incompatibilidade com o segmento de mercado do objeto, causando restrição à participação no certame. **Deve o índice, portanto, ser flexibilizado nos termos consignado nos autos. (grifo nosso)***

Outro ponto que merece reforma diz respeito ao índice de Liquidez Corrente exigido no Edital, no patamar igual ou superior a 1,5.

Como vimos, o ILC das empresas operadoras do convênio alimentação e refeição, trabalham com índices abaixo do previsto no edital.

Deste modo, a fim de evitar potencial cerceamento da participação de empresas do seguimento licitado e atender o disposto no artigo 31, § 5º, da Lei 8.666/93, o ILC deve ser alterado para refletir os índices e valores usualmente adotados no mercado, qual seja: ILC igual ou superior a 1,10.

Há de se invocar, por derradeiro, o princípio da legalidade da Administração, que preconiza pela atuação administrativa segundo a Lei, ou seja, atuação mediante observação irrestrita das disposições contidas em lei.

Cabe a esse órgão, então, a revisão do Edital nesse ponto, na medida em que, à luz das jurisprudências acima, a Administração pública deve pautar os seus atos de acordo com os regramentos pertinentes ao caso.

Por conta destes fatores, dentro da discricionariedade conferida pela lei à Administração Pública quanto às exigências de comprovação de qualificação econômico-financeira, fundadas nas boas práticas indicadas pelo E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (julgados citados) e pelos índices praticados no mercado (em respeito ao artigo 31, § 5º), o instrumento convocatório em apreço deverá ser reformulado para fazer constar, expressamente, quando da comprovação da qualificação econômico-financeira, índices contábeis compatíveis com a realidade do setor de alimentação/refeição-convênio, sendo **claramente cabível a exigência de índice de endividamento no patamar igual ou menor que 0,80 e o índice de liquidez corrente para igual ou superior a 1,10.**

Cabe acentuar que após a vírgula deverão constar duas casas decimais, para não acarretar dúvidas a respeito dos quantitativos exigidos, como por exemplo: 0,80 (zero vírgula oitenta).

II.B – DA DEVOLUÇÃO DO SALDO REMANESCENTE

Conforme estabelece a Lei nº 12.865/2013, cujo regulamento é de competência do Banco Central do Brasil, as empresas e operadoras do segmento alimentação/refeição-convênio determina que os **valores/créditos remanescentes nos cartões são de propriedade exclusiva dos usuários.**

De modo que, no caso de saldo remanescente que eventualmente não foi utilizado pelo usuário do benefício, o valor deste saldo será mantido no cartão, com a dilação do prazo para utilização diretamente pelo usuário.

Ou seja, os créditos remanescentes no cartão, após o prazo de validade de 90 dias sem a utilização do saldo disponível, não serão devolvidos à Contratante, tendo em vista que o valor do benefício é direito do usuário do cartão, destinado à alimentação/refeição, não cabendo a sua devolução à Contratante.

Deste modo, somente será realizado estorno de créditos de um cartão para a conta corrente da empresa contratada, quando este crédito for depositado de maneira errônea, em quantidade ou elegibilidade (nos casos de usuário em período de férias, por exemplo).

Assim, requer seja suprimida e readequada a sistemática dos créditos remanescentes, vez que a validade destes podem ser prorrogadas até que o valor seja exaurido pela utilização do beneficiário do vale alimentação/refeição, nos ditames da Lei 12.865/2013.

III) DO PEDIDO

Diante dos fatos e fundamentos ora apresentados, a **SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.**, tendo confiança na sabedoria do D. Pregoeiro, requer seja recebida a presente impugnação, eis que é tempestiva, e a ela seja dado provimento, a fim de que se altere o Índice de Endividamento Geral de 0,5 para 0,80, bem como que se altere o Índice de Liquidez Corrente de 1,5 para 1,10, refletindo os parâmetros usuais de mercado e, por fim, seja retificada a sistemática de devolução do saldo remanescente dos cartões após o prazo de 90 dias, contados do término do contrato, sem sua integral utilização, para que este prazo seja prorrogado, a fim de permitir que o usuário do benefício utilize os créditos que faz jus.

Desta forma, considerando a revisão das exigências supramencionadas contidas no instrumento convocatório, o Edital em referência estará pautado nas regras determinadas pela Lei Federal nº 8.666/93 e jurisprudência do TCE/SP, obedecendo aos seus próprios fundamentos e regeerá uma contratação inquestionável, sob o ponto de vista legal.

Requer-se a manifestação expressa desse ilustre Ente Licitante acerca das questões legais e preceituais ora ventiladas, para fins de resguardar o direito de petição da impugnante.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Barueri-SP, 06 de novembro de 2017.

69.034.668/0001-56
SODEXO PASS DO BRASIL
SERV. E COM. S/A
Al. Araguaia nº1142 - Bloco 3
Alphaville - CEP 06455-000
Barueri - SP


SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.

CNPJ nº 69.034.668/0001-56

TIAGO CASSEMIRO FALCHI NEBESNY

Consultor Administrativo de Mercado Público

RG. nº 35.045.386-X – SSP/SP

CPF/MF nº 348.154.468.57

OAB/SP nº 344.147



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE SÃO PAULO

MANUAL BÁSICO

Licitações e contratos

Principais aspectos da fase preparatória

2016



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE SÃO PAULO

MANUAL BÁSICO

Licitações e contratos

Principais aspectos da fase preparatória

2016





TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

2016

TRIBUNAL PLENO – CONSELHEIROS
(REÚNE-SE ÀS QUARTAS-FEIRAS, ÀS 10H00).

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

PRIMEIRA CÂMARA
(reúne-se às terças-feiras às 14h30)

Edgard Camargo Rodrigues (Presidente)
Renato Martins Costa
Cristiana de Castro Moraes

Secretário-Diretor Geral
Sérgio Ciquera Rossi

Ministério Público de Contas
Rafael Neubern Demarchi Costa -
Procurador Geral
Celso Augusto Matuck Feres Junior
Elida Graziane Pinto
João Paulo Giordano Fontes
José Mendes Neto
Leticia Formoso Delsin
Rafael Antonio Baldo
Renata Constante Cestari
Thiago Pinheiro Lima

SEGUNDA CÂMARA
(reúne-se às terças-feiras às 10h00)

Sidney Estanislau Beraldo (Presidente)
Antonio Roque Citadini
Samy Wurman – Auditor
Substituto de Conselheiro

Procuradoria da Fazenda Estadual
Luiz Menezes Neto – Procurador-Chefe

Auditores
Samy Wurman
Alexandre Manir Figueiredo Sarquis
Antonio Carlos dos Santos
Josué Romero
Silvia Monteiro
Valdenir Antonio Polizeli
Márcio Martins de Camargo

Supervisão

Sérgio Ciquera Rossi
Secretário-Diretor Geral

Coordenação

Antonio Bento de Melo
Alexandre Teixeira Carsola

Diretores dos Departamentos de Supervisão da Ficalização I e II

Elaboração

Dyllan Leandro Christofaro
Maira Coutinho Ferreira Giroto

Colaboração

Alexandre Mateus dos Santos
Escola Paulista de Contas Públicas
Paulo Massaru Uesugi Sugiura
Revista do TCESP

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 Vaconcellos 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 2016, completamos 20 anos de Ciclo de Debates com Agentes Políticos e Dirigentes Municipais percorrendo todas as sedes regionais para instruir pessoalmente mais de 8.000 representantes dos 644 municípios de nossa jurisdição.

Sob essa perspectiva, também decidimos atualizar os 18 manuais editados pelo TCESP, incluindo este, que servem de norte para o administrador público de nosso Estado. Além de revisá-los à luz das alterações legislativas dos últimos anos, incluímos as principais decisões que sedimentam nossa jurisprudência e fizemos recomendações de boas práticas relacionadas à Lei de Acesso à Informação, promulgada no fim de 2011.

Por fim, espero que gestores e ordenadores de despesas de nosso Estado tenham a oportunidade de acessar e dedicar o merecido tempo a este material, pois só assim encontrará sentido esta contribuição ao aperfeiçoamento da administração pública.

São Paulo, Setembro de 2016.

Dimas Eduardo Ramalho
Presidente

Sumário

PARTE I

PRINCIPAIS ASPECTOS DA FASE PREPARATÓRIA, A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO

ESTADO DE SÃO PAULO, O EXAME PRÉVIO DE EDITAL	9
1. Introdução	9
2. A publicidade do edital e a Lei de Acesso à Informação	11
3. Objeto da licitação. Questões mais comuns	12
4. A composição do objeto	17
5. Pregão.....	19
6. Registro de preços	20
7. Os efeitos das sanções de declaração de inidoneidade para contratar e de suspensão de participação em licitações e impedimento de contratar com a Administração	22
8. Limitações à participação de empresas em recuperação judicial.....	24
9. Participação de cooperativas	28
10. Habilitação.....	29
11. Habilitação jurídica.....	30
12. Qualificação técnica.....	32
13. Qualificação econômico-financeira	36
14. Regularidade fiscal.....	38
15. Participação de empresas em consórcio	40
16. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.....	41
17. Análise e julgamento das propostas – Questões comuns	45
18. Iluminação Pública – Aspectos comuns.....	49
19. Súmulas de jurisprudência.....	65
20. O processo de Exame Prévio de Edital	68

PARTE II

A GESTÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	75
21. Introdução	75
22. Planejamento da contratação	76
23. Escolha do fornecedor	80
24. O gestor do contrato.....	93
25. Acompanhamento e fiscalização da execução contratual.....	102
26. A fiscalização do TCESP.....	119
27. Referências legais e bibliográficas	120

PARTE I

PRINCIPAIS ASPECTOS DA FASE PREPARATÓRIA, A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, O EXAME PRÉVIO DE EDITAL

1. Introdução

Conceitos essenciais; Embasamento constitucional; Princípios de regência; Objetivos da licitação; Os desdobramentos do edital mal elaborado

O escopo deste material consiste em transmitir a forma como o TCESP tem julgado as **questões mais recorrentes em matéria de licitações**, especialmente aquelas que concernem a **cláusulas restritivas em editais de licitações**.

É nosso objetivo apresentar orientações que contribuirão para que os **editais sejam melhor elaborados**, para que garantam a necessária **competitividade** e a **ampla participação**, fazendo com que a licitação cumpra seu papel de conduzir ao **alcançe da proposta mais vantajosa ao interesse público**.

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

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 o TCESP, que poderá ser processada como Exame Prévio de Edital, resultando eventualmente na suspensão do andamento do certame.

Os numerosos temas dos quais trataremos foram selecionados a partir de um amplo levantamento das questões que receberam um maior número de questionamentos nas representações processadas como exame prévio de edital nos últimos 18 meses.

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

Merece uma atenção especial o dispositivo do inciso XXI do Artigo 37 da Constituição Federal, que é capaz **de sintetizar a essência da mensagem** que pretendemos transmitir com as orientações seguintes:

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

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

Especialmente em virtude da regra constitucional elementar, somente poderão ser impostas **exigências compatíveis com o mínimo de segurança** da administração pública.

Definição de licitação: Procedimento administrativo através do qual os órgãos e entidades da administração pública selecionam, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.

Objetivos essenciais da licitação:

1. Proporcionar à administração pública a obtenção da proposta mais vantajosa;
2. Dar igual oportunidade aos que desejam contratar com a administração pública;
3. Promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Princípios das licitações:

- Legalidade;
- Impessoalidade;
- Moralidade;
- Igualdade;
- Publicidade;
- Proibição Administrativa;
- Vinculação ao Instrumento Convocatório;
- Julgamento objetivo;
- Competitividade;
- E outros princípios correlatos.

Consequências de um edital mal elaborado:

Prejuízo à competitividade e à ampla participação (Princípio da Isonomia);

- a) Não obtenção, pela Administração, do “melhor negócio” possível (menor preço + maior qualidade) (Princípio da Economicidade);
- a) Sujeição a retardamento, suspensão ou anulação do certame em decorrência de representações contra o edital (Princípio da Eficiência);
- a) Responsabilização do ordenador da despesa, com possibilidade de aplicação de multa, entre outras sanções previstas nos arts. 101 a 104 da Lei Complementar Estadual nº 709/93.

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

Destaque à obrigatoriedade de divulgação dos editais de licitação na internet:

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

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

O artigo 8º, § 1º, inciso IV e § 2º do referido diploma legal são bastante claros ao disporem que constitui 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.

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

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

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

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

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

Precedente: TC-008334.989.15-9

TC-5561.989.16-1

“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.”

Jornal de Grande Circulação – tiragem:

A jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo considera jornal de grande circulação, para os efeitos do artigo 21, III, da Lei 8.666/93, aquele com tiragem mínima diária de pelo menos 20.000 (vinte mil) exemplares.

3. Objeto da licitação. Questões mais comuns

Os cuidados a serem tomados na formulação das especificações do produto ou serviço:

Quanto ao **objeto da licitação**, o que se deve priorizar no Edital:

Especificação mínima: bem a ser adquirido satisfatoriamente identificado, sem indicação de marca - 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 observada por um único bem/produto.

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

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

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

TC-8125.989.16-0

“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”.

Exigência de produtos originais do fabricante

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

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

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

Todavia, com atenção à necessidade de preservar condições para a aquisição de suprimentos que atendam a requisitos mínimos de qualidade e desempenho, decisões desta Corte¹ 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 aplicá-

¹ TC-21296/026/11 e TC-22022/026/11 – relatoria do E. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues; TC-30494/026/11 – relatoria do E. Auditor Substituto de Conselheiro Alexandre Manir Figueiredo Sarquis.

veis; que não existem indícios de remanufaturamento, recondicionamento, reprocessamento, recarregamento, manipulação ou falsificação de qualquer das partes, tanto visíveis quanto internas; que não existem vazamentos; e que a forma física do produto é compatível, em saliências e reentrâncias, com o original de referência.

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

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

TC-5178.989.16-6

“No que se refere à definição de que os cartuchos e toners deverão ser originais das marcas das impressoras, isto contraria a pacífica jurisprudência consolidada há tempos no sentido de que é admitida a restrição de certames licitatórios a insumos “originais” somente na hipótese de equipamentos no período de garantia, devendo ser também admitida a oferta dos chamados cartuchos e toners “compatíveis” para os equipamentos que estejam fora do período de garantia.”

TC-9530.989.16-9

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

Creio, com isso, que nossa jurisprudência ainda prevalece, devendo a Administração reescrever a descrição dos itens, no sentido de que, exceção feita às impressoras que comprovadamente estejam no período de garantia de fábrica, seja alternativamente admitido o oferecimento de cartuchos compatíveis ou similares e de “primeiro uso”, condições estas aferidas por meio de laudo técnico idôneo que deverá acompanhar o material fornecido.”

Exigência de produtos de procedência nacional

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

“DELIBERAÇÃO TCA-11611/026/10

Dispõe sobre a indiscriminada vedação de produtos importados nas licitações.

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, e na conformidade do artigo 109, inciso II, letra “c”, do Regimento Interno desta Corte; Considerando que a busca por produtos de qualidade, embora louvável, não pode vir pautada por critérios que afrontam os princípios regedores da licitação, especialmente o da isonomia, presente no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, que, em seu § 1º, proíbe o tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras; Considerando que à Administração são conferidos outros mecanismos – antes, durante ou depois do processo licitatório – que permitem selecionar produtos de qualidade em perfeita harmonia com a lei de regência; Considerando, ainda, que a indiscriminada vedação de produtos importados nos editais de licitação elaborados por diversos municípios já foi repudiada em reiterados julgamentos deste Tribunal;

RESOLVE EDITAR DELIBERAÇÃO de seguinte teor:

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

2 – Publique-se.

Os cartões com chip de segurança

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

Precedente: 7161.989.15-7, 7240.989.15-2, 7250.989.15-9, 7321.989.15-4, 7337.989.15-6. Sessão de 28/10/2015.

Rede credenciada de estabelecimentos

Exigências de demonstração de rede credenciada devem incidir **apenas sobre a vencedora** da disputa.

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

A rede credenciada exigida deve ser **compatível com a demanda correspondente.**

TC-9908.989.15-5

“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.”

Taxa zero ou negativa

Em procedimentos licitatórios voltados à contratação de empresa especializada na administração e gerenciamento de cartões eletrônicos, magnéticos, ou outros oriundos de tecnologia com chip de segurança, deve ser admitida proposta de taxa zero ou negativa. (TCs 1144.989.12-6, 934.989.13-8 e 14695/026/10).

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

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

Produtos fabricados de “pet reciclado”

Deverão ser comprados em separado ou compor lotes distintos do objeto.

É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido da inadequação de aglutinação de produtos pet reciclado (sustentável) com produtos convencionais ou de “prateleira” (TC - 9775/989/15, TC - 1215/989/15 e TC - 1130/989/15, dentre outros), e de exigência de produto de procedência nacional (TC - 7836/989/15 e TC - 6798/989/15, dentre outros).

A par do tipo plástico PET - Poli (Tereftalato de Etileno) - 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.

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 eco-eficiência e do desenvolvimento sustentável, além do próprio incentivo à indústria da reciclagem.

4. A composição do objeto

Aglutinação de produtos e serviços e suas consequências; A adjudicação por lotes – produtos dotados de afinidades, de mesma natureza

A aglutinação do objeto da licitação, em regra, deve ser evitada.

Artigo 15, IV e artigo 23, §1º da Lei 8.666/93:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

IV - ser **subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;**

Art. 23. (...)

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração **serão 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.**

Problema da aglutinação: impede-se a participação, na licitação, de empresas capazes de atender a um dos objetos pretendidos, talvez com preços bastante competitivos.

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

Ou seja, prestigia-se a maior competitividade e a obtenção de preços mais vantajosos.

As irregularidades censuradas por este Tribunal residem no agrupamento de produtos de setores diferentes de mercado.

Tal fato resulta na restrição da participação de licitantes que poderiam apresentar propostas mais vantajosas para a Administração, se a adjudicação fosse por lotes compostos de itens de mesma natureza.

Além disso, especificamente no caso do registro de preços e adjudicação a partir do menor preço por lote, 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 planilha”.

Contudo, vale o alerta de que, via de 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 global. (TCs. 2033/010/07 e 1069/010/08). 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.

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, onde 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.

TC-009658.989.16-5 e TC-9659.989.16-4. SESSÃO DE 15/06/2016

“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.”

“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.” (TC-1310.989.14-0; Sessão Plenária de 9/4/14).

Aglutinação de itens de prateleira e produtos personalizados

Para que se prestigie a competitividade da licitação, a composição dos lotes não deve misturar itens de prateleira com produtos personalizados, bem como artigos de ramos de mercado distintos. É pacífica a jurisprudência desta Corte sobre o assunto (TC - 6287.989.14, TC - 106.989.14, TC - 15.989.12, TC - 1145.989.15, dentre outros).

5. Pregão

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

Bens e serviços comuns

Bens e Serviços Comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de **especificações usuais praticadas no mercado**.

Vantagens da modalidade

*Maior **competitividade, celeridade e economicidade.***

Prazo mínimo de publicidade de 8 dias;

Negociação condicional redução de preços;

Inversão de fases;

Grande probabilidade de o objeto ser adjudicado na sessão;

Maior rigor na punição por irregularidades: até 5 anos de suspensão no cadastro de fornecedores;

Interposição de recursos na própria sessão;

Utilização de meios eletrônicos.

Divulgação do orçamento

Em que pese a falta de obrigatoriedade de divulgação do valor estimado da contratação nos editais de pregão, ante a ausência de expresso mandamento na norma de regência, esta Corte já se posicionou no sentido de que a Administração deve tornar público o local onde tal informação poderá ser obtida e facilitar-lhe o acesso (TC-3975.989.13-8), indicando no edital os meios e procedimentos de acesso ao conteúdo do orçamento estimativo.

6. Registro de preços

Definição: Contrato normativo, constituído como um **cadastro de produtos e fornecedores**, selecionados mediante licitação, para **contratações sucessivas de bens e serviços, de acordo com quantitativos (mínimos e máximos) previamente fixados**, respeitados lotes mínimos e outras condições previstas no edital.

Relação jurídica de cunho preliminar e abrangente

Estabelece um vínculo jurídico **disciplinando o modo de aperfeiçoamento de futuras contratações entre as partes.**

Uma das características essenciais do sistema de registro de preços, é que a licitação, nesta hipótese, se destina a selecionar fornecedores e propostas para **contratações não específicas, seriadas, que poderão ser realizadas durante um certo período, por repetidas vezes.**

A proposta selecionada fica à disposição da Administração que, se e quando desejar adquirir, se valerá dos preços registrados (se estes estiverem compatíveis com os praticados no mercado) tantas vezes quantas o desejar, respeitados os limites do ato convocatório.

Vantagens do sistema

- Proporciona aquisições com eficiência, rapidez e segurança;
- Supressão de uma multiplicidade de licitações, versando sobre objetos semelhantes e homogêneos;
- Rapidez na contratação e otimização de gastos;
- Prazo de validade da proposta no SRP é de até um ano, enquanto que na licitação convencional, 60 dias;

Eventualidade e incerteza

A **eventualidade do fornecimento** e a **imprevisibilidade da demanda** são requisitos essenciais para sua utilização.

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, serviços passíveis de quantificação e entrega em período certo/previsível.

Admitir-se o Registro de Preços, em hipóteses voltadas a serviços que naturalmente se protraem no tempo, significa assumir aquisições a custos mais elevados, porquanto dimensionadas a acionamentos pontuais e eventuais.

Isso porque essas atividades possuem natureza continuada e permanente, devendo serem executadas de forma obrigatória e ininterrupta, afastando, com isso, a eventualidade e a imprevisibilidade características do registro de preços.

Os ganhos de escala devem ser buscados, eis que fundamentais ao sucesso econômico dos negócios públicos, que podem restar comprometidos em caso de imprópria utilização do SRP.

TC-5447.989.16-1. SESSÃO DE 08/06/2016

“De fato, se não bastassem os itens mal formulados e parcialmente procedentes, questão grave foi destacada, consistente na indevida e ilegal adoção do sistema de registro de preços ao objeto pretendido pela Prefeitura, pois se encontram ausentes a eventualidade do fornecimento e a imprevisibilidade da demanda, características essenciais para sua utilização.”

Utilização do SRP na contratação de serviços de engenharia

No caso específico dos **serviços de engenharia**, a aplicação do sistema do registro de preços torna-se severamente **restrita a pequenos reparos de baixa monta, de simples execução**, pois são mínimas as hipóteses em que um serviço pode ser mensurado por preço unitário de unidade autônoma, além do que, cada serviço de engenharia deve ser norteado por um projeto básico específico e único, em virtude das condições específicas do local em que serão executados.

Reajuste de preços

Inapropriada a previsão de reajuste no sistema de registro de preços.

A jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do decidido nos autos dos TCs-002541/003/11, 000282.989.13-6 e 414.989.13-7, é no sentido de que:

“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”.

Carona

Definição: 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.

Em outras palavras: **contratação fundada num Sistema de Registro de Preços em vigor, mas envolvendo uma entidade estatal não participante da licitação originária do referido sistema.**

A Lei 8.666/93 não facultou a instituição desta sistemática. É teoricamente uma dispensa de licitação não contemplada no Artigo 24 da Lei 8.666/93.

Entendimento jurisprudencial do TCESP

- figura do “carona” **afronta os princípios da legalidade, isonomia, economicidade, vinculação ao instrumento convocatório e competitividade** (TC-38240/026/08);
- aproveitamento de pregão alheio (“carona”), não admitido pela jurisprudência desta Corte.

Vale por fim observar que os requisitos de habilitação são fixados em cada licitação, de acordo com a dimensão quantitativa e qualitativa da futura contratação. No caso do SRP, os requisitos de habilitação são ajustados ao volume total de contratações previstas.

Quando se amplia esta demanda (com as caronas), as condições de habilitação do detentor do registro de preços podem acabar comprometidas.

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

Enquanto a declaração de inidoneidade para licitar e contratar, prevista na Lei de Licitações (artigo 87, IV), tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, **nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar com a Administração**, decorrente da aplicação das penalidades previstas no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93 e no artigo 7º da Lei nº 10.520/02, a medida repressiva se restringe à esfera do ente sancionador.

A respeito do tema, na Sessão de 29 de abril de 2015, ao apreciar a representação abrangida nos autos do TC-2009.989.15-3, este E. Plenário, por maioria, acolheu o

voto do E. Conselheiro Renato Martins Costa, reafirmando que os efeitos do impedimento de licitar e contratar haverão de se limitar, *'mutatis mutandis'*, à esfera de atribuição da pessoa jurídica de público responsável pela aplicação da penalidade.

O julgamento ressaltou desta condição a extensão da eficácia do decreto de inidoneidade previsto no inciso IV, do art. 87 da Lei 8.666/93, que produz alijamento temporário de qualquer aspiração de contratar com a Administração Pública, em sentido lato.

O Plenário firmou deste modo, sua posição em relação ao tema, ou seja, **as sanções administrativas aplicadas com fulcro no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93 e, também, no artigo 7º da Lei 10.520/02 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) terão efeitos restritos aos procedimentos licitatórios lançados pelo Órgão que tenha aplicado as penalidades.**

Definição de “Esfera de atribuição da pessoa jurídica de público responsável pela aplicação da penalidade”

Ainda que tenhamos conhecimento das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais em relação ao tema, consideramos de maior prudência a orientação que reconhece no termo *'Administração'*, utilizado na redação do artigo 87, inciso III da Lei 8.666/93, abrangência que transcende o específico órgão ou entidade sancionadora, para contemplar toda a órbita da unidade federativa considerada, em prestígio à própria essência do modelo federalista de Estado e à autonomia da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, protegida pela Carta Magna.

A Procuradoria do Estado de São Paulo, através do Parecer GPG nº 008/2004, expôs seu posicionamento de que a penalidade arremada no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93 se estende a toda unidade federativa (...).

Sob este raciocínio, a sociedade apenada com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por órgão ou entidade municipal, não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município.

Em relação ao pregão, os efeitos do impedimento de licitar e contratar, decretados com fundamento no artigo 7º da Lei 10.520/02, também alcançam todas as entidades que integram a administração pública direta e indireta da unidade federativa na qual se insere o ente sancionador.

Vale destacar que o próprio dispositivo legal retrocitado é expresso ao dispor que a prática das infrações ali previstas acarretará o impedimento de licitar e contratar *'com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios'*, afastando a hipótese de incidência dos efeitos das penalidades apenas no âmbito do órgão ou entidade que promoveu a licitação ou que celebrou o contrato.

Deste modo, a ampliação dos efeitos do impedimento de licitar e contratar ao ente federativo considerado, sem maiores desafios de hermenêutica, está presente na própria literalidade do disposto no artigo 7º da Lei 10.520/02.

8. Limitações à participação de empresas em recuperação judicial

O impedimento à participação de empresas em processo de recuperação judicial não se harmoniza com o atual posicionamento desta Corte, a partir da decisão plenária de 30-09-2015, nos autos dos Processos TC-3987.989.15-9 e TC-4033.989.15-3, pacificou a questão no seguinte sentido:

*“Feitas essas ponderações, considero, de plano, **ilegal a previsão de vedação de participação no certame de empresas que estejam em situação de recuperação judicial, podendo, todavia, ser requisitada a certidão negativa durante a fase de habilitação.***

*No entanto, deve, ainda, ser **possibilitada a apresentação de certidão positiva, hipótese em que necessário se faz que a interessada demonstre seu Plano de Recuperação, já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, apto a comprovar sua viabilidade econômico-financeira, inclusive pelo atendimento de todos os requisitos de habilitação econômico-financeiras estabelecidos no edital.**” (destaquei)*

Desta forma, nos termos do referido voto, a apresentação de certidão positiva de recuperação judicial, isoladamente, não pode constituir motivo para inabilitação das empresas que se encontrem nesta condição, as quais deverão ser avaliadas pelos demais requisitos de habilitação econômico-financeira, além da verificação de que o Plano de Recuperação encontra-se vigente e atende às exigências “*indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*” (art. 37, XXI, CF).

Em casos da espécie, competirá à Administração fazer constar de seus textos convocatórios **(I)** a possibilidade de oferta de documentos que revelem o cumprimento do plano delineado pelo Judiciário e sugiram a viabilidade econômico-financeira da empresa, **(II)** ou mesmo a promoção de diligências junto ao Poder Judiciário, nos termos do § 3º do artigo 43 da Lei, para a obtenção de informações atualizadas quanto ao bom andamento do plano de recuperação deferido.

A solução tomada por este Tribunal em relação à matéria privilegia sobremaneira a boa-fé, a segurança jurídica e o princípio da preservação da empresa. Nessa linha as decisões exaradas nos processos TC-7878/989/15 e TC-7880/989/15, TC-3987/989/15 e TC-9796/989/15.

“... No que tange à vedação de participação de empresas em recuperação judicial, oportuno mencionar que não desconheço a situação econômico-financeira em que o país se encontra e a importância do instituto da recuperação judicial para oferecer “melhores condições para que empresas que porventura experimentam crise financeira tenham oportunidade de dar prosseguimento às suas operações mercantis e/ou satisfazer obrigações reconhecidas perante credores” (TC-2735.989.13-9).”

“Contudo, tratando-se de contratação com a Administração Pública, há que se observar que, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, no procedimento licitatório serão permitidas as exigências de qualificação econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

“À luz de sobredito comando constitucional, deve o administrador resguardar-se de contratações infrutíferas, mediante diligência e requisição da documentação pertinente para a verificação da viabilidade da avença pretendida.”

“Neste contexto, embora a Lei nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, conceda algumas benesses às empresas por ela albergadas, inclusive mediante a dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, excetuou de maneira explícita esta possibilidade em contratações com o Poder Público, conforme disposto no inciso II do seu artigo 52.

Ora, incontestemente que, com mencionada exceção legal, objetivou o legislador salvaguardar o interesse público de contratações temerárias.”

“Aliás, este é o corolário pelo qual a Lei de licitações e Contratos faculta ao Administrador, no exercício de sua competência discricionária, exigir, para fins de habilitação econômico-financeira, a requisição de “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física” (art. 32, II).”

