ISSN 1809-6646

Governet®

A revista do administrador público

Boletim de

Licitações e Contratos

MAIO 2023 – Nº 217

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXPERIMENTAL: LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÕES INOVADORAS
Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Thiago Gomes do Carmo

A CONTRAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO UTILIZANDO O PROCEDIMENTO AUXILIAR DE CREDENCIAMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 14.133/21
Bruno Henrique Gomes Barbosa

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.167, DE 31 DE MARÇO DE 2023
Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei º 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

DÚVIDAS DOS ASSINANTES
Agente e comissão de contratação – Ato de designação – Considerações

ISSN 1809-6646

Governet®

A revista do administrador público

BOLETIM DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Ano 19 | N. 217
Maio de 2023

A versão digital está disponível para *download* no site: www.governet.com br
em "nossos produtos", "Revistas On-line"

GOVERNET EDITORA LTDA., 2023

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998).

Governet Editora Ltda.
Rua Waldemar Kost, 2170 - casa 11, Cond. Eldorado II,
Bairro: Hauer – CEP: 81630-180 – Curitiba – Paraná – Brasil
Tel.: (41) 33285524 – (41) 998854870
CNPJ: 07.316.919/0001-38
IE: 90334795-38
Site: www.governet.com.br
e-mail: governet@governet.com.br

Os conceitos e opiniões contidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Os acórdãos, resoluções e demais atos normativos correspondem às cópias obtidas junto aos respectivos tribunais ou se originam de publicações de seus julgados.

Editor responsável:	Ademar Aparecido Gimenes
Editores assistentes:	Brenia Diogenes Gonçalves dos Santos
	Leonardo Kominek Barrentin
	Fabiano da Silva
Projeto gráfico e capa:	Governet Editora Ltda.
Diagramação:	Kaaren Vieira Votri
	Kathllen Votri
Supervisão:	Edninil Vieira de Santana

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o território nacional

Governet –
Boletim de Licitações e Contratos. Ano 19, nº 217, maio 2023.
Curitiba: Governet, 2023.
ISSN 1809-6646

1. Direito Administrativo. I. Governet
CDU: 35

Governet® – Boletim de Licitações e Contratos é obra coletiva organizada pela Governet Editora Ltda., sendo de sua exclusiva responsabilidade a edição, comercialização e distribuição em todo o território nacional.

SUMÁRIO

ARTIGOS E PARECERES

412 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXPERIMENTAL: LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÕES INOVADORAS
Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Thiago Gomes do Carmo

422 A CONTRAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO UTILIZANDO O PROCEDIMENTO AUXILIAR DE CREDENCIAMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 14.133/21
Bruno Henrique Gomes Barbosa

DECISÕES DOS TRIBUNAIS

432 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
É vedada a proposta de preço com taxa de administração negativa em licitação de serviço de fornecimento de benefício alimentação e refeição

453 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
O conhecimento prévio quanto à necessidade administrativa e à prorrogação ilimitada do contrato implicam a ilicitude da dispensa emergencial

461 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
A permissão de participação de consórcios pode ser essencial para que haja condições materiais e econômicas para executar o objeto da contratação

476 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
O descumprimento do prazo mínimo de publicidade do pregão pode ser relevado se não houver prejuízo à competitividade do certame

481 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Apresentação de amostra dos produtos ofertados somente pode ser exigida do licitante vencedor

EMENTÁRIO

488 Contratação direta – Show Artístico – Pagamento devido

488 Licitação – Quadro de empregados especializados – Obediência ao edital

DÚVIDAS DOS ASSINANTES

492 AGENTE E COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO – ATO DE DESIGNAÇÃO – CONSIDERAÇÕES

LEGISLAÇÃO ESPECIALIZADA

494 MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.167, DE 31 DE MARÇO DE 2023
Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei º 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Governet®
A revista do administrador público

EDITORIAL

Quando se pensa em contratações públicas, a ideia de busca de uma solução já existente no mercado para a necessidade administrativa é o que surge. Ora, como utiliza valores públicos, não caberia à Administração despendê-los com protótipos ou criações pouco testadas.

Ocorre que, a depender da necessidade administrativa a ser satisfeita, apenas essas soluções inovadoras seriam aplicáveis. Além disso, o ordenamento jurídicos não afasta a possibilidade de contratar esse tipo de objeto, desde que haja, efetivamente, vantagem para a Administração.

É com base nesse contexto que o *Boletim Governet de Licitações e Contratos* do mês de maio de 2023 inicia, na seção *Artigos e Pareceres,* com o estudo *Administração Pública experimental: licitação e contratação de soluções inovadoras,* elaborado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Thiago Gomes do Carmo.

Na sequência, Bruno Henrique Gomes Barbosa incrementa as orientações doutrinárias acerca utilização da nova Lei de Licitações. Trata-se do artigo *A contração direta sem licitação utilizando o procedimento auxiliar de credenciamento sob a égide da Lei 14.133/21.*

Na seção *Decisões dos Tribunais,* recomenda-se a leitura da orientação do Tribunal de Contas da União no sentido de que o conhecimento prévio quanto à necessidade administrativa e a prorrogação ilimitada do contrato implicam a ilicitude da dispensa emergencial.

Do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, destaca-se a ressalva de que a permissão de participação de consórcios pode ser essencial para que haja condições materiais e econômicas para executar o objeto da contratação.

Por fim, apresenta-se manifestação do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul sobre a possibilidade de se relevar o descumprimento do prazo mínimo de publicidade do pregão, desde que não haja prejuízo à competitividade do certame.

Boa leitura!

O editor.

INSTRUÇÕES PARA PUBLICAÇÃO

As Revistas Governet são periódicos mensais que divulgam trabalhos técnicos e científicos em diversas áreas de interesse da Administração Pública, especialmente aquelas relacionadas a Licitações e Contratos, Orçamento e Finanças, Convênios e Parcerias, Recursos Humanos e Administração Pública e Gestão Municipal. Os temas encampam as áreas do Direito Constitucional, Administrativo e Financeiro, Contabilidade Pública, Economia e Administração Pública.

Os trabalhos encaminhados para publicação nos periódicos devem ser, preferencialmente, produções inéditas, podendo ter o formato de artigos, pareceres, notas técnicas, jurisprudência comentada, entre outros.

As colaborações podem ser enviadas em arquivo formato Word for Windows ou PDF, sem restrição de cópia, para o e-mail governet@governet.com.br, contendo as seguintes informações: nome, qualificação profissional e acadêmica, e-mail, endereço para correspondência, telefone e fotografia (opcional).

Os textos publicados devem ter conteúdo científico ou técnico, seguindo os padrões da ABNT, em especial a NBR 6023/2000, para referências. Recomenda-se que os artigos e pareceres tenham entre 10 e 35 laudas, sejam redigidos em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho 12.

O conteúdo dos materiais enviados é de inteira responsabilidade de seus subscritores.

Caso o trabalho seja produzido em coautoria, todos os autores devem remeter suas autorizações separadamente, cada qual acompanhada das informações pessoais.

A licença para publicação da obra é feita de forma gratuita pelos autores. Em contrapartida, a Governet Editora remeterá ao autor um exemplar do boletim em que o texto foi publicado.

Para mais informações, entre em contato pelo telefone (41) **33285524 (41) 998854870**, pelo e-mail **governet@governet.com.br** ou pelo site **www.governet.com.br**

COLABORADORES

ADILSON ABREU DALLARI
Professor titular de Direito Administrativo PUC-SP

ADRIANA MAURANO
Procuradora do Município de São Paulo, mestranda da Universidade Presbiteriana Mackenzie

ADRIANO SANT'ANA PEDRA
Doutorando em Direito Constitucional (PUC-SP), mestre em Direito Constitucional (Faculdade de Direito de Vitória – FDV-ES)

ADRIANO SOARES DA COSTA
Presidente do Instituto de Direito Público e Político (IDPP), advogado, consultor jurídico, palestrante, professor de Direito Eleitoral do Centro Universitário de Ciências Jurídicas (Cesmac/Alagoas)

AIRTON ROCHA NÓBREGA
Advogado no Distrito Federal, professor da Universidade Católica de Brasília (UCB) e da Fundação Getulio Vargas (FGV)

ALICE MARIA GONZALEZ BORGES
Advogada e consultora jurídica, professora coordenadora do curso de especialização em Direito Administrativo da Fundação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

ANDRÉ LUIZ VINHAS DA CRUZ
Procurador do Estado de Sergipe, advogado e mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF-RJ)

ANDRÉ PORTELLA
Doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Complutense de Madrid, professor da UFBA e do mestrado em Direito Público da Universidade Católica de Salvador, advogado

ANGÉLICA GUIMARÃES
Mestre em Direito Público pela UFPE/UCSAL, especialista em Direito Processual, especialista em Licitações e Contratos Administrativos, procuradora do município de Salvador, consultora jurídica de municípios, professora de Ciência Política da UNIME e Membro do IDAB

ANTONIO CARLOS ALENCAR CARVALHO
Procurador do Distrito Federal, advogado em Brasília

ANTÔNIO CARLOS ANDRADA
Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, especialista em Direito Público, mestrando em Direito e Instituições Políticas

ANTONIO ROQUE CITADINI
Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

BENEDICTO TOLOSA FILHO
Advogado, especialista em Direito Público, consultor, professor e autor de diversas obras jurídicas

BRUNO JOSÉ RICCI BOAVENTURA
Advogado, especialista em Direito do Estado, com ênfase em Constitucional, pela Escola Superior de Direito de Mato Grosso

CAROLINA ZANCANER ZOCKUN
Pontifícia Universidade Católica. Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, em Portugal. Mestre e doutora em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professora de Direito Administrativo na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil). Procuradora da Fazenda Nacional

CELSO LUIZ BRAGA DE CASTRO
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco

CLEBER DEMETRIO OLIVEIRA DA SILVA
Advogado, mestrando em Direito do Estado pela PUCRS

CRISTIANA FORTINI
Doutora em Direito Administrativo pela UFMG, professora e coordenadora de cursos de pós-graduação

CRISTOVAM BUARQUE
Engenheiro mecânico, doutor em Economia pela Sorbonne, ex-reitor da UnB, ex-governador e ex-senador

DINORÁ MUSETTI GROTTI
Doutora e mestre pela PUC-SP, professora de Direito Administrativo da PUC-SP

EMERSON GARCIA
Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pós-graduado em Ciências Políticas e Internacionais, mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa

EVANDRO MARTINS GUERRA
Advogado, professor de Direito Administrativo

FABRÍCIO MOTTA
Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás, mestre em Direito Administrativo pela UFMG, doutorando em Direito do Estado pela USP

FLAVIO C. DE TOLEDO JR.
Assessor técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO
Doutor em Direito Público pela Universidade de São Paulo, professor de Direito Administrativo da USP

GINA COPOLA
Advogada

GUILHERME LUIS DA SILVA TAMBELLINI
Parecerista da Coordenadoria de Assistência Jurídica da Fundação Prefeito Faria Lima/CEPAM

HELENA KERR DO AMARAL
Mestre em Administração Pública e Planejamento Urbano pela Eaesp/FGV, doutoranda em Economia na Unicamp

IVAN BARBOSA RIGOLIN
Advogado

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
Advogado, professor emérito da Universidade Mackenzie

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor de diversas obras sobre Licitações e Contratros

JOSÉ AUGUSTO DELGADO
Ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior Eleitoral, doutor honoris causa pela UERN, professor da UFRN, ex-professor da Universidade Católica de Pernambuco

JOSÉ DE RIBAMAR CALDAS FURTADO
Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, mestre em Direito pela UFPE

JONAS LIMA
Advogado, consultor jurídico de empresas, pós-graduado em Direito Público, especializado em licitações e contratos administrativos

JOSENIR TEIXEIRA
Advogado, pós-graduado em Direito do Terceiro Setor pela FGV-SP, professor

KIYOSHI HARADA
Advogado em São Paulo (SP), professor de Direito Financeiro, Tributário e Administrativo

LETÍCIA QUEIROZ DE ANDRADE
Professora de Direito Administrativo da PUC-SP, consultora jurídica

LUCAS NAVARRO PRADO
Advogado, assessor da Unidade de Parcerias Público-Privadas do Ministério do Planejamento

LUCIANO FERRAZ
Advogado em Belo Horizonte, mestre e doutorando em Direito Administrativo pela UFMG, professor de Direito Financeiro e Administrativo da PUC Minas

LUÍS FERNANDO VERNALHA
Doutor em Direito Econômico e mestre em Direito Administrativo pela UFPR, professor da pós-graduação da Unicuritiba, advogado e consultor em Direito Público

LUÍS ROBERTO BARROSO
Livre-docente pela UERJ. Master of Laws pela Yale University. Professor titular da UERJ. Ministro do Supremo Tribunal Federal

LUIZ FLÁVIO GOMES
Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, mestre em Direito Penal pela USP

MANUEL CARLOS TOLEDO FILHO
Juiz do trabalho, mestre e doutor em Direito pela USP, professor da Escola Paulista de Direito Social

MARCELO NEVES
Assessor jurídico da presidência do Tribunal Regional do Trabalho – 1ª Região, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio), graduado em Engenharia de Produção pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), pós-graduado em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ)

MARCOS NEVES FAVA
Juiz do trabalho da 2ª região, mestre em Direito pela USP, professor

MARINÊS RESTELATTO DOTTI
Advogada da União

MAURÍCIO CORRÊA DA SILVA
Professor, mestre em Ciências Contábeis

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS
Advogado no Rio de Janeiro, vice-presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público (IADP), membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, membro do Internacional Fiscal Association (IFA), conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social

PAULO S. BUGARIN
Diplomé d'etudes approfondies d'analyse industrielle (ciclo doutoral em Ciências de Gestão – Universidade de Paris I), mestre em Direito Público (UnB), subprocurador-geral do Ministério Público junto ao TCU

RITA TOURINHO
Promotora de justiça do Estado da Bahia, mestre em Direito Público pela UFPE, professora de Direito Administrativo

RODOLFO PAMPLONA FILHO
Juiz do trabalho na Bahia, professor titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador (Unifacs), mestre e doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP

RONNY CHARLES LOPES TORRES
Advogado da União, professor universitário, mestre em Direito Econômico, pós-graduado em Direito Tributário e em Ciências Jurídicas, autor do livro "Leis de licitações públicas comentadas" (2ª ed. Editora Jus Podivm)

ROSA COSTA
Advogada e gerente de licitações e contratos públicos da Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel

SÉRGIO GUERRA
Professor de Direito Administrativo dos cursos de graduação, especialização e mestrado da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV-RJ)

SÉRGIO ROXO DA FONSECA
Procurador de justiça aposentado, professor doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Unesp (Franca) e do COC (Ribeirão Preto)

SÍLVIO DE SALVO VENOSA
Ex-juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, autor de obra completa sobre Direito Civil, em sete volumes, membro da Academia Paulista de Magistrados

SIDNEY BITTENCOURT
Mestre em Direito pela UGF (RJ), administrativista, professor, consultor e autor de diversas obras sobre Licitações e Contratos

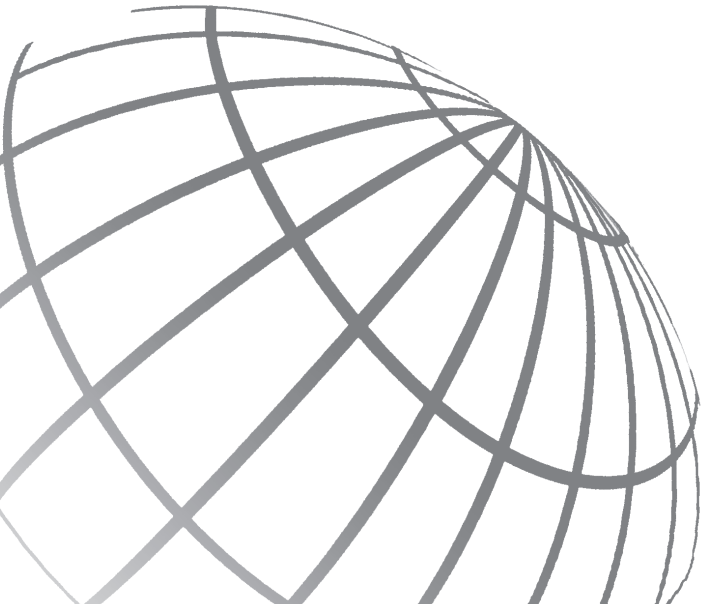
TARSO CABRAL VIOLIN
Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, professor de Direito Administrativo e coordenador do curso de especialização em Terceiro Setor da Universidade Positivo, advogado

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
Professor titular da Faculdade de Direito da USP

TOSHIO MUKAI
Jurista, mestre e doutor em Direito do Estado (USP)

WLADIMIR RODRIGUES DIAS
Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, doutorando em Direito Público pela PUC Minas, professor universitário e consultor jurídico

Artigos e Pareceres



ARTIGOS E PARECERES

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXPERIMENTAL: LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÕES INOVADORAS

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Pós-doutor pela University School of Law (New York). Doutor em Direito pela UGF-RJ/UVA-RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor de Direito Administrativo do IBMEC, da EMERJ e do CURSO FORUM. Professor dos cursos de Pós-graduação da FGV e Cândido Mendes. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Ex-Defensor Público da União. Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. Árbitro e consultor jurídico.

Thiago Gomes do Carmo

Doutorando em Direito do Estado, Cidadania e Mundialização das Relações Jurídicas na Universidade Veiga de Almeida (UVA). Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF). Master of Laws (LLM.) em Direito Corporativo pelo IBMEC. Pós-Graduado em Direito do Estado e da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Certificado pelo Instituto de Certificação Institucional e dos Profissionais de Seguridade Social – ICSS. Advogado. E-mail: thiagocarmogc@gmail.com

RESUMO: O presente artigo aborda os contornos relacionados aos avanços tecnológicos que, no cenário contemporâneo pós-moderno, tem provocado profundas mudanças nos hábitos e práticas da sociedade. Como consequência deste contexto, este estudo tem por objetivo principal examinar a contratação de soluções inovadoras pela Administração Pública, com foco nas diretrizes da Lei Complementar nº 182/2021, responsável por inaugurar o Marco legal das Startups e do empreendedorismo inovador.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação e contratação. Soluções inovadoras. Experimentação.