“Destaco que este E. Plenário, nos autos do TC-002224.989.13-7, reconheceu que os termos do artigo 52, II, da Lei de Recuperação Judicial, impõe que a “a exigência de apresentação de certidão negativa de falência ou concordata, nos termos insculpidos no artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93, deve abarcar inevitavelmente os conceitos atinentes às normas de recuperação judicial, estabelecidas pela Lei nº 11.101, de 09/02/05.”

“Ressalto, ainda, que o posicionamento desta Corte caminhava no sentido de que a recuperação judicial teria sucedido a antiga concordata, a exemplo do decidido nos autos dos TC-000925.989.14-7, TC-003811.989.13-6, TC-001086.989.15-9, TC-002592.989.15-6 e outros.”

“Aliás, esta também é a posição adotada por Marçal Justen Filho que afirma:

“A recuperação judicial (e extrajudicial), mecanismo introduzido em substituição à antiga concordata, desperta a atenção. Deve-se ter em vista que a recuperação judicial não é um novo nome para o mesmo instituto. Suas finalidades e seu regime jurídico são distintos dos da antiga concordata. No entanto, afigura-se que o entendimento dos efeitos da concordata sobre a contratação administrativa deverá ser aplicado à recuperação judicial.”

“Ainda que a concordata e a recuperação judicial sejam institutos com características e funções distintas, ambas se referem a uma situação de reestabelecimento da situação financeira da empresa, a merecer cautela do administrador em eventual contratação.”

“Desta maneira, não haveria como dissentir da possibilidade de requisição, na fase habilitatória, de certidão negativa de recuperação judicial, com base no artigo 31, II, da Lei nº 8.666/93.”

“Até porque, evidente que o espírito da lei na requisição de certidão negativa de concordata, que foi o de assegurar a viabilidade econômico-financeira da licitante para a perfeita consecução do serviço licitado, garantindo a preservação do interesse público, é o mesmo na recuperação judicial.”

“Em que pese a discussão havida acerca da possibilidade de se requisitar a certidão negativa de recuperação judicial na fase habilitatória, considero inexistir controvérsia de que o Administrador não pode vedar, de plano, a participação de empresas que se encontrem nesta situação.”

“O debate, entretanto, reside em se sobrepor a recuperação judicial à concordata, extinta no ordenamento civil vigente.”

“Nesse aspecto, impende consignar, em apertada síntese, que, pelo procedimento da Lei nº 11.101/05, a empresa que se encontrar em situação de crise financeira pode requerer a recuperação judicial ao juízo competente (art. 51), que, caso considere pertinente seu acolhimento, determinará o prosseguimento do feito (art. 52), para posterior análise do Plano de Recuperação (art. 53 e 54), seguida de apreciação e aprovação pela Assembleia Geral de Credores (art. 55 a 57).

Após esse trâmite, o juiz poderá conceder a recuperação judicial (art. 58), que “implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos”.

“Deste modo, a empresa que obteve a concessão da Recuperação Judicial não está, de antemão, inapta para ser contratada, podendo assumir riscos e compromissos nos limites previstos no seu Plano de Recuperação que, diferentemente da concordata, possui maior flexibilidade na sua negociação junto aos credores.”

“Todavia, a mera existência de plano de recuperação judicial, por si só, não garante a capacidade da empresa em executar as obrigações contratuais, até porque o descumprimento de qualquer obrigação estabelecida no plano acarretará a convocação da recuperação em falência (art. 61, §1º).”

“Assim, imprescindível a confrontação do caso concreto com os termos do referido Plano para se avaliar a viabilidade econômico-financeira da interessada.”

“Impende destacar que este é o entendimento que embasou decisão do E. Tribunal de Contas da União no sentido de permissão de participação, em licitações, de “empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93” (Acórdão 8271/2011 – 2ª Câmara, DOU de 04-10-2011).”

“Importante frisar que a apresentação da certidão de concessão de recuperação judicial não suprime a obrigação de a empresa comprovar todos os quesitos requeridos no certame, inclusive econômico-financeiros, pois necessário conferir igual tratamento a todas as licitantes, perante o princípio da isonomia.”

“Nestes termos, o que pude observar é que a não apresentação da certidão negativa de recuperação judicial não pode resultar na inabilitação imediata da licitante, mas deve ser sucedida de avaliação dos demais requisitos de habilitação econômico-financeira que, no caso de empresas naquela situação, deve abarcar a verificação de que o Plano de Recuperação encontra-se vigente e atende as exigências “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (art. 37, XXI, CF).”

“Em consonância com esse entendimento, anoto a decisão do E. Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, no processo TC-7159/2012, que houve por bem “determinar ao administrador público considere incluir, em seus instrumentos editalícios, a

exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, condicionando, alternativamente, a apresentação de certidão mensal emitida pela instância judicial competente, a fim de que seja possível avaliar corretamente a viabilidade da contratação – considerando a saúde financeira da empresa e a natureza do objeto que se pretende contratar”.

“Feitas essas ponderações, considero, de plano, ilegal a previsão de vedação de participação no certame de empresas que estejam em situação de recuperação judicial, podendo, todavia, ser requisitada a certidão negativa durante a fase de habilitação.”

“No entanto, deve, ainda, ser possibilitada a apresentação de certidão positiva, hipótese em que necessário se faz que a interessada demonstre seu Plano de Recuperação, já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, apto a comprovar sua viabilidade econômico-financeira, inclusive, pelo atendimento de todos os requisitos de habilitação econômico-financeiras estabelecidos no edital.”

(TC-003987.989.15-9 e TC-004033.989.15-3, Sessão Plenária de 30/09/2015.)

9. Participação de cooperativas

No âmbito estadual a matéria foi regulamentada pelo Decreto nº 55.938/10, alterado pelo Decreto nº 57.159/11, permitindo-se a participação de sociedades cooperativas nas licitações do Estado de São Paulo, **desde que a execução do objeto não envolva a prestação de trabalho contínuo por pessoas físicas, “com relação de subordinação ou dependência, em face da contratante”.**

A possibilidade de contratação de cooperativas depende de a natureza do serviço não demandar relação de subordinação entre cooperativa e cooperado, nem entre a Administração e cooperados e de viabilidade de gestão operacional compartilhada ou em rodízio das atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços (Instrução Normativa nº 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), de molde a evitar eventual configuração de responsabilidade trabalhista à Administração.

A questão da vedação à participação de *cooperativas* decerto reside na observação do *modus operandi* do serviço, aferida manifesta evidência de *relação de subordinação entre os profissionais alocados para a execução dos serviços e a cooperativa*, hipótese que enfrenta resistência, a teor do disposto no artigo 10, § 2º, c/c artigo 5º, da Lei nº 12.690/12, valendo, por oportuno, espreitar o alçado na Súmula nº 281 do

TCU - *“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”.*

LEI Nº 12.690, DE 19 DE JULHO DE 2012

Art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

Parágrafo único. (VETADO).

(...)

Art. 10. A Cooperativa de Trabalho poderá adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social.

(...)

§ 2º A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.

10. Habilitação

Definição: A habilitação é, pois, o reconhecimento de que o licitante **atende a todos os requisitos para aquela licitação**, e, por isso, fica qualificado para disputar seu objeto.

A **aptidão**, à luz da qual os documentos são examinados, diz respeito à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal** e ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do Artigo 7º da CF/88

Deve-se ressaltar a necessidade de a administração pública atentar para a tutela do interesse público na promoção de licitações.

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

A Lei 9.854/99 acrescentou ainda mais uma condição: os licitantes devem demonstrar o cumprimento do **Art. 7º, XXXIII da C.F.**, que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

Habilitação jurídica: qualidade natural de toda pessoa física ou a atribuída a toda pessoa jurídica para exercer direitos e contrair obrigações;

Qualificação técnica: aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do objeto da licitação;

Qualificação econômico-financeira: aptidão para responder pelos encargos financeiros e econômicos decorrentes do contrato;

Regularidade fiscal: pontualidade das proponentes com o fisco;

A simplicidade das exigências:

A simplicidade das exigências não implica em risco ou falta de garantias para a Administração, que pode se valer das ferramentas previstas na lei de licitações contra eventual inexecução total ou parcial do contrato, a exemplo das **garantias para participação** e **para contratar** e previsão de **cláusulas de penalidades**.

Exigências complexas ou em conjugação com outras, ainda que previstas em lei, podem não se afigurar razoáveis nas hipóteses em que o objeto da contratação é simples.

11. Habilitação jurídica

Este Tribunal tem admitido a exigência de licença e/ou registro em órgãos reguladores de certas atividades quando esses documentos dizem respeito ao sujeito licitante e não à sua aptidão técnica para o cumprimento do objeto licitado, uma vez que sem eles não haveria sequer o exercício da atividade empresarial no ramo do fornecimento pretendido.

Verificar, em cada caso, se a autorização/licença/alvará/registro é **condição sine qua non** para o **exercício** da **atividade** empresarial no ramo do objeto licitado, conforme **previsão em lei ou norma**.

Ex: Aquisição de combustíveis (TC-10239/026/09 - Pleno de 01/04/09); Comercialização de medicamentos (TC-28547/026/07 - Pleno de 29/09/09); Segurança e vigilância patrimonial (TC-703/013/10 - Pleno de 10/11/10); Fornecimento de gêneros alimentícios (TC-96/989/13 - Pleno de 20/03/13).

Nesse sentido, destaca-se o inciso V, do artigo 28, da Lei 8.666/93:

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e **ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir**.

Este Tribunal censura a falta de regra condicionando a participação na disputa às empresas registradas nos serviços de inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal (SIF, SISP ou SIM), as quais, a partir da disciplina conferida

pela Lei Federal nº 1.283/50 e Decreto nº 20.691/52, têm no tal registro sua condição de funcionamento.

Alvarás e licenças da Vigilância Sanitária

No que se refere aos alvarás e licenças de Vigilância Sanitária, admite-se, no escopo da atuação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a exigência como requisito de habilitação jurídica, e até de qualificação técnica, por se tratar de requisito essencial ao exercício de atividades ligadas a esse segmento de mercado (TC – 3004/989/15, TC – 1870/989/13 e TC – 883/989/14, dentre outros).

A questão central enfrentada em algumas representações refere-se à ausência de requisição de apresentação da Autorização de Funcionamento da Empresa – AFE, emitida pela ANVISA, e da Licença de Funcionamento, expedida pela Vigilância Sanitária do Estado ou Município sede (autoridade local).

Nesses casos, havendo, entre os produtos licitados, materiais classificados como “*cosméticos*” e “*saneantes domissanitários*”, cogente é, para sua fabricação, distribuição ou importação, autorização de funcionamento, conforme comando expresso no artigo 7º, VI, c.c. artigo 8º, § 1º, IV, da Lei nº 9.782/99, que instituiu a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Torna-se necessária, portanto, a inclusão, entre os documentos de habilitação jurídica, da exigência de autorização da ANVISA e licença de funcionamento Estadual ou Municipal para a execução regular de suas atividades, consoante o disposto no artigo 28, V, da Lei nº 8.666/93.

Todavia, o ato convocatório deve excetuar a referida exigência para as empresas varejistas, cuja atividade seja a comercialização de “*cosméticos*” e “*saneantes domissanitários*”, por falta de imposição legal. E vale lembrar que, a partir do momento em que o edital impropriamente requer de todas as licitantes, indistintamente, as citadas autorizações e licenças de funcionamento, cria condição restritiva não amparada na lei, qual seja, a vedação à participação de empresas varejistas, o que não se admite.

No tocante à contratação de serviços laboratoriais e quando o objeto do certame for afeto a empresas que operam com a fabricação, distribuição e comercialização de medicamentos, a licença sanitária e a autorização de funcionamento expedidas pela Vigilância Sanitária igualmente são exigíveis para fins de habilitação, com fulcro no artigo 28, V, da Lei nº 8.666/93, por se tratarem de documentos considerados essenciais, pela Agência Reguladora, para o exercício destas atividades (TCs. 39932/026/10 e 2702/008/07).

Aquisição de combustíveis - Exigência de registro na Agência Nacional do Petróleo e de Licença de Funcionamento

Em certames voltados à aquisição de combustíveis, é exigível o registro na ANP, bem como alvará de funcionamento, por se tratarem de requisitos de habilitação

jurídica, fundamentados no artigo 28, V, da Lei nº 8.666/93. (TCs. 10239/026/09 e 10240/026/09).

Exigência de Certidão de Credenciamento no “Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT”, expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos termos da Lei 6.321/76 e Decreto nº. 5 de 14 de janeiro de 1991

A jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem reiteradamente reprovado a exigência de Certidão de Credenciamento no “*Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT*”, nas licitações voltadas ao fornecimento de vale-alimentação, a exemplo de decisões proferidas nos TC-532/989/13-4 (sessão do E. Plenário de 12/06/13, relatoria do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo), TC-905/989/13-3 (sessão do E. Plenário de 03/07/13, relatoria do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho), TC-6059/989/14-5 em conjunto com os TC-6108/989/14- 6 e TC-6147/989/14-9 (sessão do E. Plenário de 11/03/15, relatoria do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo) e TC- 138/989/14-0 em conjunto com TC-186/989/14-1 (sessão do E. Plenário de 30/04/14, relatoria do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo).

Vale esclarecer que a Lei que instituiu o PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador prevê a dedução do lucro tributável para fins de imposto de renda de pessoas jurídicas, do dobro das despesas realizadas em programas de alimentação do trabalhador. Todavia, a inscrição no referido programa do Ministério do Trabalho e Emprego é facultativa às empresas que desejam usufruir dos benefícios fiscais lá previstos.

Deste modo, por se tratar de programa cuja inscrição é facultativa, e diante da falta de sua inclusão no rol taxativo dos artigos 28 a 31 da Lei 8.666/93, descabida a exigência de Certidão de Credenciamento no “Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT” como condição de habilitação nos certames licitatórios.

12. Qualificação técnica

Formas de demonstração da qualificação técnica operacional e profissional e súmulas pertinentes:

A jurisprudência desta Corte, consolidada nas Súmulas nºs 23 e 24, orienta que a comprovação da **qualificação técnica operacional** se fará mediante a apresentação de **atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado**, enquanto a demonstração da **capacitação técnico-profissional** se aperfeiçoa exclusivamente pela apresentação da **Certidão de Acervo Técnico – CAT**, documento de caráter personalíssimo.

SÚMULA Nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia,

se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

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

O atestado é o instrumento eleito pelo artigo 30, II, c.c. § 1º, da Lei nº 8.666/93 para a comprovação da qualificação técnico-operacional, emitido em nome da licitante, entendimento que foi consolidado na Súmula nº 24 deste Tribunal.

Por sua vez, de acordo com o artigo 30, § 1º, inciso I, do mesmo diploma, a qualificação técnico-profissional não deve ser exigida da empresa, mas, sim, do responsável técnico pelo objeto a ser executado e, segundo interpretação dada pela Súmula nº 23 ao dispositivo, pode ser comprovada pela apresentação da Certidão de Acervo Técnico - CAT, que é documento personalíssimo do profissional e de emissão exclusiva do Órgão de Classe a que estiver vinculado.

Cabe alertar quanto ao potencial de restritividade da exigência de atestados que demonstrem desempenho anterior em obras ou serviços específicos, condenada pela jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, consoante se vê no enunciado sumular nº 30:

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, ficando 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 fim, cabe o alerta de que se mostra restritiva e carecedora de amparo legal a imposição de prazo de experiência mínima para os membros da equipe técnica, bem como a exigência de apresentação de currículos, como requisitos de habilitação. (TCs. 22504/026/11, 22808/026/11, 22924/026/11 e 706/005/11).

Qualificação técnica operacional: limitação ao número de atestados, registro de atestados nas entidades profissionais competentes, visto do CREA/SP

Número de Atestados: Em princípio, é vedada pela jurisprudência do TCESP a limitação do número máximo ou mínimo, sendo possível o somatório de atestados para aferição da capacidade operacional da empresa (TC- 40823/026/07, TC-05815/026/09). Restrições quanto ao número de atestados de desempenho anterior são admitidas em raras situações excepcionais, tecnicamente justificáveis.

Quando não há norma reguladora para o exercício da profissão relacionada ao ramo de atividade do serviço pretendido e, por conseguinte, órgão responsável por sua fiscalização, é indevida a requisição de que os atestados de capacidade técnico-operacional sejam registrados em “entidade profissional competente”.

Deve ser evitada a exigência de registro de atestados de qualificação operacional no Conselho Regional de Administração quando o objeto realmente não contempla a prestação de atividades privativas do Administrador.

Visto do CREA/SP: medida administrativa prevista em norma especial - Resolução CONFEA 413, de 27/06/97 - só pode ser exigido do vencedor do certame.

A requisição de visto do CREA/SP, como condição de habilitação, no caso de o registro ter sido emitido pelo CREA de origem da licitante que pertencer a outro Estado, é medida restritiva, sem qualquer amparo legal, contrariando o assente entendimento desta Corte no sentido de que referida exigência deve recair tão somente sobre o vencedor da licitação, para fins de contratação.

É lícito exigir o visto do CREA como requisito para assinatura do contrato

Resolução CONFEA 413 (27.06.97) - Visto em Registro de Pessoa Jurídica (Visto CREA) - art. 1º, § 2º:

“Art. 1º - Será concedido visto ao registro da pessoa jurídica originário de outro Conselho Regional, para os seguintes efeitos e prazos de validade:

I - execução de obras ou prestação de serviços.

Prazo: não superior a 180 (cento e oitenta) dias;

II - participação em licitações.

Prazo: até a validade da certidão de registro.

§ 1º - O visto para efeito do item I deste artigo poderá ser concedido para atividades parciais do objeto social da pessoa jurídica, quando assim requerido.

§ 2º - O visto concedido para efeito do item II deste artigo dispensa o cumprimento das exigências contidas no Art. 3º desta Resolução.

(...)

Art. 3º - O responsável técnico da pessoa jurídica, para cada atividade a ser exercida na nova Região, deve estar registrado ou

com o respectivo registro visado no Conselho Regional onde for requerido o visto.

§ 1º - Os responsáveis técnicos pelas diferentes atividades, apresentados pela pessoa jurídica, devem comprovar residência em local que, a critério do CREA, torna praticável sua participação efetiva nas atividades que a pessoa jurídica pretenda exercer na jurisdição do respectivo órgão regional;

§ 2º - Sempre que ocorrer substituição de responsável técnico, a pessoa jurídica deve comunicar o fato ao Conselho Regional onde mantém o visto, observando o conteúdo deste artigo."

Qualificação técnica profissional: eleição de parcelas de maior relevância / Súmula 25 (comprovação de vínculo profissional)

O art. 30, § 1º, I, e 2º, da Lei 8.666/93 determina que as exigências de qualificação técnica em obras e serviços de engenharia recaiam tão somente sobre as **parcelas de maior relevância técnica e valor significativo previamente definidas no edital.**

A definição das parcelas de maior relevância e valor significativo para a qualificação técnico-profissional e operacional deve se dar em relação à atividade principal do objeto, desde que pertinentes e compatíveis, e em obediência ao que determina o artigo 30 da Lei de Licitações e as Súmulas nº 23, 24 e 30 desta Corte.

Ainda com relação à qualificação técnico-profissional, a Administração deve ter a cautela de recepcionar amplas possibilidades de demonstração do vínculo profissional do responsável técnico das ofertantes, consoante dispõe a súmula 25 desta Corte:

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.

Visita técnica: indispensabilidade, requisição de profissional específico, prazos para realização

Fundamento legal:

*Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, **quando exigido**, de que **tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;***

Momento: A visita deverá ocorrer durante o prazo legal previsto no art. 21, § 2º, da Lei 8.666/93, ou seja, **entre a publicação do edital e a data para entrega dos envelopes;**

Devem ser disponibilizadas às licitantes várias datas para visitação, preferencialmente espaçadas e distribuídas de forma a propiciar tempo hábil para a formulação das propostas.

Prazo exíguo: um único dia ou em um único e restrito horário – não deve ser utilizado, salvo em situações excepcionais, tecnicamente justificáveis.

O Edital **não pode, em regra, determinar que o engenheiro ou responsável técnico da empresa seja responsável pela visita**, salvo em situações excepcionais, tecnicamente justificáveis, de serviços dotados de complexidade extraordinária, para os quais a ausência do profissional técnico conduza ao risco de comprometer a utilidade da diligência da vistoria técnica quanto à sua função primordial de oferecer aos proponentes os subsídios necessários à formulação das propostas, no tocante ao conhecimento das condições locais para a prestação dos serviços.

Portanto, via de regra, é inapropriada a exigência de que a vistoria seja realizada por engenheiro ou responsável técnico, porquanto a requisição contraria jurisprudência consolidada desta Corte, de que é exemplo o TC-333/009/11, cuja decisão registrou que *“o encargo é atributo exclusivo da licitante, cabendo a ela eger o profissional responsável que entenda como o mais adequado para a tarefa, independente de ser engenheiro ou não.”*

13. Qualificação econômico-financeira

Índices de liquidez e endividamento aceitos pela jurisprudência e a conformação ao objeto

Índices econômico-financeiros:

- Liquidez: entre 1,0 e 1,5;
- Endividamento: entre 0,3 e 0,5.

Jurisprudência: **TC- 29534/026/04 - TC-10376/026/09**

Muito embora a jurisprudência desta Corte tenha fixado esses parâmetros para a maior parte dos segmentos da atividade econômica e mercantil, tem-se que os índices devem ser compatíveis e adequados ao ramo de atividade ou ao segmento de mercado das possíveis interessadas em participar do certame, por imposição da lei (art. 31, §5º, da Lei 8.666/93).

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da

licitação que tenha dado início ao certame licitatório, **vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.**

Exigência de memória de cálculo de apuração de índices contábeis

A exigência de memória de cálculo de apuração de índices contábeis que demonstram a boa situação financeira das licitantes, assinada pelo contador da proponente, extrapola o quanto previsto no artigo 31, inciso I e §§ 1º e 5º da Lei 8.666/93 e constitui, portanto, requisição com caráter restritivo, capaz de dificultar a ampla participação de licitantes, que teriam o ônus de providenciar para que os contadores responsáveis pela elaboração de suas demonstrações contábeis confeccionassem mais este documento.

Além disso, considerando que para a obtenção de referidos indicadores basta a aplicação dos valores já informados no balanço patrimonial nas correspondentes fórmulas matemáticas, não há razões para que esse cálculo seja endossado por um profissional especializado.

Exigência de garantia antecipada

Esta Corte vem rejeitando editais que contenham a exigência de apresentação de garantia antecipada, ou seja, a apresentação do referido comprovante em momento anterior à data designada para entrega dos envelopes (TC - 298/989/15, TC - 1246/989/13 e TC - 3931/989/13, dentre outros), devido à falta de amparo legal, pois conforme o disposto no artigo 31, III, da Lei de Licitações, tal documento faz parte da qualificação econômico-financeira devendo ser objeto de sigilo até o início da sessão pública.

Garantia, capital social e patrimônio líquido mínimo nas contratações de serviços de execução continuada, nos contratos de escopo, nas concessões e PPPs

Para a prestação de serviços de execução continuada, e não a celebração de contrato de escopo ou concessão, prevalece o entendimento de que o cálculo do capital social ou patrimônio líquido mínimo (até 10% do valor estimado da contratação) deve ser efetuado tomando por base o período de duração dos créditos orçamentários, portanto, doze meses, e não para o prazo total da contratação.

Em resumo:

Serviços de caráter continuado: a base de cálculo incide sobre o valor do objeto em relação ao período máximo de vigência do crédito orçamentário (12 meses);

Contratos de escopo: a base de cálculo incide sobre o valor do objeto em relação ao período total da vigência inicial do ajuste;

Concessão de serviço público e parceria público-privada: a base de cálculo incide sobre o montante de investimentos a serem realizados (e não o valor total a ser arrecadado) pelo futuro concessionário.

Cumulação de exigências de comprovação de capital social ou patrimônio líquido e garantia de participação

A cumulação de exigências de comprovação de capital social ou patrimônio líquido e garantia de participação é admitida pela jurisprudência da Corte (Súmula nº 27)

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.

Exigência de capital social integralizado

Em sessão do Tribunal Pleno de 15/04/09, começou a ser revertida a jurisprudência para que se aceite a exigência de capital social integralizado, a fim de se proteger o interesse público (TC-7395/026/09). Deste modo, não mais se vislumbra óbice à exigência de capital social registrado e integralizado como prova de qualificação econômico-financeira. (TC's 1359/010/08, 14099/026/09 e 10473/026/09).

Certidão indicando cartórios distribuidores

A exigência de certidão da Corregedoria Geral da Justiça, indicando o número de cartórios de distribuidores de falência e concordata existentes na comarca da sede da empresa, extrapola o rol de documentos elencados nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93. (TC-1517/003/06).

Certidão negativa de ações judiciais, cíveis e criminais

Não cabe exigir, como documento de habilitação, certidão negativa de ações judiciais, cíveis e criminais, por transbordarem do rol de documentos previstos na Lei nº 8.666/93. (TC-556/001/10).

14. Regularidade fiscal

Atentar sempre para **a natureza do objeto da licitação**.

Apenas podem ser estabelecidos requisitos de regularidade fiscal **pertinentes ao objeto licitado e às atividades desenvolvidas pelas proponentes**.

Recomenda-se exigir “prova de regularidade”, expressão que abrange os casos de “Certidões Positivas com Efeito de Negativa” e evita questionamentos dos eventuais interessados em participar do certame.

Identificação dos tributos pertinentes ao objeto

A corrente jurisprudencial predominante é no sentido de que foge do âmbito da competência desta Corte a enumeração das diversas hipóteses tributárias que

cada objeto licitado pode originar, pois tal atividade é decorrente da própria Administração licitante, diante do limite definido pela Lei de Licitações e Contratos, em harmonia com as diversas legislações de cunho tributário.

É certo, também, que a majoritária deliberação deste Tribunal é 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.

Prova de regularidade x certidão negativa de débito

Embora não se vislumbre, a princípio, que a Administração pretenda articular o texto das cláusulas editalícias de modo a inabilitar proponentes dotadas de certidões positivas com efeitos de negativas, a falta de expressa menção quanto à sua admissibilidade tem motivado questionamentos quanto a possível restritividade do ato convocatório, especialmente quando se declina do uso da terminologia “*prova de regularidade*”, expressa nos incisos III e IV do artigo 29, para nominar o documento (ex: certidão negativa de débito) mediante o qual o ente promotor do certame pretende que as ofertantes demonstrem sua condição regular perante o fisco.

Há proteção legal quanto à entrega de certidões positivas com efeito de negativas, consoante prescrição do art. 206 do CTN, não cabendo ao responsável pela elaboração do edital, de outra parte, conjecturar a respeito de outras formas eventualmente possíveis de se demonstrar essa ou qualquer outra regularidade que, a despeito da nomenclatura indicada no documento, teriam rigorosamente os mesmos efeitos das certidões negativas.

Em relação à prova de regularidade trabalhista, ao estabelecer que essa verificação será realizada “*nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovado pelo Decreto Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. (www.tst.jus.br)*”, esteja ou não prevista no edital, a obrigatoriedade de a Administração aceitar a certidão positiva com efeito de negativa decorre de imposição de Lei, nos termos do indigitado § 2º do art. 642 da CLT, cuja eficácia é plena e não depende de regulamentação do edital de licitação.”

Nova regulamentação para a prova de regularidade perante o INSS

A requisição de prova de regularidade perante o Sistema de Seguridade Social – INSS separadamente da certidão conjunta de regularidade perante os tributos federais e à Dívida Ativa da União, embora não constitua óbice intransponível ao exame da regularidade fiscal das proponentes, deve ser evitada.

A partir do dia 03 de novembro de 2014, as certidões que fazem prova da regularidade fiscal de todos os tributos federais, inclusive contribuições previdenciárias,

tanto no âmbito da Receita Federal quanto no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional, foram unificadas em um único documento, consoante os termos da Portaria MF 358, de 5 de setembro de 2014, alterada pela Portaria MF nº 443, de 17 de outubro de 2014.

Em decorrência das recentes alterações promovidas pela Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 1.751/2014, desde 03/11/14 não há mais a emissão de documento específico para atestar a **regularidade relativa à Seguridade Social**.

15. Participação de empresas em consórcio

Finalidade do instituto: Permitir a junção de esforços de empresas para celebrar contrato com a Administração, especialmente em situações que demandam maiores investimentos, logística robusta e/ou complexa, obras e serviços de vulto diferenciado.

Deve observar as regras do artigo 33 da LF 8.666/93:

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

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, **para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação**, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Discricionariedade da Administração

A limitação de participação de empresas em consórcio está inserida no poder discricionário da Administração.

A Administração pode limitar o número de empresas componentes de um consórcio, bem como o percentual de participação de cada empresa no consórcio.

Requisitos de habilitação

- 1) Habilitação Jurídica e Regularidade Fiscal: cada consorciada deverá apresentar toda a documentação relativa à habilitação jurídica (art. 28) e regularidade fiscal (art. 29)
- 2) Qualificação Técnica: (art.30): é permitido o somatório de atestados de capacidade técnica;
- 3) Qualificação Econômico-Financeira: índices econômico-financeiros devem ser calculados com base no somatório dos índices individuais, proporcional à participação de cada empresa no consórcio.

16. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Comprovação da condição de ME e/ou EPP

Como orienta o decidido pelo E. Plenário no processo TC-001085/989/14-3, o edital deverá *“possibilitar a comprovação das interessadas licitantes como micro-empresa 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.”*

A prova de condição de ME/EPP pode se dar por meio de declaração ou de certidão da Junta Comercial.

Prazo de regularização da documentação fiscal

O prazo estabelecido no edital, de apenas dois dias úteis, para que as micro e pequenas empresas regularizem a documentação relativa à sua habilitação fiscal, em caso de restrição, ainda encontrado em alguns editais, não está de acordo com o artigo 43, § 1º, da Lei Complementar Federal nº 123/06, nos termos da redação introduzida pela Lei Complementar Federal nº 147/14.

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado **o prazo de 5 (cinco) dias úteis**, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

O prazo de regularização da documentação de regularidade fiscal e trabalhista das micro e pequenas empresas deve estar em conformidade com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014 ao § 1º do art. 43 da Lei Complementar nº 123/06, a qual passou a prever 5 (cinco) dias úteis para tal mister.