1. INTRODUÇÃO

Como fruto do consumo líquido-moderno(1), tem se valorizado conceitos como imediatismo, facilidade, agilidade e satisfação dos desejos no agora. Natural, portanto, o distanciamento das práticas no passado firmadas sob as bases de ambientes confortáveis, duradouros ou imunes ao tempo; resultado, em especial, dos efeitos da globalização(2) e da conexão social estruturada em rede(3), cenário que pode ser definido como pós-modernidade(4).

A forma de se relacionar atualmente tem se estabelecido por meio do uso de *smartphones* e das diversas contrapartidas tecnológicas proporcionadas pela vida *on-line*. O universo digital caracterizado pela ampla expansão dos mais diversos aplicativos vem revolucionando, entre outras áreas, a comunicação, o fornecimento de bens, a prestação de serviços, as formas de trabalho.

Muitas atividades já são e serão ainda mais influenciadas por outras tecnologias inovadoras ou consideradas disruptivas(5), tais como: internet das coisas, inteligência artificial, robótica, *blockchain, smart contracts.* Em síntese, trata-se de cenário que parece não ter mais volta devido às facilidades proporcionadas para a sociedade, em geral.

Em que pese o Estado não tenha condições de "predizer o futuro, naturalmente incerto"(6), o seu centro de atenção deverá estar voltado para fatores como: abertura ao desenvolvimento tecnológico; maior sensibilidade em relação às transformações dos papeis sociais e novas relações de trabalho; não resistir aos efeitos da alteração dos setores de produção; saber lidar com caminhos que geram destinos dissociados da tradição e com problemas a partir do abandono da ideia de "paternalismo"(7); aceitar que os indivíduos passam a ser responsáveis por planejar e dirigir a sua própria biografia; conferir maior abertura à estrutura decisória; promover a prática da autocontenção; evitar ação rígida e autoritária, conferindo espaço à experimentação(8), flexibilidade, negociação e colaboração.

Vale dizer: a atuação estatal precisa não só estar atenta e acompanhar de perto toda evolução advinda deste processo de inovação, mas também assumir a função de protagonista incentivando, com maior intensidade, a utilização de novas tecnologias e de práticas inovadoras indiscutivelmente tão relevantes para o desenvolvimento da sociedade.

O "Marco Legal das *Startups*" e empreendedorismo inovador, introduzido pela Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021 ("LC nº 182/2021"), sobressai como importante aparato normativo voltado ao fomento do ambiente de negócios inovadores. Além disso, disciplina incentivos, por exemplo,

no campo das licitações e contratações de soluções inovadoras pela Administração Pública, sendo importante destacar, ainda nestas notas introdutórias, que este tema será examinado no presente estudo.

No capítulo seguinte, o presente estudo abordará o ambiente inovador e seus aspectos jurídicos, com destaque, sobretudo, para as disposições da Constituição Federal e diplomas infraconstitucionais que delimitam o escopo normativo subjacente ao tema em exame, com ênfase na disciplina da LC nº 182/2021.

No capítulo subsequente, pretende-se abordar a licitação e contratação de soluções inovadoras, estabelecendo, como corte de investigação, o disposto na modalidade especial disciplinada pela referida LC nº 182/2021, abordando os respectivos ritos de licitação e contratação. Além disso, será realizado um paralelo do referido tema com o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), o diálogo competitivo e a contratação integrada, intrumentos disciplinados pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC).

No último capítulo serão suscitados alguns desafios para a inovação na Administração Pública, pois, como será demonstrado, ainda há alguns gargalos para a sua efetiva naturalização.

A abordagem metodológica utilizada no presente estudo consistirá na reflexão teórica das referências selecionadas, considerando notadamente pesquisa em fontes primárias, tais como: doutrina, legislação, jurisprudência e dados publicados.

2. ASPECTOS JURÍDICOS DO AMBIENTE INOVADOR E A LEI COMPLEMENTAR Nº 182/2021

A gestão pública gerencial, concentrada na obtenção de resultados efetivos para o interesse público, deve fazer parte dos compromissos assumidos pelo Estado, sobretudo em virtude da inserção do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da CRFB, a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Por outro lado, a maior velocidade com que a informação é transmitida, a intensificação do uso de novas tecnologias pela sociedade, a complexidade dos interesses que devem ser satisfeitos pelo Estado, são fatores que refletem a insuficiência dos modelos tradicionais de organização e controle da Administração Pública para concretização dos interesses da coletividade.

Desta forma, inserida na visão funcional da Administração Pública – isto é, o emprego dos menores custos possíveis para alcance dos melhores resultados – sobressai a agenda de inovação, revelando-se como instrumento tendente ao incremento de qualidade na vida social pós-moderna.

Não por acaso a inovação vem assumindo lugar alvissareiro no campo normativo pátrio, especialmente diante da interpretação que se extrai, por exemplo: (i) das modificações promovidas pela Emenda Constitucional nº 85/2015, nos arts. 218 e 219, parágrafo único, da CRFB; e, (ii) do art. 4º, IV, da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica).

Ainda com o fim de acomodar o universo da inovação, relevante conferir ênfase às premissas dsicplinadas pela Lei nº 14.129/2021 (Lei do Governo Digital). O art. 44 da referida Lei permitiu que os entes públicos promovam a criação de "laboratórios de inovação, abertos à participação e à colaboração da sociedade para o desenvolvimento e a experimentação de conceitos, de ferramentas e de métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos".

É possível notar que os princípios e as diretrizes constantes no art. 3º da Lei do Governo Digital, pretendem reservar à inovação lugar de vanguarda para os fins da eficiência pública.

Em consonância com este contexto, o Marco legal das *Startups* disciplinado por meio da LC nº 182, que entrou em vigor em 31 de agosto de 2021, definiu, em linhas gerais: as regras para empresas elegíveis a *Startups* (art. 4º); simplificou aspectos societários e modalidades de investimentos em *Startups* (arts. 5º a 9º)*;* autorizou os *sandboxes* regulatórios(9) (arts. 2º, II e art. 11); promoveu alterações na Lei nº 6.404/1976, bem como na LC nº 123/2006 (arts. 16 e 17); estabeleceu modalidade especial de licitação e contratação de soluções inovadoras pelo Estado (arts. 12 a 15) – a propósito, este último assunto será melhor abordado no capítulo seguinte do presente estudo.

O empreendedorismo inovador é um pressuposto incorporado pela LC nº 182/2021, e consagra a ideia que para inovar se faz necessária uma boa dose de experimentação. Fica clara esta compreensão a partir da interpretação dos princípios e diretrizes previstas nos incisos do art. 3º da citada Lei Complementar, com ênfase para o inciso VIII, que estabelece incentivo(10) à Administração Pública para contratação de "soluções inovadoras elaboradas ou desenvolvidas

por *startups*, reconhecidos o papel do Estado no fomento à inovação e a potenciais oportunidades de economicidade, de benefício e de solução de problemas públicos com soluções inovadoras".

3. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÕES INOVADORAS: PROCEDIMENTO ESPECIAL NA LEI COMPLEMENTAR Nº 182/2021

A LC nº 182/2021 trouxe procedimento especial de licitação e contratação de soluções inovadoras pela Administração Pública, com o objetivo de criar condições para solucionar problemas originados a partir da gestão pública a partir de soluções inovadoras e emprego de tecnologia. A referida Lei Complementar também visa promover a inovação no setor produtivo, com base no poder de compra do Estado.(11)

O âmbito de aplicação da LC nº 182/2021 envolve os órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional de quaisquer dos Poderes da união, do distrito federal e dos municípios.

É facultada a adoção do procedimento especial de contratação de soluções inovadoras previsto na LC nº 182/2021 no âmbito das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, desde que haja previsão nos regulamentos internos de licitações e contratações das referidas entidades (art. 12, § 2º, da LC nº 182/2021 e art. 40 da Lei nº 13.303/2016).

À luz das disposições da LC nº 182/2021, os subitens 3.1. e 3.2. do presente estudo examinarão o rito de licitação, bem como de contratação de soluções inovadoras, destacando-se os procedimentos relacionados aos instrumentos contratuais do CPSI e do contrato de fornecimento.

Na sequência, no subitem 3.3., devido à pertinência temática da modalidade especial de licitação tratada na citada Lei Complementar, será apresentado um paralelo com outros três instrumentos jurídicos, que também podem ser utilizados pela Administração Pública na busca por soluções inovadoras: o PMI, o diálogo competitivo e a contratação integrada.

3.1. Rito da licitação

O rito da licitação para contratação de soluções inovadora é detalhado no art. 13, caput e respectivos parágrafos, da LC nº 182/2021.

Como premissa fundamental, revela-se indispensável a definição do objeto que será licitado sob essa modalidade especial. Para isso, a Administração Pública precisará realizar criteriosa avaliação quanto aos seguintes aspectos: qual o eventual problema precisa ser resolvido; de forma pragmática(12) e consequencialista(13), quais os resultados a Administração Pública espera alcançar; naturalmente com o esperado rigor técnico, precisará refletir e indicar os potenciais desafios tecnológicos a serem superados; e, pensar nas diferentes formas para a solução do problema.

Revela-se coerente, portanto, a dispensa da descrição pela Administração Pública do prévio mapeamento da solução e suas especificações, na forma do art. 13, §1º, da LC nº 182/2021. Isto porque, como exposto, o objetivo não reside na identificação da solução – muitas vezes extremamente técnica, complexa e, por consequência, de difícil mensuração –, mas sim na apresentação da causa raiz do problema e sobretudo nos resultados esperados.

A despeito de os critérios específicos de julgamento das propostas venham a ser objetivamente indicados no edital do certame, as hipóteses do §4º do art. 13 da LC nº 182/2021(14) reforçam que o fim pretendido com a utilização desta modalidade especial será o potencial de resolução do problema, bem como a viabilidade e a maturidade do modelo de negócio da solução proposta.

Adicionalmente, alguns aspectos formais são importantes acerca desta modalidade especial de licitação, tais como: (i) a divulgação do edital (art. 13, §2º); (ii) a formação da comissão julgadora (art. 13, §3º); (iii) a seleção das propostas (art. 13, §6º); (iv) a habilitação (art. 13, §7º) e garantia das propostas (art. 13, §8º); assim como, (v) a negociação das propostas (art. 13, §§9º e 10). A seguir serão apresentados comentários sobre tais aspectos.

O edital de licitação deverá ser divulgado com antecedência mínima de trinta dias corridos, até a data prevista para o recebimento das propostas, em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitação ou mantido pelo ente público licitante; e, no diário oficial do ente federativo. O mencionado prazo disciplinado pela LC nº 182/2021 se afigura razoável, já que o objeto da licitação contemplará, invariavelmente, circunstâncias complexas subjacentes ao ambiente tecnológico e inovador.

A comissão julgadora deverá ser integrada por, no mínimo, três pessoas de reputação ilibada e reconhe-

cido conhecimento no assunto, dentre as quais: uma precisa ser servidor integrante do órgão ou entidade contratante; e, outra deverá ser professor de instituição pública de educação superior na área relacionada ao tema – tal exigência parece indicar a preocupação com a seleção da proposta que, verdadeiramente, resolverá o problema enfrentado pela Administração Pública, muitas vezes sendo necessário um profundo olhar técnico-científico por parte de um especialista na matéria.

A seleção realizada pela comissão julgadora poderá resultar na escolha de mais de uma proposta para fins da celebração do contrato – isto é, no CPSI –, desde que tal circunstância esteja delimitada no edital do certame e, mais que isso, seja antes justificada no processo de licitação sobretudo do ponto de vista técnico e econômico-financeiro.

A habilitação dos proponentes ocorrerá sob a lógica da inversão de fases, ou seja, será avaliada a documentação apenas no momento posterior à fase de julgamento das propostas, e daquele(s) que ao final seja(m) efetivamente selecionado(s).

Importante pontuar que haverá a possibilidade da dispensa no todo, ou em parte(15), da documentação de habilitação e prestação de garantia para a contratação – aqui também vale pontuar: contanto que exista legítima justificativa no processo licitatório que ampare esta decisão; bem como previsão editalícia, definindo quais documentos serão dispensados, garantindo ampla transparência a todos os interessados.

Após a fase de julgamento das propostas, a Administração Pública poderá, em sendo o caso, negociar com o(s) selecionados(s) as condições econômicas mais vantajosas para a Administração Pública, bem como os critérios de remuneração, como por exemplo se: (i) o preço será fixo ou admitirá remuneração variável de incentivo; (ii) admitirá reembolso de custos sem remuneração adicional; ou, (iii) concederá reembolso de custos com remuneração variável (ou fixa) de incentivo.

Em que pese possível manter negociações, especificamente para delimitar os ajustes contratuais sobre as condições de remuneração do(s) licitante(s) selecionado(s), relevante o registro destas negociações no processo de licitação, sobretudo as justificativas apresentadas pelas autoridades do órgão ou entidade competentes. Com isso, pretende-se garantir maior transparência, e ainda evitar críticas quanto a indesejados favorecimentos.

Por fim, encerrada as fases de julgamento e negociação, possível que o preço se mantenha em patamar superior à estimativa delimitada originalmente no certame, principalmente pela dificuldade de precificar a solução inovadora desconhecida, dotada quase sempre de alta carga de complexidade tecnológica e variáveis diversas.

A aceitação do preço superior deve ser acompanhada da justificativa pautada no custo-benefício da proposta, e que ela, de fato, seja superior em termos de inovações, redução de prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação. Além disso, é fundamental observar o valor máximo estabelecido como limite orçamentário para os fins da contratação.

3.2. Rito da contratação: o contrato público para solução inovadora (CPSI) e o contrato de fornecimento

No presente subitem serão abordados o rito dos contratos dispostos nos arts. 14 e 15 da LC nº 182/2021, respectivamente, o contrato público para solução inovadora (CPSI) e o contrato de fornecimento.

Após a homologação do resultado da licitação, a Administração Pública celebrará com o(s) proponente(s) selecionado(s) o CPSI, que permitirá o início da fase de testes da solução inovadora, com vigência contratual limitada ao prazo de 12 (doze) meses, prorrogável, por mais um período de até 12 (doze) meses.

Em outras palavras, a Administração Pública, por intermédio do CPSI, poderá contratar solução inovadora, com o objetivo de aferir sua viabilidade prática, tratando desta experimentação em conjunto com o agente privado. Portanto, serão fornecidos os insights e o direcionamento do seu problema, bem como os resultados esperados pela Administração Pública futura contratante da solução inovadora, para que de fato tal solução seja capaz de gerar eficiência e reduza os gargalos da gestão pública.

De acordo com o art. 14, §1º, da LC nº 182/2021, o CPSI deverá conter algumas cláusulas mínimas(16), que serão adaptadas em razão da customização da solução inovadora contratada e da realidade do problema do órgão ou entidade contratante.

Com fundamento no art. 14, §2º, da LC nº 182/2021, o valor máximo a ser pago por contratado, no âmbito do CPSI, será de R$ 1.600.000,00 (um mi-

lhão e seiscentos mil reais)(17), sem prejuízo da possibilidade de previsão de valores inferiores no edital, dependendo da natureza e extensão do problema da Administração Pública que precisa ser resolvido.

Admitindo-se a hipótese de que o teste da solução inovadora pode não trazer os resultados esperados, sobretudo ante a complexidade e o risco tecnológico envolvidos, e ao mesmo tempo, não sendo possível a Administração Pública se escusar de realizar o pagamento das atividades desenvolvidas pelo particular, alguns mecanismos importantes foram disciplinados nos §§4º a 8º do art. 14 da LC nº 182/2021, tais como: (i) pagamentos proporcionais aos trabalhos executados; (ii) rescisão antecipada do CPSI, em sendo comprovada a inviabilidade técnica ou econômica da solução; (iii) pagamentos por etapas, permitindo estabelecer critérios distintos para cada uma delas; (iv) como regra, pagamento ao final dos trabalhos – salvo, desde que justificado expressamente, e como meio de assegurar recursos financeiros para a primeira etapa do projeto, pagamento de uma parcela antes do início da sua execução.

No entanto, caso haja o pagamento antecipado na hipótese do item (iv) acima, e ocorra a inexecução, sem qualquer justificativa legítima, a Administração Pública deverá determinar a devolução do valor antecipado, bem como realizar as glosas necessárias nos pagamentos subsequentes, se houver.

Com o encerramento do CPSI, a Administração Pública pode celebrar o contrato com a mesma contratada (contrato de fornecimento), sem a necessidade de realização de novo procedimento de licitação, na forma do art. 15 da LC nº 182/2021, desde que o fornecimento do produto, processo ou solução sejam resultantes do CPSI ou a solução seja integrada à infraestrutura tecnológica ou processo de trabalho da Administração Pública.

Ressalte-se que o contrato de fornecimento não poderá ser celebrado com mais de um contratado. Em consequência, quando houver pluralidade de contratados no CPSI, deverá ser firmado o contrato de fornecimento com aquele que, justificadamente, apresentar a melhor solução para atendimento das demandas públicas, observada a relação custo-benefício e as dimensões de qualidade e preço.

Será contratado, portanto, aquele que tenha uma solução inovadora já experimentada na prática que constitua a alternativa mais eficiente para resolver o problema vivenciado pela Administração Pública.

O contrato de fornecimento, comparado com o CPSI, possui vigência mais longa – prazo de 24 (vinte e quatro) meses, prorrogável por mais um período de até 24 (vinte e quatro) meses –, e valores mais robustos – cinco vezes o valor máximo definido para o CPSI.