Limitação geográfica da licitação como meio de promoção do desenvolvimento local ou regional

Muito embora o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte tenha como um de seus objetivos a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, consoante dispõe o artigo 47, caput, da Lei Complementar nº 123/06, a jurisprudência desta Corte não admite que os editais estabeleçam a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte situadas em determinado município ou região.

Muito embora seja cristalina a regra do inciso I do artigo 48 da Lei Complementar 123/06 quanto ao dever de se realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), não se vislumbra a presença de fundamento legal apto a permitir a vedação à participação de outras microempresas e empresas de pequeno porte, notadamente em função das alterações recentemente promovidas no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte pela Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014.

Neste aspecto, cabe anotar que o § 3º do mesmo artigo 48, incluído pela Lei Complementar nº 147/14, prevê a possibilidade de se estabelecer, desde que justificada, a **prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido**, mas não autoriza a abertura de certame licitatório exclusivo à participação de MEs e EPPs de determinado município ou região.

Licitação exclusiva à participação de MEs e EPPs

No que se refere à previsão de torneio exclusivo às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), predomina nesta Corte, a partir do quanto decidido nos autos dos TCs 5509/989/15, 5540/989/15, 5724/989/15, 5828/989/15 e 5836/989/15 (Sessão de 23/09/2015 – voto de desempate proferido pela Exma. Sra. Presidente, Conselheira Cristiana de Castro Moraes), o entendimento segundo o qual o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) previsto pelo inciso I do artigo 48 da Lei 123/06, representa o valor global da licitação, e que a expressão “*itens de contratação*”, portanto, abarca o somatório dos itens ou lotes em disputa, vale dizer, o montante estimado para todo o certame.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos **itens de contratação** cujo valor seja de **até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)**;

Reserva de cota de até 25% do objeto

A previsão da cota de até 25% - como previsto no inc. III, art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, com a atualização promovida pela sua congênera de nº 147/14, possui caráter compulsório, desde que se trate da aquisição de bens divisíveis e sejam atendidas as condições do artigo seguinte (*caso não haja um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, e o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não se mostre vantajoso para a administração pública ou represente prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado*).

Embora a alteração promovida pela Lei Complementar Federal 147/2014 tenha tornado um **dever** o disposto no art. 47, tal vinculação é mitigada pelo “caput” e pelos incs. do art. 49, que demandam do administrador um verdadeiro juízo de discricionariedade devidamente motivado, o qual jamais pode ser realizado ao longo de uma licitação já levada ao público.

Tal juízo de discricionariedade, aliás, faz-se necessário também para a reserva da cota de até 25% para micro e pequenas empresas disposta no inc. III do art. 48 da Lei Complementar Federal 123/06, vez que o art. 49 é taxativo ao estabelecer que: “*não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (...)*”.

Não havendo no texto original do edital qualquer referência à reserva prevista no art. 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147/14, o assunto, ao menos em sede de análise apriorística,

típica do rito de exame prévio de edital, melhor se resolve com **a orientação para que a Administração fundamente suas decisões nos autos do correspondente processo de licitação, na exata conformidade da legislação complementar referenciada**, notadamente se incidentes as excludentes arroladas no art. 49, indicando, portanto, frustração do propósito de se obter a proposta mais vantajosa ou economicamente mais viável.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º **(Revogado)**.

§ 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3º Os benefícios referidos no **caput** deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos **arts. 47 e 48 desta Lei Complementar** quando:

I - **(Revogado)**;

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração

pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos **arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

17. Análise e julgamento das propostas – Questões comuns

Exigência de laudos e certificações

Orientação básica: A exigência é devida apenas pelos licitantes vencedores, concedendo a eles prazo razoável e suficiente à obtenção dos mencionados documentos.

SÚMULA Nº 14 - Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno.

A eleição de uma única forma de comprovação da qualidade do material restringe a competitividade do certame e deve ser evitada.

A requisição de selos, certificados e congêneres, sem a admissibilidade de outras certificações equivalentes que também avaliam os aspectos relacionados ao produto e a sua fabricação, constitui condição restritiva que viola o princípio da isonomia e desafia a norma do artigo 3º, § 1º, inciso I da Lei 8.666/93, além de contrariar o entendimento assente na jurisprudência desta Corte.

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 propósito.

Ainda, a imposição dos selos emitidos por órgãos não oficiais como IQB e ABRINQ é condenada pela jurisprudência deste Tribunal (TC - 9157/026/11 e TC - 5915/989/14, dentre outros).

TC-5095.989.16-6. SESSÃO DE 13/04/2016

“Quanto à exigência de certificação de origem da matéria prima empregada na fabricação do lápis grafite nº 2, consensual que, ao mesmo tempo em que exigência

da espécie se justifica, não pode a Administração preferir 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 propósito.

Como a exigência do selo FSC impõe-se somente ao item 21 do Anexo I (lápiz grafite nº 2), deve a descrição lá contida ser revista, acrescentando-se a possibilidade de que produtos estampados com outros selos de qualidade de abrangência similar venham a ser igualmente aceitos.”

Laudos para produtos já certificados pelo INMETRO

A despeito de a requisição estar inserida no âmbito do exercício da discricionariedade do Administrador, deve ser avaliada a plausibilidade de se requisitar os laudos para produtos já certificados pelo INMETRO - materiais de certificação compulsória de conformidade com a NBR 15236 – segurança de artigos escolares, nos termos do artigo 3º da Portaria INMETRO nº 481/2010.

Selo de pureza ABIC

No tocante às aquisições de pó de café, a exigência de “*selo de pureza ABIC*”, emitido pela Associação Brasileira da Indústria do Café, mereceu em outras ocasiões, tolerância da Corte sob o fundamento de que há no mercado inúmeras empresas portadoras de tal certificação. Entretanto, atualmente, o dispositivo afigura-se contrário à liberdade de associação albergada pelo art. 5º, inciso XX da Constituição Federal, bem como contrário ao disposto no artigo 3º, § 1º da Lei federal nº 8.666/93 e ao artigo 3º, II da Lei 10.520/02.

TC’S 8412.989.16-2 e 8432.989.16-8. SESSÃO DE 18/05/2016

“De fato, a recente jurisprudência deste Tribunal tem admitido a exigência do selo de pureza ABIC desde que o ato convocatório, igualmente, aceite certificações equivalentes.”

“A esse respeito, reproduzo trecho do voto proferido pelo eminente Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho no âmbito do processo 1491.989.15-8, em Sessão Plenária de 01/04/2015:

“(...) 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. Importante salientar que,

ao requisitar atestados e/ou certificados que demonstrem a existência ou quantidade de determinados componentes ou outra característica qualquer, deve a Administração admitir todas as alternativas idôneas e disponíveis para a respectiva comprovação, a fim de evitar a criação de condição que frustre o caráter competitivo do certame. Cabe à Administração, portanto, ao reformar o edital, admitir a apresentação de outros certificados equivalentes ao emitido pela Associação Brasileira da Indústria de Café, capazes de igualmente atestar as propriedades e a qualidade exigidas.(...)”

Referência de preços / orçamento estimativo:

TC-582.989.16-6. Sessão de 03/02/2016

“É pacífico e consolidado há tempos na jurisprudência deste Tribunal que o período entre a data-base do orçamento e a publicação do aviso de edital não poderá exceder a 6 (seis) meses, sob pena de se descumprir dois requisitos essenciais da Lei 8.666/93, o do art. 6º, IX, “f”, e o do art. 7º, § 2º, I e II”.

A jurisprudência do TCESP entende ser **desatualizado orçamento com período superior a 6 (seis) meses** (TC-16322/026/03).

Exame de amostras: diretrizes básicas, discricionariedade da exigência e justificativas técnicas, personalização, critérios objetivos de análise e avaliação, produtos de prateleira de baixo custo.

Diretrizes básicas: TC-002594.989.15-4 e TC-002613.989.15-1 (Sessão do Tribunal Pleno de 03/06/2015), sintetizam os parâmetros à exigência de amostras admitidos pela nossa jurisprudência, sendo oportuna a transcrição das diretrizes contidas no referido julgamento, como linha de orientação fundamental sobre a matéria.

Deste modo, quando da apreciação de certames em que se exija a apresentação de amostras, será verificado essencialmente:

- (1) a existência de justificativa de sua necessidade para efeitos de avaliação da proposta comercial;
- (2) a presença de parâmetros objetivos, no ato convocatório, para verificação de conformidade;
- (3) momento de apresentação não anterior ao de abertura das propostas, observando que,
- (4) quando sua produção causar ônus ou dificuldade aos licitantes, apresentação e análise deverão se realizar após prazo razoável; e,
- (5) sempre que possível, deverão ser utilizadas para cotejo com o material efetivamente recebido.

Portanto, as decisões do Tribunal, em relação ao momento de apresentação das amostras, adotam direção sensivelmente diversa daquela orientada pela Súmula 19:

SÚMULA Nº 19 - Em procedimento licitatório, o prazo para apresentação das amostras deve coincidir com a data da entrega das propostas.

Por razões bastante óbvias, a verificação de amostras de produtos “in natura” como frutas, verduras, legumes e ovos não têm o condão de oferecer para a contratante uma apresentação fidedigna de um padrão permanente e uniforme de produção destes insumos, de forma que a requisição acaba por resultar desprovida de finalidade e utilidade.

Reconhece-se que a exigibilidade de amostras está inserta na esfera discricionária da Administração a quem incumbe, nos limites da lei, optar pela melhor forma de se atingir o fim público pretendido. Entretanto, do processo administrativo deverão constar as justificativas dessa imposição.

Nesse sentido, a requisição de amostras customizadas já por ocasião da sessão pública mostra-se desarrazoada, devendo o edital direcionar a exigência à vencedora do certame, concedendo prazo razoável para sua confecção.

Entretanto, a jurisprudência tem aceitado, no caso do pregão, a requisição de amostras extensiva a todos os participantes para apresentação na data da sessão pública, exclusivamente quando a exigência incidir sobre poucos produtos de prateleira, de baixo custo e sem personalização, cuja apresentação não acarrete ônus excessivo à participação no certame.

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

Previsão de aplicação de sanções pela não apresentação de amostras e/ou laudos ou por desconformidade destes

É ilegal a aplicação de penalidades – multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração, declaração de inidoneidade – em razão de atraso na apresentação ou inconformidade das amostras e laudos, na fase classificatória.

“As hipóteses de aplicação de sanções administrativas previstas nas normas de regência são dirigidas, essencialmente, ao vencedor do

certame, quando da formalização do contrato, porquanto é durante a execução da avença que a Administração deverá verificar a qualidade do produto ofertado e o atendimento às especificações constantes do edital, adotando as medidas pertinentes, se necessário." (Tribunal Pleno, Sessão de 03/12/14, TC-4539.989.14-5).

18. Iluminação pública – Aspectos comuns

Relativo ao tema, de alta relevância para este Tribunal e dada a sua importância, foi autuado o processo TC-A nº 13123/026/15, em atendimento à proposta referendada pelo E. Plenário, em sessão de 19.3.2014, nos autos do processo eletrônico TC-8.989.14-7, de Exame Prévio de Edital, que objetivava a contratação de empresa especializada no ramo de engenharia para prestação de serviços de manutenção e operação do sistema de iluminação pública, envolvendo o cadastramento georreferenciado, a gestão dos serviços, bem como a ampliação e melhorias com fornecimento de materiais em conformidade com o projeto básico do edital, com fornecimento de mão de obra.

O estudo foi motivado pelas dificuldades constatadas em processos autuados em torno de objetos idênticos e de complexidade interpretativa, a provocar por parte do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo orientações básicas sobre as formas e condições para prestação dos serviços de operação e manutenção; o tipo e a modalidade mais adequada de se contratar; quais serviços podem ou não serem aglutinados no objeto de licitação; quais os pré-requisitos do procedimento licitatório (estudos, comparativos, diagnósticos, planejamento, planos municipais, projetos básico e executivo).

Editada em 09 de setembro de 2010, a Resolução nº 414 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica de forma atualizada e consolidada a serem observadas pelas distribuidoras e consumidores.

Referido ato normativo apresenta as definições dos termos usados no texto e trata, dentre outros, de aspectos relativos à classificação e à titularidade de unidades consumidoras, de prazos para ligação, das modalidades tarifárias, dos contratos, dos procedimentos para leitura e faturamento, de procedimentos irregulares e do ressarcimento por danos elétricos.

O estudo ficou circunscrito às seções relativas aos serviços de iluminação pública sob a competência e responsabilidade da Administração Pública Municipal. Ficou fora do escopo a discussão de controvérsias jurídicas sobre a Resolução

nº 414/2010 no tocante a constitucionalidade da responsabilidade pelos ativos de iluminação pública, sua manutenção e operação, muito embora há notícia de ajuizamentos de ações por parte de alguns municípios paulistas, algumas com ganho de causa aos requerentes.

Além dos pleitos judiciais, tramita no Senado Federal o Projeto de Decreto Legislativo nº 85/2015, que objetiva sustar os efeitos dos artigos 21 e 218 da referida Resolução, com fundamento no artigo 49, incisos V e XI da Constituição Federal, que atribui competência exclusiva ao Congresso para suspender atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa.

Na Câmara dos Deputados, a matéria foi apreciada e aprovada sob o Decreto Legislativo de nº 1.428/13 em 28.4.2015 e enviada ao Senado para aprovação.

Em relação à quantidade de municípios que assumiram os ativos de iluminação pública (AIP), do total de 419 (posição em 28.4.2015), esse número caiu para 251 (posição em 01.2.2016), em decorrência do crescimento de número de liminares judiciais concedidas a favor dos municípios do Estado de São Paulo, conforme informação da Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição – SRD/Serviço de Informação ao Cidadão – SIC/Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL².

Preliminarmente, para um melhor entendimento, será apresentado um glossário com os principais termos técnicos utilizados na Resolução em questão e nos demais institutos.

Glossário

I - iluminação pública: serviço público que tem por objetivo exclusivo prover claridade aos logradouros públicos, de forma periódica, contínua ou eventual;

II - ativo imobilizado em serviço: conjunto de todos os bens, instalações e direitos que, direta ou indiretamente, concorram, exclusiva e permanentemente, para manutenção das atividades da concessionária de serviço público de energia elétrica, ou exercidos com essa finalidade, inclusive os de propriedade industrial e comercial.

III - Serviços de manutenção: podem ser enumerados e descritos como inspeção de rotina em todos os pontos de iluminação; revisão das conexões e do estado geral do sistema, cada vez que nele for realizada qualquer intervenção; pronto atendimento e execução de serviços em caso de emergência dentro dos prazos previstos; atendimento a solicitações para substituição de lâmpadas

² Consulta e-Sic, de 27.6.2015, respondida em 29.6.2015

apagadas à noite ou acesas de dia, ou substituição de qualquer acessório que cause inconformidade, dentro dos prazos previstos no contrato; triagem e recuperação dos materiais retirados da rede e devolução ao Município, seguindo instruções da fiscalização, com descarte dos materiais nocivos ao meio ambiente conforme normas ambientais vigentes, obedecendo prioritariamente, no que couber, a implementação imediata da política reversa; serviço de poda de árvores para melhoria da iluminação pública em situações específicas, assim como o descarte oriundo da poda, em conformidade com as normas ambientais vigentes; substituição ou reparo nos equipamentos e acessórios com defeito, que estejam causando qualquer tipo de inconformidade no sistema de iluminação pública (lâmpadas queimadas e/ou quebradas; relés fotoelétricos com defeito; chaves magnéticas com defeito; reatores com defeito; ignitores com defeito; soquetes com defeitos; braços de luminárias em final de vida útil; luminárias ou projetores defeituosos ou em mau estado de conservação; rede de alimentação aérea ou subterrânea interrompida; fiação interna dos braços e postes; conectores, podas de árvores que interferirem diretamente na iluminação pública). Estes serviços poderão ser executados em avenidas, ruas, travessias, vielas, becos, escadarias, escadões, travessas, praças, passeios, parques, áreas de lazer, campos de futebol, faixas de pedestres, trevos, pontes, viadutos, estacionamentos públicos e áreas públicas, e monumentos históricos no Município, quando houver.

IV - Consórcio Público de Municípios: regulamentado pela Lei nº 11.107/2005, constituem-se como associações públicas ou pessoa jurídica de direito privado, cujo objetivo é a realização de metas de interesse comum dos entes federados consorciados. Para constituição da pessoa jurídica, haverá prévia subscrição de protocolo de intenções, o qual deverá ser ratificado em seguida mediante edição de lei.

V - Concorrência: modalidade licitatória, regulamentada pela Lei nº 8.666/1993, entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto, observando-se, ainda, os limites vinculantes dispostos no art. 23 da Lei de Licitações.

VI - Pregão: modalidade licitatória, disciplinada pela Lei nº 10.520/2002, para aquisição de bens e serviços comuns, considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

VII - Sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras, passível de adoção quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; quando for conveniente

a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

VIII - Carona em sistema de registro de preços: prática autorizada pelo art. 22 do Decreto nº 7892/2013, por meio da qual qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador e desde que motivadamente e devidamente comprovada a vantagem, poderá utilizar-se de ata de registro de preços feita por outro órgão ou entidade, enquanto esta ata estiver vigente.

IX - Parceria público-privada: contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada, que é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, ou na modalidade administrativa, que é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. A parceria público-privada, em ambas as modalidades, distingue-se da concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. É vedada a celebração de parceria público-privada cujo valor seja inferior a R\$ 20.000.000,00; cuja prestação de serviços seja inferior a 5 (cinco) anos; cuja contratação tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

X - Prestação direta dos serviços de manutenção preventiva e corretiva: quando ente municipal, por meio de agentes públicos de seu quadro de pessoal, assume a realização dos serviços de manutenção preventiva e corretiva.

XI - Prestação indireta dos serviços de manutenção preventiva e corretiva: o ente municipal, mantendo o poder de planejamento, direção, fiscalização e controle desses serviços, promoverá somente a terceirização da operacionalização da manutenção, modificação e ampliações que forem necessárias.

Iluminação pública e a transferência dos ativos de iluminação pública

A iluminação pública, definida como um serviço público que tem por objetivo exclusivo prover de claridade os logradouros públicos, de forma periódica, contínua

ou eventual³, sob o ponto de vista constitucional, insere-se dentre os serviços públicos de interesse local, de competência dos municípios⁴.

A Resolução nº 414/2010 da ANEEL, em seu artigo 218, ordenou que as empresas distribuidoras de eletricidade transferissem o sistema de iluminação pública, registrado como ativos imobilizados em serviços (AIS), para o patrimônio de pessoas jurídicas de direito público competentes, cujo prazo final deu-se em 31.12.2014.

Portanto, em 31 de dezembro de 2014 ocorreu o termo final para os municípios assumirem o domínio sobre os ativos de iluminação pública e a gestão de seu sistema.

Este Tribunal, por meio do Comunicado SDG nº 34/2014, de 26.11.2014, alertou as prefeituras jurisdicionadas da importância de avaliarem o estado de conservação e funcionamento de seu sistema de iluminação pública em perfeito estado de funcionamento, exigindo das concessionárias os reparos que se fizerem necessários.

Vê-se que há dificuldades no enfrentamento da situação, que vão desde questões jurídicas, relacionadas à competência da Agência Reguladora em obrigar os municípios a assumirem tais ativos por meio de Resolução; questões financeiras, ligadas aos dispêndios de novas atribuições e as questões técnico-gerenciais, que envolvem a execução dos serviços de manutenção do parque de iluminação pública.

Nestas últimas, o enfoque a seguir abordará os pontos suscitados e levados à apreciação deste Tribunal em sede de representação contra editais de licitações e as decisões proferidas.

Representações contra editais de licitações para contratação de serviços de iluminação pública

Neste particular, os pontos suscitados nas representações contra editais promovidos pelas Administrações Municipais e o tratamento neste Tribunal foram os seguintes, em síntese:

3 Inciso XXXVI do art. 2º da Resolução Aneel 414/2010.

4 "Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002).

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)".

Pontos controversos apresentados pelos particulares

- modalidade inadequada sob a forma de pregão, eis que englobam serviços de natureza intelectual como a elaboração do plano diretor de iluminação pública;
- Restritividade no certame com a conclusão do projeto de “eficientização” de iluminação pública, visto que há poucas empresas hábeis a fazê-lo;
- Impedimento de participação ou limitação de empresas em consórcio;
- Exigência de visita técnica;
- Omissão do valor estimado;
- Aglutinação indevida de serviços de manutenção, operação e ampliação do sistema de iluminação pública;
- Itens incompletos da planilha de preços comparada ao termo de referência;
- Exigência de comprovação em rede de tensão mais alta que a rede de iluminação pública;
- Omissão da especialidade do engenheiro para fins de qualificação técnica;
- Realização de serviços de execução e fiscalização pela mesma empresa;
- Prejuízo da competitividade decorrente da alta aglutinação de serviços com reflexo nos valores requeridos para fins de qualificação econômica, financeira e técnica;
- Exigência de comprovação de capital social ou patrimônio líquido mínimo e recolhimento de garantia em período superior à vigência dos créditos orçamentários;
- Subscrição inapropriada do edital pelo Presidente da Comissão de Licitações;
- Projeto básico sem especificação das necessidades de obras e serviços e requisitos técnicos para realização do certame;
- Projeto básico sem observâncias às normas brasileiras técnicas (NBR’s);
- Complexidade na apresentação dos cálculos referentes aos custos dos serviços;
- Discordância no estabelecimento do serviço de gestão da iluminação pública como parcela de maior relevância técnica e valor significativo, eis que o termo “gestão” compreende vários serviços;
- Desnecessidade de comprovação de fornecimento de materiais;
- Vedação de somatório de atestados;
- Inclusão de exigência de qualificação técnico-operacional acompanhada das certidões de acervos técnicos com comprovação de gestão do sistema de iluminação restrito a entes públicos;
- Restritividade na exigência de atestados de capacidade técnica na execução de serviços de *call center* e execução de obras de rede exclusivas de iluminação pública e sistema não compartilhado com a rede da concessionária de energia;

- Exigência de comprovação de serviços de planejamento urbanístico e iluminação artística e decorativa, operação e manutenção em estações transformadoras;
- Exigência de atestado de responsabilidade técnica e certidão de acervo técnico comprovando a execução de implantação e preservação de sistema informatizado de gestão, cadastro etiquetado e georreferenciado do parque de iluminação pública;
- Definições dos termos luminotécnico e artístico;
- Exigência de visita técnica sem especificação de forma, hora e local;
- Cumulação de exigências de garantia e comprovação de capital social;
- Autenticação de documentos;
- Qualificação técnica acerca do profissional graduado em nível superior, acompanhada da CAT, comprovando execução em serviços cujas parcelas de maior relevância são demasiadamente específicas (cabo 4, mm2, isolado, classe 4-flexível; aterramento de postes de aço, exclusivo cabo....);
- Qualificação operacional em serviços cujas parcelas de maior relevância são demasiadamente específicas;
- Exigência de registro ou inscrição dos responsáveis técnicos no CREA;
- Exigência de atividade específica para a demonstração da capacidade técnico-operacional e operacional referente à instalação de luminária tipo “LED” para iluminação pública;
- Exigência de atestado direcionada à administração, controle, manuseio e acondicionamento de materiais poluentes e sujeitos à contaminação ambiental, eis que se trata de atividade-meio, passível de subcontratação;
- Exigência de demonstração de adequabilidade do sistema informatizado de gerenciamento de redes de iluminação pública em 12 das 16 funcionalidades previstas, vez que as possíveis licitantes não são empresas de software, e que a exigência ficará a critério da Comissão de Licitação;
- Exigência de garantia de proposta em momento anterior ao da realização da sessão pública frustra o caráter competitivo do certame;
- Exigência de comprovação de regularidade fiscal referente a tributos municipais não vinculados à natureza do objeto em disputa;
- Índices de liquidez para fins de qualificação econômico-financeira em patamares elevados, sem justificativas;
- Falta de disposições que disciplinem a participação das microempresas e empresas de pequeno porte no certame;
- Previsão no edital de desclassificação de propostas por preços unitários manifestamente inexequíveis enquanto o critério de julgamento é o de menor preço global;

- Certificação de cadastramento junto à concessionária de distribuição de energia exigida a todos os participantes na fase de habilitação;
- Preferência por marcas de determinados produtos.

Decisões deste Tribunal de Contas

a) Quanto à utilização da modalidade “pregão”

O Tribunal Pleno⁵ concluiu pela inadequação do uso da modalidade pregão entendendo que o objeto transcendeu o conceito de “comum”, quando relacionados a:

- elaboração de projetos luminotécnicos;
- elaboração de projetos de efficientização do uso de energia elétrica;
- exigência de execução e aprovação junto à concessionária de projeto de instalação de iluminação pública;
- diagnóstico técnico do parque de iluminação pública;
- exigências de qualificação técnica;
- complexidade do objeto e seu expressivo vulto.

b) Quanto à participação de empresas sob a forma de consórcios

Em relação a essa possibilidade, embora seja discricionária a adoção pela Administração, este Tribunal, por entender que se trata de uma medida de eficiência que não altera o cerne do certame, tem recomendado que se reavalie o edital para que permita a participação de empresas sob a forma de consórcios ou a subcontratação do objeto, total ou parcial, previamente autorizada pela entidade contratante.

c) Rol de atividades diversificadas reunidas em um único objeto

A aglutinação de serviços diversificados, contemplando itens como o plano diretor de iluminação pública, operação de sistema de teleatendimento, softwares para a gestão dos serviços, administração de materiais e equipamentos, elaboração de orçamentos, operacionalização, manutenção e ampliação da rede, realização de obras de melhoramento e ampliação do sistema de iluminação, têm sido entendidas como atividades de naturezas distintas, a exemplo do plano de diretor de iluminação pública, da contratação de consultoria em legislação sobre iluminação pública e Auditoria de estudos técnicos/financeiros, cuja segregação foi determinada nos processos analisados, bem como a adequação do critério de julgamento, visto não se tratar de uma contratação sob o tipo “menor preço”, por possuírem

⁵ TC-1770.989.15-0 e TC-1782.989.15-6.

caráter eminentemente intelectual e ainda caracterizada pela eventualidade, situação incompatível com o escopo licitado.

A alegação de “eficientização” com fundamento na conexão dos serviços, conveniência da contratação única e economicidade na contratação de uma única empresa para a execução de todos os serviços relacionados à iluminação pública, não se sustentam em face do comando da norma do § 1º do art. 23 da Lei 8.666/93, que determina a divisão dos serviços em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, com vistas à ampliação da competitividade e o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado.

A inclusão do Plano de Desenvolvimento de Iluminação Pública no rol de itens e serviços a serem licitados para a mesma contratação, além de seu caráter intelectual, impede que os interessados formulem suas propostas, uma vez que o referido plano traçaria as diretrizes, os parâmetros técnicos de avaliação mínimos, devendo, pois, ser previamente fornecido pela Administração Pública.

De forma semelhante, também se perfila a exigência de implantação do sistema informatizado de gerenciamento de iluminação pública, principalmente quando o conjunto de atividades e funcionalidades reforçam o atributo técnico, contornos que impõem que se observe a regra do § 4º do art. 45 da Lei 8.666/93, com a adoção de licitação do tipo técnica e preço e não o menor preço.

Nesse sentido, foram as decisões proferidas pelo E. Tribunal Pleno nos TC’s 282.989.14-4, 1993.989.13-6, 2025.989.13-8, 2038.989.13-3, 2043.989.13-6.

Em sentido contrário, admitindo a aglutinação foram os TC’s 344/989/14, 1031/989/14 e 843/989/15.

d) Grau de especificidade na qualificação técnica operacional e profissional das licitantes

Sob o fundamento da igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos disposto no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal⁶, as exigências acerca da qualificação técnico-operacional e profissional das licitantes têm sido analisadas sob a

6 [...] as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...] o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

mira das Súmulas 23⁷, 24⁸ e 30⁹ deste Tribunal, portanto, imposições específicas, como a comprovação de experiência anterior em georreferenciamento de parque de iluminação pública ou experiência comprovada em lâmpadas do tipo “LED”, ou seja, exigências de demonstração de aptidão técnica em atividade específica (no caso, iluminação pública), estão fora do fator de discrimen do Administrador e constituem afronta às súmulas mencionadas e restrição indevida à ampla participação de interessados.

e) Exigência de capital social vinculado ao período de execução do ajuste

O caráter de continuidade dos serviços de operação, manutenção e gerenciamento da iluminação pública impede a exigência de comprovação do capital social ou do patrimônio líquido sobre todo o período de execução do ajuste¹⁰, devendo ser calculado, no máximo, nas situações de serviços de natureza continuada em valores correspondentes à vigência do crédito orçamentário.

Outros apontamentos nos editais

Foram decididos no sentido de regularização para que façam constar no edital:

- A eliminação de vedação de que os sócios das licitantes tenham cargo eletivo¹¹;
- A Subscrição do edital pela autoridade superior que representa a Administração¹²;
- A inserção de cláusulas que determinem a desclassificação de propostas por preços unitários inexequíveis deve ser evitada, quando o critério de

7 SÚMULA Nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

8 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.

9 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, ficando 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.

10 TC's 189.989.13-0 e 282.989.14-4.

11 TC-3867.989.13-9.

12 TC-1016.989.12-1.

juízo de menor preço global, observando o disposto no art. 43, V, da Lei 8.666/93¹³;

- A certificação junto à concessionária seja direcionada apenas ao vencedor do certame, como condição para contratação e, ainda, mediante a concessão de prazo razoável para a sua obtenção¹⁴;
- Deve haver a possibilidade de emprego de produtos ou equipamentos similares e não apenas de referida marca¹⁵
- A escolha das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo não pode resultar em exorbitâncias que resulte na exigência de comprovação de, praticamente, a totalidade do objeto;
- Os requisitos de regularidade fiscal devem observar a linha jurisprudencial desta Corte, que orienta pela exigência somente em relação aos tributos pertinentes ao ramo de atividade das empresas interessadas e ao objeto do certame, sob pena de ofensa à norma do art. 3º, §1º, I da Lei 8.666/93;
- A Administração não deve requisitar o recolhimento antecipado da garantia de maneira que permita o prévio conhecimento dos licitantes, em razão do previsto na norma do art. 31, III da Lei 8.666/93 e por comprometer o sigilo do certame;
- Termos técnicos utilizados no ato convocatório devem ser definidos, com o objetivo de facilitar a compreensão pelos interessados.