O valor limite do contrato de fornecimento deverá ser mantido nas eventuais prorrogações, admitindo-se a sua superação por ocasião do reajuste de preços e dos acréscimos indicados no art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993 e art. 125 da Lei 14.133/2021 (art. 15, §3º, da LC nº 182/2021 e 189 da Lei 14.133/2021).

3.3. Interface com a Lei nº 14.133/2021: breves considerações sobre o PMI, o diálogo competitivo e a contratação integrada

Para maior compreensão dos instrumentos jurídicos de licitação e contratação, aptos a potencializar a aquisição de soluções inovadoras responsáveis por gerar maior eficiência à Administração Pública, oportuno conferir destaque também ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), ao diálogo competitivo e à contratação integrada. Ressalte-se que todos estes instrumentos foram tipificados na Lei nº 14.133/2021 (NLLC) e guardam estreita relação com o incentivo à inovação na forma do art. 11, sendo este, inclusive, um dos objetivos do processo licitatório.

De acordo com o art. 78, III, da NLLC, o PMI constitui procedimento auxiliar das licitações e contratações administrativas, sendo possível a Administração Pública solicitar à iniciativa privada, por meio de edital de chamamento público e mediante processo aberto de manifestação de interesse: "estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública". Portanto, trata-se de procedimento que promoverá interação entre a Administração Pública e o particular, antes mesmo da licitação e sem a garantia que ela ocorrerá(18).

O referido procedimento auxiliar poderá ser restrito a startups qualificadas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, dedicando-se a "serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação" e sejam capazes de atender as necessidades da Administração Pública, na forma do art. 81, §4º, da NLLC.

Infere-se a função regulatória do citado dispositivo legal, consistindo a sua finalidade no incentivo: (i)

do desenvolvimento de empresas *startups*, com qualificação atribuída nos termos da lei; e, (ii) da inovação desenvolvida a partir de soluções tecnológicas, de forma a gerar maior eficiência ao setor público.

Frise-se que, antes da promulgação da NLLC, o PMI já era utilizado por exemplo, nas concessões de serviços públicos (art. 21 da Lei nº 8.987/1995(19) e art. 3º, da Lei nº 11.079/2004(20)) e nas contratações realizadas por empresas estatais (art. 31, §4º, da Lei nº 13.303/2016(21)).

Já em relação ao diálogo competitivo, verifica-se a sua incorporação ao direito brasileiro, sob a influência da destacada experiência europeia. A respeito da experiência europeia, o "considerando" 42 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho estabelece:

> Os Estados-Membros deverão poder prever o recurso ao procedimento concorrencial com negociação ou ao diálogo concorrencial nas situações em que um concurso aberto ou limitado sem negociação não seja passível de gerar resultados satisfatórios na ótica da contratação pública. Importa recordar que o recurso ao diálogo concorrencial aumentou significativamente, em termos de valores dos contratos, nos últimos anos. Revelou-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados(22).

O diálogo competitivo foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 14.133/2021 (NLLC) como nova modalidade de licitação.

Na referida modalidade de licitação, a Administração Pública pode realizar "diálogos com os licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos", com a pretensão de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender a necessidade pública, na forma do art. 6º, XLII, da NLLC,

A utilização do diálogo competitivo está restrita às contratações que tenham por objeto (art. 32, I, da NLLC): a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de Administração Pública ter as suas necessidades atendidas com soluções disponíveis no mercado; e, c) impossibilidade de especificação técnica ser definida com precisão.

O diálogo competitivo é dividido em três etapas(23): a) pré-seleção: seleção prévia dos interessados que participarão da licitação, na forma dos critérios objetivos identificados no primeiro edital; b) diálogo: identificação da solução que melhor atende as necessidades da Administração e diálogo com os pré-selecionados para definição do objeto a ser contratado; e c) competição: publicação do segundo edital, com a especificação da solução escolhida, os critérios objetivos para definição da proposta mais vantajosa, apresentação das propostas pelos licitantes e a definição, ao final, do vencedor que celebrará o contrato com a Administração Pública.

Mencione-se, ainda, a contratação integrada(24) que constitui regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável pela elaboração dos projetos básico e executivo; execução das obras e serviços de engenharia; fornecimento de bens ou prestação de serviços especiais; e realização da montagem, teste, pré-operação e das demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (arts. 6º, XXXI, e 46, V, da NLLC).

Trata-se de situação excepcional que permite a realização da licitação para contratação de obras e serviços de engenharia sem que exista a prévia elaboração do projeto básico, mas apenas a elaboração do anteprojeto que é a peça técnica que apresenta todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, com elementos técnicos que permitam a caracterização da obra ou do serviço e a elaboração e comparação, de forma isonômica, das propostas a serem ofertadas pelos particulares (arts. 6.º, XXIV, e 46, § 2º, da NLLC).

A contratação integrada tem sido utilizada, por exemplo, para contratações de obras e serviços de engenharia que demandam soluções inovadoras que não conseguem ser definidas pela Administração Pública, em razão da escassez de tempo e/ou de expertise técnica. Abre-se o caminho, nesse caso, para utilização do referido regime de contratação para imputar ao particular, que possui conhecimentos técnicos e novas tecnologias, a responsabilidade da elaboração dos projetos e das soluções inovadoras, assumindo os riscos da contratação(25).

Verifica-se, em resumo, que no âmbito da NLLC, a Administração Pública também poderá se valer de

instrumentos alternativos para aquisição de soluções inovadoras, a exemplo do PMI, do diálogo competitivo e da contratação integrada, gerando maior eficiência à gestão pública(26).

4. DESAFIOS DA INOVAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como é possível verificar nos tópicos antecedentes deste estudo, revela-se inexorável a maior robustez e o amadurecimento normativo em torno do incentivo à contratação e experimentação de inovação no setor público. No entanto, existem, ainda, muitos desafios pela frente, em especial o receio que os gestores públicos possuem quanto aos riscos e às inseguranças na instrumentalização das novas tecnologias.

Em avaliação do Banco Interamericano de Desenvolvimento, realizada em conjunto com o Tribunal de Contas da União: o "Brasil é um dos países de maior potencial em inovação" mas, por outro lado, "as soluções não têm conseguido chegar ao setor público". Como um dos motivos para a referida constatação, destacou-se que a "percepção de risco em relação aos órgãos de controle é identificada como um entrave para gestores públicos nas compras de inovação"(27).

A aversão ao risco(28) e o "medo" do novo, que muitas vezes prepondera no campo da Administração Pública, podem ainda ser considerados sob a perspectiva de uma externalidade negativa, que acaba cerceando "qualquer solução heterodoxa do agente público que apresente cunho inovador". Nesse contexto, restam incentivados "comportamentos conservadores e formalistas na Administração Pública, ainda que não coincidam com o melhor atendimento do interesse público(29)."

Importante pontuar, por outro lado, que o pragmatismo jurídico(30) tem adquirido maior relevância na prática contemporânea das atividades desenvolvidas no seio da Administração Pública. A influência do pragmatismo jurídico pode ser verificada, por exemplo, no art. 22 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei nº 13.655/2018, que exige a consideração dos obstáculos e das dificuldades reais do gestor na interpretação de normas sobre gestão pública(31).

Este cenário pode ser apontado como o retrato do princípio da realidade(32), de modo que a convivência social deve ser aquela que leva em consideração o que ocorreu, ocorra ou efetivamente possa ocorrer.

É preciso reconhecer que a realidade da gestão pública pode ser afetada por fatores diversos, imprevisíveis ou previsíveis, mas com efeitos não calculáveis. Trata-se de medida recomendável, portanto, a realização de testes e experimentos com o objetivo de incorporar experiências que sejam verdadeiramente inovadoras, tendentes a gerar maior eficiência e alcance de melhores resultados.

A intensificação da experimentação do Estado, voltada à acomodação de postura institucional equilibrada e flexível, em decorrência do universo volátil e cada vez mais inovador, é bem retratada na lição de Paulo Modesto:

> Na sociedade complexa e dinâmica em que vivemos, a adaptação da regulação a novos modelos de prestação de serviços é inevitavelmente incremental, isto é, realizada por pequenas e sucessivas mudanças, mas igualmente pragmática, apoiada em diagnóstico e observação de experiências concretas. O experimentalismo pode ser incentivado e controlado, como nos programas de sandbox, ou decorrer da própria aplicação de normas gerais flexíveis a partir de análise de evidências e estudos empíricos e estatísticos. *Simplificar hoje também é experimentar novas regulações e selecionar casos de diferenciação regulatória controlada como ensaio para novas reformas normativas.* A Administração Pública não pode amar o passado, como canta Belchior, pois o novo sempre vem e as aparências não enganam mais(33).

Se houver receio de errar, a zona de conforto, inevitavelmente, será o espaço mais atraente, em decorrência da potencial atribuição de responsabilidade ao gestor público nas mais diversas instâncias de controle. Assim, dificilmente se estimulará, na gestão pública, condutas que possam resultar em resultados diferentes daqueles já conhecidos e que não são, necessariamente, revestidos com a eficiência esperada pela sociedade.

Em consequência, o eventual erro decorrente de práticas experimentais, adotadas de forma planejada e controlada, não deve ser confundido com a improbidade administrativa e não deve gerar uma atuação punitivista da Administração Pública em relação ao gestor público de boa-fé(34).

5. CONCLUSÃO

É preciso reconhecer que, tradicionalmente, as contratações públicas são realizadas com o objetivo de en-

contrar soluções prontas, consolidadas e com preços estabelecidos, pensando, predominantemente, em parâmetros de economicidade, segurança e lisura.

Todavia, conforme demonstrado ao longo do presente estudo, é possível concluir que o CPSI e o contrato de fornecimento, assim como o PMI, o diálogo competitivo e a contratação integrada, refletem importantes instrumentos jurídicos disciplinados, respectivamente, na LC nº 182/2021 e na NLLC, que podem incentivar maior inovação e eficiência na solução dos problemas enfrentados pelo setor público. Trata-se de uma verdadeira mudança de paradigma no campo das licitações e contratações realizadas pela Administração Pública.

Em síntese, os referidos instrumentos jurídicos conferem maior espaço à consensualidade e à experimentação, abrindo caminho para intensificação das contratações de soluções inovadoras setor público.

A intensificação e a consolidação das contratações públicas de soluções inovadoras dependem da mudança cultural na Administração Pública, especialmente para se afastar a visão punitivista e avessa aos erros administrativos dos órgãos de controle.

Não é possível admitir que o erro eventualmente ocorrido a partir da experimentação e na legítima tentativa de obtenção de bons resultados seja suficiente para condenar o gestor público de boa-fé.

É fundamental, portanto, admitir que o erro faz parte do processo de construção de novas soluções e não pode ser confundido com a prática de ilícitos, inclusive improbidade administrativa.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; CARMO, Thiago Gomes do. Administração Pública experimental: licitação e contratação de soluções inovadoras. **Boletim Governet de Licitações e Contratos**, ISSN 1809-6646, Curitiba, ano 19, n. 217, maio 2023, p. 412

Notas

(1) BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias; tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

(2) Sobre o espaço jurídico global: CASSESE, Sabino. **La Globalización Jurídica**. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006.

(3) Sobre a interconexão em rede: CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: Globalização Econômica e Instituições Políticas na Era da Informação. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

(4) A pós-modernidade é marcada pela incredulidade com os discursos metafísicos, que se apoiam em verdades absolutas, atemporais e universais. Registre-se, contudo, a inexistência de consenso sobre o atual estágio de evolução da sociedade e da ciência: modernidade ou pós-modernidade. Sobre o tema, vide, por exemplo: LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009. Destaca-se a crítica de Gilles Lipovetsky ao afirmar que o narcisismo, marcado pelo processo de personalização interessada apenas em si, caracteriza a sociedade pós-moderna. De acordo com o autor: "A burocracia, a proliferação das imagens, as ideologias terapêuticas, o culto ao consumismo, as transformações da família, a educação permissiva engendraram uma estrutura de personalidade, o narcisismo, indo a par com as relações humanas cada vez mais bárbaras e conflituosas. Os indivíduos se tornaram mais sociáveis e cooperativos apenas aparentemente; por trás da tela do hedonismo e da solicitude, cada um explora cinicamente os sentimentos dos outros e satisfaz seus próprios interesses sem a menor preocupação com as gerações futuras". LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Barueri: Manole, 2005, p. 49-50.

(5) Sobre a disrupção no campo do direito, Bruno Feigelson destaca que: "Para compreender a disrupção no campo do Direito ou, em outras palavras, o Direito Disruptivo, fundamental é observar que a expressão se refere aos reflexos jurídicos de um período de mudanças muito intensas nas sociedades. De modo que se a revolução industrial foi um marco para o fim do feudalismo e início da primeira era industrial, a criação da internet é um marco do fim das primeiras eras industriais e início da era da informação ou da era industrial 4.0. Tais transformações impactam a sociedade humana em termos econômicos, sociais e até biopsicológicos e, por consequência, ensejam profundas reflexões em todas as áreas do Direito. Com o surgimento da internet, no auge da guerra fria e, sobretudo, a partir do World Wide Web, em 1992, pelo cientista Tim Berners-Lee, os hábitos humanos foram alterados de forma significativa. No entanto, foi a partir da disseminação do acesso à internet e do desenvolvimento de determinados aparatos tecnológicos, - com especial ênfase à proliferação do uso dos *smarthphones* - que essas modificações no cotidiano passaram a impactar substancialmente modelos econômicos mais tradicionais." FEIGELSON, Bruno. Sandbox: o futuro da regulação. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e--novas-tecnologias/sandbox-o-futuro-da-regulacao-15012018>. Acesso em 03 de janeiro de 2023.

(6) De acordo com Egon Bockman: "Talvez a grande vantagem em se fazer previsões resida na mais absoluta irresponsabilidade do profeta. Prever significa antecipar o que ainda não aconteceu. Traz consigo o exercício da adivinhação; a arte de predizer o futuro, naturalmente incerto. MOREIRA, Egon Bockman. **Cinco cogitações irresponsáveis sobre o futuro da advocacia**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/cinco-cogitacoes-irresponsaveis-sobre-o-futuro-da-advocacia>. Acesso em 03 de janeiro de 2023.

(7) O paternalismo estatal (**Nanny State** ou "Estado Babá"), ocasionado pelo excesso de intervenção estatal na economia e pela infantilização da sociedade, por meio de uma redução significativa da autonomia dos indivíduos. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. São Paulo: Método, 2015, p. 180-181.

(8) Para Paulo Modesto: "A experimentação opera em pequena escala e visa a favorecer o aprendizado fatual e incremental, a descoberta das variáveis relevantes e a coleta de informações antes da decisão regulatória geral ou a generalização de práticas bem sucedidas. Experimentação envolve análise controlada de erros e acertos, a descoberta da dose certa de disciplina normativa, o que não se faz sem 'teste de necessidade' e avaliação de impacto regulatório (prospectivo e retrospectivo). No setor público essa avaliação também pode ser acompanhada pela suspensão de determinadas exigências regulamentares e, eventualmente, até exigências legais (se a lei o permitir), durante certo tempo e para um conjunto limitado de serviços, que passam a ser regidos por normas alternativas (a exemplo do mecanismo denominado 'direito ao desafio', previsto no direito português pelo Decreto-Lei nº 126/2019). MODESTO, Paulo. Direito Administrativo da experimentação: uma introdução. **Consultor Jurídico** (CONJUR). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao>. Acesso em 03 de janeiro de 2023.

(9) Sobre o tema, ver: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; CARMO, Thiago Gomes do. Estado Consensual e os desafios da inovação: *Sandbox* regulatório como instrumento de experimentalismo controlado. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 20, n. 76, p. 167-189, jan./mar. 2022.

(10) Segundo Richard Thaler e Cass R. Sunstein, dentre os princípios básicos da boa arquitetura de escolhas, os incentivos devem ser utilizados pelos "arquitetos sensatos" na projeção dos seus sistemas. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: O empurrão para a escolha certa: Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

(11) Registre-se que as contratações públicas representam cerca de 12% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro por ano. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro/economia-assina-acordo-em-contratacoes-publicas-com-agencia-americana-de-comercio-e-desenvolvimento>. Acesso em 04 de janeiro de 2023.

(12) Para melhor compreensão do pragmatismo e como pode ser considerado como instrumento idôneo no processo de interpretação do ordenamento jurídico, ver: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de Impacto Regulatório e Pragmatismo Jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 14, nº 01, p. 463-480, 2021.

(13) A visão consequencialista foi incorporada, por exemplo, no art. 20 da LINDB, incluído pela Lei nº 13.655/2018: "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão."

ARTIGOS E PARECERES

(14) "Art. 13 (...). § 4º Os critérios para julgamento das propostas deverão considerar, sem prejuízo de outros definidos no edital: I - o potencial de resolução do problema pela solução proposta e, se for o caso, da provável economia para a administração pública; II - o grau de desenvolvimento da solução proposta; III - a viabilidade e a maturidade do modelo de negócio da solução; IV - a viabilidade econômica da proposta, considerados os recursos financeiros disponíveis para a celebração dos contratos; e V - a demonstração comparativa de custo e benefício da proposta em relação às opções funcionalmente equivalentes.

(15) O art. 13, §8º, da LC nº 182/2021 não dispensa da apresentação da documentação prevista no art. 195, §3º, da CRFB, que dispõe: "A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios."