Repertório de jurisprudência – Comunicados GP nºs 02/2015 e 10/2016 (objeto: iluminação pública)

Como inestimável contribuição, divulgado por meio dos Comunicados da Presidência GP nº 02/2015 e GP 10/2016, o Tribunal de Contas do Estado relacionou, em sede de Exame Prévio de Editais do 1º e 2º semestre de 2015, os objetos licitatórios mais impugnados para servir como fonte de orientação aos jurisdicionados e aos Órgãos Técnicos da Casa, com o objetivo de aperfeiçoar o tratamento do assunto.

Na matéria de iluminação pública foram destacados os seguintes processos TC's:

- 298.989.15 e outros. Sessão de 27/05/2015. Acórdão publicado em 02/06/2015.
- 1770.989.15-0 e outro. Sessão de 29/04/2015. Acórdão publicado em 08/05/2015.
- 843.989.15 e outro. Sessão de 15/04/2015. Acórdão publicado em 23/04/2015.
- 585.989.15-5. Sessão de 11/03/2015. Acórdão publicado em 20/03/2015.
- 194.989.15-8. Sessão de 04/03/2015. Acórdão publicado em 11/03/2015.
- 1137.989.15-8 e outro. Sessão de 06/05/2015. Acórdão publicado em 13/05/2015.

13 TC-1993.989.13-6 (Afronta à Súmula 14, decidido também, neste sentido, no TC-4742/026/11).

14 TC-5507.989.15-0.

15 TC-5507.989.15-0.

- 5205.989.14-8. Sessão de 25/02/2015. Acórdão publicado em 05/03/2015.
- 864.989.15 e outros. Sessão de 08/04/2015. Acórdão publicado em 16/04/2015.
- 6007.989.14-8. Sessão de 11/02/2015. Acórdão publicado em 03/03/2015.
- 6317.989.14-3. Sessão de 11/02/2015. Acórdão publicado em 27/02/2015.
- 2037.989.15-9 e outro. Sessão de 17/06/2015. Acórdão publicado em 08/07/2015.
- 3322.989.15-3 e outros. Sessão de 08/07/2015. Acórdão publicado em 28/07/2015.
- 3318.989.15-9. Sessão de 22/07/2015. Acórdão publicado em 30/07/2015.
- 3128.989.15-9. Sessão de 05/08/2015. Acórdão publicado em 13/08/2015.
- 4118.989.15-1 e 4201.989.15-9. Sessão de 19/08/2015. Acórdão publicado em 26/08/2015.
- 5507.989.15-0. Sessão de 26/08/2015. Acórdão publicado em 11/09/2015.
- 3458.989.15-9 e 3494.989.15-5. Sessão de 26/08/2015. Acórdão publicado em 02/09/2015.
- 3658.989.15-7, 3767.989.15-5 e 3775.989.15-5. Sessão de 16/09/2015. Acórdão publicado em 24/09/2015.
- 3987.989.15-0 e 4033.989.15-3. Sessão de 30/09/2015. Acórdão publicado em 07/10/2015.
- 6682.989.15-7. Sessão de 21/10/2015. Acórdão publicado em 13/11/2015.
- 7607.989.15-9 e 7655.989.15-0. Sessão de 11/11/2015. Acórdão publicado em 14/11/2015.
- 6750.989.15-4. Sessão de 11/11/2015. Acórdão publicado em 17/11/2015.
- 6751.989.15-3. Sessão de 11/11/2015. Acórdão publicado em 17/11/2015.
- 8312.989.15-5. Sessão de 18/11/2015. Acórdão publicado em 27/11/2015.

A modalidade de parceria público-privada para a concessão de iluminação pública

Até o momento, as representações ou exames prévios de editais não foram questionados sob este tipo de modalidade de contratação de serviços de iluminação pública, todavia, para o momento, oportuno repisar os fundamentos principais desse instituto.

E nesse particular, reproduzo a tabela elaborada pela Excelentíssima Procuradora do D. Ministério Público de Contas no parecer ministerial proferido no TC 8/989/14-7, com destaque às vantagens e desvantagens da opção pela concessão administrativa na modalidade da parceria público-privada, bem como nas outras modalidades de contratação:

(Parecer do MPC – TC 8/989/14-7): TRANSIÇÃO DE DOMÍNIO E GESTÃO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

HIPÓTESES LEGAIS	CONTRATOS NA LEI 8.666/93	PPP-CONCESSÃO ADMINISTRATIVA (LEI 11.079/2004)	DELEGAÇÃO DO SERVIÇO À CONCESSIONÁRIA DISTRIBUIDORA	CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL (LEI 11.107/05)
Pontos positivos	Gestão mantida sob Responsabilidade direta do Poder Público e entrega apenas da execução a terceiros.	Prazo de duração até 35 anos, repartição de riscos e capacidade de gestão de todo o serviço, incluindo as obras de expansão e aprimoramento do sistema de iluminação pública municipal.	Segurança jurídica e manutenção do serviço sem solução de continuidade (art. 21, § 1º da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010).	Gestão associativa entre municípios permite ganho de escala no controle de custos e melhor compartilhamento de expertise.
Pontos negativos	Diversas licitações podem ser necessárias para atender à complexidade do objeto; dificuldade de formular projetos básico e executivo e, por fim, prazo de vigência curto.	Critérios legais de admissibilidade podem excluir pequenos municípios e dificuldade de elaborar projetos norteadores da PPP.	Tendência à falta de autonomia técnica do Município para entender o sistema e negociar seus custos.	Dificuldade de negociação político federativa para Instituir e manter adequadamente o consórcio público ao longo do tempo.
Modalid. licitatória	Concorrência	Concorrência	Dispensa de licitação, a depender do modelo de delegação do serviço.	Não se aplica

As parcerias público-privadas, como forma de implementação de projetos, disciplinadas pela Lei 11.079/2004 (Lei de PPP), consistem em uma espécie de concessão de serviços públicos – cujas normas gerais estão dispostas na Lei 8.987/95.

O objetivo da Lei de PPP foi a de incentivar o interesse e a participação da iniciativa privada em projetos de concessão, sobretudo aqueles que não seriam viáveis na forma da Lei 8.987/95, por não serem financeiramente executáveis com o pagamento de tarifas pelos usuários diretos dos serviços.

Para tanto, a Lei de PPP autorizou que o Poder Público se vinculasse contratualmente com o pagamento de contraprestações públicas, o que pode ser realizado

segundo dois modelos: a Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e a Concessão administrativa, que é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Nesse contexto, as inovações mais relevantes introduzidas foram: o valor mínimo de contratação – R\$ 20 milhões (art. 2º, § 4º,I); a previsão da possibilidade de prazos contratuais mais longos, podendo alcançar até 35 anos (art. 5º, inciso I); a repartição objetiva de riscos entre Poder Público e o concessionário (art. 4º, inciso VI); a previsão de um amplo rol de garantias que podem ser oferecidas à concessionária, incluindo a criação de um Fundo Garantidor com regime jurídico de direito privado e patrimônio desvinculado dos entes públicos que o constituíram (art. 8º); a remuneração vinculada ao desempenho (art. 5º, inciso VII).

Como se vê, a prestação de serviços públicos têm como pressuposto a execução de vultosos investimentos, decorrentes, sobretudo, da execução de obras e aquisição de equipamentos. O Poder Público ressarcirá esses investimentos ao longo da concessão, com a remuneração devida em razão da prestação propriamente dita dos serviços.

Todavia, além dos requisitos acima, do tempo prolongado da concessão e do valor mínimo de contratação, há também o limite de comprometimento da receita corrente líquida nos contratos de parceria público-privada, contida no art. 28¹⁶ da Lei de PPP.

Essa restrição, com base no valor mínimo de contratação de R\$ 20 milhões (anual), limitaria o universo a 48 (quarenta e oito) dos 644 (seiscentos e quarenta e quatro) municípios jurisdicionados a este Tribunal, tomando por base o percentual da receita corrente líquida – referência dezembro/2014, isto é, claro, se as despesas de caráter continuado limitassem a apenas um contrato de parceria público-privada.

Descumprido esse limite, a União fica impedida de conceder garantia ou realizar transferência voluntária ao Estado ou ao Município.

Portanto, além da restrição ora quantificada, há questões que deverão ser superadas pelos municípios que optarem por esse modelo de contratação, tais como: a edição de leis municipais de PPPs, a criação do comitê gestor, implantação de fundo garantidor. Some-se ainda a necessidade de experiência com o objeto e o modelo

16 Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012)

contratual, a identificação dos riscos a serem compartilhados entre as partes e principalmente identificar a viabilidade financeira e de ganho de eficiência decorrente da parceria estabelecida.

A título de registro, como referência comparativa, encontra-se em andamento a concorrência internacional nº 01/SES/2015¹⁷, de 23.4.2015, para parceria público-privada (PPP) na modalidade de concessão administrativa para modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da rede de iluminação pública do Município de São Paulo, precedida de audiências públicas e de consulta pública nos períodos compreendidos entre outubro a dezembro de 2014.

O prazo da concessão administrativa foi definido por 20 anos prorrogáveis, com o tipo menor valor da contraprestação mensal máxima a ser paga pelo Poder Concedente, com valor estimado contratual de R\$ 7.332.000.000,00 (sete bilhões e trezentos e trinta e dois milhões de reais), admitidas a participações de sociedades empresariais, fundos de investimentos em participações, pessoas jurídicas, brasileiras ou estrangeiras, isoladamente ou em consórcio.

Como anexos do edital, além dos tradicionais (modelos de declarações e minuta de contrato), a Prefeitura de São Paulo disponibilizou: o inventário da rede de iluminação pública com os subanexos detalhando toda a legislação de caráter municipal sobre a matéria de iluminação; o cadastro; os materiais; histórico de consumo de energia; atendimentos realizados pelo departamento de iluminação; cronograma de modernização; plano de operação da rede; demais documentos referentes aos condutores e conectores; contrato de fornecimento e relação de materiais em estoque.

Este foi o modelo adotado pela Prefeitura Municipal de São Paulo para implementar a sua gestão de IP, que atualmente encontra-se paralisada em decorrência de decisão em caráter liminar proferida pelo Eminentíssimo Conselheiro do Tribunal de Contas do Município, João Antônio, datada de 12 de junho de 2015¹⁸.

Ações pedagógicas e de acompanhamento pela fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Este Tribunal, diante da importância do tema adotou as seguintes providências no sentido de orientar os municípios jurisdicionados, bem como no âmbito de sua competência fiscalizatória.

¹⁷ <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/servicos/noticias/?p=194045>

¹⁸ http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/comunicado_15_jun_2015_1434398002.pdf

- Comunicado SDG nº 34/2014 do TCESP, alertando sobre os cuidados para assunção dos ativos de iluminação pública e cumprimento da Resolução Normativa ANEEL nº 414, de 09/09/2010, e alterações;
- Realização do Seminário “Iluminação das Cidades – regulação e Práticas Administrativas,” ministrado na Escola Paulista de Contas Públicas em 11.9.2014;
- Inserção como item do relatório de fiscalização das contas de 2014 para fins de subsídio e adoção de providências que serão verificados nas Contas de 2015, conforme Ofício SDG nº 20/2015, de 23.2.2015 enviado à Presidência;
- Inserção do tema no Ciclo de Debates com Agentes Políticos e Dirigentes Municipais de todo o Estado, por meio de 21 (vinte e um) encontros no decorrer do ano de 2015.

As orientações preparadas para difusão nos ciclos de debates abrangeram desde os conceitos principais citados na Resolução da ANEEL, os pontos controversos suscitados e decididos nos exames prévios de editais, bem como sugestões para os municípios organizarem a gestão sobre os ativos de iluminação pública consistentes em:

- Elaborar um planejamento adequado e transparente (Plano de Desenvolvimento da Iluminação Pública):

O Plano de Desenvolvimento da Iluminação Pública definirá as políticas públicas para gestão da rede de iluminação no Município.

O gerenciamento da IP envolve uma série de processos como: elaboração do projeto, construção das redes, definição dos equipamentos (lâmpadas, luminárias etc.) a serem utilizados, manutenção do sistema, atendimento ao cliente (população da cidade).

Este gerenciamento é a base para a gestão completa do negócio, com a integração do planejamento, da operação, da análise e o tratamento dos resultados.

- Criar ou reajustar a Contribuição de Iluminação Pública – CIP (Artigo 149-A da Constituição Federal, Emenda Constitucional nº 39 de 19 de dezembro de 2.002).
- Ver a gestão de energia elétrica como um elemento dentro dos processos de modernização administrativa e tributária, ou seja, deve fazer parte da filosofia de uma administração pública gerencial, pois, a medida que se gasta menos com eletricidade, contribui-se para o equilíbrio das contas públicas;
- Implementar ações específicas de gestão de energia elétrica no âmbito da prefeitura (exemplos: promover campanhas de combate ao desperdício de energia elétrica; e promover eficiência energética nos prédios públicos municipais, por meio da substituição de equipamentos elétrico/eletrônicos de baixa eficiência por similares mais eficientes);
- Acompanhar e controlar o pagamento de faturas de energia elétrica;

- Prever procedimentos administrativos e incorporar tecnologias com a finalidade de minimizar problemas que majoram as despesas com eletricidade, como as multas por atraso no pagamento da fatura de energia elétrica;
- Integração com outros municípios (consórcios municipais).

19. Súmulas de jurisprudência

As irregularidades mais recorrentes encontradas nos julgados do TCE estão incluídas no repertório de Súmulas.

Súmulas jurisprudenciais – por vezes designadas prejulgados, por outras vezes enunciados - como se sabe **são apertados extratos ou sínteses da jurisprudência unívoca, convergente, repetitiva e pacífica dos tribunais, por força dos quais se pode esperar que todos os julgamentos da Corte que as edite lhes sejam conformes**, eis que esse é o único papel de qualquer súmula de jurisprudência: poupar mal-entendidos, incertezas, quiçá ilusões, e largas doses de trabalho inútil tanto dos jurisdicionados quanto dos julgadores.

O maior papel da súmula, entretanto, **é preventivo, e nesse sentido educativo, pois que quem a conhece sabe de antemão pelo menos o que não deve fazer.**

Quanto ao caráter vinculante das súmulas: na **prática todos sabem que todas as súmulas são vinculantes da vontade dos Tribunais autores ao seu texto**. Ninguém imagine, em dado tribunal, vencer uma demanda contra texto expresso de alguma de suas súmulas, seja ela vinculante ou não.

Súmulas de jurisprudência predominante do Tribunal de Contas do Estado concernentes a licitações

SÚMULA Nº 5 - A prova de exclusividade na aquisição de material, como justificativa de dispensa de licitação, não deve se limitar a declaração da própria firma, mas demonstrada através de patentes ou atestados dos órgãos de classe.

SÚMULA Nº 9 - As aquisições de obras de arte ou de valor histórico devem ser precedidas de laudo de autenticidade e avaliação

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

SÚMULA Nº 11 - Não basta o simples tabelamento de um produto para dispensar a administração pública de adquirí-lo mediante o competente certame licitatório.

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 1993.

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

SÚMULA Nº 14 - Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno.

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

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

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 19 - Em procedimento licitatório, o prazo para apresentação das amostras deve coincidir com a data da entrega das propostas.

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 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

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.

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.

SÚMULA Nº 26 - É ilegal a exigência de recibo de recolhimento da taxa de retirada do edital, como condição para participação em procedimentos licitatórios.

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 28 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de quitação de anuidade junto a entidades de classe como condição de participação.

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

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, ficando 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.

20. O processo de exame prévio de edital

Disciplina da Lei 8.666/93 e do Regimento Interno do TCESP

Lei 8.666/93:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será 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.

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

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão **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. **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

Regimento Interno do TCESP

SEÇÃO III

Do Exame Prévio de Edital

Art. 220. Por proposta de Conselheiro, o Tribunal de Contas do Estado poderá, consoante estabelece o número 10 do parágrafo único do art. 53 deste Regimento Interno, solicitar, para os fins previstos no § 2º do art. 113 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, **cópia de editais de licitação elaborados pelos órgãos sujeitos a sua jurisdição, da esfera estadual ou municipal.**

§ 1º A proposta de iniciativa do Ministério Público, da Procuradoria da Fazenda do Estado ou aquela prevista no § 1º do art. 113 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de

junho de 1993, **será previamente distribuída a Relator, que a submeterá ao Tribunal Pleno ou a arquivará por despacho fundamentado.**

§ 2º Sob pena de indeferimento liminar pelo Presidente, o pedido deverá ser acompanhado de **prova de capacidade do representante, pessoa física ou jurídica, do instrumento de procuração se firmado por advogado, da qualificação do representante com nome e endereço, do título de eleitor como prova de cidadania, da indicação clara e precisa do edital objeto da representação ou, pelo menos, das partes relativas aos aspectos indicados na inicial, bem como da indicação da data e do horário marcado para a entrega das propostas.**

Art. 221. Aprovada a matéria pelo Tribunal Pleno, a **Presidência expedirá ofício solicitando cópia completa do edital**, incluindo projetos básicos e executivos, quando for o caso, memoriais, planilhas, minuta do contrato, parecer jurídico da aprovação do edital, e outras peças se existentes e cópia dos atos de publicidade.

Parágrafo único. **Se a data designada para recebimento das propostas não propiciar a submissão da matéria ao Tribunal Pleno**, o Relator poderá adotar as **medidas previstas neste artigo, ad referendum do Plenário.**

Art. 222. O **órgão da administração remeterá, em até 48 (quarenta e oito) horas**, contadas do recebimento do ofício mencionado no artigo anterior, as peças da licitação que lhe forem solicitadas.

Art. 223. Na apreciação da matéria será adotado o seguinte procedimento de rito sumaríssimo:

I - os documentos serão imediatamente protocolados e encaminhados ao Relator que, se assim entender, determinará a oitiva da Assessoria Técnico-Jurídica, que se manifestará sobre a legalidade e regularidade dos atos da licitação;

II - aquela Assessoria pronunciar-se-á no prazo de 72 (setenta e duas) horas, encaminhando o processo para o Ministério Público e, se for o caso para a Procuradoria da Fazenda do Estado, cujos órgãos terão até 24 (vinte e quatro) horas, cada um, para vista, devendo o processo seguir, após, para a Secretaria-Diretoria Geral que terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para sua manifestação;

III - se houver pedido de vista, proceder-se-á nos termos do art. 189 deste Regimento Interno;

IV - deliberado sobre o feito, o Presidente fará expedir ofício dando conta da decisão tomada;

V - comprovada a **revogação ou anulação da licitação**, a decisão **que declarar extinto o processo por perda do objeto deverá ser proferida singularmente, dando conhecimento ao Tribunal Pleno.**

Parágrafo único. Na hipótese de não se realizar Sessão e sendo a matéria urgente, o Relator poderá proferir decisão de mérito, submetendo-a, na primeira oportunidade, à ratificação do Tribunal Pleno.

Art. 224. Ficará sujeito às sanções previstas nos arts. 101 e 104 da Lei Complementar nº 709, de 14 de janeiro de 1993, 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.

Art. 225. O Tribunal de Contas poderá convocar o responsável pela licitação para comparecer em Sessão e prestar os esclarecimentos que lhe forem solicitados a respeito do edital objeto do exame prévio.

Art. 53. A competência do Tribunal Pleno abrange, além de outras expressas em lei e neste Regimento Interno, as matérias constantes dos arts. 2º, inciso XXV, 3º e 23 da Lei Complementar nº 709, de 14 de janeiro de 1993.

Parágrafo único. Será, também, do Tribunal Pleno a competência para:

10 - solicitar para exame editais de licitação, na forma da lei, e, se for o caso, sustar o procedimento, até final decisão do processo;

Legitimidade para representar

- Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica - Artigo 116, § 1º da Lei 8.666/93;
- Ministério Público e a Procuradoria da Fazenda do Estado - Artigo 220, § 1º do Regimento Interno.

E, independentemente de representação, o Conselheiro do Tribunal de Contas poderá requisitar o edital para exame.

Requisitos da Inicial

Artigo 220, § 2º do Regimento Interno:

- Prova de capacidade do representante, pessoa física ou jurídica;
- Instrumento de procuração, se firmado por advogado;
- Qualificação do representante com nome e endereço;
- Título de eleitor como prova de cidadania, ou certidão de regularidade emitida pela Justiça Eleitoral;
- Indicação clara e precisa do edital objeto da representação ou, pelo menos, das partes relativas aos aspectos indicados na inicial;
- Indicação da data e do horário marcado para a entrega das propostas.

Questões pertinentes ao exame sob o rito de Exame Prévio de Edital

Via de regra, são questões incidentes sobre **aspectos que restringem a ampla participação (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 / prestação de serviços.

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

Em sede de Exame Prévio de Edital, cujo procedimento é de rito sumaríssimo, o exame das insurgências ocorre, em princípio, tão somente em questões de cunho eminentemente limitativo à ampla competição, em contrariedade ao interesse público da contratação, porquanto podem impedir ou prejudicar a formulação de propostas, inviabilizando, em abstrato, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Requisitos para a concessão da liminar – “*periculum in mora*” e “*fumus boni júris*”

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 júris*” 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.

Hipóteses de recebimento da matéria para processamento como representação ordinária

O processamento da matéria como representação comum tem lugar nas hipóteses em que as questões alçadas na Inicial não constituem matéria típica de apreciação no rito sumaríssimo de exame prévio de edital. 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.

Hipóteses de arquivamento do expediente

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.

O instituto da preclusão

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

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

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

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

Importante: 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.

Esta é a jurisprudência consolidada desta Corte: TC-001593/989/13-0 (*publicado no D.O.E. de 19/07/13*), TC-000782/989/13-1 (*publicado no D.O.E. de 11/05/13*), TC-025243/026/03 (*Sessão Plenária de 15/10/03*, TC-006738/026/04 (*publicada no D.O.E. de 14/02/04*), TC-016529/026/09, (*Sessão Plenária de 13/05/09*) e TC-001201/989/13-4 (*publicado no D.O.E. de 12/06/13*).

Sob tal aspecto, segue pequeno excerto do último processado referido, “*in verbis*”:

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

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".

Rito e procedimento

Rito sumaríssimo. Disciplina: artigos 221 a 223 do Regimento Interno:

1. Aprovada a matéria pelo Tribunal Pleno, a **Presidência expedirá ofício solicitando cópia completa do edital**, e outros documentos pertinentes;
2. **Se a data designada para recebimento das propostas não propiciar a submissão da matéria ao Tribunal Pleno**, o Relator poderá deferir medida liminar de suspensão do certame e determinar o recebimento da matéria como EPE, **ad referendum do Plenário**;
3. **O órgão da administração remeterá, em até 48 (quarenta e oito) horas**, as peças da licitação que lhe forem solicitadas;
4. Oitiva da Assessoria Técnico-Jurídica, que se manifestará sobre a legalidade e regularidade dos atos da licitação, no prazo de 72 (setenta e duas) horas;
5. Remessa ao Ministério Público de Contas e, se for o caso para a Procuradoria da Fazenda do Estado, cujos órgãos terão até 24 (vinte e quatro) horas, cada um, para vista;
6. Encaminhamento do feito à Secretaria-Diretoria Geral que terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para sua manifestação;
7. Conclusão dos autos ao Relator e, após, o feito segue ao Tribunal Pleno para julgamento;
8. Deliberado sobre o feito, o Presidente fará expedir ofício dando conta da decisão tomada.

Recursos

Da decisão de mérito, do Tribunal Pleno, cabe **Pedido de Reconsideração**, com **efeito suspensivo**, no prazo de **15 (quinze) dias** contados da publicação no Diário Oficial da decisão;

Das decisões preliminares, interlocutórias e despachos proferidos no curso do processo cabe **Agravo**, que **não terá efeito suspensivo**, e será interposto no prazo de **5 (cinco) dias**;

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

Os embargos de declaração suspendem o prazo para interposição de outros recursos.

A revogação ou anulação do procedimento licitatório e a perda do objeto

Fundamento: artigo 49, caput, da Lei 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá **revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado**, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo **anulá-la por ilegalidade**, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Artigo 223, V, do regimento Interno:

Comprovada a **revogação ou anulação da licitação, a decisão que declarar extinto o processo por perda do objeto deverá ser proferida singularmente, dando conhecimento ao Tribunal Pleno**.

Sanções incidentes

Multa de até 2.000 UFESPs, nos seguintes casos:

- Ausência de remessa da documentação requisitada para exame;
- Falta de oportuna comunicação a este E. Tribunal quanto a eventual anulação ou revogação do certame licitatório após a concessão de medida liminar de suspensão do certame e/ou no curso da tramitação da representação processada no rito de exame prévio de edital;
- Não adoção das medidas corretivas que tenham sido determinadas pelo Tribunal.
- Ato praticado com infração à norma legal ou regulamentar.

PARTE II

A GESTÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

21. Introdução

Gestão de contratos

Gestão de contratos é o acompanhamento e a fiscalização, pela Administração, da execução de todos os seus contratos. A gestão do contrato é realizada por um representante da Administração, conforme exigência do artigo 67 da Lei nº 8.666/93. Este representante é denominado **gestor do contrato**.

Portanto, a gestão de contratos abrange uma série de condutas e procedimentos a serem aplicados pelo agente público e por seus representantes desde o planejamento da contratação, na seleção do fornecedor, e na fiscalização da execução contratual, que contribuem para o bom uso do dinheiro público, e para que as necessidades da Administração e da população sejam atendidas da melhor forma possível.

Finalidade da gestão de contratos

A finalidade principal da gestão de contratos é garantir que os particulares contratados pela Administração forneçam os bens ou prestem os serviços pactuados, e que tais bens e serviços sejam da melhor qualidade possível.

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

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.

Competência da gestão de contratos

A gestão de contratos está prevista no artigo 67 da Lei nº 8.666/93, a qual estão subordinados os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e

demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Portanto, todos esses órgãos públicos devem promover a gestão de seus contratos.

Em seu voto, no julgamento de recurso abrigado no TC-800181/082/03, o agente público *“tem o poder e o dever de acompanhar e fiscalizar a execução de todos os seus ajustes, sem exceção, consoante determina o artigo 67 da Lei de Regência. A finalidade da norma não é outra que não a de fazer com que o contratado execute de modo qualitativo os deveres a ele impostos. Por isso, o dispositivo deve ser interpretado em sentido estrito, pois não se trata de mera faculdade, mas sim de obrigatoriedade”*.

22. Planejamento da contratação

Elaboração do Projeto Básico

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 em um Projeto Básico. Este projeto serve, portanto, para descrever a necessidade da Administração que justifica a contratação de uma empresa ou profissional da iniciativa privada. Ao mesmo tempo, ele contém as informações sobre o objeto a ser contratado, que são utilizadas pelos setores responsáveis pela elaboração do edital e da minuta do contrato.

Além disso, as informações do Projeto Básico 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 a Administração elabore um Projeto Básico claro e detalhado, que descreva com precisão a necessidade pública que deve ser atendida e o padrão de qualidade exigido.

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

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

O artigo 6º, inciso IX, da Lei de Licitações, define o Projeto Básico e lista os elementos que ele deve conter (alíneas “a” a “f”). Em linhas gerais, o Projeto Básico deve: descrever a solução escolhida para a necessidade a ser atendida; especificar as técnicas que podem ou devem ser utilizadas; enumerar os serviços principais e acessórios a serem executados e tipos de materiais necessários; descrever as condições de execução do serviço ou da obra (organização, periodicidade, horários etc); fixar obrigações das partes, prazos, garantias contratuais, forma e condições de pagamento; conter orçamento detalhado do custo global da obra ou serviço, e outras informações relevantes para a descrição do objeto, conforme o caso.

O esquema a seguir traz um exemplo bastante simples de como poderia ser um Projeto Básico de serviço de varrição de ruas e avenidas:

Projeto básico

Objeto: Serviço de varrição de calçadas, ruas e avenidas do Município, que totalizam uma área de 70.000 m², demonstrada no mapa anexo.

Solução: Varrição de 70.000 m² de calçadas, ruas e avenidas por pessoal capaz, com utilização de vassouras ou outros equipamentos próprios, e/ou varrição com utilização de máquinas desenvolvidas para limpeza de vias públicas, operadas por funcionários devidamente capacitados.

Tipos de serviços: Além do serviço de varrição, a Contratada deverá executar os serviços de treinamento compatível com a técnica escolhida (varrição manual ou com máquinas) e transporte de todos os seus funcionários para os locais de prestação do serviço, se for o caso; serviço de destinação final de todos os resíduos varridos; aquisição, locação, manutenção e armazenamento dos equipamentos e/ou maquinário utilizado na prestação do serviço.

Obrigações da Contratada: a) recolhimento de todos os encargos fiscais, trabalhistas e previdenciários decorrentes da execução do objeto; b) fornecimento e manutenção de uniformes, equipamentos de trabalho ou maquinário, conforme o caso, aos seus funcionários, bem como fornecimento de equipamento de segurança, conforme normas vigentes de segurança do trabalho; c) manter preposto no local de prestação dos serviços para coordenar o trabalho dos funcionários.

Condições de execução do serviço: a) o serviço deverá ser prestado em dias úteis, no período diurno, e em conformidade com a carga horária permitida pela legislação trabalhista; b) a área total de 70.000 m² deve ser varrida duas vezes por semana, com intervalo mínimo de 2 dias entre a primeira varrição e a segunda; c) a Contratada deverá informar ao gestor do contrato quais áreas serão varridas em cada dia da semana, conforme cronograma abaixo: as alterações das áreas e dos dias deverão ser informadas ao gestor na semana anterior ao do início do novo cronograma.

CRONOGRAMA DE VARRIÇÃO

Área total: 70.000 m²

Segundas e Quartas-feiras: Área 1 - Ruas A, B e C e Avenidas E e F (200 m²)

Terças e Quintas-feiras: Área 2 - Ruas G, H e I e Avenidas J e K (200 m²)

Sextas e Segundas-feiras: área 3 - Ruas M, N e O e Avenida P (100 m²)

Prazo de vigência do contrato: 12 meses, prorrogáveis havendo interesse da Contratante, conforme legislação vigente.

Forma e condições de pagamento: a) O pagamento será efetuado mensalmente pela Contratante, até 10 dias após a apresentação da nota fiscal e demais documentos pela Contratada; b) O pagamento mensal corresponderá ao serviço efetivamente prestado, medido e atestado pelo gestor do contrato, cujo valor corresponderá a até

1/12 do valor global do contrato; c) O pagamento somente será efetuado mediante apresentação da nota fiscal devidamente preenchida e acompanhada dos seguintes documentos: certidões negativa, ou positivas com efeito de negativas, conforme o caso, de débitos trabalhistas, com o INSS e com o FGTS.

Garantia contratual: a) A garantia contratual corresponderá a 5% do valor total do contrato, e poderá ser prestada nas modalidades previstas pelo artigo 56 da Lei 8.666/93; b) A Contratante poderá executar a garantia contratual para pagamento de encargos trabalhistas e previdenciários não honrados pela Contratada, na forma prevista no contrato.

Fiscalização: a) O gestor do contrato nomeado pela Administração realizará no mínimo 3 visitas mensais aos locais de prestação do serviço, para avaliar, por amostragem, a execução e a qualidade dos serviços prestados; b) Todo mês o gestor do contrato verificará o preenchimento das notas fiscais e a correspondência entre os serviços prestados e os valores faturados, bem como receberá as certidões negativas de débitos trabalhistas e previdenciários, antes de atestar o recebimento do serviço nas notas fiscais.

Orçamento de varrição manual de 70.000 m²:

	VALOR MENSAL	VALOR TOTAL (12 MESES)
Empresa 1	R\$ 1.000,00	R\$ 12.000,00
Empresa 2	R\$ 2.000,00	R\$ 24.000,00
Empresa 3	R\$ 1.500,00	R\$ 18.000,00
	Média	R\$ 18.000,00

Coefficiente atual de produtividade¹⁹: 10.000 m²/funcionário/dia.

Caso a necessidade da Administração exija uma solução tecnicamente complexa, é possível terceirizar a elaboração do Projeto Básico. No entanto, a empresa ou profissional contratado para elaborá-lo não poderá participar da licitação ou da execução da respectiva obra ou serviço, nem do fornecimento de bens a eles necessários, nos termos dos incisos I e II do artigo 9º da Lei de Licitações.

Após sua elaboração, o Projeto Básico deve ser encaminhado para aprovação pelo ordenador de despesa (o Secretário, o Prefeito, o Governador ou dirigente do órgão, conforme o caso), que é a autoridade competente para determinar a contratação da obra ou serviço. É necessária a aprovação por **ato formal e motivado** da

¹⁹ O *coeficiente atual de produtividade* corresponde ao mesmo serviço prestado atualmente ao órgão, e serve de parâmetro para que os licitantes calculem seus custos e elaborem suas propostas.

autoridade competente, que deve avaliar o Projeto Básico e verificar sua adequação às exigências legais e ao interesse público (1).

O Projeto Básico deve ser disponibilizado para exame de todos os interessados em participar da licitação. Além do Projeto Básico, por força do artigo 7º, § 2º, da Lei de Licitações, as obras e os serviços somente podem ser licitados quando: II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; IV – o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

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

23. Escolha do fornecedor

Elaboração da minuta do contrato

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

Contrato administrativo é todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (2). *O termo de contrato* ou *instrumento de contrato*, comumente denominado apenas *contrato*, é o documento que contém todas as informações sobre o acordo firmado entre a Administração e o particular, organizado em cláusulas.

O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (3). Especialmente nos casos em que o instrumento de contrato

é facultativo, é importante que exista um Projeto Básico que contenha as informações necessárias à execução do objeto e à fiscalização da execução pela Administração.

No instrumento de contrato, e em todos os documentos hábeis para substituí-lo, no que couber, aplica-se o disposto no artigo 55 da Lei de Licitações (3). O artigo 55 dispõe que são cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I – o objeto e seus elementos característicos;
- II – o regime de execução ou forma de fornecimento;
- III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V – o crédito pelo qual correrão a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII – os casos de rescisão;
- IX – o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta lei;
- X – as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII – a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Observações sobre as cláusulas necessárias

Com relação à cláusula que especifica o objeto do contrato, ela deve descrever as características da obra, bem ou serviço, conforme constam no Projeto Básico. É necessário evitar descrições genéricas ou abrangentes, que não deixem claro o que exatamente está sendo contratado. Por outro lado, é vedada a especificação de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável (4).

A redação desta cláusula nos contratos cujos objetos incluam mão de obra merece especial atenção, pois o objetivo é a contratação do serviço ou da obra, e não dos funcionários que irão prestar o serviço ou trabalhar na obra. Esta diferenciação é importante

para que não fique caracterizada a contratação de pessoal, que no âmbito da Administração Pública deve submeter-se à regra constitucional do concurso público.

Desta forma, é necessário prever que constitui objeto do contrato a prestação de serviço de limpeza, de manutenção de veículos, de segurança privada, de desenvolvimento de sistemas informatizados etc., ou a construção ou reforma de prédio, pavimentação asfáltica, terraplenagem, desentupimento de tubulações etc. Deve-se evitar a previsão de *contratação de mão-de-obra, contratação de pessoal, contratação de apoio administrativo, contratação de equipe*, salvo nos casos de contratação de profissionais ou empresas de notória especialização, quando a licitação é inexigível (5).

Quanto à forma de execução, no caso de obras, a opção pelo regime de empreitada por preço unitário, quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas, pode apresentar duas vantagens: cada etapa será concluída antes do início da etapa seguinte, sendo obedecido o cronograma pré-estabelecido e facilitando a verificação dos itens de cada etapa pelo gestor do contrato; cada pagamento será efetuado após a conclusão de cada etapa, assim, só serão pagos os serviços efetivamente executados.

O preço global do contrato deve constar em cláusula, ainda que corresponda ao valor estimado da contratação, conforme orçamento constante no Projeto Básico e valor estimado constante no edital da licitação.

O reajuste do preço é efetuado mediante aplicação do índice fixado no contrato (IGPM, IPCA, INPC ou outros índices aplicáveis). Quanto à correção monetária e a periodicidade do reajuste, deve ser observada a Lei nº 10.192/91, que assim determina:

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

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

O reajuste, portanto, tem o objetivo de atualizar o valor do contrato segundo índices oficiais que refletem a inflação acumulada no período. O registro do reajuste do preço contratual pode ser feito por *apostila* ou termo de *apostilamento*²⁰. É

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

importante lembrar que, se o índice adotado for negativo, o preço deverá ser reduzido, assim como é aumentado quando o índice é positivo.

Já a revisão ou repactuação 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 (6).

Com relação ao recebimento do objeto, é importante fazer constar os dias e horários em que se dará a prestação do serviço ou o recebimento do bem ou obra de engenharia, bem como o local de execução ou entrega.

Conforme os procedimentos adotados nos setores de Almoxarifado, Compras, Secretaria ou outro setor, é interessante fazer constar os trâmites que a Contratada deverá seguir para realizar a entrega do bem.

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. Nos casos de gêneros perecíveis, como remédios e alimentos, é importante detalhar a forma de transporte, embalagem e desembalagem pela Contratada, bem como a forma de armazenamento e conservação pelo setor responsável.

A Administração é obrigada a rejeitar, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato (7). Por isso é importante a avaliação do serviço prestado, da obra ou da mercadoria adquirida antes da assinatura do recibo definitivo. O prazo legal de observação para as obras e os serviços é de até 90 dias, no entanto, a Lei de Licitações silencia quanto ao prazo de observação nos casos de compras ou locação.

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

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

Por exemplo, no caso de obra engenharia por empreitada, o Código Civil estabelece o prazo de garantia mínimo de 5 anos (8). 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 (9).

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

CLÁUSULA X - DA GARANTIA TÉCNICA

A Contratada dará garantia de todos os *serviços prestados ou equipamentos fornecidos ou partes da obra que executar*, comprometendo-se a refazer e corrigir as imperfeições técnicas apuradas, até o prazo de ____ ano (s) após o recebimento e aceite do objeto pela Contratante.

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. O texto da cláusula pode ter a seguinte redação: *a Contratada está obrigada a atender em até 48 horas o pedido de assistência técnica por parte da Contratante, e a reparar o defeito e, se necessário, substituir o equipamento, em até 72 horas a partir da primeira visita da assistência técnica.*

O descumprimento deste prazo pode ser penalizado com: aplicação de multa à Contratada por dia de atraso; autorização à Administração para efetuar o pagamento apenas de valor proporcional ao bem ou serviço fornecido ou prestado no período em conformidade com o contrato, caso o problema não seja solucionado até a data da emissão da nota fiscal.

Já a cláusula de garantia contratual pode prever que esta será executada pela Administração nos casos de inadimplemento parcial ou total do objeto, e para pagamento de encargos trabalhistas e previdenciários decorrentes da execução do objeto não honrados pela Contratada.

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.

Outra cláusula importante, aplicável principalmente nos casos de desenvolvimento, fornecimento, aluguel, manutenção e assistência técnica de sistemas informatizados ou outras tecnologias, é aquela que obriga a Contratada 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.

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

A Contratada perde o valor prestado em garantia toda vez que descumprir o pactuado com a Administração, nos termos do edital e do contrato, ou em consequência de descontos de débitos ou multas em que incidir e não recolher no prazo estipulado. Meirelles, Azevedo, Aleixo, Burle Filho ensinam 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”²¹.

A cláusula de garantia pode prever, inclusive, que esta será executada para pagamento de obrigações decorrentes do contrato não cumpridas pela Contratada, como recolhimento de encargos trabalhistas e previdenciários. Essa cláusula pode ter a seguinte redação:

CLÁUSULA X - DA GARANTIA CONTRATUAL

A Contratada apresentará, no prazo máximo de ____ dias a contar da assinatura deste instrumento, garantia contratual, na forma do artigo 56, § 1º da Lei Federal nº 8.666/93, de 5% (cinco por cento) do valor do contrato, que corresponde ao valor de R\$_____.

§ 1º A garantia será executada pela Contratante em ____ dias contados da notificação judicial ou extrajudicial à Contratada, na hipótese do não cumprimento de suas obrigações contratuais.

§ 2º A garantia assegurará, inclusive, o pagamento de obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais de qualquer natureza, não honrados pela Contratante.

Entre as responsabilidades da Contratada, é importante também fazer constar expressamente no contrato, ou documento substitutivo, o disposto nos seguintes artigos da Lei de Licitações:

21 MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Dêlcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito Administrativo Brasileiro, 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Página 230.

Artigo 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Artigo 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

No caso de danos causados a terceiros, a previsão expressa em contrato da responsabilidade da Contratada reforça o direito da Administração ao reembolso de valores que pode vir a ser condenada judicialmente a pagar a título de indenização a terceiros, por danos sofridos em decorrência da execução de obras ou serviços públicos (10).

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

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

Exemplo 1:

CLÁUSULA X - DO PAGAMENTO

Os pagamentos serão efetuados em moeda corrente do país, até o 20º (vigésimo) dia útil, contado a partir da apresentação da respectiva fatura discriminativa do serviço realizado, após a quitação de multas que tenham sido impostos à Contratada e o devido atestado pelo gestor do contrato, o Sr (a). *[nome completo e cargo]*.

PARÁGRAFO ÚNICO – No ato de pagamento, a Contratada deverá apresentar, previamente, cópias atualizadas das Certidões Negativas de Débitos – CND do INSS e do FGTS, e CNDT da Justiça do Trabalho.

Exemplo 2:

CLÁUSULA X - DO PAGAMENTO

Nenhum pagamento será efetuado à Contratada sem que esta tenha apresentado comprovação, antecipadamente, dos recolhimentos do INSS, do FGTS e demais encargos trabalhistas, acompanhada da relação nominal dos empregados alocados nos serviços e/ou obra.

Para efetivação do pagamento, a Contratada deverá apresentar Nota Fiscal/Fatura correspondente ao valor dos serviços prestados no período, devidamente atestada pelo gestor do contrato e acompanhada dos comprovantes de recolhimento dos impostos devidos.

Outra alternativa é fazer constar expressamente que a Contratada é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato (11), e incluir entre as causas de rescisão contratual o inadimplemento destas obrigações, atestado pelo gestor do contrato.

É importante também prever expressamente no contrato que a Contratada deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-la na execução do objeto (12), e para organizar e dirigir o trabalho de seus funcionários. Assim, os funcionários receberão ordens apenas do preposto, evitando-se a subordinação destes funcionários aos servidores da Contratante.

A subordinação, a pessoalidade, a habitualidade e a remuneração são características do vínculo empregatício (13), e devem ser evitadas para que a Administração não venha a responder pelo pagamento de encargos trabalhistas e previdenciários aos funcionários da Contratada.

Deve-se, portanto, evitar cláusulas como as que preveem que a Contratada fica obrigada 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 Contratante pode caracterizar a pessoalidade, pois a administração estaria impedindo que determinada pessoa executasse o objeto.

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

Essa pessoa pode mais tarde cobrar judicialmente da Administração direitos trabalhistas adquiridos no tempo em que trabalhou no órgão, principalmente quando não foram adimplidos pelas empresas de prestação dos serviços contratadas pela Administração.

O correto é que a seleção dos funcionários seja realizada pela Contratada, conforme seus procedimentos e exigências próprios, bem como que esta efetue os pagamentos de todos os salários (remuneração) e benefícios, e recolhimento de INSS e FGTS. O que a Administração pode e deve exigir é apenas a qualidade e integralidade dos serviços contratados, independentemente de quem os executa.

Todos esses cuidados na elaboração das cláusulas da minuta do contrato têm o objetivo de garantir a qualidade do objeto contratado, resguardar a Administração

de gastos adicionais ao pagamento do contrato (com indenizações civis e trabalhistas decorrentes da execução do objeto), e inibir a participação na licitação de fornecedores de produtos de má qualidade, sem a qualificação técnica adequada ou sem condições financeiras de cobrir todos os custos da execução satisfatória do objeto.

Cláusulas referentes ao gestor e à fiscalização

O contrato deve estabelecer que a execução do objeto seja acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração (gestor do contrato), além de conter cláusulas que definam como a prestação do serviço, obra ou fornecimento de bem será avaliada por este representante.

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

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

Exemplo 1:

CLÁUSULA X – Gestor do Contrato

O servidor [*nome completo e cargo que ocupa no órgão*].

CLÁUSULA XI – A verificação da execução do objeto [*serviço, obra ou fornecimento de bem*] contratado ficará a cargo do gestor do contrato, que a realizará da seguinte forma:

- a) Observando o *desempenho do serviço prestado* **ou** a *qualidade da obra* **ou** do *bem fornecido* e as eventuais irregularidades ou imperfeições;
- b) Assinando o aceite definitivo nas Notas Fiscais emitidas pela Contratada.

Exemplo 2:

CLÁUSULA X – Da Fiscalização

Fica nomeado como gestor do contrato o(a) Servidor(a) [*nome completo e cargo*], e na sua ausência o(a) Servidor(a) [*nome completo e cargo*].

Parágrafo único. No desempenho de suas atividades é assegurado ao gestor do contrato o direito de verificar a perfeita execução do presente contrato em todos os termos e condições.

Exemplo 3:

CLÁUSULA X - Da Gestão do contrato

A gestão do objeto do presente contrato será realizada pelo gestor do contrato, Sr(a) [*nome completo e cargo*] **ou** *previamente designado por portaria*, o qual será

responsável pela conferência dos valores faturados e constatação da adequação do objeto contratado às especificações constantes nas cláusulas [*números das cláusulas que descrevem a forma de execução*], pelo encaminhamento da Nota Fiscal ao setor [*denominação do setor encarregado pelo pagamento*] para que proceda ao pagamento conforme a cláusula [*número da cláusula que disciplina a forma de pagamento*].

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 contatos do órgão, e não teria condições de verificar *in loco* todas as especificações contratuais. Por exemplo, em um contrato de fornecimento de merenda escolar, a nutricionista ou merendeira, que exerce suas funções nas escolas onde os alimentos são entregues, pode prestar informações ao gestor sobre a qualidade e especificações como transporte, embalagem e prazo de validade dos produtos entregues diretamente nas escolas.

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

Exemplo 4:

Caberá aos servidores [*da Secretaria, escola, hospital, almoxarifado ou outro setor, conforme o caso*] acompanhar a *execução dos serviços* **ou** o *fornecimento dos bens* “in loco”, e informar as irregularidades verificadas mensalmente, por escrito, ao gestor do contrato, que considerará como regular e satisfatória a execução do objeto se não houver nenhuma manifestação contrária dos referidos servidores.

Imprescindíveis para a fiscalização do contrato são as cláusulas que definem o que a Administração considera serviço bem prestado, obra ou bem de qualidade satisfatória. Como o objetivo da contratação é o atendimento de uma necessidade, o gestor precisa de critérios objetivos para avaliar se a necessidade foi atendida.

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

Nos contratos de fornecimento de bens, a necessidade estará atendida, por exemplo: se o equipamento atender todas as especificações exigidas, for entregue em perfeitas

condições de uso e instalado conforme contratado; se o alimento for entregue na embalagem e temperatura corretas, e apresentar aspecto, cheiro e sabor adequado ao consumo; se o remédio entregue estiver com o prazo de validade adequado e devidamente embalado; se as canetas fornecidas forem do tipo e cor corretos e estiverem escrevendo etc.

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

Deve-se **evitar a medição por hora**, pois o tempo de permanência do prestador no local do serviço não é o objeto da contratação, e não garante que o serviço será prestado no prazo e nas condições desejados. Havendo muitos critérios ou especificações para a avaliação objetiva do cumprimento do objeto é possível que constem em um anexo ao contrato.

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. O exemplo a seguir traz cláusulas que definem o cumprimento insatisfatório dos serviços de varrição descritos no exemplo de Projeto Básico apresentado anteriormente.

CLÁUSULA X – A verificação e a confirmação da efetiva realização dos serviços contratados serão feitas pelo gestor do contrato que registrará as seguintes ocorrências:

- a) Ocorrência do tipo **A – Contratada não compareceu ao local de prestação dos serviços**: evidenciada pela ausência de funcionários da Contratada, devidamente equipada, nos locais de prestação do serviço (identificados pelos nomes das ruas e/ou avenidas nos respectivos dias da semana e horários especificados no cronograma);
- b) Ocorrência do tipo **B – Inexecução total ou parcial do serviço de varrição ou de destinação dos resíduos**: evidenciada pelos resíduos verificados nos locais especificados no cronograma (identificados pelos nomes das ruas e/ou avenidas e datas nas quais o serviço deixou de ser prestado total ou parcialmente);
- c) Ocorrência do tipo **C – Ausência de preposto da Contratada** nos locais de prestação dos serviços nos dias e/ou horários fixados no contrato.

CLÁUSULA XI – Constatado que o [*serviço, bem ou obra*] não atende às especificações estipuladas no presente contrato, ou não atende à finalidade para a qual foi contratado, o gestor do contrato comunicará a autoridade competente para que

esta oficie a Contratada, comunicando e justificando as razões da recusa do recebimento do objeto, e notificando-a para que sane as irregularidades no prazo fixado.

CLÁUSULA XII – Decorrido o prazo estipulado na notificação sem que a Contratada tenha regularizado a [*prestação do serviço ou reparo do bem ou obra*], o gestor comunicará o fato à autoridade competente para que proceda à abertura de processo de penalização da Contratada, de acordo com as cláusulas [números] e do disposto na Lei nº 8.666/93.

Além das cláusulas que definem o bom ou mau desempenho na execução do objeto, é necessário dispor expressamente:

- a) que cabe à Contratada 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 serviços (14);
- b) que a Contratada deverá corrigir, às suas expensas, todos os serviços executados em que se verificarem imperfeições, vícios ou incorreções, dentro do prazo estipulado, em cada caso, pelo contratante (15).

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

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

Elaboração do Edital

As obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados pela Administração 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 (16).

A Administração identifica sua necessidade e a solução mais adequada, elabora o Projeto Básico e a minuta do contrato, e precisa então selecionar o fornecedor capaz de executar aquela solução pelo menor preço. Por isso dizemos que a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa economicamente, dentre um grupo de fornecedores com condições técnicas de executar o contrato em todas as suas especificações e condições.

A busca pela qualidade do serviço, obra ou bem adquirido de terceiro, no entanto, não pode restringir a competitividade do certame. Por isso, nos termos do artigo 27 da Lei de Licitações, para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988²².

Os artigos 28 a 31 da Lei de Licitações disciplinam como deve ser exigida a comprovação de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, a regularidade fiscal e trabalhista.

Com relação à habilitação fiscal e trabalhista, cabe mencionar os incisos IV e V do artigo 29, que preveem a exigência de documentação que comprove: regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; e inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho (incluído pela Lei nº 12.440/11).

O edital pode prever, inclusive, que a Contratada será obrigada a fornecer, quando solicitado, cópia da folha de pagamento ou outros documentos hábeis a demonstrar tal situação regular, visto que é obrigada a manter durante a execução do contrato todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo posiciona-se em defesa da competitividade e preservação da igualdade nos procedimentos licitatórios nos termos das Súmulas transcritas no item 19.

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

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

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

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

22 Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

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.”(17).

Em sua decisão da representação abrigada no TC-2256/006/08, o Conselheiro do TCESP, Dr. Renato Martins Costa pondera:

“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.”

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.

24. O gestor do contrato

O gestor do contrato é o representante da Administração designado formalmente para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato. Este representante pode ser tanto um servidor efetivo quanto um servidor ocupante de cargo em comissão. A designação pode ser feita em cláusula do contrato ou através de portaria²³.

Em alguns órgãos públicos existem setores, departamentos ou equipes responsáveis pela gestão de todos os contratos. É comum os gestores de contratos nestes

23 “Portarias são atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários” (MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito Administrativo Brasileiro, 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 189).

órgãos verificarem notas fiscais, condições de pagamento e cumprimento de obrigações fiscais, trabalhistas e previdenciárias pela Contratada, enquanto outros servidores, geralmente denominados *fiscais*, estão presentes nos locais onde os serviços, fornecimentos de bens ou obras são executados para avaliar a qualidade e o cumprimento das especificações contratuais.

Cada órgão deve organizar e regulamentar a gestão de contatos de acordo com o pessoal disponível, o número de contratos existentes e a complexidade dos objetos contratados. A Prefeitura Municipal do Município de Suzano (SP), por exemplo, realizou concurso público para o cargo de *Gestor de Contatos*, de provimento efetivo (Concurso Público nº 01/2010)²⁴. É também cada vez mais comum a edição de manuais de gestão de contratos por órgãos públicos para regulamentar esta atividade em seu âmbito interno, como o *Manual de gestão de contratos do STJ*, aplicado em todas as unidades do Superior Tribunal de Justiça²⁵.

O que a lei exige é que pelo menos um servidor seja responsável pelo acompanhamento da execução, exercendo a função de gestor do contrato. Ele pode ser auxiliado por outros servidores ou por terceiros contratados mediante procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade de licitação, conforme o caso, quando tecnicamente justificável. Assim dispõe o artigo 67 da Lei nº 8.666/93:

Artigo 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Sendo esta função exercida por apenas um servidor, é recomendável que ele tenha formação ou conhecimento na área do objeto a ser fiscalizado. Por exemplo, o gestor do contrato de fornecimento de merenda escolar deve ser o nutricionista ou a merendeira responsável pela merenda nas escolas, o gestor do contrato de obra de engenharia deve ser engenheiro ou arquiteto, o gestor do contrato de fornecimento de medicamentos deve ser um servidor da área da Saúde etc.

O Anexo II do Edital nº 001/2010 do concurso público realizado pelas Centrais Elétricas de Rondônia – CERON²⁶, por exemplo, estabeleceu para o ocupante do cargo efetivo de Assistente/Eletricista, entre outras, a atribuição de atuar como gestor de contratos na sua área de atividades.

24 Disponível em: <http://estaticog1.globo.com/2010/12/edital1612.pdf>. Acesso em 30/08/2016.

25 MANUAL de gestão de contratos do STJ. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 232 p.

26 Disponível em: <http://www.ceron.com.br/Concursos/2010/Edital.pdf>. Acesso em 31/08/2016.

Além do conhecimento técnico, o Manual do Gestor de Contratos do Superior Tribunal de Justiça (18) 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.

Segundo o Manual de Fiscalização elaborado pela Diretoria Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, o servidor não pode se recusar a assumir a função de gestor do contrato alegando que esta não constitui atribuição de seu cargo. Isto porque “as designações advindas da Administração Pública, em decorrência de dispositivo legal, não constituem conferir a algum servidor atribuição que não estava prevista por ocasião do concurso de ingresso ao cargo”²⁷.

Neste sentido, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo dispõe que é dever do funcionário cumprir as ordens superiores, representando quando forem manifestamente ilegais (artigo 241, inciso II, da Lei Estadual nº 10.261/68; e, no âmbito federal, o regime jurídico dos servidores públicos civis dispõe que é dever do servidor cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais (artigo 116, inciso IV, da Lei nº 8.112/90).

Por analogia, o servidor municipal também não poderia recusar a função de gestor de contrato quando formalmente designado pela autoridade competente. Dadas as responsabilidades que envolvem o acompanhamento da execução contratual, no entanto, é necessário que a Administração tome medidas para informar e capacitar os servidores que designa, bem como estes servidores devem adotar condutas e tomar precauções necessárias ao bom e seguro desempenho da gestão contratual.

Capacitação do gestor do contrato

Algumas medidas poder ser tomadas pelo ordenador de despesa para que os servidores tenham condições de acompanhar e fiscalizar os contratos firmados, e

²⁷ Manual de fiscalização: orientação para a adequada gestão dos contratos. Setembro de 2004. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/diretoria_geral/Gestao_Contratos. Acesso em: 31/08/2016.

a nomeação de gestores não se limite ao cumprimento de uma formalidade e não traga benefícios reais para a Administração.

Os órgãos públicos muitas vezes têm grande volume de trabalho a ser feito 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 portaria²⁸, conforme o caso. O segundo passo é estabelecer no Projeto Básico, no contrato e no edital, os critérios e condições de atendimento satisfatório e de fiscalização do objeto. A portaria que designa o gestor do contrato também pode prever suas responsabilidades e atribuições específicas.

É interessante que o servidor que vai atuar como gestor acompanhe todas as fases da contratação, desde o planejamento e elaboração do Projeto Básico, para conhecer todos os detalhes do objeto a ser fiscalizado. Caso não tenha participado das fases de planejamento e licitação, é imprescindível que o gestor leia atentamente o Projeto Básico, o Projeto Executivo e o contrato, prestando especial atenção às cláusulas que descrevem as especificações do objeto, as condições de execução, os procedimentos de fiscalização e as penalidades aplicáveis à Contratada.

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

O roteiro ou *check list* elaborado pelo gestor do contrato pode ter o seguinte formato, adaptado do modelo sugerido no Anexo II do Manual de Fiscalização elaborado pela Diretoria Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo²⁹.

28 Esclarecem a diferença entre regulamento, instrução e portaria em MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Páginas 185-189.

29 Manual de fiscalização: orientação para a adequada gestão dos contratos. Setembro de 2004. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/diretoria_geral/Gestao_Contratos. Acesso em: 31/08/2016.

MODELO DE CHECK-LIST

CONTRATO DE: _____ (informar o objeto do contrato)		
Número do procedimento licitatório:		
Número do contrato:		
Nome da Contratada: _____ (nome e qualificação)		
Cláusulas obrigacionais:	Prazo	Atendido sim / não
1)		
2)		
3)		
4)		
5)		
6)		
7)		
8)		
9)		
10)		
11)		
12)		
13)		
	Início	Término
Prazo de vigência:		
Data-base de reajuste:		
Prorrogação:		
Garantia () SIM () NÃO Qual? _____		
	Data	Hora
Ocorrências:		
	Avaliação	
Relatório detalhado acerca das condições/qualidade dos serviços prestados (descrição e observações):	Positiva	Negativa

Sempre que possível, o ordenador de despesas pode custear a participação de seus servidores em cursos de capacitação em gestão de contratos oferecidos por órgãos públicos e empresas privadas. A qualificação dos servidores contribui para que desempenhem melhor suas funções.

Caso o servidor designado gestor do contrato não tenha conhecimentos técnicos sobre o objeto, deve informar este fato **por escrito** à autoridade que o designou, solicitando inclusive a designação de servidores da área para auxiliá-lo, ou a contratação de profissionais, conforme o caso.

Por exemplo, um auxiliar administrativo designado para fiscalizar um contrato de fornecimento de merenda escolar declara formalmente que não ter formação técnica em nutrição e que nunca atuou em cozinhas de escolas ou setores afins, e solicita o auxílio da nutricionista ou merendeira. Até mesmo um engenheiro civil pode ter dificuldade em acompanhar, sozinho, obra de grande complexidade técnica, como a construção de uma usina hidrelétrica, necessitando, conforme o caso, da contratação de profissionais ou empresa especializada neste tipo de obra.

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

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

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.

Responsabilidades do gestor do contrato

A administração e a Contratada respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Porém, a Administração e a Contratada pode processar administrativamente ou judicialmente, conforme o caso, o responsável pelos danos, se este agiu com **dolo ou culpa** (19). Segundo Meirelles, Azevedo, Aleixo e Burle Filho, “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” (20).

Desta forma, a Administração pode abrir processo administrativo, ingressar com ação civil ou penal, conforme o caso, para apurar a responsabilidade do servidor por danos causados ao erário ou a terceiros no exercício de suas funções³⁰.

Tanto na esfera administrativa quanto na civil e penal, 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 à Contratada sobre problemas constatados, este não poderá ser responsabilizado por quaisquer vícios ou imperfeições que o objeto apresente.

O gestor do contrato é responsável apenas por sua conduta, ou seja, pelo desempenho das atividades que lhe foram atribuídas na portaria de designação e no contrato.

Não pode ser responsabilizado, por exemplo, se em obra forem utilizados materiais de especificações diferentes das contratadas e, ao verificar a diferença, comunicou por escrito a Contratada e a Administração, e estas não tomaram as providências cabíveis. Também não pode ser responsabilizado se não tinha conhecimento técnico para identificar as diferenças nos materiais, e havia comunicado a Administração por escrito que não possuía tal conhecimento e que necessitava do auxílio de especialistas.