(16) "Art. 14 (...). § 1º O CPSI deverá conter, entre outras cláusulas: I - as metas a serem atingidas para que seja possível a validação do êxito da solução inovadora e a metodologia para a sua aferição; II - a forma e a periodicidade da entrega à administração pública de relatórios de andamento da execução contratual, que servirão de instrumento de monitoramento, e do relatório final a ser entregue pela contratada após a conclusão da última etapa ou meta do projeto; III - a matriz de riscos entre as partes, incluídos os riscos referentes a caso fortuito, força maior, risco tecnológico, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IV - a definição da titularidade dos direitos de propriedade intelectual das criações resultantes do CPSI; e V - a participação nos resultados de sua exploração, assegurados às partes os direitos de exploração comercial, de licenciamento e de transferência da tecnologia de que são titulares."

(17) Em consonância com a realidade de cada empresa estatal, o respectivo Conselho de Administração, com fundamento no §2º, do art. 14 da LC nº 182/2021, poderá estabelecer no seu regulamento valor diferente do limite previsto para o CPSI.

(18) De acordo com Alexandre Aragão: "Por meio do PMI, a Administração Pública, ao expor suas demandas, recebe estudos, levantamentos e projetos que, uma vez aprovados pelo crivo da Administração contratante, poderão ser empreendidos concretamente. Trata-se de 'importante instrumento de que a Administração Pública pode valer-se, facultativamente, para suprir a sua insuficiência de conhecimento técnico, indispensável para a estruturação de grandes empreendimentos'. Neste caso, todavia, a Administração Pública, reconhecendo a sua limitada **expertise**, consulta particulares previamente à abertura da licitação — que poderá ocorrer ou não — para que este elabore uma solução viável aos interesses estatais. Ao contrário do que ocorre na nova modalidade licitatória, no PMI o diálogo entre Administração e particulares ocorre antes mesmo da abertura de qualquer certame, que, a depender de um juízo de conveniência e oportunidade da Administração, pode até mesmo não ocorrer." ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set/dez 2021, p. 62 e 63.

(19) Lei nº 8.987/1995: "Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital."

(20) Lei nº 11.079/2004: "Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995."

(21) Lei nº 13.303/2016 "Art. 31 (...). § 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas."

(22) UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/24/2022-01-01>. Acesso em 06 de janeiro de 2023.

(23) OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 202.

(24) A contratação integrada já era prevista, por exemplo, na Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC) que, em seu art. 9º, I, permitia a sua utilização para objetos que envolvessem inovação tecnológica ou técnica. De forma semelhante, a contratação integrada também é prevista no art. 43, VI, da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) que permite a sua utilização quando "a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado."

(25) NLLC: "Art. 22 (...) § 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos."

(26) De acordo com Alexandre Aragão: O diálogo competitivo é, portanto, uma nova modalidade licitatória prevista pela Lei nº 14.133/2021 que, em prestígio à crescente tendência da consensualização e participação dos particulares nas decisões administrativas, busca promover, no âmbito do próprio procedimento licitatório, uma negociação entre poder público e particulares com vistas a uma construção conjunta da solução técnica mais adequada para um objeto contratual especialmente complexo e inovador. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set/dez 2021, p. 64.

(27) PAIVA, Letícia. Gestores públicos temem tomar riscos em compras de inovação, diz estudo do BID. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/gestores-publicos-temem-tomar-riscos-em-compras-de-inovacao-diz-estudo-do-bid-29092021>. Acesso em 07 de janeiro de 2023.

(28) Para Paulo Modesto: "A aversão ao risco, natural do comportamento humano, encontra reforço nos gestores públicos, que se movimentam em ambiente de controle multiportas. O controle dos gestores públicos é marcado pela complexidade de órgãos dispersos em poderes distintos, que frequentemente divergem entre si e adotam lógicas particulares de compreensão da própria legislação vigente. A expectativa de rígida atuação do controle, o risco de punição severa em caso de mínimo erro na atuação do gestor, incentiva a cautela, a manutenção de rotinas e desincentiva o experimentalismo. O 'apagão das canetas' é a primeira resposta ao agravamento do risco para a decisão administrativa, mas tem custos sociais e econômicos severos. Talvez a criação de espaços normativos de quebra consentida da uniformidade e a aplicação de mecanismos experimentais normativamente autorizados, em caráter temporário e limitado, seja a chave para incentivar a inovação nos modos de atuação do gestor público". MODESTO, Paulo. **Direito Administrativo da experimentação: uma introdução**. Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao>. Acesso em 08 de janeiro de 2023.

(29) OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do "quanto mais controle, melhor" na Administração Pública, **Zênite Fácil**, categoria Doutrina, 07 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2023.

(30) Para melhor compreensão do pragmatismo jurídico e como pode ser considerado como instrumento idôneo no processo de interpretação do ordenamento jurídico, ver: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de Impacto Regulatório e Pragmatismo Jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 14, nº 01, pp. 463-480, 2021.

(31) Segundo Eduardo Jordão, o princípio da realidade, retratado no art. 22 da LINDB, merece lugar de destaque justamente porque um dos seus maiores objetivos consiste em "gerar empatia, por parte do controlador, com a situação e as vicissitudes do gestor". É preciso admitir que "está claramente subjacente ao dispositivo o raciocínio de que há um número considerável de gestores bem intencionados", os quais, por vezes, "podem até adotar medidas que não correspondam àquelas preferidas pelos controladores", contudo, se as medidas forem razoáveis "eles merecem alguma proteção do direito. JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 73. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77650>. Acesso em 08 de janeiro de 2023.

(32) De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "O princípio da realidade prescreve a coerência entre a realidade e o direito: como uma disciplina de comportamentos interpessoais, que se apresentam como fatos reais da convivência social, deve ser consequente com o que efetivamente ocorreu, ocorra ou possa ocorrer. Assim, na manifestação de vontade, o sujeito deve ser real, como reais deverão ser necessariamente: o motivo de agir, o objeto da ação e o seu resultado." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte**, ano 11, nº 45, p. 13-37, jul./set. 2011, p. 22.

(33) MODESTO, Paulo. Simplificação administrativa e experimentação. **Consultor Jurídico** (CONJUR). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-28/interesse-publico-simplificacao-administrativa-experimentacao>. Acesso em 09 de janeiro de 2023.

(34) Importante pontuar, nesse ponto, que as profundas alterações realizadas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), pretenderam reduzir o grau de subjetividade por parte dos diversos órgãos de controle, conferindo, em tese, maior segurança jurídica ao gestor público no exercício legítimo da sua função.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set/dez 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias; tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

CASSESE, Sabino. **La Globalización Jurídica**. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: Globalização Econômica e Instituições Políticas na Era da Informação. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

FEIGELSON, Bruno. Sandbox: o futuro da regulação. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/sandbox-o-futuro-da-regulacao-15012018>. Acesso em 03 de janeiro de 2023.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, p. 73. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77650>. Acesso em 08 de janeiro de 2023.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Barueri: Manole, 2005.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MODESTO, Paulo. Direito Administrativo da experimentação: uma introdução. **Consultor Jurídico** (CONJUR). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito--administrativo-experimentacao-introducao>. Acesso em 03 de janeiro de 2023.

_____. Simplificação administrativa e experimentação. **Consultor Jurídico** (CONJUR). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-28/interesse-publico-simplificacao-administrativa-experimentacao>. Acesso em 09 de janeiro de 2023.

MOREIRA, Egon Bockman. **Cinco cogitações irresponsáveis sobre o futuro da advocacia**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/cinco--cogitacoes-irresponsaveis-sobre-o-futuro-da-advocacia>. Acesso em 03 de janeiro de 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte**, ano 11, nº 45, p. 13-37, jul./set. 2011, p. 22

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____. Análise de Impacto Regulatório e Pragmatismo Jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 14, nº 01, p. 463-480, 2021.

_____. **Novo perfil da regulação estatal**: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. São Paulo: Método, 2015.

_____. A Releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011.

_____; HALPERN, Erick. O mito do "quanto mais controle, melhor" na Administração Pública, **Zênite Fácil**, categoria Doutrina, 07 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2023.

_____; CARMO, Thiago Gomes do. Estado Consensual e os desafios da inovação: **Sandbox** regulatório como instrumento de experimentalismo controlado. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 20, n. 76, p. 167-189, jan./mar. 2022.

PAIVA, Letícia. Gestores públicos temem tomar riscos em compras de inovação, diz estudo do BID. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/gestores-publicos--temem-tomar-riscos-em-compras-de-inovacao-diz-estudo-do-bid-29092021>. Acesso em 07 de janeiro de 2023.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: O empurrão para a escolha certa: Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Artigos e Pareceres

A CONTRAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO UTILIZANDO O PROCEDIMENTO AUXILIAR DE CREDENCIAMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 14.133/21

Bruno Henrique Gomes Barbosa

Advogado. Consultor. Parecerista. OAB/MG 170.170. Contabilista. Assessor. Parecerista. CRC MG 093.822/O-9. Sócio Administrador da empresa Gomes Assessoria Contábil Ltda. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Pitágoras. Pós-graduado em MBA em Gestão de Contas Públicas pela Estácio de Sá. Pós-graduado em Contabilidade Pública e Auditoria pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Pós-graduando em Auditoria em Organizações do Setor Púbico pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Graduando em Ciências Contábeis pela Universidade Pitágoras Unopar.

RESUMO: O artigo trata sobre a contratação por inexigibilidade de licitação utilizando o instituto jurídico do credenciamento. A publicação da Nova Lei de Licitações - Lei 14.133/21 - gerou uma alta expectativa de modernização nos processos de contratação pública. O legislador optou por replicar muitos conceitos, práticas e posicionamentos já previstos em normas até então vigentes ou consolidados na doutrina e na jurisprudência. Assim, o artigo pretendeu trazer com detalhes a tratativa da Lei 14.133/21 com relação a contratação por inexigibilidade de licitação utilizando o procedimento auxiliar de credenciamento. O objetivo do artigo é abordar o instituto jurídico de credenciamento considerando a sua viabilidade e os requisitos para a sua efetivação, demonstrando de maneira clara que o seu fundamento realmente está na inviabilidade de competição.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Contratação. Inexigibilidade. Credenciamento. Inviabilidade de Competição.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a licitação, tendo como delimitação a contratação direta por inexigibilidade de licitação, utilizando-se o instituto jurídico do credenciamento, demonstrando de maneira clara o seu fundamento na inviabilidade de competição.

A Administração Pública teve um novo marco legal com a edição e publicação no Brasil da Lei 14.133, de 01 de abril de 2021, mais conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A nova lei veio em substituição às Leis nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), 10.520/2002 (Lei do Pregão) e 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC), além transformar em norma temas consolidados na doutrina e na jurisprudência.

Na nova norma, assim como na antiga, há previsão da possibilidade de contratação direta sem licitação, que pode ocorrer por meio da dispensa ou inexigibilidade de licitação. Dentro das hipóteses de inexigibilidade na Lei 14.133/2021 está o procedimento auxiliar de credenciamento, instituto jurídico que permite a administração pública convocar uma pluralidade de interessados para prestar serviços ou fornecer bens, apenas com o preenchimento de requisitos pré-definidos, sem qualquer restrição de competição.

O credenciamento é um instituto já utilizado com base na construção doutrinária e jurisprudencial. Agora positivado na Lei 14.133/202, deve ser bastante explorado pela administração pública.

2. LICITAÇÃO

Inicialmente, destaca-se que as contratações diretas na administração pública têm sido objeto de estudos relevantes, discussões calorosas e decisões jurídicas norteadoras sobre tão importante temática. Nesse sentido, o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação, ressalvadas as exceções previstas em lei (BRASIL, 1988).

Vejamos o que nos diz o art. 37, XXI, da Constituição Federal:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contra-

> tados 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.

Nota-se que a licitação é a regra no direito brasileiro, quando se trata da contratação pela Administração Pública. Contudo o legislador admitiu a possibilidade de casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando, assim, a administração pública a celebrar contratações diretas, hipóteses que se configuram exceção a regra.

A licitação é considerada um mecanismo utilizado pela Administração Pública em observância à legislação, "é pela licitação, que a Administração Pública abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta" (DI PIETRO, 2012, p. 371).

No que se refere a obrigatoriedade da Administração Pública em realizar o processo licitatório, Baltar Neto e Torres (2020) fazem uma comparação para fins de compreensão desse processo. Os autores explicam que uma pessoa, ao decidir realizar uma compra importante, realiza um planejamento, mesmo que de forma intuitiva e não intencional, antes de efetivar a compra. Esse processo também é adotado pela Administração Pública, com a utilização de etapas definidas e procedimentos formais, tudo tendo como fim uma determinada contratação. O intuito é a escolha da melhor oferta.

2.1 Aspectos conceituais

Em linhas gerais, a licitação nada mais é do que uma série de atos jurídicos realizados de uma forma ordenada, atos esses que darão início ao chamado "procedimento licitatório". Esse procedimento é o caminho com que os particulares podem oferecer os seus serviços para a Administração Pública, por meio de uma competição a ser realizada entre eles, de forma isonômica, para que a Administração possa realizar a sua escolha. Todo o procedimento/processo licitatório é descrito em lei.

Cabe destacar que a Administração Pública não pode fazer essa escolha de forma discricionária:

> O procedimento de licitação reduz drasticamente a liberdade de escolha do administrador. Por regra, o resultado final não decorre de critério decisório subjetivo. Vence a licitação a proposta que se configurar como a mais satisfatória segundo critérios objetivos. Isso significa que, ainda que se mudassem os julgadores, a decisão adotada na última fase teria de ser a mesma. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 546).

Como destacado pelo autor, o critério decisório não é subjetivo, mas sim objetivo. Isso se deve ao princípio da impessoalidade, que determina que a Administração deve observar em suas decisões critérios objetivos já estabelecidos previamente.

A impessoalidade é definida por Di Pietro (2019, p. 136) "Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento".

Em uma perspectiva doutrinária para a conceituação de licitação, Neto e Torres (2020, p. 275) a definem como um procedimento de seleção "por meio do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato." Em seu conceito, os autores apontam a competitividade, trazendo a ideia de disputa entre os concorrentes, o que, de fato, ocorre, mas sempre com respeito à isonomia. Essa "disputa" é essencial para a existência da licitação.

Por sua vez, Rafael Carvalho Oliveira (2019, p. 591) define licitação como sendo o "processo administrativo utilizado pela Administração Pública [...], com o objetivo de garantir a isonomia, selecionar a melhor proposta e promover o desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais". O autor traz uma característica interessante: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável que é alcançada com o respeito aos princípios da Administração e demais princípios aplicáveis à licitação.

Já o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação visa […]

> proporcionar às entidades governamentais a possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendem de realizar com os particulares. (1980, p. 158). Nesse norte, a realização da licitação é, em regra, conditio sine qua non

> para a consecução da contratação pública. Com efeito, é preciso que a Administração obtenha a proposta mais vantajosa ao interesse público e, ainda, conceda a todos os interessados igualdade de condições. (Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Edição Patrimônio Público (Em Defesa do Patrimônio Público), 2014.)

Percebe-se que não há divergência doutrinária a respeito da definição de licitação, todos os autores trazem um conceito semelhante, tendo em vista se tratar de um conceito legal. Compreendida a definição, importante esclarecer que o objeto da licitação são as obras, serviços, inclusive os de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública quando contratados com terceiros (NETO; TORRES, 2020).

Por fim, o objetivo da licitação são quatro, de acordo com a Lei 14.133/21: obter a proposta mais vantajosa, evitar sobrepreço, preços exequíveis e superfaturamento, alcançar tratamento isonômico, e proporcionar inovação e desenvolvimento nacional sustentável.

No que se refere à proposta mais vantajosa, Bordalo (2021) explica que não se trata da proposta mais barata, pois o que é mais barato pode não ser a melhor opção. Chega-se à conclusão de que algo é vantajoso a partir da análise de vários aspectos, como o ciclo de vida do objeto da licitação, por exemplo.

O objetivo de evitar sobrepreço busca evitar que a Administração contrate produtos e serviços com superfaturamento ou preço inexequível. O tratamento isonômico visa "promover a justa competição [...] é o desdobramento do princípio da impessoalidade". (BORDALO, 2021, p. 23).

> Por fim, o último objetivo, já mencionado anteriormente, possui relevante importância social, pois, de acordo com Bordalo (2021), faz com que o certame beneficie certos setores sociais, por exemplo. Nóbrega (2019, p. 373) aponta que "para a regulação da economia, tendo em vista o fomento do mercado nacional, a promoção da sustentabilidade, inclusive no emprego, com redução da processualidade e em consonância com a realização de uma política anticorrupção nos contratos públicos".
>
> A licitação é prevista na legislação, a lei mais recente sobre a matéria é a 14.133 de 2021, que será compreendida com mais detalhes a seguir.

2.2 A Lei 14.133/21- NLLC

Existem vários marcos legislativos para a licitação. Durante quase três décadas vigorou no ordenamento jurídico a lei 8.666 de 1993, conhecida como lei de licitações. Já no dia 1° de abril de 2021 entrou em vigor a Lei 14.133/2021, que veio para substituir a antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), bem como a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC).

Joel de Menezes Niebuhr (2020, p. 13), a partir de uma análise crítica, aponta que:

> O projeto aprovado está muito longe do ideal, a Administração Pública merecia algo melhor, especialmente depois de décadas sofrendo nas mãos da Lei n. 8.666/1993. Há avanços pontuais, entretanto o projeto reproduz a mesma gênese excessivamente burocrática, excessivamente formalista e excessivamente desconfiada da Lei n. 8.666/1993. Esse é o maior pecado de um projeto que caiu na armadilha burocrática de tratar tudo em pormenor, de engessar e amarrar, de exigir punhados de justificativas para qualquer coisa, documentos e mais documentos, até para compras simples e usuais.

Assim, existem muitas críticas e elogios para a nova legislação. Grande parte dos críticos apontam a falta de novidades procedimentais, afirmando mudanças pouco significativas. Fato é que a legislação é semelhante a anterior, com poucas mudanças, mas é na prática que será possível visualizar a efetividade ou não dessa nova legislação.