Por outro lado, o gestor pode ser responsabilizado se não tomou as providências que estivessem ao seu alcance e fossem de sua competência para garantir o fiel cumprimento das cláusulas contratuais e atingimento do objetivo da contratação, ou para interromper a execução em desconformidade com o pactuado e evitar prejuízos à Administração. Neste sentido, o Tribunal de Contas da União condenou gestores de contrato e empresa contratada solidariamente por dano ao erário, e inabilitou os servidores que atuaram como gestores, por um período de cinco anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, conforme decisão abaixo transcrita³¹.

Fiscalização de contratos: no caso de execução irregular, a ausência de providências tempestivas por parte dos responsáveis pelo acompanhamento do contrato pode levar à imputação de responsabilidade, com aplicação das sanções requeridas.

“É dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos

30 Ver artigos 245 a 250 do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado de São Paulo e artigo 121 da Lei nº 8.112/90.

31 Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/cidadao/cidadao.htm>. Acesso em 31/08/2016.

e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando de interesse da Administração, ou a rescisão da avença, nos termos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993.” Essa a conclusão a que chegou o Tribunal, ao apreciar tomada de contas especial na qual apurou potenciais prejuízos ao erário na execução do Contrato nº 40/2004, firmado entre o Ministério da Previdência Social – (MPS) e instituição privada, cujo objeto consistiu na execução de projeto de pesquisa e desenvolvimento de um sistema integrado, utilizando gestão do conhecimento com inteligência artificial, para implantação da Metodologia de Gerenciamento de Riscos da Previdência Social – (Projeto GR). Após a oitiva dos responsáveis, o relator delineou quadro fático relativo à execução do contrato eivado de diversas irregularidades, em especial, o atesto de notas fiscais referentes a produtos e serviços executados em desconformidade com as especificações contratuais, mesmo diante de notas técnicas que denotavam a inadequação dos módulos entregues, bem como permissões para que fossem feitas alterações nas especificações dos produtos e no cronograma de entregas, quando na realidade deveriam ter sido tomadas providências, por parte do MPS, no sentido de rescindir o contrato e obter o ressarcimento ao erário dos recursos despendidos sem a devida contrapartida em fornecimento de serviços adequados por parte da empresa contratada. Segundo o relator, por sua extrema importância, havia expectativa de que a contratação assumisse papel paradigmático e inovador no âmbito não só da Previdência Social, mas de toda a Administração Pública Federal. Entretanto, desde seu início, a contratação foi falha, tendo a situação se agravado ante a inação dos responsáveis, dos quais era exigida a adoção de providências concretas na fase de execução do contrato, *“com vistas à formalização de alterações, mediante termos de aditamento, que gerassem redução no montante financeiro ajustado entre as partes, ou a paralisação da execução até que fossem solucionadas todas as pendências.*” Noutro ponto, o relator entendeu ser incabível o argumento de que o contrato foi pioneiro no âmbito da administração pública, sujeito a variações naturais que não poderiam ser, à época, previstas. Para ele, tal fato não afastaria a reprovabilidade da conduta dos responsáveis, pois, na verdade, a irregularidade não estaria na estimativa de preços e nas específicas circunstâncias que podem ter permeado a fase pré-contratação, mas sim nos atos comissivos e omissivos levados a efeito durante a execução do contrato, os quais resultaram em produtos e serviços que não contemplaram tecnologias e soluções adequadas, em frontal descumprimento ao objeto

proposto e contratado. Por conseguinte, votou pela condenação, em débito, dos responsáveis envolvidos solidariamente com a instituição privada que deveria ter executado o objeto da avença. Votou, ainda, considerando de elevada gravidade as ações dos gestores, por que fossem eles inabilitados, por um período de cinco anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, no que foi acompanhado pelo Plenário. **Acórdão nº 1450/2011-Plenário, TC-021.726/2007-4, rel. Minº Augusto Nardes, 1º.06.201.**

Por fim, é necessário também que o gestor mantenha arquivadas as certidões negativas e demais documentos comprobatórios de ausência de débitos trabalhistas e previdenciários entregues pela Contratada durante a execução contratual, bem como que registre por escrito outros procedimentos que tenha adotado para fiscalizar o cumprimento de obrigações desta natureza.

Isto porque a Administração pode ser condenada a pagar encargos trabalhistas e previdenciários não pagos pela Contratada 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:

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 nº 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. (destaque nosso)*

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

Portanto, é muito importante que conste no Projeto Básico e no termo contratual o procedimento de fiscalização das obrigações trabalhistas e previdenciárias da Contratada, e que o gestor do contrato execute este procedimento e archive toda a respectiva documentação.

25. Acompanhamento e fiscalização da execução contratual

Atribuições legais do gestor do contrato

As atribuições legais dos gestores de contratos estão assim definidas no artigo 67 da Lei de Licitações:

Artigo 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

O *caput* do artigo 67 prevê o acompanhamento e fiscalização da execução do contrato, ou seja, do cumprimento de todas as suas cláusulas, pois o artigo 66 dispõe que o contrato deve ser executado fielmente pelas partes, **de acordo com as cláusulas avençadas** e as normas da Lei de Licitações. Desta forma, o gesto 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 decorrentes da execução contratual (trabalhistas, previdenciárias e garantias contratual e técnica), e penalidades.

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

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

As decisões e providências de que trata o parágrafo segundo são, por exemplo, alterações contratuais necessárias, como prorrogação de prazos ou alteração de

elementos do projeto inicial, emissão de ofícios e aplicação de penalidades à Contratada, ou até mesmo a rescisão do contrato. Ele deve solicitar estas providências **em tempo hábil** para adoção das medidas convenientes, pois uma de suas principais funções é, exatamente, garantir que defeitos, faltas ou fatores externos sejam reparados ou corrigidos antes que impeçam a execução satisfatória do objeto.

Atuação do gestor do contrato

Após ler o edital, o Projeto Básico e o contrato e elaborar seu plano de trabalho, o gestor inicia sua atuação no acompanhamento e fiscalização propriamente ditos. Primeiramente, ele deve optar pelo formato de registro de ocorrências da execução contratual que entender apropriado ao tipo de contrato e às atividades que lhe foram atribuídas na portaria de designação 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, sugere-se que as folhas sejam numeradas). A título de ilustração, reproduzimos uma adaptação dos 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 Paulo³².

TERMO DE ABERTURA

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

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

³² Manual de fiscalização: orientação para a adequada gestão dos contratos. Setembro de 2004. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/diretoria_geral/Gestao_Contratos. Acesso em: 31/08/2016.

TERMO DE ENCERRAMENTO

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

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

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

Cabe ao gestor realizar a medição e verificar a realização de obras e serviços, bem como conferir a entrega de bens adquiridos, solicitando o auxílio de outros servidores caso tenha dúvidas quanto a especificações e informações técnicas, antes de atestar o recebimento (na nota fiscal) ou assinar a medição. Deve atentar também se o prazo mencionado na fatura corresponde ao prazo de efetiva prestação do serviço.

Verificando alguma falha ou defeito em serviços, materiais empregados, obra ou bens fornecidos, o gestor deve recusar-se a atestar a nota fiscal ou medição e comunicar imediatamente a autoridade competente e a Contratada para adoção das medidas cabíveis.

O gestor do contrato deve comunicar o ordenador de despesa 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 à Contratada.

O gestor não deve, em hipótese alguma, atestar notas fiscais ou medições que estejam em desacordo com o estipulado no contrato, e deve comunicar as falhas à autoridade competente e à Contratada para adoção das medidas cabíveis. Estando corretas as notas fiscais ou medições, após atestá-las ele deve encaminhá-las ao setor ou servidor responsável pelos pagamentos.

É tarefa do gestor fiscalizar a manutenção, pela Contratada, das condições de habilitação exigida pela Lei de Licitações, edital e contrato, solicitando os documentos comprobatórios pertinentes. Em relação à fiscalização de ausência de débitos trabalhistas e previdenciários, o gestor deve:

- nos casos em que o contrato condiciona o pagamento à apresentação de certidões negativas, recolher e conferir as certidões antes de atestar notas fiscais ou medições;
- nos casos em que o contrato exige que a Contratada viabilize o acesso de seus funcionários aos sistemas do INSS e FGTS, solicitar mensalmente aos funcionários, por amostragem, que consultem seus respectivos extratos e confirme se os recolhimentos estão em ordem;
- silenciando o contrato sobre o procedimento de fiscalização, o gestor pode, a qualquer tempo, requerer da contratada as certidões negativas de débitos, com amparo nos artigos 71 e 55, inciso XIII, da Lei de Licitações.

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

Caso verifique que há necessidade de prorrogação do prazo contratual conforme hipótese prevista no artigo 57 da Lei de Licitações, o gestor do contrato deve informar esta necessidade à autoridade competente, encaminhando as justificativas para a prorrogação. Se a prorrogação não for cabível na forma da lei, o gestor deve informar a necessidade de realização de nova licitação antes do término do prazo contratual, de modo que a nova empresa Contratada comece a atuar logo após o término do contrato anterior.

Caso constate a necessidade de alterações em cláusulas contratuais, para melhor execução do objeto, atendimento do objetivo da contratação ou gestão do contrato, o gestor deve solicitar a alteração à autoridade competente, apresentando as justificativas de seu pedido. Nos casos de 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 a Contratada tem interesse que alguma cláusula do contrato seja alterada ou que o prazo seja prorrogado, esta pode apresentar as justificativas e comprovações necessárias à Administração, que deve analisar a legalidade e conveniência da alteração contratual, observado o disposto no artigo 65 da Lei de Licitações. Nestes casos, é comum que a Administração consulte o gestor do contrato sobre a necessidade da alteração.

Geralmente é o gestor que assina os termos de recebimento provisório e definitivo do objeto. Sendo assim, ele deve fazer os exames necessários e/ou testes

previstos no contrato durante o prazo de observação, solicitando auxílio de servidores ou profissionais da área sempre que não tiver conhecimento técnico para avaliar todos os aspectos do objeto.

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

a) Fiscalização de fornecimento de bens

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

São especificações de produtos eletrônicos, por exemplo: modelo, marca (identificada na proposta da Contratada), cor, potência, voltagem, dimensões aproximadas do produto, e acessórios como fios, tomadas, conectores e adaptadores necessários ao seu funcionamento e/ou exigidos pela Administração. Veículos automotivos têm especificações como cor, modelo, ano, potência do motor e opcionais descritos no contrato (ar condicionado, vidros e travas elétricas, alarme etc.).

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

Todas estas especificações devem estar bastante claras no contrato, em seu anexo e/ou no Projeto Básico ou Executivo, de modo que o gestor do contrato tenha condições de conferi-las quando recebe os bens.

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

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

Se, durante a vigência do contrato, o equipamento apresentar falhas, o gestor deve verificar o prazo de garantia técnica e comunicar imediatamente a Contratada para efetuar os reparos necessários. Caso o contrato estabeleça prazos de

atendimento da assistência técnica, o gestor deve verificar se foram cumpridos. Por exemplo, se o contrato estipular que a assistência técnica seja prestada em até 48 horas, e o problema resolvido em até 4 dias, sob pena de multa por dia de atraso.

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

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

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

b) Fiscalização de obras e serviços de engenharia

Nos contratos de serviços e obras de engenharia, o gestor dispõe de vários documentos para conhecer os detalhes do objeto: a planilha de custos unitários, o cronograma físico-financeiro, o Projeto Básico e Executivo, as plantas e o próprio contrato.

Com relação aos operários que trabalham na obra, o gestor deve verificar o cumprimento de seus direitos trabalhistas e previdenciários, e das normas de segurança no trabalho, pela Contratada. A direção e organização do trabalho, no entanto, é responsabilidade do preposto da Contratada.

Durante a execução do serviço ou obra, o gestor deve verificar o cumprimento das etapas e dos prazos pactuados e se os materiais empregados têm as especificações corretas. Deve também analisar o cumprimento das normas técnicas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas previstas no Projeto Executivo³³.

O gestor de contratos de obras de engenharia geralmente é engenheiro. Não sendo, é possível que seja auxiliado por um engenheiro, que verifica os serviços e realiza e assina as medições. Neste caso, o gestor deve conferir a correspondência entre as medições e as notas fiscais, verificando se os itens e valores nas notas correspondem aos materiais e serviços executados, e atestar o recebimento dos serviços. Como mencionado anteriormente, cada órgão deve analisar a necessidade e a possibilidade de dividir as tarefas entre o fiscal com conhecimento técnico do objeto e o gestor do contrato, sendo ambos responsáveis pelas condutas a eles atribuídas formalmente.

33 As normas da ABNT podem ser consultadas e adquiridas no site: <http://www.abnt.org.br/>.

O gestor pode registrar por fotografias as etapas da obra, para deixar documentados todos os serviços executados desde o início. Quando verificar alguma falha na obra, como desníveis e inclinações não previstas no projeto, rachaduras e buracos, vazamentos e infiltrações, descolamento de pisos etc., o gestor pode fotografá-la e atestar a data de sua constatação.

O ordenador da despesa deve ser comunicado sobre a falha, e esta comunicação deve ser acompanhada das fotografias, se houver. A Contratada deve ser notificada 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.

c) Fiscalização de prestação de serviços

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

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

- Havendo quaisquer imperfeições ou atrasos nos serviços prestados por quaisquer funcionários, o gestor deve fazer as devidas reclamações e exigir a solução dos problemas **diretamente ao preposto da Contratada**, e apenas a ele;
- Quaisquer comportamentos inadequados de funcionários 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 diretamente ao preposto da Contrata, e apenas a ele;
- Quaisquer orientações sobre a execução dos serviços que precisem ser comunicadas ou alteradas devem ser feitas diretamente ao preposto, para que este oriente os empregados da Contratada.

Nos casos em que o preposto não tomar as providências requeridas, persistindo o problema, o gestor deverá comunicar a autoridade competente para notificar a Contratada e aplicar as penalidades previstas em contratos, conforme o caso.

Quanto à aferição da quantidade e da qualidade dos serviços, é necessário que o contrato, seus anexos e o Projeto Básico contenham critérios objetivos de medição, que não podem basear-se em horas ou dias trabalhados, por exemplo, visto que o tempo de permanência dos funcionários da Contratada não significa necessariamente a boa execução do objeto.

O gestor deve observar a vinculação entre os serviços efetivamente prestados e os valores pagos. Para verificação dos serviços prestados, ele pode utilizar formulários como o sugerido abaixo, que devem ser elaborados a partir dos itens unitários listados no Projeto Básico, contrato ou planilha de custos unitários, conforme o caso.

Contrato nº					
Objeto: limpeza e manutenção predial					
Contratada:					
ITEM LIMPO:	SIM	NÃO		SIM	NÃO
Armários			Prateleiras		
Batentes			Paredes		
Filtros e/ou bebedouros			Pias		
Mesas			Torneiras		
Cadeiras			Corrimões		
Móveis em geral			Cestos de lixo		
Cortinas e/ou persianas			Tomadas		
Placas indicativas			Pisos		
Divisórias			Peitoril das janelas		
Dispensadores de papel toalha			Quadros em geral		
Dispensadores de papel higiênico			Portas		
Escadas			Extintores de incêndio		
Elevadores			Ralos		
Espelhos interruptores			Rodapés		
Espelhos tomadas			Saídas de ar condicionado		
Gabinetes (pias)			Saboneteiras		
Interruptores			Teto		
Janelas (face externa)			Telefones		
Janelas (face interna)			Ventiladores		
Luminárias (similares)			Vidros internos		
Data da verificação: ____/____/____ Horário: ____:____					
Assinatura do gestor:					
Assinatura do representante da Contratada:					

Fonte: CADTERC (adaptado).

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 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 as notas fiscais e comunicar o ordenador da despesa sobre o descumprimento das especificações contratuais, para que este adote as medidas cabíveis.

A página eletrônica do CADTERC - Cadastro de Serviços Terceirizados do Governo de São Paulo, disponível no endereço <http://www.cadterc.sp.gov.br/>, contém manuais para elaboração de editais, minutas de contrato e planilhas de valores unitários, valores referenciais, procedimentos de fiscalização e avaliação da qualidade de serviços contratados por órgãos da Administração Pública.

Os manuais do CADERTEC sugerem formas de cálculo dos valores a serem pagos à Contratada de acordo com a qualidade dos serviços efetivamente prestados. Para ser aplicado pelo gestor, este tipo de cálculo deve estar previsto no contrato. A título de exemplo, reproduzimos o formulário sugerido para a avaliação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial, e o formulário para cálculo do valor a ser pago.

	ÓTIMO	BOM	REGULAR	RUIM	NÃO SE APLICA		ÓTIMO	BOM	REGULAR	RUIM	NÃO SE APLICA
Armários						Prateleiras					
Batentes						Paredes					
Filtros e/ou bebedouros						Pias					
Mesas						Torneiras					
Cadeiras						Corrimões					
Móveis em geral						Cestos de lixo					
Cortinas e/ou persianas						Tomadas					
Placas indicativas						Pisos					
Divisórias						Peitoril das janelas					

	ÓTIMO	BOM	REGULAR	RUIM	NÃO SE APLICA		ÓTIMO	BOM	REGULAR	RUIM	NÃO SE APLICA
Dispensadores de papel toalha						Quadros em geral					
Dispensadores de papel higiênico						Portas					
Escadas						Extintores de incêndio					
Elevadores						Ralos					
Espelhos interruptores						Rodapés					
Espelhos tomadas						Saídas de ar condicionado					
Gabinets (pias)						Saboneteiras (face externa)					
Interruptores						Teto					
Janelas (face externa)						Telefones					
Janelas (face interna)						Ventiladores					
Luminárias						Vidros internos					

Fonte: CADTERC – VOLUME 3: Prestação de Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Predial.
Disponível em: <http://www.cadterc.sp.gov.br>.

Relatório de Avaliação da Qualidade dos Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Predial

Contrato número:	Unidade:	Período:	Data:
Contratada:			
Responsável pela Fiscalização:			
Gestor do Contrato:			

Quantidade de itens vistoriados = X

	Qte. (a)	Equivalência (e)	Pontos obtidos (y = a x e)
Quantidade de ótimo =		x 100 (Ótimo) =	
Quantidade de bom =		x 80 (Bom) =	
Quantidade de regular =		x 50 (Regular) =	
Quantidade de ruim =		x 30 (Ruim) =	
TOTAL			

A nota N será obtida mediante o resultado da somatória total dos pontos obtidos (Y) dividido pelo número de itens vistoriados (X).

$$\text{NOTA} = \frac{\sum y}{X}$$

RESULTADO FINAL:

Liberção total da fatura	NOTA MAIOR OU IGUAL A 90 PONTOS
Liberção de 90% da fatura	NOTA entre 70 a 89,9 PONTOS
Liberção de 80% da fatura	NOTA entre 60 a 69,9 PONTOS
Liberção de 65% da fatura	NOTA entre 50a 59,9 PONTOS
Liberção de 50% da fatura	NOTA MENOR OU IGUAL A 49,9 PONTOS

Nota:	Assinatura do Responsável pela Fiscalização:	Assinatura do Responsável da Contratada:	Assinatura do Gestor do Contrato:
--------------	--	--	-----------------------------------

CADTERC – VOLUME 3: Prestação de Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Predial.
Disponível em: [HTTP://www.cadterc.sp.gov.br](http://www.cadterc.sp.gov.br).

Portanto, além de fiscalizar o cumprimento de prazos e cronogramas, o gestor deve verificar os serviços efetivamente prestados pela Contratada. O cálculo do valor do pagamento com base no atingimento de resultados fixados no contrato com certeza é um estímulo para o bom desempenho da Contratada, além de evitar que a Administração pague por serviços mal executados.

Penalidades aplicáveis à Contratada

As penalidades aplicáveis à Contratada pela inexecução total ou parcial do objeto estão previstas nos artigos 86 e 87 da Lei de Licitações. O artigo 86 dispõe sobre a multa de mora, nos seguintes termos:

Artigo 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, **na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. (destaque nosso)**

§ 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.

Conforme 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 à Contratada 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 excutida através de processo judicial. Em qualquer caso, havendo valores devidos à Contratada em virtude da execução do contrato, o valor da multa poderá ser descontado destes, nos termos do inciso IV do artigo 80 da Lei de Licitações. (21).

A cláusula do edital e do contrato que dispõe sobre as condições de aplicação da multa de mora pode ter a seguinte redação:

Exemplo 1:

CLÁUSULA X - DA MULTA DE MORA

O atraso injustificado na execução do objeto (*fornecimento de bem, execução de obra ou serviço*) no termos do presente contrato, sujeitará a Contratada às penalidades previstas no *caput* do artigo 86 da Lei nº 8.666/93, na seguinte conformidade: multa diária de ___% até o 5º (quinto) dia e de ___% a partir do 6º (sexto) dia, do valor do item em atraso.

Parágrafo único. A multa a que alude a cláusula anterior não impede que a CONTRATANTE rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas no Edital e na Lei.

Exemplo 2:

CLÁUSULA X - DA MULTA DE MORA

O atraso injustificado na execução dos serviços contratados implica no pagamento de multa de ___% por dia de atraso - calculada **sobre o valor total do contrato**. A partir do 31º dia de atraso será considerado o abandono da *obra / serviço / fornecimento*, sendo aplicada, cumulativamente com a multa por atraso, aquela correspondente à penalidade por inexecução parcial ou total, conforme o caso.

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:

Artigo 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.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, II e IV deste artigo poderá ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo 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 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

A advertência deve ser aplicada à Contratada nos casos de inexecução parcial de obrigações de diminuta monta³⁴. 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 ter a seguinte redação:

CLÁUSULA X - A inexecução total ou parcial do objeto contratado, ou a execução em desacordo com o presente contrato, implica no pagamento de multa de 20% (vinte por cento), calculada sobre o valor total do contrato (*ou da carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço*).

Parágrafo único. A aplicação de multa, a ser determinada pela Contratante, após regular procedimento que garanta prévia defesa da Contratada, não exclui a possibilidade de aplicação de outras sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/93 e alterações.

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 (22).

34 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. Página 891.

Ao verificar a inexecução total ou parcial do objeto contratado, o gestor deve tomar as seguintes providências³⁵:

1. Registrar em formulários próprios todas as ocorrências observadas;
2. Notificar a empresa contratada acerca das falhas apontadas, concedendo prazo para manifestação da mesma;
3. Analisar as justificativas da empresa, e caso não sejam aceitas, encaminhar a documentação (registro das ocorrências, comunicação à Contratada e as justificativas desta, fotografias e demais documentos referentes à falha observada) com as devidas observações para a autoridade competente visando, se for o caso, a abertura de procedimento administrativo para aplicação de penalidade;
4. Acatando as justificativas da empresa, e conforme o caso, advertir a contratada que novas ocorrências poderão acarretar aplicação de penalidade.

Para o caso de o gestor entender aplicável determinada penalidade à Contratada, o Manual de Gestão de Contratos do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, em seu Anexo V, sugere o seguinte formulário a ser preenchido pelo gestor e encaminhado à autoridade competente:

[Nome do órgão público contratante]	SUGESTÃO PARA APLICAÇÃO DE SANÇÕES		
Advertência ()	Suspensão ()	Declaração de Inidoneidade ()	Multa ()
Justificativas para a aplicação da penalidade proposta:			
Outras sugestões ou observações:			

Atenção: encaminhar este formulário à autoridade competente, quando ocorrer(em) irregularidade(s) não solucionada(s).

Local, data.

Assinatura / Carimbo do gestor do contrato

Adaptado do Manual de Gestão de Contratos do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

35 Adaptadas de: Manual de Gestão de Contratos do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Disponível em: <http://www.tce.to.gov.br/sitetce/servicos/manuais>. Acesso em 31/08/2016.

Por fim, com relação à suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração, e à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, cabe mencionar a polêmica acerca da extensão de aplicação destas duas penalidades, sintetizada na decisão do processo TC-433/006/09, de relatoria do Conselheiro do TCESP, Dr. Edgard Camargo Rodrigues:

“A polêmica acerca do assunto se estabelece a partir da redação do mencionado inciso III do artigo 87 da norma de regência que permite seja aplicada aos contratados da Administração, que inadimplentes na execução total ou parcial dos ajustes firmados, a pena de suspensão temporária de participação em licitação, assim como o impedimento de celebração de novos ajustes.

Embora esteja patente a conduta passível de sanção, qual seja, a inexecução total ou parcial de contrato firmado com ente do Poder Público, tem gerado dúvida qual seriam os efeitos da punição aplicada, se limitados ao órgão sancionador ou extensivos a todos os órgãos públicos, gerando basicamente duas correntes distintas de pensamento.

A primeira delas defende que a limitação da pena de suspensão temporária é circunscrita ao órgão que a aplicou, notadamente porque a Lei de Licitações criou no referido inciso III uma diferenciação baseada fundamentalmente na conceituação do titular do poder de sanção, que no caso seria “Administração”, definida pelo inciso XII do artigo 6º como “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

Nessa definição, estaria afastada a ampliação do conceito, tendo em mira que o inciso IV do mesmo artigo 87 da Lei, prevê pena correlata, de impedimento de contratar, em virtude de declaração de inidoneidade, expressamente atribuindo efeito à “Administração Pública”, termo conceituado pelo inciso XI do mesmo artigo 6º da lei, como sendo “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado, sob o controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

Além dessa abordagem, no intuito de diferenciar a extensão das sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei de Licitações, a referida linha de pensamento fortalece ainda o conceito limitatório da suspensão temporária (inciso III) em comparação com a declaração de inidoneidade (inciso IV) a partir do prazo de vigência da pena, dois

anos para suspensão e 05 anos para inidoneidade, assim como a competência do agente público autorizado a aplicar cada uma das sanções, a suspensão pode ser aplicada pela autoridade do órgão contratante ao passo que a declaração de inidoneidade é competência da autoridade máxima do órgão ou entidade.

Em âmbito da atuação desta Corte é possível verificar a existência de prejudgados que prestigiam essa forma de entedimento, como é o caso dos Processos TC-18422/026/06 e TC-2288/007/03 (de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, julgados pela Segunda Câmara, respectivamente nas Sessões de 19/06/07 e 12/07/05); TC-15648/026/01 (de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho, julgado pela Primeira Câmara na Sessão de 25/09/01) e TC-4899/026/95 (de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Robson Marinho, julgado pelo Tribunal Pleno, na Sessão de 21/01/98).

Em sentido oposto, a segunda corrente de pensamento entende que não existe diferenciação quanto à extensão das sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei, basicamente pela argumentação de que não teria sentido a limitação de uma pena imposta ao contratado inadimplente, que em tese poderia vir a causar prejuízos futuros à Administração Pública como um todo, ao repetir sua conduta perante outro órgão público, diferente daquele que o apenou.

Também é possível constatar a existência de prejudgados deste Tribunal que endossam tal posicionamento, como é o caso dos Processos: TC-33745/026/04, TC-24134/026/06, TC-23677/026/06, TC-1062/008/08 e TC-1100/026/08, TC-37812/026/07, citados pela representada.

Como se observa, a questão formada acerca desses aspectos da Lei nº 8.666/93 é realmente controvertida (...)."

No caso de contratos decorrentes de licitação na modalidade Pregão, no entanto, a Lei nº 10.520/02 assim estabelece:

Artigo 7º. 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, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco)

anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”. (**destaque** nosso).

Segundo Marçal Justen Filho, a utilização da preposição “ou” indica disjunção, alternatividade, ou seja, que a punição terá efeitos apenas na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção. “Logo e considerando o enfoque mais tradicional adotado a propósito da sistemática da Lei nº 8.666, ter-se-ia de reconhecer que a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão consiste em suspensão do direito de licitar e contratar. Não é uma declaração de inidoneidade. Portanto, um sujeito punido no âmbito de um Município não teria afetada sua idoneidade para participar de licitação promovida na órbita de outro ente federal”³⁶.

Desta forma, com exceção das infrações elencadas no artigo 7º da Lei do Pregão, que ensejam a aplicação de suspensão do direito de licitar e contratar com o órgão que aplicou a sanção, nos demais casos caberá ao órgão responsável pela contratação dispor no edital e no contrato sobre o alcance da penalidade prevista no inciso III do artigo 67 da Lei de Licitações. Caberá ao Tribunal de Contas competente, então, analisar a razoabilidade e legalidade da extensão do dispositivo adotada pelo órgão fiscalizado no caso concreto.

Rescisão do contrato

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

- I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projeto ou prazos;
- II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

36 JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 2 ed. São Paulo: Dialética, p. 188.

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 à Contratada (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 da Contratada.

A Administração tem o dever de zelar pelo interesse público e, por consequência, tem o dever de rescindir contratos com fornecedores que não atendem a necessidade pública que motivou sua contratação. A simples legalidade do procedimento licitatório e do contrato não justifica a manutenção de pagamentos a um fornecedor que presta serviço com atraso, não atende os padrões de qualidade pactuados ou entrega obras inacabadas ou defeituosas.

Em casos assim, previstos nos incisos I a XII e XVIII do artigo 78 da Lei de Licitações, o contrato pode ser rescindido unilateralmente mediante autorização escrita e fundamentada da autoridade competente. A garantia contratual pode ser executada para ressarcimento da Administração e dos valores das multas e indenizações e a ela devidos; e podem ser retidos os valores devidos à Contratada, decorrentes do contrato, até o limite dos prejuízos causados à Administração, entre outras medidas (22).

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.

26. A fiscalização do TCESP

Conforme o artigo 113 da Lei de Licitações, o controle das despesas decorrentes dos contratos administrativos deve ser 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.

Ou seja, a legalidade e regularidade do procedimento licitatório e da execução contratual não são presumidas, devem ser comprovadas ao Tribunal de Contas pelo órgão responsável pela contratação. Daí a importância da formalização tanto da licitação quanto da execução contratual: o processo licitatório deve ser devidamente autuado, contendo todos os documentos obrigatórios, e todas as ocorrências da execução contratual devem ser registradas por escrito, conforme preceitua a Lei de Licitações.

Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno do órgão responsável pela contratação poderão solicitar para exame, antes da abertura das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se o órgão ou entidade da Administração interessada à adoção das medidas corretivas que, em função desse exame, lhes forem determinadas (§ 2º do artigo 13 da Lei de Licitações).

Além do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas e do controle interno do respectivo órgão da Administração Direta ou Indireta, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da Lei de Licitações (§ 1º do artigo 113 da Lei de Licitações).

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a Representação por parte de qualquer interessado e o Exame Prévio de Edital, procedimentos destinados à apuração de irregularidades em contratações administrativas, estão regulamentados nos artigos 214 e 220 a 225 da Lei Complementar nº 709 de 1993 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo). Nos processos de contas anuais também são examinadas as licitações e execuções dos contratos firmados pelas Prefeituras e demais órgãos fiscalizados pelo TCESP.

Mais importante que o controle externo, o controle interno e o controle exercido pela sociedade, sem dúvida, é o controle exercido pelo representante do órgão contratante, o gestor do contrato. Este controle não deve restringir-se à legalidade dos procedimentos adotados, mas sim eliminar os danos e prejuízos antes que ocorram e, principalmente, garantir que a necessidade pública seja atendida.

27. Referências legais e bibliográficas

- (1) JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. Página 145.

- (2) Artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.
- (3) Artigo 62 da Lei nº 8.666/93.
- (4) Artigo 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/93.
- (5) Artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.
- (6) Artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93.
- (7) Artigo 76 da Lei nº 8.666/93.
- (8) Artigo 618 da Lei nº 10.406/02.
- (9) Artigos 26 e 50 da Lei nº 8.078/90.
- (10) Artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.
- (11) Artigo 71 da Lei nº 8.666/93.
- (12) Artigo 68 da Lei nº 8.666/93.
- (13) Artigo 3º do Decreto-Lei nº 5.452/43.
- (14) MANUAL de gestão de contratos do STJ. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50.
- (15) MANUAL de gestão de contratos do STJ. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50.
- (16) Artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988.
- (17) JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010. Página 823.
- (18) MANUAL de gestão de contratos do STJ. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 26.
- (19) Artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.
- (20) MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*, 37. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Página 546.
- (21) JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010. Página 880.
- (22) Artigos 78 a 80 da Lei nº 8.666/93.

<i>formato</i>	160 x 230 cm
<i>tipologia</i>	Impact, Lucida Sans e Utopia
<i>papel miolo</i>	Offset 90 g/m ²
<i>capa</i>	Cartão Triplex 250 g/m ²
<i>número de páginas</i>	124
<i>editoração, impressão e acabamento</i>	Imprensa Oficial do Estado S/A - IMESP

A versão eletrônica deste Manual de
Orientação está na página do TCESP
www.tce.sp.gov.br

Redes Sociais

-  facebook.com/tcesp
-  youtube.com/tcespoficial
-  flickr.com/tcesp
-  twitter.com/tcesp
-  instagram.com/tcesp
-  linkedin.com/company/tcespoficial



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO ANTONIO CARLOS DOS SANTOS

TRIBUNAL PLENO DE 24/07/13

ITEM N°05

**EXAME PRÉVIO DE EDITAL
MUNICIPAL**

Processos: TC 001003.989.13-4
TC 001062.989.13-2
TC 001014.989.13-1

Representantes: VEROCHQUE Refeições Ltda. -
Nicolas Teixeira Veronezi (Sócio
Diretor)

SINDPLUS Administradora de Cartões,
Serviços de Cadastro e Cobrança
Ltda-EPP - Gilberto Franzoni
(sócio) e

TRIVALE Administração ltda. - por
Cristiane de Carvalho Salcedo
(OAB/SP 171.821-B)

Representada: Prefeitura Municipal de Americana.

Responsáveis: Diego de Nadai (Prefeito) e
Claudemir Ap. Marques Francisco
(Secretário Municipal de
Administração).

Objeto: Representações contra edital do
pregão presencial (Processo
Administrativo n° 75.004/2012),
visando à contratação de empresa
para prestação de serviços de
gerenciamento, implementação e
administração de crédito/auxílio
alimentação (cartão alimentação com
chip de segurança) aos respectivos
servidores.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Advogados : Rafael Prudente Carvalho Silva (OAB/SP 288.403), Danilo da Silva Paranhos (OAB/SP 299.594), Cristiane de Carvalho Salcedo (OAB/SP 171.821-B), Rafael Rodrigues de Oliveira (OAB/SP 263.565), Antonio Sérgio Baptista (OAB/SP 17.111) e o.

RELATÓRIO

VEROCHEQUE Refeições Ltda. (TC 1003.989.13-4), SINDPLUS Administradora de Cartões, Serviços de Cadastro e Cobrança Ltda-EPP (TC 1062.989.13-2) e TRIVALE Administração Ltda. (TC 1014.989.13-1) formulam representações contra instrumento convocatório do pregão presencial (Processo Administrativo nº 75.004/2012), lançado pela **Prefeitura Municipal de Americana**, visando à contratação de empresa para prestação de serviços de gerenciamento, implementação e administração de crédito/auxílio alimentação (cartão alimentação com chip de segurança) aos respectivos servidores.

Insurgem-se, em síntese, contra os seguintes aspectos do edital:

- VEROCHEQUE Refeições Ltda. (TC 1003.989.13-4):

1. Atestados, para fins de qualificação técnica, averbados pelos Conselhos Regionais de Nutrição e de Administração-CRA e Certidão de inscrição e comprovante de regularidade perante os mencionados órgãos (item 9, alíneas "A" e "B")¹.

¹ 9. DO CONTEÚDO DO ENVELOPE "DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO"

QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

a) Atestado(s), em nome da licitante fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, comprovando a execução de serviços de natureza semelhante ao



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Tal critério "não se coaduna com as regras jurídicas que norteiam as empresas que se dedicam a disponibilizar o cartão alimentação, e por isso, há tempos vem sendo rejeitada pelas decisões da E. Corte de Contas deste Estado."

2. *Cartão alimentação com chip de segurança contra clonagens e fraudes (Anexo IX - Termo de Referência)². " A esmagadora maioria das empresas deste ramo opera com cartão alimentação e/ou refeição através do cartão magnético com tarja, onde é fornecido um cartão para cada usuário, protegido por senha de segurança individual e intransferível, o que sempre foi suficiente em termos de segurança do sistema".*

3. *Índice de Solvência (maior ou igual a 0,50 - item 9)³. O patamar do índice eleito é*

indicado no presente edital, compatível em características quantidades e prazos do objeto da presente licitação, devidamente registrados na entidade profissional competente, no caso, o Conselho Regional de Nutricionistas e o Conselho Regional de Administração da sede da pessoa jurídica, tendo em vista a peculiaridade da contratação, que envolve atividades de nutrição e de administração.

(...)

b) Certidão de inscrição e comprovante de regularidade perante o Conselho Regional de Nutricionistas - CRN e no Conselho Regional de Administração - CRA, ambas do local da sede da empresa licitante.

² ANEXO IX – TERMO DE REFERÊNCIA

1 - OBJETO

1.1 prestação de serviços de gerenciamento, implementação e administração de crédito/auxílio alimentação (cartão alimentação com chip de segurança contra clonagens ou fraudes) aos empregados da contratante, que possibilitem a aquisição de gêneros alimentícios "in natura" através de redes de estabelecimentos, compreendendo:

³ A boa situação financeira da empresa será verificada aplicando-se as fórmulas abaixo, podendo ser apresentada em papel timbrado da licitante assinada pelo contador responsável pela empresa, identificado com nome e nº do CRC:

Quociente de Liquidez Corrente (maior ou igual a 1,00)

Quociente de Liquidez Geral (maior ou igual a 1,00)

Solvência Geral (maior ou igual a 0,50)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

restritivo por não corresponder à realidade do segmento licitado.

4. Omissão no tocante à previsão de taxa negativa ou igual a zero (item 7, subitem 7.1 do Anexo IX - Termo de Referência)⁴. " A despeito do disposto no § 3º do artigo 44 da Lei n.8.666/93, quando se trata deste tipo de contratação, a tradição é aceitar propostas cuja taxa de administração seja negativa ou igual a zero. Contudo, o órgão licitante, contrariando entendimento uníssono deste E. Tribunal de Contas deixou de consignar se aceitará taxa negativa ou igual a zero".

- SINDPLUS Administradora de Cartões, Serviços de Cadastro e Cobrança Ltda-EPP (TC 1062.989.13-2):

1. Comprovação, pelo contratado e em até 5 (cinco) dias da assinatura do pacto, de que possui rede de estabelecimentos credenciados, nos termos exigidos no edital (itens 3.1 e 3.2 do Anexo IX); "Com a devida vênua, da forma como está posto o ato convocatório, inegavelmente HÁ EXIGÊNCIA DE REDE PRÉVIA DE ESTABELECEMENTOS já que o licitante deve apresentar logo NA ASSINATURA DO CONTRATO, rede de estabelecimentos credenciados (EM UM TOTAL DE 40 ESTABELECEMENTOS) conforme estipula o item 3.2 do Anexo IX do edital, o que segundo o item 12.2 do edital deve ocorrer em 03 dias da comunicação da Prefeitura."

⁴ 7 TAXA DE ADMINISTRAÇÃO;

7.1. Será vencedor do certame licitatório a empresa que fornecer o menor percentual da Taxa de Administração, que deverá incidir sobre o valor global estimado para o custeio do objeto contratual a ser repassado para fornecimento dos créditos mensais, através de cartões alimentação e incluindo todos os custos, será de R\$ 23.000.000,00 (vinte e três milhões de reais), para um período de 12 (doze) meses.

7.2. Esse valor poderá ser revisto nos casos de alteração na política econômica e/ou de revisão no orçamento da Prefeitura Municipal de Americana.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

2. Atestados, para fins de qualificação técnica, averbados pelos Conselhos Regionais de Nutrição-CRN e de Administração-CRA e Certidão de inscrição e comprovante de regularidade perante os mencionados órgãos (item 9, alíneas "A" e "B");

- TRIVALE Administração Ltda. (TC 1014.989.13-1):

1. Patamar para o Grau de Solvência eleito (> ou = a 0,50 - item 9). *"Isto posto, requer seja retificado o índice disposto, qual seja, o endividamento total de no máximo 0,50, sob pena de grave restrição ao princípio da competitividade."* (grifei)

2. Atestados, para fins de qualificação técnica, averbados pelos Conselhos Regionais de Nutrição-CRN e de Administração-CRA e Certidão de inscrição e comprovante de regularidade perante os mencionados órgãos (item 9, alíneas "A" e "B");

Leitura do edital permitiu observar aspectos com suficiente potencial restritivo a demandar esclarecimentos, razão pela qual mediante despacho, publicado no D.O.E. de 29.05.13, transmitido ao Chefe do Executivo de Americana, Sr. Diego de Nadai, processou-se a matéria como Exame Prévio de Edital, oportunidade em que se determinou a suspensão do certame, fixando-lhe prazo de 48 (quarenta e oito) horas para encaminhamento de justificativas.

Procedimento referendado pelo Egrégio Plenário em Sessão de 05.06.2013.

Em resposta, a Administração defende a exigência de cartão de benefício com "chip" na busca, junto ao mercado, de tecnologia mais segura.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Assinala não haver impedimento ao oferecimento de taxas de administração zero ou negativas por eventual competidor, porque voltada a Administração à busca da proposta mais vantajosa ao interesse público.

Defende critérios de capacitação técnica; de credenciamento de número mínimo de estabelecimentos e índices econômico-financeiros eleitos.

Assessoria Técnica e respectiva **Chefia** posicionam-se pela procedência das três Representações.

Ministério Público, por sua vez, é pela procedência total das iniciais formuladas pela VEROCHQUE e SINDPLUS e parcial daquela intentada pela TRIVALE. A respeito, consigna o *parquet*: "*Por fim, ressalta-se que, compulsando o instrumento convocatório, não identificamos a exigência de grau de endividamento menor ou igual a 0,50, nos termos apontados por TRIVALE ADMINISTRACAO LTDA., razão pela qual PROCEDE APENAS PARCIALMENTE a sua representação.*"

É O RELATÓRIO.

GC ECR
CPB



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

TC-001003.989.13-4

TC-001062.989.13-2

TC-001014.989.13-1

VOTO

Trata-se de venda de cartões-alimentação de sorte que a exigência de registro e/ou inscrição no Conselho Regional de Nutrição, acompanhada de prova de quitação de anuidade, mostra-se desarrazoada e impertinente.

Nesse sentido, manifestação do Eminentíssimo Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo nos autos do TC 23.989.12-0:

"Ainda que o comando do art. 30, inciso I, da Lei n. 8.666/93 autorize a exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente, não aproveita para o caso concreto. É que, nesta oportunidade, se pretende contratar serviços de administração, gerenciamento e fornecimento de cartões eletrônicos/vale alimentação, não havendo razão para que as licitantes sujeitem-se ao registro junto ao CONSELHO REGIONAL DE NUTRIÇÃO.

(...)

Mesma sorte há de ter a exigência de prova de quitação junto à entidade competente, como condição de participação ou habilitação no certame, haja vista não haver autorização legal para tanto. Tal entendimento, reiterado, resultou na edição da Súmula 28, segundo a qual "Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de quitação de anuidade junto a entidades de classe como condição de participação".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Tampouco se afigura pertinente a exigência de inscrição no Conselho Regional de Administração - CRA até porque não fez prova o Executivo de Americana de que o exercício das atividades inerentes ao objeto licitado sofra ingerência e/ou fiscalização do mencionado conselho profissional.

No que diz respeito à exigência de cartão magnético com chip de segurança contra clonagens e fraudes, a míngua de justificativas técnicas hábeis em alicerçar o requisito e demonstrar viabilidade de disputa de mercado, com Assessoria Técnica e Ministério Público igualmente reputo-a restritiva, na medida em que existem no mercado empresas que trabalham com tarja magnética e senha, tecnologia utilizada ainda por grande número de estabelecimentos.

No tocante ao alegado "Grau de **Endividamento** (GE)", em patamar **menor** ou igual a 0,50, como faz crer a impugnante TRIVALE, com o Ministério Público igualmente não o encontrei no texto convocatório que, a bem da verdade, menciona "Índice de **Solvência** Geral (GS)" **maior** ou igual a 0,50. Ambos não se confundem⁵.

Solvência, grosso modo, é o índice que reflete a capacidade da empresa de cumprir os compromissos com os recursos que constituem seu patrimônio. O Índice de Endividamento, por sua vez, representa o quanto de capital de terceiros existe para cada centavo aplicado no Ativo Total da empresa, de sorte que, seja qual for a natureza do objeto posto em disputa, esta Corte vem adotando como razoáveis índices econômico-financeiros nos

$$^5 \text{ SOLVÊNCIA GERAL} = \frac{\text{ATIVO TOTAL}}{\text{PASSIVO CIRCULANTE} + \text{EXIGÍVEL A LONGO PRAZO}}$$

$$\text{ENDIVIDAMENTO TOTAL} = \frac{\text{PASSIVO CIRCULANTE} + \text{EXIGÍVEL A LONGO PRAZO}}{\text{ATIVO TOTAL}}$$



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

seguintes patamares: ÍNDICE DE LIQUIDEZ e SOLVÊNCIA GERAL entre 1,0 e 1,5 e de ENDIVIDAMENTO GERAL entre 0,30 e 0,50 (TC's 25551-026-10; 29453-026-10; 37962/026/07; 3176/026/09; 2803/003/08, entre outros).⁶

Daí porque a adoção, neste caso, de Índice de Solvência em patamar > ou = a 0,50, se por um lado afigura-se mais favorável ao comparecimento de número maior de empresas à disputa, por outro coloca em risco o próprio negócio que pode não ser efetivamente executado, com sério prejuízo ao erário e ao interesse público.

Nessa circunstância, afigura-se procedente a Representação formulada pela VEROCHQUE quando aponta utilização, pelo Executivo de Americana, de Índice de Solvência Geral em desacordo com os patamares usualmente adotados, que deverão ser revistos, recomendando-se, por oportuno, à Administração consigne, no edital, as fórmulas utilizadas para cálculo dos índices eleitos, de modo a deixar claras suas respectivas naturezas.

No tocante à taxa zero ou negativa, a mera afirmação da Administração de que não haveria impedimento expresso à sua utilização, não se sustenta.

Apresentação de propostas contendo taxa de administração zero ou negativa, em licitações da espécie é matéria conhecida deste E. Plenário, que reconheceu lícitas as livres disputas por meio de ofertas focadas na viabilidade comercial de reduções de taxas de administração, para até mesmo negativa,

⁶ Com relação ao índice de solvência esta Corte já se pronunciou favoravelmente à adoção do patamar maior ou igual a 1,0 (TC 544.989-13-0, da Relatoria do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho), porque imprescindível à demonstração da boa situação financeira da empresa, "sendo certo que quanto maior o mencionado resultado, melhor será a performance da empresa."



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

hipótese, em certa medida, comum nesse segmento, conforme ilustram julgados da Casa⁷.

Entretanto, para fins de elaboração das propostas, em observância aos princípios da ampla competição, isonomia e economicidade, deve o texto convocatório ser claro e preciso no tocante a tais aspectos, de sorte que o item 7 do Anexo IX do Edital e demais dispositivos com ele relacionados comportam revisão, cabendo à Origem observar, quando da elaboração do novo termo editalício, o adequado critério de julgamento para contratações da espécie, atentando para a possibilidade de se admitir taxa administrativa igual ou inferior a zero.

Com relação à rede de estabelecimentos, jurisprudência recente da Corte sedimenta-se no sentido de obstar sua exigência na fase habilitatória do certame, bastando declaração de disponibilidade ou de que o proponente apresentará dito documento em momento oportuno, impondo-se a definição dos estabelecimentos credenciados apenas ao proponente vencedor⁸.

⁷ TC-001858-006-06, Pleno, 04/10/06, Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Relator; TC-001219-006-07, Pleno, sessão de 25/07/07, Conselheiro Claudio Ferraz de Alvarenga, Relator; TC-002013-006-07 e TC-034354-026-07, Pleno, 24/10/07, Substituto de Conselheiro Pedro Arnaldo Fornacialli, Relator; TC-001856-006-08, Pleno, sessão de 22/10/08, Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale, Relatora; TC-003011-026-08, Pleno, 20/02/08, Conselheiro Claudio Ferraz de Alvarenga, Relator; TC-019022-026-08, Segunda Câmara, sessão de 13/02/12, Conselheiro Robson Marinho, Relator; TC-000518-006-09 e TC-000525-006-09, Pleno, sessão de 29/04/09, Conselheiro Robson Marinho, Relator; TC-000733-006-09, Pleno, sessão de 03/06/09, Conselheiro Fulvio Julião Biazzi, Relator; TC-14695-026-10, Pleno, sessão de 26/05/10, Conselheiro Claudio Ferraz de Alvarenga, Relator; TC-001279-006-11, Pleno, sessão de 19/10/11, Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho, Relator.

⁸ Nesse sentido o TC-2128/006/09 (23/12/2009), sob a relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa: “*Por fim, deve ser corrigida a exigência de relação de estabelecimentos credenciados, como condição de habilitação (item 5.2.11.d), a fim de que tal condição seja submetida apenas à licitante vencedora, como requisito de assinatura do instrumento*”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Em que pese o texto convocatório determine deva a licitante vencedora apresentar sua rede credenciada em até 5 dias corridos da assinatura do contrato (os itens 3.1 e 3.2 do Anexo IX), o que segundo o item 12.2 do edital deverá ocorrer em 03 dias após a convocação⁹, a Administração extrapola os limites do razoável ao estipular prazo exíguo para apresentação do rol de estabelecimentos tudo a indicar, por via indireta, o prévio credenciamento de rede eleita para o atendimento do objeto contratual, em flagrante infringência à ampla competição.

Com efeito, o E. Plenário na apreciação prévia de editais da espécie tem declarado a insuficiência do prazo de 5 (cinco) dias para o credenciamento de estabelecimentos comerciais, a exemplo das decisões prolatadas nos processos 706.989.13-4¹⁰, 1293.989.12-53, 854.989.12-64 e 1098.989.12-25.

Impõe-se, portanto, revisão das cláusulas mencionadas, a fim de se estabelecer "um justo equilíbrio entre as demandas da Administração e a necessidade de se resguardar a plena

⁹ 12.2. O LICITANTE VENCEDOR terá o prazo de 3 (três) dias úteis, contado a partir da convocação, para assinar o Contrato, quando deverá comparecer à Prefeitura Municipal de Americana. Este prazo poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pelo PROPONENTE VENCEDOR durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado, aceito pela Prefeitura, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei 8.666/93.

¹⁰ Por oportuno mencione-se trecho do voto da lavra do Eminentíssimo Conselheiro Robson Marinho: " Como já fora por mim consignado na decisão dos processos 00001371.989.12-0 e 00001395.989.12-31, não basta deslocar a obrigação de apresentar a rede credenciada para o vencedor da disputa, por ser "necessário estabelecer um prazo que se mostre razoável à sua consecução, a ponto de permitir a participação daquelas empresas que não possuam a rede credenciada exigida antes da finalização do procedimento licitatório. Isto porque o credenciamento requer um espaço de tempo razoável, tendo em vista que envolve tanto a vontade das partes (administradora do cartão e o estabelecimento comercial), como também as providências de ordem burocrática necessárias à sua realização".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

*competitividade e a isonomia, nos termos do art. 3º, "caput", da Lei Geral de Licitações."*¹¹

Do exposto, permito-me acompanhar o Ministério Público para o fim de propor a **PROCEDÊNCIA** das Representações intentadas por VEROCHQUE Refeições Ltda. e SINDPLUS Administradora de Cartões, Serviços de Cadastro e Cobrança Ltda.-EPP e **PROCEDÊNCIA PARCIAL** daquela formulada pela TRIVALE Administração Ltda., e determinar à Prefeitura Municipal de Americana correção do edital do pregão presencial (Processo Administrativo nº 75.004/2012), conformando-o aos termos consignados neste voto.

Outrossim, recomendo-lhe reavalie as demais disposições do edital, notadamente as que guardem relação com as questões ora agitadas, com a consequente publicação de novo texto, observado o quanto disposto no § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93¹².

GC ECR
CPB

¹¹ Pleno, sessão de 22.05.2013. TC 706.989.13-4. Rel. Eminentíssimo Conselheiro Robson Marinho.

¹² § 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Tribunal Pleno - **SEÇÃO MUNICIPAL**

Sessão: **29/9/2010**

Exame Prévio de Edital - Julgamento

M002 TC-031399/026/10

Interessada: Fundação Indaiatubana de Educação e Cultura - FIEC

Assunto: Edital do pregão nº 6/10, objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, em virtude de representação deduzida por Planinvesti Administração e Serviços Ltda.

Relatório

Em exame, representação formulada pela empresa Planinvesti Administração e Serviços Ltda. contra o edital do pregão presencial nº 006/10, instaurado pela Fundação Indaiatubana de Educação e Cultura - FIEC, visando à contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação.

Em síntese, a Representante insurgiu-se contra o índice de endividamento atribuído (IE) - inferior ou igual a 0,60 -, por ser inatingível por quase a totalidade das empresas que atuam no ramo, devido às suas peculiaridades.

Neste sentido, acrescentou que as empresas do setor recebem dos tomadores o valor dos créditos utilizados pelos usuários para reembolso dos estabelecimentos credenciados, podendo ocorrer certo descompasso no fluxo de caixa entre os recebimentos e os pagamentos - circunstância que obriga as empresas prestadoras a se socorrerem de empréstimos bancários para quitar os débitos gerados pelos usuários do sistema.

Com base nestes dados, requereu a alteração do IE a um patamar que corresponda à realidade da maioria das empresas que atuam no segmento (menor ou igual a 1,00 ou, no máximo, menor ou igual a 0,80).

Considerando a plausibilidade dos argumentos contidos na peça vestibular - especialmente o demonstrativo que sinaliza o cumprimento da exigência editalícia apenas por uma dentre as empresas do setor -, determinei a suspensão do certame e o oficiamento à Origem para que encaminhasse a esta Corte cópia do edital, para o exame previsto no § 2º do art. 113 da Lei Federal nº 8.666/93, bem como da publicação do ato que suspendeu a licitação, além das justificativas pertinentes.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Em resposta, a Fundação de Indaiatuba apresentou cópia do texto convocatório e da publicação do aviso de suspensão do certame, além de seus esclarecimentos.

Sinteticamente, alegou que as empresas não podem se eximir das exigências de qualificação econômica, diante do princípio da vinculação ao edital.

Acrescentou que a Fundação apenas estabelece o índice dentro dos limites legais e aceitos por este Tribunal, não ocorrendo qualquer restrição ao certame.

Ainda quanto a este ponto, suscitou que a licitante deve preencher requisitos mínimos para se habilitar, sendo que as exigências editalícias decorrem do princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos.

Também asseverou que os índices se afiguram como mais uma forma de precaução da Administração, a fim de precisar a real capacidade da execução do objeto pela futura contratada.

Por fim, trouxe à baila vários julgados deste Tribunal aceitando a exigência, inclusive citando que o índice eleito encontra-se mais favorável do que aqueles aceitos por esta Casa.

Assessoria da ATJ destacou, em seu bem elaborado parecer, que de treze empresas do setor, sete não atenderiam o item editalício - inclusive empresas com significativa representatividade.

Salientou, ainda, que em determinado caso concreto cujo índice de endividamento exigido era menor ou igual a 0,50, houve o comparecimento de apenas uma proponente, denotando a restritividade imposta pela exigência.

Concluiu, assim, pela procedência da representação, sugerindo uma flexibilização do IE entre 0,80 e 1,00.

Por seu turno, SDG também opinou pela procedência do pedido.

É o relatório.

fnp



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Voto

TC-031399/026/10

Em preliminar, peço referendo à decisão monocrática em anexo¹, pela qual requisitei cópia do edital e determinei a suspensão do certame.

Se aceita a proposta, passo a apreciar o mérito.

¹ Expediente: TC-31399/026/10

Interessada: Planinvesti Administração e Serviços Ltda.

Assunto: Representação formulada contra o edital do pregão presencial nº 006/10, instaurado pela Fundação Indaiatubana de Educação e Cultura - FIEC, visando à contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento de Vale Alimentação.

Em conformidade com o artigo 113, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, a empresa Planinvesti Administração e Serviços Ltda. representou perante este Tribunal, alegando vícios no referido instrumento convocatório.

A sessão pública está prevista para o dia 2/9/2010.

Em síntese, a representante insurgiu-se contra o índice de endividamento atribuído - inferior ou igual a 0,60 -, por ser inatingível por quase a totalidade das empresas que atuam no ramo, devido às suas peculiaridades.

Neste sentido, acrescentou que as empresas do setor recebem dos tomadores o valor dos créditos utilizados pelos usuários para reembolso dos estabelecimentos credenciados, podendo ocorrer certo descompasso no fluxo de caixa entre os recebimentos e os pagamentos - circunstância que obriga as empresas prestadoras a se socorrerem de empréstimos bancários para quitar os débitos gerados pelos usuários do sistema.

Embasou suas alegações em demonstrativo de algumas empresas do ramo, sendo que apenas uma delas atingiria o patamar exigido, bem como em precedentes desta Corte.

Por fim, requereu a suspensão do procedimento licitatório, bem como a retificação do edital.

O pedido que ora se aprecia veio instruído com a documentação arrolada no § 2º do artigo 218 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

Decido.

Não desconheço que o índice de endividamento eleito pela Administração encontra-se até mais favorável que aqueles usualmente aceitos por esta Casa.

No entanto, os dados levantados pela Representante - especialmente o demonstrativo que sinaliza o cumprimento da exigência por apenas uma dentre várias empresas do setor -, denota um aspecto restritivo que deve ser combatido.

Aliás, lembro que a matéria tem sido, atualmente, motivo de apreensão desta Corte, conforme as discussões promovidas na última Sessão Plenária, em que o Eminentíssimo Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues questionou exigência semelhante, em sede de Exame Prévio, justamente por alijar da disputa uma das maiores empresas do ramo, conforme constou do autos do TC-023233/026/10, TC-023440/026/10, TC-023595/026/10 e TC-024112/026/10 - preocupação que também manifestei naquela oportunidade.

À vista, pois, de possível prejuízo à competitividade e violação a direito, cuja reparação pode se tornar difícil, recebo a matéria como **Exame Prévio de Edital**, determino a suspensão do certame e oficiamento à Origem para que encaminhe a esta Corte, em prazo não superior a 48(quarenta e oito) horas, conforme previsto no artigo 220 do Regimento Interno, cópia do edital impugnado para o exame previsto no § 2º do artigo 113 da Lei Federal nº 8.666/93, bem como da publicação do ato que suspendeu a licitação, além das justificativas que entender pertinentes, devendo os responsáveis, inclusive, absterem-se da prática de quaisquer atos relacionados ao presente certame, até deliberação final a ser emanada do E. Plenário.

Publique-se.

Ao Cartório para as devidas providências.

GC, 1º de setembro de 2010

ROBSON MARINHO - Conselheiro



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

A questão inerente à fixação dos índices tem sido tema recorrente neste Tribunal, sobretudo em função dos patamares fixados, ainda que estejam dentre aqueles normalmente aceitos pela jurisprudência deste Tribunal.

Com efeito, assim como já frisei em outras oportunidades, inclusive na última sessão Plenária, ao apreciar matéria análoga tratada nos autos do TC-28025/026/10, tem sido motivo de intensa apreensão a adoção destes índices de forma indiscriminada, sem que se considerem as peculiaridades de cada caso - em especial o ramo de atividade, o momento e a conjuntura econômica do país.

Ademais, parece-me que o legislador, ao permitir exigências da espécie sem, contudo, estabelecer patamares predeterminados, pretendeu deslocar esta incumbência à Administração, uma vez que se viessem os tais "parâmetros" já previstos na lei, haveria um engessamento indesejável dos índices, mormente porque devem ser mutáveis, em compasso com aquelas premissas (área de atuação aliada com o momento atual da economia do país).

Sob esta perspectiva, cabe à Administração definir os índices com base nestas variáveis, atentando para que as justificativas necessárias estejam integradas ao processo administrativo ensejador do certame, conforme a inteligência do § 5º, art. 31 da Lei Federal nº 8.666/93.