Estabeleceu-se na lei 14.133 de 2021 um prazo de dois anos de transição entre a antiga e a nova legislação, embora a nova lei já esteja em vigor. Dentro desse prazo, a Administração Pública Direta e Indireta poderá optar pela aplicação da lei 8.666/93 ou 14.133/21, exceto no que se refere aos crimes licitatórios, parte essa que substituirá de imediato as regras anteriores. Findado o prazo de transição, só será juridicamente válida a mais recente lei.

Esse lapso temporal de 2 anos é importante para que a própria Administração adeque os seus procedimentos internos, e tome conhecimento mais aprofundado sobre o novo regramento. Assim, a princípio, "supõe-se que neste intervalo a Administração faça os estudos necessários sobre a nova lei, adapte os seus

processos internos, qualifique os seus servidores e passe a aplicar o novo regime" (NIEBUHR, 2020, p. 08).

Com o fim desse período de transição, várias licitações terão se iniciado sob a legislação anterior, e assim permanecerão até a sua finalização. Ou seja, com o fim do período estabelecido, não há troca de regime jurídico, em respeito à segurança jurídica.

A nova lei de licitações e contratações apresenta natureza de norma geral, de acordo com o disposto no artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal. Portanto, se aplica às Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes federativos, bem como aos órgãos do poder legislativo e judiciário quando exercerem função administrativa.

3 CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO

A regra geral, para a Administração Pública, é que, previamente a celebração de contratos administrativos, seja realizada a licitação, com fundamento no princípio da indisponibilidade do interesse público.

No entanto, como já destacado, a Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI, da mesma maneira que institui como regra a prática do trâmite licitatório para que a administração contrate com particulares, também abre espaço para exceções, nas quais devem ocorrer por legislações específicas.

> As exceções são denominadas de contratação direta e trazidas pela Lei 14.133 de 2021, em seu artigo 74 e seguintes, onde são denominadas inexigibilidade e dispensa de licitação.
>
> No tocante a distinção entre dispensa e inexigibilidade o ilustre doutrinador Adilson Abreu Dallari (2003, p.46) aduz que "os casos de inexigibilidade são aqueles em que, logicamente não existe a possibilidade de licitação. Os casos de dispensa são aqueles em que, havendo a possibilidade de licitação, uma circunstância relevante autoriza a discriminação".
>
> Importante frisar a diferença existente entre a livre eleição do contratante por parte da Administração, e a contratação direta. Na primeira hipótese há o uso da discricionariedade, ao passo que na segunda há a faculdade conferida legalmente à Administração em hipóteses específicas.

Logo, a inexigibilidade é modalidade de contratação sem que o ente governamental precise realizar o processo licitatório comum, situação esta que possibilita a contratação direta. Na dispensa há competitividade, mas por motivos previstos convenientes, a legislação autoriza a contratação direta, ao passo que na inexigibilidade não há a impossibilidade de competição. Em qualquer caso, é obrigatória a motivação.

3.1 Da inexigibilidade de licitação na Lei 14.133 de 2021

Para que ocorra a inexigibilidade da licitação, é necessário que a Administração Pública constate que o principal pressuposto necessário para a ocorrência da licitação é inviável: a competição entre os interessados.

Excepcionalmente, em situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme artigo 74 da Lei 14.133 de 2021, "Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição", os seus incisos trazem as hipóteses de inexigibilidade. Senão vejamos:

> Art. 74 [...]
>
> I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;
>
> II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;
>
> III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (BRASIL, 2021).

É necessário destacar que a nova legislação (Lei 14.133/21) não é inovadora sob o ponto de vista material, pois traz, basicamente, as mesmas disposições da legislação anterior. O principal ponto de distinção, dentro do contexto da inexigibilidade, foi o aumento do rol de hipóteses exemplificativas que caracterizam a inviabilidade da competição.

Alexandrino e Paulo (2017, p. 753) explica que "há inexigibilidade quando a licitação é juridicamente impossível. A impossibilidade jurídica de licitar decorre da impossibilidade de competição, em razão da inexistência de pluralidade de potenciais proponentes". Assim, para que exista a licitação, deve haver concorrência, ou seja, mais de um interessado, oferecendo

margem de escolha para a Administração Pública, quando não há a concorrência entre os interessados, não tem como haver a licitação.

Conforme os ensinamentos de Pereira Júnior (1997, p. 194), a concorrência é essencial na licitação: "A competitividade é da essência da licitação, seguindo-se ser esta exigível sempre que presente a possibilidade daquela; licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição".

Assim, em uma situação de inviabilidade de competição, "a inexigibilidade de licitação é uma consequência necessária ao atendimento do interesse público contratual, motivo pelo qual pode ser compreendido como vinculado ao ato decisório de não realização da licitação" (BALTAR NETO; TORRES, 2020, p. 303). Logo, assim como a licitação busca atender ao interesse público, a inexigibilidade também busca atender ao mesmo interesse.

Assim, em linhas gerais, existe a impossibilidade da licitação pois o objeto que atende à necessidade da Administração Pública somente pode ser realizado por um único profissional, sem margem de escolha, por isso a situação recai na inviabilidade de licitação.

A respeito disso:

> Assim, se a administração precisa contratar um serviço tão específico que somente seja prestado por uma determinada empresa (no mundo inteiro, no Brasil ou em determinada região, dependendo do âmbito da licitação e do valor de seu objeto), é evidente que terá que celebrar o ajuste diretamente com tal empresa, pois não há como cogitar disputa ou melhor oferta nesse caso. Esse exemplo se aplica à aquisição de bens singulares, como um quadro específico de um determinado pintor ou a arma que foi utilizada por Getúlio Vargas ao suicidar-se, à prestação de serviços de natureza singular por profissionais de notória especialização, como a elaboração de um parecer por um renomado jurista em um caso particularmente complexo etc. (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 754).

Como explicado pelos autores, no caso se surgir a necessidade de contratação com uma única pessoa específica, devido as particularidades do objeto/serviço, não é coerente se exigir o processo licitatório.

Justen Filho (2016) aponta quatro razões fundamentais que justificam a inexigibilidade: ausência de pluralidade de alternativas; ausência de "mercado concorrencial"; impossibilidade de julgamento objetivo; e ausência de definição objetiva.

Todo processo de inexigibilidade deve ocorrer de forma clara, propiciando as informações corretas que justifiquem a adoção da inexigibilidade de licitação, pois se assim não o for, pode haver confusão com a contratação direta, por exemplo. Ainda, pode haver a responsabilização do agente público que inexigir licitação sem fundamento legal:

> Agente público que dispensar ou inexigir licitação sem fundamentação legal ou deixar de observar as formalidades pertinentes, ou aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o Poder Público, sujeita-se à pena de três a cinco anos de detenção e multa, sem prejuízo de outras cominações legais (BRASIL, 2010, p. 579).

Portanto, como destacado, a adoção do processo de inexigibilidade, com a efetiva contratação, sem que os pressupostos legais tenham sido comprovados, pode ensejar responsabilidade penal.

3.2 O procedimento auxiliar de credenciamento como hipótese de contratação direta

Nas hipóteses de contratação direta existentes hoje no ordenamento jurídico brasileiro, a inexigibilidade representa uma melhor aderência frente às necessidades da Administração. O art. 25 da Lei n° 8.666/1993 apresenta, de modo exemplificativo, o rol de hipóteses em que a licitação é inviável em função da ausência de competição (SARAI, 2021), vejamos:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
>
> I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
>
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 1º desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória

> especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
>
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (BRASIL, 1993) (grifos nossos).

A inexigibilidade nasce, para além dos exemplos citados na legislação, da realidade fática do cotidiano da Administração (GASPARINI, 2003). É a natureza da demanda da Administração, combinada com a disponibilidade das soluções passíveis de atendê-la, que determinam uma hipótese de inviabilidade de competição, incumbindo os agentes administrativos de caracterizá-la da forma mais exata possível para comprovar que o uso da licitação não solucionaria tais necessidades (SARAI, 2021).

Nieburh (2015) aponta para a independência de autorização legal para todas as hipóteses imagináveis de inexigibilidade, uma vez que ocorre em todas as 38 situações comprovadas de inviabilidade de competição. Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) opina que uma licitação inexigível ocorre

> sempre que se possa detectar uma induvidosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput. (DE MELLO, 2005, p. 567) (grifos nossos)

Torres (2021) complementa tal entendimento ao concluir que a competição inviável não ocorre apenas em situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento de sua justificativa, ou seja, o interesse público.

A visão tradicional de inexigibilidade de licitação é orientada pela singularidade do bem, serviço, material ou do fornecedor, como titula Meirelles (2016). Nessa situação, a disputa não ocorre, pois o objeto não pode ser reduzido a padrões objetivos de descrição e julgamento, ou seja, é indiferente de definição, comparação e competição por critérios objetivos.

Noutro sentido está a adoção do credenciamento, que se legitima, para alcançar o interesse público, na disponibilidade e aptidão de todos, ou de grande parte, dos fornecedores para contratarem com a Administração (BITTENCOURT, 2020) (MOTTA, 2008). Assim, o instituto do credenciamento surge, no sistema de compras públicas brasileiro, fundamentado na hipótese de contratação direta de inexigibilidade de licitação, mais precisamente no caput do art. 25 da Lei n°. 8.666/1993.

Ainda que a LGL não trouxesse, em seus dispositivos, a previsão de credenciamento, a ausência de instrumentos normativos em torno das suas hipóteses de aplicação não desvalidava sua existência (NIEBURH, 2015), já que é originado da questão fática das situações de inexigibilidade de licitação. Assim, o autor entende que o credenciamento

> é espécie de cadastro em que se inserem todos os interessados em prestar certos tipos de serviços, conforme regras de habilitação e 39 remuneração prefixadas pela própria Administração Pública. Todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo, haja vista que, pela natureza do serviço, não há relação de exclusão, isto é, o serviço a ser contratado não precisa ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos. (NIEBURH, 2015, p. 196). (grifos nossos)

Com a publicação da Lei n°. 14.133/2021, a nova lei de licitação e contratos administrativos, foi suprida a lacuna de uma legislação geral de compras púbicas que versasse sobre o instituto do credenciamento, passando a constar em seus dispositivos:

> Art. 6° Para os fins desta Lei, consideram-se:
>
> [...]
>
> XLIII - credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados;
>
> [...]
>
> Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
>
> [...]
>
> IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

[...]

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

I - credenciamento;

[...]

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV - na hipótese do inciso III do caput deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital. (BRASIL, 2021).

Cabe destaque, nesse ponto, à consolidação do conceito de credenciamento (art. 6°, XLIII); seu entendimento enquanto procedimento auxiliar (art. 78, I); e que as contratações dele derivadas tratam-se de inexigibilidades de licitação (art. 74, IV). Percebe-se por esses pontos que, de forma geral, as disposições foram embasadas nas experiências práticas, doutrina, leis estaduais e jurisprudências que já pautavam a Administração, o que também fica evidente ao analisar as três hipóteses de aplicação do credenciamento trazidas pela nova lei (art. 79): paralela e não excludente (I); com seleção a critério de terceiros (II); e em mercados fluidos (III).

Na hipótese do inciso I do art. 79, paralela e não excludente, pressupõe-se a inexistência de disputa direta e de relação de exclusão entre os fornecedores, haja vista que a Administração contratará todos os interessados aptos a fornecer a ela. Nesses contextos, quando o interesse público e o objeto não permitirem a contratação simultânea de todos os credenciados é preciso adotar critérios objetivos de distribuição de demanda, sendo comum a utilização do sorteio ou respeito à ordem sequencial de credenciamento, resguardando a ausência de interferência do gestor público na escolha e a isonomia na contratação (TORRES, 2021).

A hipótese de seleção a critérios de terceiros do inciso II, do art. 79, ocorre quando o agente público estabelece como critérios para a contratação dos fornecedores, que a escolha do prestador do serviço será feita pelo beneficiário direto do serviço. Em credenciamentos enquadrados nessa hipótese, a igualdade de condições garantidas pela escolha do terceiro não significa uma distribuição idêntica de contratações para todos os prestadores, visto que um fornecedor poderá ser mais requisitado que o outro em virtude de parâmetros subjetivos do usuário, havendo a possibilidade de um fornecedor ser acessado com maior frequência pelo usuário.

Ambas as hipóteses acima mencionadas são menos estranhas ao gestor público e ao mercado fornecedor, visto que há várias situações fáticas já implementadas e analisadas pela doutrina e jurisprudência. Assim, resta avaliar a alternativa elencada no inciso III, do referido artigo, entendida como uma das inovações trazidas pelo novo diploma legal. Ela reside na legalização de um desenho contratual sem a prévia definição de preços (SARAI, 2021, p. 850), o que, quando se observa os parâmetros tradicionais do credenciamento, marca um diferencial importante, uma vez que a fixação de valores a serem pagos pela Administração

era uma das perspectivas que fundamentava e respondia à inviabilidade de competição.

O inciso em questão traz conceito pouco utilizado nas compras públicas, o de mercado fluido, que segundo Torres (2021), corresponde ao contexto de preços dinâmicos, também chamados de preços em tempo real ou preços algoritmos, flexíveis e variáveis com base na demanda, oferta, preço da concorrência, preços de produtos substitutos ou complementares. Nesse tipo de aplicação, os preços serão estabelecidos em tempo real, considerando as múltiplas variáveis para sua definição, e é essa condição um dos aspectos que torna sua aplicação desafiadora, nos dizeres de Sarai (2021), pois o gestor deverá compreender os fatores que contribuem para essa flutuação dos preços no mercado. Desse modo, Torres (2021) pontua que, para a devida comprovação do valor da contratação, a Administração deve registrar, quando surge a demanda, os preços de mercado, observando elementos fáticos, como economicidade e opções que melhor atendem à atividade administrativa a ser realizada.

Pelo exposto, o sistema de credenciamento, quando utilizado à luz dos ditames legais e assegurando, principalmente, o tratamento isonômico na prestação dos serviços, viabiliza uma melhor qualidade dos serviços, bem como um menor preço para a Administração (MOTTA, 2006). E por essa perspectiva, tem-se, em uma primeira análise, que o instituto do credenciamento se alinha ao conceito de eficiência.

CONCLUSÃO

O foco do presente estudo foi a inexigibilidade de licitação. Para que ocorra a inexigibilidade da licitação, é necessário que a Administração Pública constate que o principal pressuposto necessário para a ocorrência da licitação é inviável: a competição entre os interessados.

Apesar de não consistirem novidade em si, os procedimentos classificados pela Lei 14.133/21 como "auxiliares às licitações e contratações" serão, efetivamente, novidade para a prática da imensa maioria das organizações públicas. Mostra-se fundamental, portanto, que problemas detectados no passado, sob a égide de um regime jurídico revogado, não sejam transpostos para o futuro, construído a partir da nova Lei.

O instituto jurídico do credenciamento encontra amparo na nova lei nº 14.133/2021, como uma hipótese de inexigibilidade de licitação, sendo o mesmo já amplamente aceito, utilizado e experimentado pela administração pública. Com a publicação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n° 14.133/2021, o instituto se legitimou como procedimento auxiliar da contratação pública, subsidiando futuras contratações por inexigibilidade de licitação, essas fundamentadas na inviabilidade de competição.

BARBOSA, Bruno Henrique Gomes. A contração direta sem licitação utilizando o procedimento auxiliar de credenciamento sob a égide da Lei 14.133/21. **Boletim Governet de Licitações e Contratos**, ISSN 1809-6646, Curitiba, ano 19, n. 217, maio 2023, p. 422

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BITTENCOURT, Sidney. **Contratando sem Licitação**: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

BORDALO, Rodrigo. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**: principais mudanças. Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 jan. 2023.

BRASIL. Lei 14.133 de 2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884. Acesso em 20 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. Ed. Brasília: TCU, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Roberto Freiras. Contratação de artistas por inexigibilidade de licitação: cautelas e pressupostos legais. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins**. Ano XIV, n° 19, 2021, pp. 162-177.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

NIEBURH, Joel Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. Zênite Editora, 2020.

Artigos e Pareceres

NÓBREGA, Theresa. A nova lei de licitações no Brasil: a licitação diante das transições legislativas. **Revista da AGU**, Brasília, v. 18, n. 2, p. 349-376, abr./jun. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

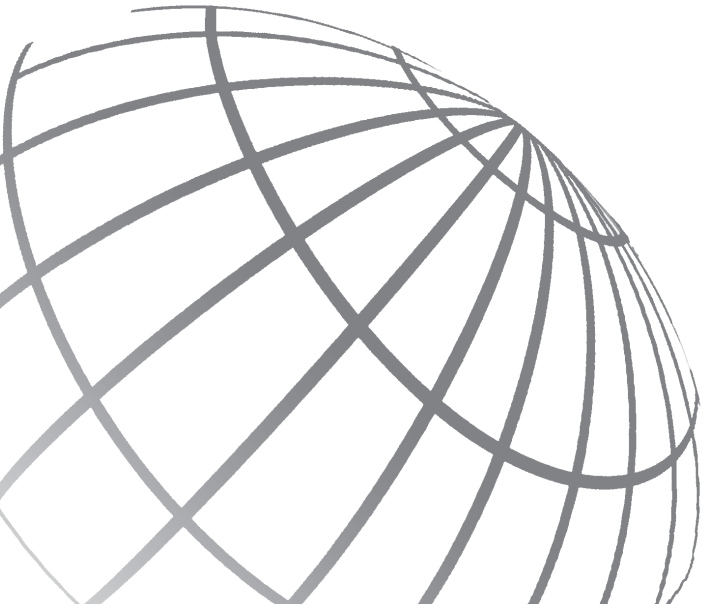
ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Erich Nonato. **Inexigibilidade de Licitações na Contratação de Artistas**, Uma Visão Prática. Belo Horizonte: Amazon Editora, 2019.

SARAI, Leandro (org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos**: lei 14.133/21 comentada por advogados públicos. São Paulo: Juspodivm, 2021. 536 p.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. São Paulo: Juspodivm, 2021.

Decisões dos Tribunais



DECISÕES DOS TRIBUNAIS

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

É VEDADA A PROPOSTA DE PREÇO COM TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA EM LICITAÇÃO DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE BENEFÍCIO ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO

GRUPO I – CLASSE VII– Plenário
TC-007.906/2022-6
Natureza: Representação.
Entidades: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE) e Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM PREGÃO PRESENCIAL CONJUNTO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, INTERMEDIAÇÃO E FORNECIMENTO DE BENEFÍCIO ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO AOS COLABORADORES DAS ENTIDADES. PREVISÃO DE DESEMPATE DAS PROPOSTAS DAS LICITANTES BASEADA EM VOTAÇÃO A SER REALIZADA ENTRE OS EMPREGADOS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO OBJETIVO E DETALHADO NO EDITAL DO CERTAME. PREVISÃO DE PRAZO IRRAZOÁVEL PARA A CONTRATADA APRESENTAR REDE DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS. CONHECIMENTO E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. RECOMENDAÇÃO E CIÊNCIA DA OCORRÊNCIA.

RELATÓRIO

Cuidam os autos da Representação formulada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A, com pedido de medida cautelar, acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Presencial Conjunto (PPC) 1/2022, conduzido pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE), e pelo Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE).

2. O objeto do referido certame consiste na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores do sistema Federação das Indústrias do Estado de Pernambuco – FIEPE (Senai/PE, Sesi/PE, FIEPE, IEL/PE e CIEPE), por créditos mensais, cumulativos, nos cartões eletrônicos de alimentação e refeição, que possibilitem a aquisição de gêneros alimentícios **in natura** e refeições prontas mediante rede de estabelecimentos credenciados (peça 2, p. 1).

3. De acordo com o instrumento convocatório, o critério de julgamento foi o de "menor taxa de administração". O contrato a ser firmado foi planejado para viger por período de 12 meses, prorrogável até 60 meses (peça 2, p. 27), com valor estimado anual de R$ 11.883.405,60 (peça 2, p. 4).

4. Aberta a sessão pública em 4/5/2022 (peça 2, p. 1, e peça 11, p. 3) e homologado o certame em 17/5/2022 (peça 27, p. 893), não foram encontradas informações referentes à possível contratação decorrente do certame nos sítios eletrônicos das entidades (Senai/PE e Sesi/PE).

5. A antiga Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), atual Auditoria de Contratações (AudContratações), empreendeu o exame técnico da matéria por meio da instrução inserta à peça 53, que reproduzo em parte e com ajustes de forma:

> "1. A representante alegou, em suma, que (peça 1):
>
> a) o item 4.17 do Termo de Referência (TR) do edital do certame (abaixo transcrito – peça 2, p. 23 – grifos originais), ao indicar em rol taxativo de quais empresas deverão ser credenciadas, direciona o certame àquelas redes listadas, além de citar rede que já encerrou suas atividades no país (Uber Eats, conforme notícia em https://www.gazetadopovo.com.br/bomgourmet/negocios-e--franquias/uber-eats-encerra-brasil-o-que-muda/):
>
> > '**4.17.** **Acesso a aplicativo de delivery**
> >
> > **4.17.1.** A empresa a ser CONTRATADA deverá comprovar, quando da assinatura do contrato, que possui convênio para pagamento em **site** (página da **internet**) ou por aplicativos mobile em, no mínimo, 03 (três) empresas de refeições prontas e produtos alimentícios **in natura** (delivery) constante nas principais plataformas (Ifood, Uber Eats, 99food, Rappi, etc)'.
>
> b) a escolha ou preferência por determinadas marcas afronta a Lei de Licitações e, por via reflexa, impõe a apresentação de compromisso de tercei-

ros alheios à disputa, contrariando os princípios da isonomia e da competitividade, os arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai (RLC), abaixo transcrito, e a jurisprudência de tribunais de contas, inclusive sumulada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP): Súmula 15 - 'Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa':

> 'Art. 2º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o SESI [ou SENAI] e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.'

c) há risco de que nenhuma empresa do setor consiga garantir a manutenção durante toda a vigência contratual (até 60 meses) da exigência de rede nominalmente exigida no edital, posto que o encerramento das atividades dessas empresas da rede independe da vontade da contratada, o que ensejaria penalidade por descumprimento contratual caso uma das empresas citadas no item 4.17 do TR decida encerrar suas atividades;

d) o edital deve prever exigências realmente necessárias, a teor da disposição contida no inc. I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993 e da doutrina, constatando-se a desnecessidade e irrelevância e o caráter restritivo da exigência em tela, vez que há redes de supermercados e hipermercados completamente capazes de prestarem os serviços;

e) os [sub]itens 4.10 e 4.11 do TR do edital (abaixo transcritos, mantidos os grifos originais do edital à peça 2, p. 23) preveem prazo irrazoável para o grande quantitativo exigido (2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão, entre outras exigências – peça 2, p. 22), direcionando o resultado da licitação apenas para as empresas que atendem à entidade atualmente e impondo custos excessivos e desnecessários às licitantes antes mesmo de serem consagradas vencedoras:

> '4.10. A CONTRATADA deverá apresentar o Catálogo de Credenciados, **no momento da assinatura do contrato**, sendo este constante de uma relação com razão social, nome fantasia, endereço, CNPJ e telefones, dos estabelecimentos comerciais legalmente estabelecidos dentre padarias, lanchonetes, restaurantes, supermercados e hipermercados, informando **separadamente** os estabelecimentos que recebem o cartão ALIMENTAÇÃO e REFEIÇÃO, conforme quantitativos mínimos descritos neste Termo de Referência.
>
> 4.11. Caso a proponente não disponha de rede credenciada com o quantitativo mínimo estipulado, terá um prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, após a assinatura do contrato para apresentação da rede credenciada por completo.'

f) ainda que determinados atos possam ser praticados com certa margem de discricionariedade, devem respeitar os princípios regentes, sendo no presente caso exigível o atendimento aos princípios da razoabilidade e da isonomia, a teor da jurisprudência predominante do TCU no sentido de que a exigência da apresentação da rede credenciada deve ocorrer na fase de contratação, com prazo razoável para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição, de modo a conciliar a necessidade da adequada prestação do serviço licitado com a fixação de requisitos que possibilitem competitividade (Acórdãos 842/2010- TCU-Plenário, relator ministro José Múcio; 7.083/2010-TCU-2ª Câmara, relator ministro[-substituto] André de Carvalho; e 587/2009-TCU-Plenário, relator ministro Benjamin Zymler);

g) a necessidade de prazo razoável para o credenciamento dos estabelecimentos requeridos em edital também é pacificada nos tribunais de contas, a exemplo dos pronunciamentos do TCE/SP citados à peça 1, p. 18-19, sendo patente a necessidade de dilação do prazo, sugerindo-se ao menos o prazo de 30 dias após a assinatura do contrato;

h) outro ponto a ser impugnado no edital é a previsão de critério de desempate subjetivo por votação entre os funcionários, constante do item 8.4 e seus subitens (transcritos abaixo – peça 2, p. 11 - grifos do representante);

> '8.4. Tendo em vista a participação financeira compartilhada das Instituições que compõem o Sistema FIEPE e seus colaboradores no custo do valor do vale alimentação e refeição em decorrência de cláusula específica – sétima – do acordo coletivo de trabalho vigente, firmado entre o SESI/PE, SENAI/PE, IEL/PE e o SENALBA/PE, e em decorrência de cláusula específica – sexta – do acordo coletivo de trabalho vigente, firmado

Decisões dos Tribunais

entre a FIEPE e o SINTESPE, **verificada a igualdade de taxas de administração entre duas ou mais propostas, ou seja, o empate entre as propostas, o desempate se dará através de sufrágio realizado pelo Sistema FIEPE entre os funcionários ativos beneficiários dos serviços**.

8.4.1. **Para fins de realização do referido sufrágio, poderão votar os funcionários que, no período de realização da votação, não estiverem de férias ou afastados por licenças, sejam elas remuneradas ou não.**

8.4.2. **O sufrágio será realizado através da ferramenta Google Forms**, cujo link contendo o formulário de votação será disponibilizado pela Gerência de Pesquisa e Prospectiva do SENAI/PE à Unidade Compartilhada de Gestão de Pessoas do Sistema FIEPE - UCGP.

8.4.3. O Sistema FIEPE, por intermédio da UCGP, convocará seus funcionários para participar da votação através dos seus e-mails institucionais, concedendo o prazo de 5 (cinco) dias úteis para registrar o voto.

8.4.4. O resultado da votação será divulgado em sessão pública, para a qual as licitantes serão convocadas.

8.4.5. Para que o resultado seja considerado válido, a votação deverá contar, em primeira convocação, com a participação de, no mínimo, 70% (setenta por cento) dos funcionários convocados.

8.4.6. Caso seja verificado no momento de abertura do resultado, em sessão pública, que não foi alcançado o quórum mínimo disposto no item 8.4.5, o Sistema FIEPE poderá realizar nova chamada para votação, concedendo um novo prazo de 3 (três) dias úteis, a contar da data sessão pública, para registro do voto, ou utilizar o critério de desempate estabelecido no item 8.4.7.

8.4.6.1. Se for realizada segunda convocação para votação, o resultado será divulgado em sessão pública, para a qual as licitantes serão convocadas.

8.4.6.2. Na hipótese de abertura do resultado da segunda convocação, se verificado que não foi possível alcançar o quórum mínimo pretendido, exigido no item 8.4.5, o resultado será considerado válido se for alcançado o quórum mínimo de 60% (sessenta por cento) dos funcionários votantes.

8.4.7. Caso não seja possível alcançar o quórum mínimo estabelecido no item 8.4.6.2, a classificação se fará por sorteio, na mesma sessão pública referenciada no item 8.4.6.1.'

i) os critérios de desempate devem ser objetivos, a exemplo do sorteio previsto no § 2º do art. 45 da Lei 8.666/1993, sendo o critério adotado pelo Sesi/Senai-PE favorável à atual contratada, conhecida pelos funcionários das entidades;

j) a falta de critérios objetivos no julgamento das propostas afronta os princípios previstos no art. 2º do RLC (transcrito na letra 'b' **supra**); e

k) faz-se necessária medida cautelar suspensiva do certame, vez que há indícios suficientes de verossimilhança nas ilegalidades apontadas (fundadas e documentadas) e urgência no pronunciamento dessa Corte (data da sessão marcada para 4/5/2022), retificando-se o edital para constar que a rede nominal é apenas exemplificativa, para ampliar o prazo de comprovação da rede credenciada (sugerindo-se o mínimo de 30 dias) e para prever um critério de desempate objetivo.

2. Em instrução inicial (peça 13), foi verificado o preenchimento dos requisitos de admissibilidade da Representação, foi constatada a ausência de informações para análise do pressuposto do perigo da demora reverso para eventual concessão de cautelar e foi ponderado que a recente vedação da taxa administrativa negativa suscita maior atenção dos certames pertinentes e que a existência de duas impugnações ao edital (peças 9 e 12) por empresas que terminaram não participando do certame afetava a competitividade.

3. Foi proposta, então, na citada instrução, oitiva prévia do Senai/PE e Sesi/PE e diligência a essas entidades, na forma transcrita a seguir. O relator do feito despachou de forma concordante (peça 15), acrescendo basicamente determinação para realizar a oitiva da licitante eventualmente já adjudicatária, o que foi atendido (peça 24):

> '22.2. realizar a **oitiva prévia** dos Departamentos Regionais de Pernambuco do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/PE) e do Serviço Social da Indústria (Sesi/PE), com fulcro no art. 276, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, para que, no prazo de **cinco dias úteis**, se pronuncie, referente ao Pregão Presencial Conjunto 1/2022, acerca da existência dos pressupostos da medida cautelar pleiteada e acerca dos indícios de irregularidade indicados nesta instrução, em especial quanto aos seguintes tópicos:

a) não concessão de prazo maior e gradual nos itens 4.10 e 4.11 do TR do edital, considerando inclusive a situação anterior de menor quantita-

tivo de estabelecimentos credenciados do que a quantidade exigida no certame e a possibilidade de longo prazo contratual (até 60 meses), em potencial prejuízo à competividade do certame, ferindo o disposto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos;

b) fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários, em vez de critério mais simples, objetivo e diretamente voltado à 'promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador', a teor do art. 3º, inc. III, da MP 1.108/2022;

c) demais informações que julgar necessárias; e

d) designação formal de interlocutor que conheça da matéria para dirimir eventuais dúvidas, informando nome, função/cargo, e-mail e telefone de contato;

22.3. **diligenciar** o Senai/PE e o Sesi/PE, com fundamento nos artigos 157 e 187 do Regimento Interno deste Tribunal, para que, no prazo de **cinco dias úteis**, encaminhe cópia dos seguintes documentos e/ou esclarecimentos, relativos ao Pregão Presencial Conjunto 1/2022:

a) ata da sessão pública e demais documentos produzidos sobre o certame a partir daquela sessão;

b) garantias existentes de lisura no sufrágio a ser utilizado como critério de desempate das propostas, a exemplo de um funcionário não poder votar mais de uma vez, pessoas não funcionárias não consigam votar e a contabilização seja isenta e não permita manipulação do resultado;

c) esclarecer se: i) estão cobertos contratualmente, com razoável vigência, pelo serviço a ser contratado nessa licitação encaminhando cópia os documentos comprobatórios (contratos e respectivos termos aditivos); ii) caso haja a possibilidade de manutenção do contrato com a atual prestadora dos serviços (anterior aos mencionados pregões eletrônicos), se as condições dessa contratação seriam melhores (menor preço e atendimento satisfatório) do que aquelas que se estão em vias de contratar, encaminhando os documentos comprobatórios; e iii) se houve mudança quantitativa ou qualitativa do objeto desse contrato e do desse pregão presencial;

d) estudos técnicos preliminares a justificar a exigência do quantitativo (no mínimo três) de convênio com **sites** ou aplicativos - constante do item 4.17.1 do termo de referência -, mostrando quantas empresas teriam condições de atender a essa exigência, comparando com a possível ampliação de empresas aptas se esse número fosse diminuído para um ou dois **sites** ou aplicativos; e

e) demais informações que julgar necessárias; e

22.4. **encaminhar** cópia da presente instrução ao Sesi/PE e Senai/PE, de maneira a embasar as respostas à oitiva prévia.'

4. Concluída a análise das manifestações encaminhadas (peças 27 a 29), a Selog propôs, em nova instrução (peça 34, p. 6), indeferir a medida cautelar, observada a impossibilidade de prorrogação contratual e os prejuízos que adviriam com eventual determinação cautelar suspensiva da formalização ou execução contratual.

5. Quanto às alegações de irregularidades, em relação à não concessão de prazo maior e gradual nos itens 4.10 e 4.11 do TR do edital (dez dias úteis da assinatura do contrato), considerando a situação anterior de menor quantitativo de estabelecimentos credenciados (1.500 para cada tipo de cartão, mencionada no item 4.3.1 do TR à peça 2, p. 22) e a possibilidade de longo prazo contratual (até 60 meses, conforme peça 2, p. 27), concluiu-se pela parcial procedência (peça 34, p. 7-8), observada a possibilidade de decurso de cinco dias úteis para assinatura, além dos dez dias úteis concedidos para complementação da rede, [uma vez] que o prazo mínimo mais provável da vencedora seria de 21 dias corridos.

6. Todavia foi ressalvado (peça 34, p. 7) que os termos dispostos no Acórdão 6.082/2016-TCU-1ª Câmara, relator Ministro[-Subistituto] Weder de Oliveira, defendidos pelas entidades, não poderiam ser aplicados ao caso concreto, no sentido de que não seria desarrazoado demandar a apresentação da cobertura da rede credenciada logo que encerrada a classificação, por ser esperado que as interessadas já possuam amplitude de atuação capaz de atender de imediato a exigência, além de o edital fixar o prazo de dez dias úteis para comprovar o atendimento.

7. Isso porque, apesar de o prazo discutido no mencionado julgado (treze dias úteis) ser até um pouco menor do que o do presente caso (quinze dias úteis), haveria diferenças nos quantitativos exigidos para a rede credenciada (2.000 para cada tipo de cartão no novo certame), além do porte das cidades pernambucanas e paulistas, que denotariam competitividades distintas.

8. Ademais, considerando a pesquisa utilizada pelas entidades na fase de planejamento da li-

Decisões dos Tribunais

citação (peça 34, p. 8), depreende-se que apenas três empresas atenderiam às exigências quantitativas no prazo estipulado, o que poderia suscitar prazo maior para o cumprimento da cobertura completa exigida, particularmente diante da possibilidade de prorrogações contratuais sucessivas até 60 meses.

9. Em que pese as ressalvas expostas na instrução inicial, concluiu-se (peça 34, p. 8) no sentido de que a limitação temporal dada pela impossibilidade de prorrogação do contrato então vigente restringiu, na prática, as possibilidades de atuação das entidades, devendo-se ter como suficiente o prazo fixado, nas circunstâncias daquela limitação, sem prejuízo de se verificar a oportunidade de proposta de ciência quando da análise meritória.

10. Em relação à fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários, a unidade técnica considerou a necessidade de construção participativa por parte das instâncias nacionais do Sesi e do Senac, tendo em vista a necessidade de busca de uma solução mais sistêmica, frente à vedação de taxas administrativas negativas prevista na MP 1.108/2022 (peça 34, p. 9). O entendimento da unidade técnica foi o seguinte:

'11. Ainda que o critério de desempate mediante sufrágio tenha obtido sucesso e assegurada imparcialidade e celeridade no presente caso, haverá sempre o risco de assim não ocorrer nas hipóteses, por exemplo, de falta de participação dos funcionários, conflito de interesses envolvendo os organizadores do sufrágio etc., além da perda de oportunidade de economia e efetividade quando não se busca alternativas mais focadas em 'promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador', a teor do art. 3º, inc. III, da MP 1.108/2022.