Feitas estas considerações, retornando ao caso concreto, se de um lado a Origem não trouxe aos autos quaisquer justificativas de ordem técnica que embasassem o seu posicionamento, argumentando que os índices se encontram dentro dos limites legais aceitos por este Tribunal, de outro a Representante denotou, por meio de demonstrativo do setor, que várias licitantes não atendem à estipulação determinada, sinalizando a necessidade de correção do item do edital, adequando o IE ao patamar usual ao setor.

Reforça, também, este raciocínio, o parecer da Assessoria Técnica da ATJ, a qual estendeu a amostragem para outras empresas do ramo, com base em processos que tramitam na Casa, asseverando que das treze empresas selecionadas, apenas seis atenderiam a exigência - algumas de porte representativo do setor -, com a ressalva de que apurou os índices com base em balanços patrimoniais encerrados em 31/12/2008 e 30/4/2009 - recomendando a sua flexibilização a patamares entre 0,80 e 1,00.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Nesta seara, deve a Fundação Indaiatubana, dentro do poder discricionário que lhe compete e caso insista na exigência dos índices contábeis, estipulá-los de acordo com aqueles usualmente aceitos neste ramo de atividade específico, conforme delineado.

Esta conclusão, aliás, encontra-se alinhada à decisão emanada pelo Tribunal Pleno na última sessão, em sede de exame prévio, ao apreciar impugnação e objeto idêntico, nos autos do TC-30910/026/10 (sob a relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues), como segue:

"(...) Em que pese o indicador exigido, a título de endividamento, esteja dentro do patamar aceito por esta Corte, há levar em conta o decidido, recentemente, nos autos do TC 27319-026-10, no sentido de considerar, além do requisito imposto pelo § 5º, do art.31, da Lei Federal nº 8.666/93, o ramo de atividade inerente ao objeto posto em disputa.

Nesta circunstância, os índices eleitos pela Administração devem ser previamente justificados no processo administrativo da licitação (§ 5º, do artigo 31, da Lei Federal nº 8666/93). Contudo, tais justificativas técnicas não foram apresentadas.

Assim, o fato de uma empresa estar num patamar fora do considerado ótimo de endividamento não diz muito a respeito de sua saúde financeira. Melhor seria considerar a distribuição do indicador de endividamento de uma determinada amostra de empresas do mercado e, neste caso, inseridas nos autos, demonstrações financeiras de 06 (seis) empresas do segmento de fornecimento de vale-refeição, a corroborar a assertiva da Representante de que o índice eleito obsta a ampla participação de interessados.

Em suma Senhores Conselheiros, esse me parece o ponto em que o edital da Tomada de Preços nº 13/2010, do Consórcio Intermunicipal do Grande ABC, esteja por demandar urgente reparação, de modo a que a isonomia entre as legítimas concorrentes não seja afetada e que do Poder Público não se subtraia à possibilidade de cotejo do maior número de propostas comerciais, sempre com foco na efetiva satisfação do interesse coletivo.

*Assim, o VOTO que submeto a este E. Plenário considera **procedente a Representação** proposta pela empresa **Planinvesti Administração e Serviços Ltda.** e determina a retificação do item 5.5.5. do edital e dos demais que com ele guardem pertinência.[...]” Grifos originais.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Por fim, embora não tenha sido motivo de impugnação, mas por guardar pertinência, observo que a denominação dos grupos de contas utilizados nas fórmulas constantes do edital referentes aos índices econômicos encontra-se desatualizada.

Com efeito, a Lei Federal nº 11.941/2009, com vigência a partir de sua publicação (dia 28/5/2009), alterou substancialmente a chamada "Lei das Sociedades Anônimas" - nº 6.404/76, em especial quanto ao seu art. 178¹, promovendo, dentre outros aspectos, a extinção do grupo "passível exigível a longo prazo" - utilizado, dentre outras, na expressão matemática que define o índice de endividamento constante no edital -, e criando em seu lugar o grupo "passivo não circulante".

Desta forma, considerando que o edital já deverá sofrer alteração, proponho que se recomende à Fundação a adequação da nomenclatura das fórmulas utilizadas à nova lei em vigor, a exemplo do que já decidiu o Plenário nos autos do TC-019217/026/09 (sob a relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa).

Diante do exposto, circunscrito às impugnações suscitadas durante a instrução processual, voto pela **procedência** da representação formulada por **Planinvesti Administração e Serviços Ltda.** contra o edital do pregão presencial nº 006/10, devendo a **Fundação Indaiatubana de Educação e Cultura - FIEC** adequar o índice de endividamento aos patamares considerados usuais no setor, em conformidade com os termos consignados neste voto.

Proponho, ainda, recomendação à Fundação para que amolde as fórmulas utilizadas para o cálculo dos índices

¹ Com as alterações promovidas pela Lei nº 11.941/09, assim ficou a nova redação do artigo 178 da Lei nº 6.404/76:

"Art. 178. No balanço, as contas serão classificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.

§ 1º No ativo, as contas serão dispostas em ordem decrescente de grau de liquidez dos elementos nelas registrados, nos seguintes grupos:

I - ativo circulante; e

I - ativo não circulante, composto por ativo realizável a longo prazo, investimentos, imobilizado e intangível.

§ 2º No passivo, as contas serão classificadas nos seguintes grupos:

I - passivo circulante;

II - passivo não circulante; e

III - patrimônio líquido, dividido em capital social, reservas de capital, ajustes de avaliação patrimonial, reservas de lucros, ações em tesouraria e prejuízos acumulados.

(...)"



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

destinados à aferição da idoneidade econômico-financeira, de acordo com a redação dada pela Lei nº 11.941/09.

Acolhido este entendimento pelo Plenário deste E. Tribunal, devem ser intimados Representante e Representada, na forma regimental.

Antes do arquivamento, sigam os autos à auditoria da Casa, para anotações.



TRIBUNAL PLENO - SESSÃO: 03/07/2013
EXAME PRÉVIO DE EDITAL
SEÇÃO MUNICIPAL

(M006)

PROCESSO: TC 000905.989.13-3.

REPRESENTANTE: RONNY PETERSON IZIDORIO.

REPRESENTADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE BRODOWSKI.

RESPONSÁVEL DA REPRESENTADA: ELVES SCIARRETTA CARREIRA -
PREFEITO.

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO CONTRA O PREGÃO PRESENCIAL Nº 14/2013 - PROCESSO Nº 30/2013 - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE IMPLANTAÇÃO, GERENCIAMENTO, ADMINISTRAÇÃO, FISCALIZAÇÃO, EMISSÃO, FORNECIMENTO E MANUTENÇÃO DE CARTÕES-ALIMENTAÇÃO, ATRAVÉS DE CARTÕES MAGNÉTICOS PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BRODOWSKI.

VALOR ESTIMADO: R\$ 1.060.500,00

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de representação apresentada por **RONNY PETERSON IZIDORIO** contra o Edital do Pregão Presencial nº 14/2003 promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE BRODOWSKI** cujo objeto é a prestação de serviços de implantação, gerenciamento, administração, fiscalização, emissão, fornecimento e manutenção de cartões-alimentação, através de cartões magnéticos para os servidores públicos da Prefeitura Municipal de Brodowski.

1.2. O Representante insurgiu-se contra o Edital, alegando:

- i. Restritividade da adoção de grau de endividamento inferior ou igual 0,60 (zero vírgula sessenta), sendo que deveria ser permitido grau de endividamento igual a 0,80 (zero vírgula oitenta);



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



- ii. Exigência indevida de Registro ou inscrição no Conselho Regional de Nutrição e registro no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, nos termos dos itens 7.3.1 e 7.3.2. do edital.

1.3. Desta forma, a Representante requereu que a matéria fosse recebida como exame prévio de edital, com suspensão liminar do procedimento licitatório, cuja sessão de abertura dos envelopes encontrava-se programada para a data de 20 de maio próximo passado, e, ao final, o acolhimento da impugnação com a determinação de anulação do certame.

1.4. Na medida em que a data designada para o recebimento das propostas, 20/05/2013, não propiciaria a submissão da matéria ao Tribunal Pleno, nos termos do que dispõe o Parágrafo único do Artigo 221 Regimento Interno desta Corte, por decisão publicada no D.O.E. de 18 de maio de 2013, foi determinada a autuação e registro da matéria como **Exame Prévio de Edital**, bem como a suspensão do andamento do certame, fixado o prazo máximo de 05 (cinco) dias à **PREFEITURA MUNICIPAL DE BRODOWSKI** para a apresentação de suas alegações, juntamente com todos os demais elementos relativos ao procedimento licitatório.

A matéria foi submetida ao Egrégio Plenário desta Corte em sessão de 22 de maio de 2013, ocasião em que as medidas adotadas em juízo preliminar foram referendadas.

1.5. A Origem compareceu aos autos para prestar os esclarecimentos e justificativas, alegando, em suma, que:

- a. Ao estabelecer o índice máximo de endividamento em 0,60, pretendia a Administração que a vencedora possuísse, no mínimo, 40% (quarenta por cento) de capital próprio para o cumprimento das obrigações, assegurando grau suficiente de solidez financeira da empresa e o cumprimento do contrato;
- b. A exigência de inscrição ou registro no Conselho Regional de Nutrição estaria em conformidade com o disposto na alínea “e”, do artigo 18, do Decreto 84.444, de 30 de janeiro de 1980, ressaltando que a finalidade do PAT seria a melhoria da qualidade da alimentação dos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



trabalhadores, o que demanda acompanhamento e fiscalização por nutricionista, sendo esta a razão da exigência;

- c. A inscrição ou registro no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT seria condição para a Municipalidade conceder a seus funcionários o benefício sem incorrer na necessidade de recolhimentos previdenciários e ao FGTS, pois sem a adesão ao PAT, o benefício é considerado “salário in natura”, com as consequências decorrentes.

1.6. A Chefia da Assessoria Técnica, o MPC e a SDG manifestaram-se pela procedência da representação.

É o relatório.



TRIBUNAL PLENO
EXAME PRÉVIO DE EDITAL

SESSÃO: 03/07/2013
TC-000905/989/13-3

SEÇÃO MUNICIPAL

2. VOTO

2.1. Trata-se de representação apresentada por **RONNY PETERSON IZIDORIO** contra o Edital do Pregão Presencial nº 14/2003 promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE BRODOWSKI** cujo objeto é a prestação de serviços de implantação, gerenciamento, administração, fiscalização, emissão, fornecimento e manutenção de cartões-alimentação, através de cartões magnéticos para os servidores públicos da Prefeitura Municipal de Brodowski.

2.2. Não vislumbro razões para divergir da unanimidade das manifestações da Assessoria Técnica, MPC e SDG, as quais pugnaram pela procedência integral da Representação.

As razões e justificativas articuladas na defesa não lograram imprimir conformidade às exigências de índice de endividamento igual ou inferior a 0,60, de registro ou inscrição no Conselho Regional de Nutrição e registro no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, o que impõe determinar a reforma do edital.

2.3. No que tange ao índice de endividamento, muito embora a jurisprudência desta Corte tenha considerado razoável a fixação de índice de endividamento entre 0,3 e 0,5 para a maior parte dos segmentos da atividade econômica e mercantil, tem-se que tais índices devem ser compatíveis e adequados ao ramo de atividade ou ao segmento de mercado das possíveis interessadas em participar do certame, por imposição da lei (art. 31, §5º, da Lei 8.666/93).

O Representante instruiu a peça com informações e documentos que demonstram que o grau de endividamento da maioria das empresas que atuam no segmento estão superiores ao limite de 0,60,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



estabelecido como condição de habilitação econômico-financeira pelo ato convocatório.

Por oportuno, transcrevo os parágrafos da exordial em que a Representante apresentou as peculiaridades do segmento de vales benefícios que conduzem à apuração de índices de endividamento superiores aos parâmetros convencionais:

“Isso porque, no setor de vales benefícios (alimentação ou refeição), em que as empresas prestadoras recebem dos tomadores o valor dos créditos utilizados pelos funcionários/usuários para reembolsar os estabelecimentos credenciados (supermercados, restaurantes, etc.), pode haver, eventualmente, um certo descompasso no fluxo de caixa entre os recebimentos e os pagamentos, obrigando que as empresas prestadoras se socorram à empréstimos bancários para quitar os débitos gerados pelos usuários dos vales nos estabelecimentos credenciados.”

“E nem se diga que, estando o tomador inadimplente, poderia a prestadora também inadimplir para com o reembolso dos estabelecimentos credenciados, uma vez que um único atraso nesta obrigação dá o direito de os estabelecimentos não mais aceitar nenhum dos vales da prestadora, prejudicando todos os usuários de seus vales, não só os vinculados ao tomador inadimplente, mas também aqueles vinculados aos tomadores adimplentes com seus créditos, sendo, portanto, imprescindível que a prestadora esteja sempre rigorosamente quita com os reembolsos dos vales, mesmo quando alguns dos tomadores atrasam seus pagamentos.”

“E é justamente em razão desta dinâmica natural e peculiar do mercado de vales de benefícios que faz com que as empresas do setor tenham índices de endividamento superiores aos patamares de outros setores de atividade econômica, obrigando, pois, que os limites máximos de endividamento sejam flexibilizados nas licitações públicas para contratação destes serviços, sob pena de se restringir indevidamente o universo de participantes e, por consequência, a competitividade do certame.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



A Representante citou ainda cinco das principais empresas do setor que apresentam índices de endividamento superiores a 0,60: **Green Card S.A.** (0,92); **Companhia Brasileira de Soluções e Serviços – Visa Vale** (0,88); **Bônus Brasil Serviços de Alimentos Ltda.** (0,79); **Planinvest Administração e Serviços Ltda.** (0,69) e **Ticket Serviços S.A.** (0,72).

Assim, diante das peculiaridades do mercado de vales beneficícios, a exigência de índice de endividamento igual ou inferior a 0,60 se revela restritiva à competitividade e não se mostra adequada à verificação da boa situação financeira das proponentes, assim entendida como aquela suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato.

Portanto, uma vez demonstrada a necessidade de a Prefeitura reavaliar o índice de endividamento exigido para fins de habilitação, tornando-o compatível com o segmento de mercado das empresas que atuam no ramo, julgo **procedente** a impugnação.

2.4. A exigência contida no subitem 7.3.1 do edital, relativa ao “registro ou inscrição na entidade profissional competente, neste caso o CRN – Conselho Regional de Nutrição”, igualmente se demonstra restritiva e, mais do que isso, incompatível com o objeto do certame, que consiste na prestação de serviços de implantação, gerenciamento, administração, fiscalização, emissão, fornecimento e manutenção de cartões-alimentação, através de cartões magnéticos.

A natureza do objeto licitado não envolve o preparo e manuseio de alimentos e a empresa que eventualmente venha a ser contratada não fornecerá diretamente os serviços submetidos à fiscalização exercida por nutricionistas.

Ao contrario do que sustenta a Representada, o Decreto 84.444, de 30 de janeiro de 1980 não determina a necessidade de registro ou inscrição no Conselho Regional de Nutrição pelas empresas que prestam os serviços de cartões-alimentação.

Nestas condições, compete atribuir à questão o mesmo tratamento dos autos do processo TC-411/012/11, de relatoria do E. Conselheiro Robson Marinho (Sessão Plenária de 03/08/2011):



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Isto porque as condições impostas como qualificação técnica no item 4.8. “b”, “c” e “d”, são cabíveis somente quando o objeto consistir no preparo e manuseio de alimentos, o que não é o caso dos autos, notadamente porque as empresas fornecedoras de gêneros alimentícios não estão obrigadas ao registro perante o CRN.

Diante do exposto, julgo **procedente** a impugnação incidente sobre a exigência contida no subitem 7.3.1, a qual deverá ser excluída do edital.

2.5. Por fim, tem-se a exigência contida no subitem 7.3.2 do edital, relativa ao “*Comprovante de Registro no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT*”, que a Municipalidade justificou alegando ser condição para a Municipalidade conceder a seus funcionários o benefício sem incorrer na necessidade de recolhimentos previdenciários e ao FGTS.

Oportuno aqui consignar o seguinte trecho da manifestação da Chefia da Assessoria Técnica:

“Conquanto a lei que instituiu o PAT preveja a dedução do lucro tributável para fins de imposto de renda das pessoas jurídicas, do dobro das despesas realizadas em programas de alimentação do trabalhador, é pacífico entendimento deste Tribunal no sentido de que tal situação objetiva, além da melhoria da situação nutricional do trabalhador, a obtenção de vantagens tributárias, matéria estranha ao processo licitatório.”

Ocorre que a inscrição no referido programa do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), além de ser facultativa às empresas que desejarem usufruir dos benefícios fiscais lá previstos, extrapola o taxativo rol de documentos permitidos pelos artigos 28 a 31 da Lei nº 8666/93, sendo, portanto, ilegal e contrária à firme jurisprudência desta Corte.

Convém, neste sentido, incluir o seguinte excerto do voto proferido pelo E. Conselheiro Renato Martins Costa, nos autos do TC-847/002/06:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



“Por fim, igualmente afronta a jurisprudência consolidada desta Casa a exigência referente ao registro da licitante perante o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, considerada ilegítima “por não contar com assento normativo bastante, oferecendo-se potencialmente restritiva da desejada competitividade da licitação”, conforme decisão do Tribunal Pleno de 07/06/06, no TC-002705/004/02. Ante o exposto, acolhendo as opiniões de ATJ e SDG, meu VOTO nega provimento ao Recurso Ordinário interposto pela Prefeitura do Município de Américo Brasiliense, mantendo integralmente o v. acórdão recorrido.” (TCESP, TC 847/002/06; Tribunal Pleno; Sessão: 11/02/09 – ITEM 89; Rel. Renato Martins Costa; Recorrente: Prefeitura Municipal de Américo Brasiliense – Prefeita – Neusa Maria B. Dótoli; Auditoria atual: UR-13 - DSF-II; D.O.E: 27/02/2009).

Desta forma, julgo **procedente** a impugnação ofertada em face da exigência de registro no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, contida no subitem 7.3.2, a qual deverá, portanto, ser excluída do edital.

2.6. Ante todo o exposto, acompanhando os pronunciamentos unânimes da Chefia da Assessoria Técnica, MPC e SDG, **VOTO pela PROCEDÊNCIA INTEGRAL** da Representação, devendo a **PREFEITURA MUNICIPAL DE BRODOWSKI** promover a revisão do edital, para o fim de (i) definir índice de endividamento compatível com o segmento de mercado das empresas que prestam serviços relativos à emissão, administração e manutenção de cartões-alimentação, visando a ampliação da competitividade; e (ii) excluir do edital a exigência de registro ou inscrição no Conselho Regional de Nutrição (subitem 7.3.1) e no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT do Ministério do Trabalho e Emprego (subitem 7.3.2), porque incompatíveis com o objeto da disputa e contrárias às normas de regência e à jurisprudência desta Corte.

A reformulação do edital é, portanto, medida que se impõe, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo do voto ora proferido, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, para oferecimento das propostas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Por fim, os autos deverão seguir para a Unidade Regional competente desta Corte para as anotações de estilo, arquivando-se o procedimento eletrônico.

DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO



TRIBUNAL PLENO - SESSÃO: 13/06/2018
EXAME PRÉVIO DE EDITAL
SEÇÃO MUNICIPAL

(M-005)

Processos: 012374.989.18-4, 012453.989.18-8 e 012471.989.18-6.

Representantes: Verocheque Refeições Ltda.; Sindplus Administradora de Cartões, Serviços de Cadastro e Cobrança Ltda ME e Trivale Administração Ltda.

Representada: Prefeitura Municipal de Adamantina.

Responsável pela Representada: Márcio Cardim – Prefeito; João Lopes de Oliveira – Secretário de Finanças.

Assunto: Representações visando ao Exame Prévio do edital do Pregão Presencial nº 18/2018, processo nº 47/2018, do tipo menor taxa de administração, promovido pela Prefeitura Municipal de Adamantina, objetivando a contratação de empresa especializada no ramo para administração, gerenciamento e fornecimento de documentos de legitimação (cartões eletrônicos magnéticos, oriundos de tecnologia adequada), destinados à aquisição de gêneros alimentícios e outros, em estabelecimentos comerciais conveniados.

Valor Estimado da Contratação: R\$ 2.847.768,00.

Procuradora de Contas: Élide Graziane Pinto.

Advogados: Paulo André Simões Poch (OAB/SP nº 181.402), Rafael Prudente Carvalho Silva (OAB/SP nº 288.403), Guilherme Augusto dos Santos Tavares (OAB/SP nº 408.302) e Claudia Bitencurte Campos (OAB/SP nº 183.819).

MÉRITO

1. RELATÓRIO:

1.1. Trata-se de representações formuladas por **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA, SINDPLUS ADMINISTRADORA DE CARTÕES, SERVIÇOS DE CADASTRO E COBRANÇA LTDA ME e TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA** contra o Edital do Pregão Presencial nº 18/2018, processo nº 47/2018, do tipo menor taxa de administração, promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE ADAMANTINA**, objetivando a contratação de empresa especializada no ramo para administração, gerenciamento e fornecimento de documentos de legitimação (cartões eletrônicos magnéticos, oriundos de tecnologia adequada), destinados à aquisição de gêneros alimentícios e outros, em estabelecimentos comerciais conveniados.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



1.2. As representantes insurgem-se contra o edital, apontando possível restritividade na exigência de demonstração de índice de endividamento menor ou igual a 0,50, como requisito de qualificação econômico-financeira, consoante disciplinado nos itens "4.1.2.4.2"¹.

Afirmam que o índice requisitado é inatingível pela quase totalidade das empresas que atuam no segmento de vales de benefícios, incompatível portanto com o comportamento das empresas que operam neste ramo de mercado.

Citam precedentes jurisprudenciais desta Corte de Contas e sustentam a inobservância do comando do artigo 31, §5º da Lei 8.666/93.

1.3. Desta forma, requereram que a matéria fosse recebida como exame prévio de edital, com suspensão liminar do procedimento licitatório, cuja sessão pública de processamento do pregão encontrava-se programada para a data de 22 de maio próximo passado, e, ao final, o acolhimento das impugnações com a determinação de retificação do instrumento convocatório.

1.4. A crítica levada a efeito pelas autoras em relação à eleição de índice de endividamento incompatível com o ramo de atividade ou o segmento

¹ "8.1.4 - QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO - FINANCEIRA:

8.1.4.1 – Apresentação de cópia do Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis, devidamente registrado no órgão competente, do exercício social de 2017, já exigíveis e apresentados na forma da Lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 03 (três) meses da data de apresentação da proposta, tomando como base à variação, ocorrida no período, do IPCA/IBGE ou outro indicador que venha a substituí-lo.

8.1.4.1.1 – Os demonstrativos deverão ser apresentados devidamente registrados na Junta Comercial ou órgão equivalente, ou através de publicação em diário oficial ou jornal de grande circulação;

4.1.2.4.2.- Comprovação de Índice de Liquidez Corrente e Geral igual ou maior que 1,00 e Índice Geral de Endividamento igual ou inferior a 0,50, mediante memorial de cálculo assinado pelo representante legal da empresa e por contador habilitado através da seguinte fórmula:"

(...)

$$\text{Liquidez Geral} = \frac{\text{ativo circulante} + \text{realizável longo prazo}}{\text{passivo circulante} + \text{exigível a longo prazo}}$$

$$\text{Liquidez Corrente} = \frac{\text{ativo circulante}}{\text{passivo circulante}}$$

$$\text{Endividamento total} = \frac{\text{passivo circulante} + \text{exigível a longo prazo}}{\text{Ativo total}}$$



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



de mercado das possíveis interessadas em participar do certame denotou potencial ofensivo à lei de regência, sobretudo quanto ao preceito do art. 37, XXI da Constituição Federal, dos arts. 3º, §1º, I e 31, §5º da Lei 8.666/93, e à jurisprudência desta Corte, a exemplo do decidido nos autos dos processos TC-905/989/13-3, (Exame Prévio de Edital – Sessão Plenária de 03 de julho de 2013) e TC-2319/989/13-3 (Exame Prévio de Edital – Sessão Plenária de 09 de outubro de 2013), ambos de minha relatoria.

1.6. Verificada, portanto, a existência de questões suficientes para a intervenção desta Corte e, na medida em que a data designada para o recebimento das propostas, 22/05/2018, não propiciaria a submissão da matéria ao Tribunal Pleno, nos termos do que dispõe o Parágrafo único do Artigo 221 Regimento Interno desta Corte, por decisão publicada no D.O.E. de 19 de maio de 2018, foi determinada a autuação e registro da matéria como **Exame Prévio de Edital**, bem como a suspensão do andamento do certame, fixado o prazo máximo de 05 (cinco) dias à **PREFEITURA MUNICIPAL DE ADAMANTINA** para a apresentação de suas alegações em face das insurgências trazidas nas representações, juntamente com todos os demais elementos relativos ao procedimento licitatório.

A matéria foi submetida ao Egrégio Plenário desta Corte em sessão de 23 de maio de 2018, ocasião em que as medidas adotadas em juízo preliminar foram referendadas.

1.6. A Municipalidade compareceu aos autos para apresentar as justificativas e esclarecimentos em face da insurgência formulada pelas representantes, sustentando a legalidade do edital e, especialmente, do questionado requisito de qualificação financeira, ponderando, em suma, que o índice de endividamento exigido tem por finalidade garantir uma contratação eficiente e segura, na medida em que o comércio sofreu prejuízo com a empresa que administrava o vale alimentação da Municipalidade.

Pondera, todavia que pretende rever o índice máximo de endividamento tolerado no edital, em face dos precedentes de nossa jurisprudência sobre o tema.

1.7. A **Unidade de Economia da Assessoria Técnica**, endossada pela ilustre **Chefia de ATJ**, o **d. Ministério Público de Contas** e **d.**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Secretaria-Diretoria Geral manifestaram-se, à unanimidade, pela procedência das representações.

É o relatório.



TRIBUNAL PLENO
EXAME PRÉVIO DE EDITAL

SESSÃO: 13/06/2018
TC-012374/989/18-4
TC-012453/989/18-8
TC-012471/989/18-6

SEÇÃO MUNICIPAL

2. VOTO:

2.1. Trata-se de representações formuladas por **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA, SINDPLUS ADMINISTRADORA DE CARTÕES, SERVIÇOS DE CADASTRO E COBRANÇA LTDA ME e TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA** contra o Edital do Pregão Presencial nº 18/2018, processo nº 47/2018, do tipo menor taxa de administração, promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE ADAMANTINA**, objetivando a contratação de empresa especializada no ramo para administração, gerenciamento e fornecimento de documentos de legitimação (cartões eletrônicos magnéticos, oriundos de tecnologia adequada), destinados à aquisição de gêneros alimentícios e outros, em estabelecimentos comerciais conveniados.

2.2. À vista dos elementos presentes na instrução processual, notadamente as manifestações unânimes dos órgãos técnicos e do d. Ministério Público de Contas, é de rigor o reconhecimento da **procedência** das representações, na medida em que o índice de endividamento exigido pelo edital está em patamar distinto dos comumente praticados no mercado, e dificilmente será atendido pelas principais empresas do segmento.

Muito embora a jurisprudência desta Corte tenha considerado razoável a sua fixação entre 0,3 e 0,5 para a maior parte dos segmentos da atividade econômica e mercantil, tem-se que tais índices devem ser compatíveis e adequados ao ramo de atividade ou ao segmento de mercado das possíveis interessadas em participar do certame, por imposição do artigo 31, §5º, da Lei 8.666/93.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



No presente caso, para preservar a ampla competitividade do certame, os índices de endividamento exigidos para fins habilitatórios demonstram merecer reavaliação pela Origem, em função da dinâmica natural e peculiar do mercado de vales de benefícios, que faz com que grande parte das empresas que atuam no setor opere com índices superiores aos patamares médios de outros setores de atividade econômica.

Neste panorama, é certo que esta Corte vem aceitando a adoção de índices de endividamento mais elásticos para este segmento de mercado, diante da exigência de elevados investimentos e pelo atual comportamento das empresas do ramo, que estão considerando ser mais viável a participação de capital de terceiros em seus negócios do que o investimento de seu próprio capital.

A questão trazida pela Representante demonstra merecer o mesmo tratamento atribuído por esta Corte quando do julgamento dos processos TC-16544/026/11², 35418/026/10³, 1695/989/13⁴ e 905/989/13⁵, este último de minha relatoria.

Assim, face aos precedentes jurisprudenciais desta Corte e diante das peculiaridades do mercado de vales de benefícios, a exigência de índice de endividamento igual ou inferior a 0,50 se revela restritiva à competitividade e não se mostra adequada à verificação da boa situação financeira das proponentes, assim entendida como aquela suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato.

Caberá à Representada promover novos e mais amplos levantamentos objetivos sobre as características do setor econômico afeto ao objeto do certame, com vistas a avaliar a necessidade da exigência e, se for o caso, apurar o índice máximo de endividamento que se evidenciar razoável à apuração da boa situação financeira das proponentes, garantindo-se condições de ampla disputa pelo objeto do certame.

² TC-16544/026/11 – Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues – Sessão Plenária de 01/06/2011 – Acórdão publicado no D.O.E. em 17/06/2011.

³ TC-35418/026/10 – Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues – Sessão Plenária de 01/12/2010 – Acórdão publicado no D.O.E. em 08/12/2010.

⁴ TC-1695/989/13 – Rel. Cons. Renato Martins Costa – Sessão Plenária de 28/08/2013 – Acórdão publicado no D.O.E. em 28/09/2013.

⁵ TC-905/989/13 – Sessão Plenária de 03/07/2013 – Acórdão publicado no D.O.E. em 05/07/2013.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Obviamente, o índice que vir a ser eleito deverá ser devidamente justificado no processo administrativo que abriga os atos e termos da licitação em apreço, em atendimento ao disposto no §5º do artigo 31 da Lei 8.666/93.

2.3. Ante todo o exposto e por tudo o mais consignado nos autos, **VOTO** pela **PROCEDÊNCIA** das representações, e determino à **PREFEITURA MUNICIPAL DE ADAMANTINA** que redefina o quociente máximo de endividamento exigido para fins de habilitação, tornando-o compatível com o segmento de mercado das empresas que atuam no ramo de vales de benefícios.

A reformulação do edital é, portanto, medida que se impõe, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo do voto ora proferido, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, para oferecimento das propostas.

Por fim, após o trânsito em julgado, archive-se o procedimento eletrônico.

Dimas Eduardo Ramalho
Conselheiro