12. Já é certa a perda de economicidade gerada pela vedação de taxas administrativas negativas sem uma correspondente contrapartida das contratadas, que adviria com implantação de critérios classificatórios em prol dos usuários dos vales/cartões refeição e alimentação. Tal perda é ilustrada no Quadro 2 adiante, que demonstra o efeito oneroso da vedação.

13. Inviabilizada a utilização do critério de classificação segundo o maior desconto concedido nas propostas das licitantes, certamente que outros critérios mais diretamente ligados a benefícios aos usuários se mostrariam mais efetivos e céleres do que o sufrágio entre os funcionários.

14 Ademais, a se manter esse critério de julgamento, será difícil de se aplicar o benefício de preferência às micro e pequenas empresas (ME/EPP), previsto no art. 45, I, da LC 123/2006, caso os menores lances sejam de 0% de taxa de administração, visto que será ilegal elas ofertarem taxa administrativa negativa.

15. Nesse sentido, vislumbra-se construção participativa das instâncias nacionais do Sesi e do Senac, buscando tratar o tema de forma mais sistêmica, ultrapassando as fronteiras das regionais dessas entidades.'

16. Nada obstante, considerou que as medidas operacionais informadas em resposta à diligência (peça 34, p. 11) denotam que foram buscados segurança e lisura do sufrágio utilizado como critério de desempate das propostas, podendo-se ter por suficientes os esclarecimentos apresentados.

17. Por último, quanto ao questionamento do acerca da relação nominal taxativa de plataformas de **delivery** a serem credenciadas, conforme dispositivo editalício 4.17.1 do TR, restou esclarecido que a exigência se refere ao mínimo de três estabelecimentos com acesso ao pagamento por cartão-benefício em plataforma virtual, e não mínimo de três plataformas, conforme arguido pelo representante, observado o disposto no Estudo Técnico Preliminar, pelo que se concluiu que a exigência editalícia mostrava-se razoável e viável (peça 34, p. 15).

18. Desse modo, foi feita a seguinte proposta a construção participativa das deliberações deste Tribunal, nos termos da Resolução - TCU 315/2020, o que foi autorizado pelo relator por meio do despacho à peça 36.

> '32.2. considerando a possibilidade de **construção participativa das deliberações** deste Tribunal, nos termos do art. 14 da Resolução - TCU 315/2020, bem como o previsto nas Normas de Auditoria (NAT) aprovadas pela Portaria - TCU 280/2010, referente aos **comentários dos gestores** (no que se aplica a representações e denúncias):
>
> a) **solicitar** aos Departamentos Nacionais do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/DN) e do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN), caso queiram, no prazo de **quinze dias:**
>
> a.1) a apresentação de possíveis ações corretivas que poderão ser tomadas pelo Sesi/DN e pelo Senai/DN, no sentido de alterar seu

regulamento de licitações e contratos e/ou as minutas de editais pertinentes ou de expedir orientação a suas unidades regionais para prevenir ou corrigir os indícios de potenciais efeitos adversos à competividade e à economicidade das licitações de vales/cartões alimentação/refeição derivados da vedação de deságios/descontos prevista na MP 1.108/2022;

a.2) na hipótese de serem consideradas insuficientes, pelo TCU, as alternativas apresentadas pelas unidades jurisdicionadas, a manifestação quanto aos possíveis impactos de determinação do TCU para promover estudos visando a efetuar adequações nos seus regulamentos de licitações e contratos e nas minutas de editais licitatórios pertinentes para prever mecanismos e critérios compensatórios dos referidos efeitos adversos; (...)'

19. Promovida a possibilidade de comentários do gestor quanto às conclusões desta unidade técnica, passa-se a analisar as respostas apresentadas, tópico a tópico, conforme transcrição/contextualização a seguir.

'Item 32.2 da construção participativa das deliberações: a) solicitar aos Departamentos Nacionais do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/DN) e do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN), caso queiram, no prazo de quinze dias:

a.1) a apresentação de possíveis ações corretivas que poderão ser tomadas pelo Sesi/DN e pelo Senai/DN, no sentido de alterar seu regulamento de licitações e contratos e/ou as minutas de editais pertinentes ou de expedir orientação a suas unidades regionais para prevenir ou corrigir os indícios de potenciais efeitos adversos à competividade e à economicidade das licitações de vales/cartões alimentação/refeição derivados da vedação de deságios/descontos prevista na MP 1.108/2022;'

Fundamento legal ou jurisprudencial: princípios da competividade e à economicidade

Manifestação das Unidades Jurisdicionadas sobre a construção participativa de deliberações (peça 48):

a) inicialmente, o Sesi/DN e o Senai/DN informam que a referida 'vedação de deságios/descontos prevista na MP 1.108/2022' está agora prevista no art. 3º da Lei 14.442/2022, nos seguintes termos:

'Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá exigir ou receber:

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados; ou

III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do empregado, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação.

§ 1º A vedação de que trata o caput deste artigo não se aplica aos contratos de fornecimento de auxílio-alimentação vigentes, até seu encerramento ou até que tenha decorrido o prazo de 14 (quatorze) meses, contado da data de publicação desta Lei, o que ocorrer primeiro.

§ 2º É vedada a prorrogação de contrato de fornecimento de auxílio-alimentação em desconformidade com o disposto no caput deste artigo.'

b) alegam que, como nas licitações para contratação de serviços de administração de auxílio-alimentação o critério para se determinar o vencedor usualmente consistia na taxa de administração, muitas licitantes ofereciam taxa de administração negativa. Em consequência da vedação do deságio, houve, na prática, o incremento no preço dos contratos, o que acarretou, nos dizeres da instrução, uma 'deseconomia';

c) ressaltam que seria inapropriado aludir a 'ações corretivas' ou a 'alternativas para corrigir os indícios de irregularidades verificados', nos termos descritos na instrução encaminhada pelo TCU, pois a vedação ao deságio, da qual decorreu a deseconomia, foi imposta por lei, não havendo irregularidades a serem corrigidas ou que demandem ações corretivas;

d) acrescentam que a nova regulamentação legal impactará todos os órgãos de todos os serviços sociais autônomos, como também as empresas públicas e sociedades de economia mista, o que sinaliza no sentido de uma discussão bem mais ampla do que a pugnada pelo TCU;

e) entendem que a competitividade não será impactada, tendo em vista que as empresas que comumente participam das licitações não deixariam o setor apenas porque a lei vedou a concessão de deságio. Desse modo, haveria expectativa que as licitantes ofereçam taxa de administração

Decisões dos Tribunais

de 0%, o que ensejaria na definição de um critério de desempate;

f) destacam que, no certame ora em análise, a previsão foi de desempate a partir de consulta aos beneficiários, na forma transcrita da instrução da unidade técnica do TCU (peça 34, p. 9):

> '12. Ainda que o critério de desempate mediante sufrágio tenha obtido sucesso e assegurada imparcialidade e celeridade no presente caso, haverá sempre o risco de assim não ocorrer nas hipóteses, por exemplo, de falta de participação dos funcionários, conflito de interesses envolvendo os organizadores do sufrágio etc., além da perda de oportunidade de economia e efetividade quando não se busca alternativas mais focadas em 'promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador', a teor do art. 3º, inc. III, da MP 1.108/2022.
>
> (...)

14. Inviabilizada a utilização do critério de classificação segundo o maior desconto concedido nas propostas das licitantes, certamente que outros critérios mais diretamente ligados a benefícios aos usuários se mostrariam mais efetivos e céleres do que o sufrágio entre os funcionários.

15. Ademais, a se manter esse critério de julgamento, será difícil de se aplicar o benefício de preferência às micro e pequenas empresas (ME/EPP), previsto no art. 45, I, da LC 123/2006, caso os menores lances sejam de 0% de taxa de administração, visto que será ilegal elas ofertarem taxa administrativa negativa.

16. Nesse sentido, vislumbra-se construção participativa das instâncias nacionais do Sesi e do Senac, buscando tratar o tema de forma mais sistêmica, ultrapassando as fronteiras das regionais dessas entidades.'

g) registram que um dos objetivos da construção participativa vislumbrada pelo TCU seria a definição de um critério de desempate mais efetivo e célere do que o sufrágio entre os funcionários, e que uma solução não teria sido proposta pelo TCU para essa questão; e

h) entendem que a eleição de critério de desempate não deveria ser objeto de uma regulação impositiva e que cada edital poderia dispor sobre o critério de desempate, segundo a conveniência e a oportunidade das entidades.

Item 32.2 da construção participativa das deliberações:

a.2) na hipótese de serem consideradas insuficientes, pelo TCU, as alternativas apresentadas pelas unidades jurisdicionadas, a manifestação quanto aos possíveis impactos de determinação do TCU para promover estudos visando a efetuar adequações nos seus regulamentos de licitações e contratos e nas minutas de editais licitatórios pertinentes para prever mecanismos e critérios compensatórios dos referidos efeitos adversos;

Manifestação da Unidade Jurisdicionada sobre a construção participativa de deliberações (peça 49): alegam que a compensação deverá, necessariamente, advir de lei, uma vez que, se a deseconomia decorre da lei, qualquer fórmula que se pretenda adotar poderá configurar tentativa de burla. Não bastasse, as peticionantes não vislumbram como se poderia criar, fora da lei, um mecanismo de compensação.

Análise

20. Trata-se de análise acerca de planejamento de adequações a serem implementadas nos próximos certames dos sistemas Sesi e Senai, visando a sanear as deseconomias provocadas pela vedação de deságios/descontos prevista na MP 1.108/2022, além dos efeitos adversos à competividade e à economicidade das licitações, considerando que a urgência de contratação inviabilizou mudanças pertinentes já no certame em tela.

21. Sobre a questão, há que se atentar, no caso concreto, que a vedação de aceitação de taxas negativas, nos termos do item 8.3 do edital (peça 2, p. 26), decorrente do disposto no art. 3º, inciso I, da Medida Provisória (MP) 1.108/2022, foi mantida a partir da conversão da MP na Lei 14.442/2022 com a mesma disposição.

22. Em análise de instrução de oitiva prévia anterior (peça 34, p. 9-10), havia ainda dúvida acerca da conversão ou não da sobredita medida provisória em lei, bem como da aprovação de eventuais emendas supressivas quanto ao art. 3º da medida provisória ora em apreço, por considerarem prejudicial para as empresas e seus colaboradores, que poderiam perder vantagens e benefícios advindos de negociações estabelecidas entre empregadores e empresas fornecedoras desses serviços.

23. Todavia a nova lei manteve a proibição de acordos entre empresas e seus fornecedores de

auxílio-alimentação de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, o que irá exigir da administração a escolha de outros critérios de julgamento, em caso de empate das propostas, pois, com a vedação das taxas negativas, em termos práticos, as empresas passaram a oferecer taxas de administração iguais a zero.

24. Com efeito, a vedação da utilização da taxa negativa em contratos de fornecimento de vales alimentação e refeição trouxe implicações para as futuras contratações da administração como um todo, sejam das empresas públicas e sociedades de economia mista da Administração Pública Federal, sejam das entidades do Sistema 'S', já que o benefício da alimentação é um direito assegurado aos empregados públicos, previsto no § 2º do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

25. Isso porque a vedação da taxa negativa passou a gerar um custo para a Administração, com consequente 'deseconomia' de recursos. De forma exemplificativa, ao analisar-se, hipoteticamente, o contrato de um órgão que gastava mensalmente R$ 1 milhão com vale refeição/alimentação, com uma empresa que previa taxa negativa de 2%, haveria, ao final do mês, um repasse à contratada de R$ 980 mil. Com a inaplicabilidade da taxa, o mesmo contrato passaria a ter um custo extra de R$ 20 mil/mês e R$ 240 mil/ano.

26. Desse modo, a vedação da taxa negativa resultou em reflexos na própria definição dos preços. No caso do certame em análise, restou demonstrada a perda de economicidade gerada pela vedação de taxas administrativas negativas sem uma correspondente contrapartida das contratadas, que adviria com implantação de critérios classificatórios em prol dos usuários dos vales/cartões refeição e alimentação. Tal perda foi ilustrada no Quadro 2 da instrução anterior (peça 34, p. 12), que demonstrou o efeito oneroso da vedação, nos termos transcritos a seguir:

'22. As informações prestadas auxiliam na contextualização e entendimento comparativo da situação contratual anterior com a situação advinda da licitação em tela. Exemplo deste cotejo é a evolução dos preços unitários do benefício/funcionário que se extrai dos preços anuais e quantidade de usuários previstos nos termos originais e aditivos (peça 27, p. 899, 916 e 919-920):

Quadro 2 – Evolução dos preços contratados

Contratação	Quantidade	Valor estimado anual	Valor por pessoa	Aumento (%)
Contrato 15/2019	2.045	R$ 14.036.880,00	R$ 6.864,00	-
1º Aditivo	1.360	R$ 9.615.091,20	R$ 7.069,92	3,00%
2º Aditivo	1.490	R$ 10.817.400,00	R$ 7.260,00	2,69%
Contrato novo	1.490	R$ 11.883.405,60	R$ 7.975,44	9,89%

(...)

27. No geral, mostram-se devidamente esclarecidos os pontos abordados em oitiva e em diligência, restando dar andamento ao debate sobre a nova realidade legislativa aplicável ao certame em comento, que vedou taxas administrativas negativas, ou seja, deságios e descontos sobre os valores contratados.

28. Tal vedação implica aumento do valor contratado inversamente proporcional aos descontos que seriam obtidos não houvesse a vedação em tela. O certame assim o demonstra, revelando acréscimo de quase 10% na contratação decorrente, o que deve ocorrer de forma disseminada doravante nas contratações das demais regionais das entidades do Sesi e Senai, assim como de outras entidades que licitam o mesmo objeto.'

27. Além disso, cumpre registrar também que as empresas usufruem de isenção tributária para implementar os programas de alimentação a seus funcionários, observada a possibilidade de dedução de imposto de renda das empresas contratantes inscritas no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), de acordo com o Decreto 10.854/2021.

28. As respondentes justificam que a 'deseconomia' decorreu de imposição legal, considerando que a vedação de deságios/descontos estaria agora prevista no art. 3º da Lei 14.442/2022 e que seria inapropriado aludir a 'ações corretivas' ou a alternativas para corrigir os indícios de irregularidades verificados, além de reiterar os efeitos da vedação do deságio no incremento no preço dos contratos.

29. Segundo o entendimento das entidades, a competitividade também não seria impactada, tendo

Decisões dos Tribunais

em vista que as empresas que comumente participam das licitações não deixariam o setor apenas porque a lei vedou a concessão de deságio. Desse modo, haveria expectativa [de] que as licitantes oferecessem taxa de administração de 0%, o que ensejaria a definição de critério de desempate e que, no certame ora em análise, a previsão foi de desempate a partir de consulta aos beneficiários.

30. Por último, ressaltaram que não teria sido proposto pelo TCU um critério de desempate mais efetivo e célere do que o sufrágio entre os funcionários e que a eleição de critério de desempate deveria ser disposta de forma discricionária, segundo a conveniência e a oportunidade das entidades.

31. Desse modo, não haveria possibilidade, nos limites da lei, de criação de mecanismos de compensação derivados da vedação de deságios/descontos prevista na então MP 1.108/2022, convertida na Lei 14.442/2022.

32. Com efeito, a utilização e escolha de critérios de desempate configuram discricionariedade do órgão contratante, considerando que as entidades do Sistema 'S' não se sujeitam aos regramentos da Lei 8.666/1993.

33. Cabe ressaltar que, em relação a licitações e contratos de entidades integrantes do chamado Sistema 'S', o entendimento deste TCU, a partir da Decisão 907/1997-TCU-Plenário, Relator Ministro[-Substituto] Lincoln Magalhães da Rocha, é no sentido de que essas entidades não estão vinculadas ao estrito cumprimento da Lei 8.666/1993, uma vez que não integrariam a administração pública, mas, como destinatários de recursos públicos, poderiam editar os seus regulamentos próprios.

34. Nada obstante, tais entidades devem observar, em todo caso, os princípios gerais da administração pública, consignados no art. 37 da Constituição Federal, a exemplo da legalidade, da moralidade, da finalidade, da isonomia, da igualdade e da publicidade, além dos princípios da economicidade e competitividade.

35. Feitos tais esclarecimentos, procedem, em parte, as justificativas apresentadas pelas entidades. Em que pese a concordância quanto à discricionariedade de escolha quanto às alternativas existentes sobre eventuais critérios de desempate, persiste a necessidade de as entidades, ao menos, preverem mecanismos e critérios compensatórios dos potenciais efeitos adversos à competitividade e à economicidade, particularmente no que se refere à escolha de outros critérios de julgamento, em caso de empate das propostas, observado o critério de julgamento pelo menor preço.

36. De acordo com a análise realizada em instrução anterior (peça 34, p. 15), restou evidente a importância e a oportunidade da construção participativa frente à impossibilidade de realizar mudanças pertinentes naquela ocasião, considerando o advento inesperado da citada MP, tornando urgente a contratação do certame em tela, sem prejuízo de se planejar adequações a serem implementadas nos próximos certames visando a sanear as deseconomias provocadas pela vedação legal em debate.

37. Ademais, buscou-se também tratar o tema de forma mais sistêmica, tendo em vista que o acréscimo na contratação ora analisado deve ocorrer de forma disseminada doravante nas contratações das demais regionais das entidades do Sesi e Senai, assim como de outras entidades que licitam o mesmo objeto.

38. De fato, a nova regulamentação legal, na forma descrita pelas entidades, impactará todas as entidades componentes dos serviços sociais autônomos, como também as empresas públicas e sociedades de economia mista, o que enseja a necessidade de uma discussão bem mais ampla sobre a problemática dos contratos de fornecimento de vales alimentação e refeição.

39. Em relação à existência de outros critérios de desempate, cite-se, por exemplo, o edital do PE 29/2022 (peça 52, p. 4) do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Roraima – Sebrae/RR, cujo objeto também trata de contratação de empresa especializada em fornecimento de auxílio alimentação, com vedação de taxa negativa, o qual dispôs que, em caso de empate entre propostas classificadas, a disponibilização de cartões de vale alimentação com tecnologia de pagamento por aproximação, seja via cartão ou ferramenta/sistema disponível para Android e iOS, seria utilizada como um dos critérios de desempate (item 5.8.1 à p. 4).

40. Tal alternativa surge como forma de ampliar a eficiência dos serviços, flexibilizar as formas de utilização do benefício e aumentar a segurança sanitária durante as operações de pagamento, além de evitar eventuais roubos, furtos ou extravios, haja vista a possibilidade de realizar

compras mesmo quando o usuário não esteja de posse do cartão magnético, beneficiando o usuário do vale refeição ou alimentação.

41. Por oportuno, cumpre registrar também a possibilidade de utilização de credenciamento, conforme preceitua o art. 79, inciso II, da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), para contratação de serviço de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição, em substituição a licitação com critério de julgamento pelo menor preço, inviabilizada para esse tipo de contratação após a edição do Decreto 10.854/2021 e da MP 1.108/2022, convertida na Lei 14.442/2022, estipulando a vedação de admissão de taxas negativas.

42. Sobre essa questão, é importante mencionar que o TCU apreciou Representação (Acórdão 5.495/2022-TCU-2ª Câmara, Relator Ministro Bruno Dantas) acerca de possíveis irregularidades em credenciamento realizado pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) para a contratação de empresa especializada com vistas a prestação de serviços de gerenciamento, implementação, administração e disponibilização de crédito em cartões eletrônicos/magnéticos, nas modalidades refeição e alimentação, para os funcionários da estatal.

43. Em análise do feito, a Unidade Técnica, de um lado, destacou que o Decreto 10.854/2021 e a Medida Provisória 1.108/2022 proibiram o deságio na contratação de vales refeição e alimentação ou o uso de taxa de administração negativa aplicada sobre valor dos aludidos benefícios, circunstância que inviabilizaria o emprego de licitação baseada no critério de julgamento do menor preço, em que as empresas competiam ofertando as menores taxas de administração. Por outro lado, entendeu que a opção pelo julgamento de melhor técnica encontraria problemas no estabelecimento de critérios de comparação e pontuação entre as empresas. Nesse cenário, o credenciamento surgiria como alternativa para as contratações, em que são selecionadas empresas que preenchem os requisitos previstos no edital, ficando a efetiva escolha da contratada a cargo do usuário do serviço, conforme hipótese prevista no art. 79, inciso II, da Lei 14.333/2021.

44. Em seu voto, o relator destacou que:

> 'o credenciamento tem sido a alternativa encontrada pela Administração Pública para contratar serviços de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição após a proibição do emprego da taxa de administração negativa, veiculada no Decreto 10.854/2021 e na Medida Provisória 1.108/2022. Até então o objeto era licitado pelo critério de julgamento do menor preço, e vencia a empresa que fornecesse a menor taxa de administração, inclusive negativa. A impossibilidade de uso de tal critério doravante impõe à Administração o dever de encontrar modelos alternativos'.

45. E prosseguiu:

> 'embora não coincida com as hipóteses ordinárias de inexigibilidade previstas na Lei 13.303/2016, tratadas no Acórdão 351/2010-TCU-Plenário, cujos pressupostos centrais são a impossibilidade de competição e a necessidade da prestação de serviços por diversos prestadores concomitantes, é necessário reconhecer a subsunção da situação ao credenciamento previsto no art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021.'

46. Para reforçar o seu posicionamento, o relator transcreveu excerto do voto condutor do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário, relator Ministro Antônio Anastasia, segundo o qual, não obstante a Lei 14.133/2021 não se aplicar às empresas regidas pela Lei 13.303/2016:

'é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao serem aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação.'

47. Assim, embora o credenciamento também não esteja previsto expressamente no RLC/Sesi e Senai (peça 51), é razoável admitir, no caso concreto, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79 da Lei 14.133/2021 e da análise promovida por meio do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário às entidades corporativas do aludido Sistema, a exemplo do Sesi e do Senai, a fim de se admitir, em futuras contratações de empresa especializada em fornecimento de auxílio alimentação, administração e recargas mensais de cartões com chip referente a dis-

Decisões dos Tribunais

ponibilização do benefício 'auxílio alimentação', a mencionada possibilidade de credenciamento.

48. Feitais tais considerações, propõe-se recomendar ao Sesi/DN e Senai/DN, com fundamento no art. 11 da Resolução – TCU 315/2020, que avalie a conveniência e oportunidade de normatizar ou orientar seus departamentos regionais para que, na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores, adotar as seguintes medidas, considerando a vedação de deságio ou o uso de taxa de administração negativa (imposta pela Lei 14.442/2022), em atendimento aos princípios da competitividade e da economicidade (art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai), informando ao TCU, no prazo de 90 dias, as medidas adotadas e os resultados porventura obtidos:

a) caso a seleção da empresa a ser contratada seja mediante prévia licitação, observe critérios objetivos alternativos no julgamento das propostas, em caso de empate entre duas ou mais propostas; e

b) caso essa seleção seja mediante credenciamento, observe procedimentos similares aos dispostos no art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, mediante ainda a aplicação analógica do entendimento constante do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário.

Conclusão

49. Diante das informações e considerações acima, evidencia-se a parcial procedência da Representação, em relação à falta de razoabilidade do prazo para apresentação da cobertura da rede credenciada prevista no Termo de Referência do edital do PPC 1/2022, observados os quantitativos exigidos para a rede credenciada, além do porte das cidades, bem como a possibilidade de longo prazo contratual, em desacordo ao princípio da competividade do certame, ferindo o disposto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e Senai, pelo que se propõe ciência dessa falha às UJ.

50. Quanto ao questionamento da fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários, verificou-se que, apesar da discricionariedade de escolha do Sesi/PE e Senai/PE quanto às alternativas existentes sobre eventuais critérios de desempate, persiste a necessidade das entidades do Sistema 'S', ao menos, preverem mecanismos e critérios compensatórios dos efeitos adversos à competividade e à economicidade das licitações de vales/cartões alimentação/refeição derivados da vedação de deságios/descontos prevista na MP 1.108/2022, convertida na Lei 14.442/2022, particularmente no que se refere à escolha de outros critérios de julgamento, em caso de empate das propostas, observado o critério de julgamento pelo menor preço.

51. Será proposta, portanto, a realização de recomendação, na forma descrita nesta instrução.

52. Por último, quanto ao questionamento acerca da relação nominal taxativa de plataformas de delivery a serem credenciadas, disposta no item 4.17.1 do TR, restou esclarecido que a exigência se refere ao mínimo de três estabelecimentos com acesso ao pagamento por cartão-benefício em plataforma virtual, e não mínimo de três plataformas, conforme arguido pelo representante, observado o disposto no Estudo Técnico Preliminar. Resta então improcedente esse aspecto.

(...)

55. Em [face] do exposto, propõe-se:

55.1. **conhecer** da **Representação**, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

55.2. no mérito, considerar a presente Representação **parcialmente procedente**;

55.3. **indeferir** o pedido de concessão de **medida cautelar** formulado pelo representante;

55.4. **recomendar** ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Sesi/DN) e ao Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/DN), com fundamento no art. 11 da Resolução – TCU 315/2020, que avalie a conveniência e oportunidade de normatizar ou orientar seus departamentos regionais para que, na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores, adote as seguintes medidas, considerando a vedação de deságio ou o uso de taxa de administração negativa (imposta pela Lei 14.442/2022), em atendimento aos princípios da competitividade e da economicidade (art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai), informando ao TCU, no prazo de 90 dias, as medidas adotadas e os resultados porventura obtidos:

a) caso a seleção da empresa a ser contratada seja mediante prévia licitação, observe critérios objetivos alternativos no julgamento das propostas, em caso de empate entre duas ou mais propostas; e

b) caso essa seleção seja mediante credenciamento, observe procedimentos similares aos dispostos no art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, mediante ainda a aplicação analógica do entendimento constante do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário;

55.5. dar **ciência** ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE) e ao Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE), com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução – TCU 315/2020, sobre as seguintes impropriedades/falhas, identificadas no Pregão Presencial Conjunto 1/2022, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

a) não concessão de prazo maior e gradual nos itens 4.10 e 4.11 do Termo de Referência do edital, considerando inclusive a situação anterior de contratação de menor quantitativo de estabelecimentos credenciados do que a quantidade exigida no certame e a possibilidade de longo prazo contratual (até 60 meses), em desacordo ao princípio da competividade, ferindo o disposto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e Senai;

55.6. **informar** às entidades mencionadas no item anterior e ao representante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada, caso existentes, podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e

55.7. **arquivar** os presentes autos, nos termos art. 169, V, do Regimento Interno deste Tribunal, sem prejuízo de monitorar a recomendação ora proposta."

6. O Diretor da unidade técnica concordou com o exame e com o encaminhamento propostos na instrução precedente (peça 54). Igualmente a Titular da antiga Selog se alinhou à interpretação conferida à matéria. Nada obstante, apresentou sugestão de ajuste redacional na recomendação a ser endereçada às entidades, sob o fundamento de aclarar as razões da proposição, **verbis** (peça 55):

"55.4. (...): a) caso a seleção da empresa a ser contratada ocorra mediante prévia licitação, o que, conforme a limitação imposta pela Lei 14.442/2002, levará ao provável empate das propostas, considerar no instrumento convocatório critérios de desempate objetivos, a exemplo do sorteio, com vistas a mitigar eventuais riscos envolvidos na solução de sufrágio atualmente adotada, como de conflitos de interesses e interferências externas indevidas."

7. Estando os autos neste gabinete, no dia 1º/2/2003, os representantes legais do Departamento Nacional do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/DN) e do Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN) ofereceram, em conjunto, Memoriais (peça 56).

É o Relatório.

VOTO

Trata-se da Representação formulada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A, com pedido de medida cautelar, acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Presencial Conjunto (PPC) 1/2022, conduzido pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE), e pelo Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE).

2. O objeto do referido certame consiste na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores do sistema Federação das Indústrias do Estado de Pernambuco – FIEPE (Senai/PE, Sesi/PE, FIEPE, IEL/PE e CIEPE), por créditos mensais, cumulativos, nos cartões eletrônicos de alimentação e refeição, que possibilitem a aquisição de gêneros alimentícios **in natura** e refeições prontas mediante rede de estabelecimentos credenciados (peça 2, p. 1).

3. Nos termos do instrumento convocatório, o critério de julgamento foi o de "menor taxa de administração". A avença pretendida foi planejada para viger pelo período de 12 meses, prorrogável até 60 meses (peça 2, p. 27), com valor estimado anual de R$ 11.883.405,60 (peça 2, p. 4).

4. Sobressai dos autos ainda que foi aberta a sessão pública em 4/5/2022 (peça 2, p. 1, e peça 11, p. 3) e homologado o certame em 17/5/2022 (peça 27, p.

Decisões dos Tribunais

893), tendo a empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A se sagrado a vencedora do torneio licitatório (peça 27, p. 895). Também participou da disputa a empresa Ticket Serviços S/A. Registre-se que não foram encontradas informações referentes à possível contratação decorrente do certame em exame nos sítios eletrônicos das entidades (Senai/PE e Sesi/PE).

5. A grei empresarial ora representante trouxe ao conhecimento do Tribunal algumas ocorrências referentes: a) à "relação nominal de quatro grandes redes de **delivery** (**Ifood**, **Uber Eats**, **99food**, **Rappi** etc. [conforme o subitem 4.17.1 do Termo de Referência (TR)], importando relação taxativa do mínimo de três redes/plataformas de **delivery** exigida das licitantes", o que seria restritivo à competitividade do pregão; b) à ausência de razoabilidade no prazo exíguo de dez dias úteis para apresentação de toda a rede credenciada; e c) a critério subjetivo de desempate das propostas das empresas por votação dos empregados (peça 1).

6. Após esses quesitos serem inicialmente analisados e sintetizados pela antiga Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog, atual Auditoria de Contratações – AudContratações (peças 13 e 14), aquela unidade técnica entendeu que os esclarecimentos prestados pelas entidades (Senai/PE e Sesi/PE), em resposta à impugnação (administrativa) manejada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A (ora representante) contra o edital, relativa ao quesito indicado na alínea "a" do item anterior, foram suficientes para afastar essa suposta irregularidade, quais sejam (peça 10): i) o Termo de Referência (TR) não especificou as plataformas que a empresa deveria se credenciar, somente mencionou algumas das opções do mercado, de forma exemplificativa e didática, "usando inclusive a abreviatura etc"; ii) "a exigência é de credenciamento em mínimo de três empresas de refeições prontas e produtos **in natura** em **delivery** constantes das principais plataformas, e não de credenciamento em três plataformas, ou seja, a licitante deve se credenciar em mínimo de três estabelecimentos comerciais que recebam pagamento pelas plataformas"; iii) o serviço (**delivery**) especificado no subitem 4.17.2 do TR teve seu uso intensificado durante a pandemia, com a desejada redução de aglomerações, sendo reconhecidamente conveniente, rápido e confortável aos usuários e já popularizado.

7. Quanto aos demais questionamentos (das alíneas "b" e "c" do item 5), foi proposta, além de diligência para obter documentos, a oitiva prévia dos Departamentos Regionais de Pernambuco do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/PE) e do Serviço Social da Indústria (Sesi/PE), para que as entidades se pronunciassem acerca dos seguintes indícios de irregularidade (peça 24):

a) "fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários, em vez de critério mais simples, objetivo e diretamente voltado à 'promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador', a teor do art. 3º, inc. III, da MP 1.108/2022"; e

b) "não concessão de prazo maior e gradual nos [sub]itens 4.10 e 4.11 do TR, considerando inclusive a situação anterior de menor quantitativo de estabelecimentos credenciados do que a quantidade exigida no certame e a possibilidade de longo prazo contratual (até 60 meses), em potencial prejuízo à competividade do certame, ferindo o disposto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos".

8. Esclareço que os subitens 4.10 e 4.11 do TR anexo ao edital previam prazo de 10 (dez) dias úteis, a contar da assinatura da avença, para a contratada oferecer "a rede credenciada completa", com elevado quantitativo de estabelecimentos exigidos no instrumento convocatório (de 2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão, peça 2, p. 22), conforme a transcrição que se segue (peça 2, p. 23):

> "4.10. A CONTRATADA deverá apresentar o Catálogo de Credenciados, no momento da assinatura do contrato, sendo este constante de uma relação com razão social, nome fantasia, endereço, CNPJ e telefones, dos estabelecimentos comerciais legalmente estabelecidos dentre padarias, lanchonetes, restaurantes, supermercados e hipermercados, informando separadamente os estabelecimentos que recebem o cartão ALIMENTAÇÃO e REFEIÇÃO, conforme quantitativos mínimos descritos neste Termo de Referência.
>
> 4.11. Caso a proponente não disponha de rede credenciada com o quantitativo mínimo estipulado, terá um prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, após a assinatura do contrato para apresentação da rede credenciada por completo."

9. Em exame inicial dos autos, concordei com a interpretação da antiga Selog de que o comando disposto no subitem 4.17.1 do TR (**v**. item 6 **supra**)

foi razoável e restou bem esclarecido pelas entidades promotoras do certame, pois se refere ao mínimo de três estabelecimentos com acesso ao pagamento por cartão-benefício em plataforma virtual, e não ao "mínimo de três plataformas", conforme suscitado pela empresa representante, sobrando para análise as questões relativas aos subitens 4.10 e 4.11 do TR e à fixação de critério de desempate por votação entre os empregados do sistema FIEPE, razão pela qual autorizei a unidade instrutiva a dar prosseguimento nas medidas processuais propostas, acrescentando determinação para que fosse promovida oitiva da licitante vencedora da disputa (peça 15).

10. Adotada a integralidade das providências acima indicadas e concluída a análise das manifestações encaminhadas (peças 27 a 29), a unidade técnica sugeriu, em nova instrução (peça 34, p. 6), indeferir o pedido de medida cautelar, ante a proximidade do encerramento da vigência do contrato atual e a impossibilidade de sobrevida dessa avença, porquanto a nova legislação (§ 2º do art. 3º da Medida Provisória 1.108/2022) passou a vedar a prorrogação de ajustes que previam deságios/descontos sobre a contratação de serviços de vales/cartões alimentação/refeição.

11. Também propôs, considerando a possibilidade de construção participativa das deliberações deste Tribunal, solicitar ao Senai e ao Sesi, caso quisessem, a apresentarem possíveis ações corretivas que poderiam ser tomadas na linha de alterar seus correspondentes regulamentos de licitações e contratos e/ou as minutas de editais pertinentes ou de expedir orientação às suas unidades regionais para prevenir ou corrigir os indícios de potenciais efeitos adversos à competividade e à economicidade das licitações de vales/cartões alimentação/refeição derivados da vedação de deságios/descontos após a edição da MP 1.108/2022, atualmente convertida na Lei 14.442/2022, art. 3º (peças 34 e 35), o que foi por mim consentido mediante despacho inserto à peça 36.

12. Conferida às entidades a oportunidade de se manifestarem acerca das conclusões (parciais) da unidade técnica, a Auditora Federal de Controle Externo (AUFC) examinou as contribuições acostadas autos (peça 48), compreendendo, em substância, que: a) não foi razoável o prazo previsto no termo de referência do edital para apresentação da cobertura da rede credenciada pela contratada (**v**. item, 8 acima); e b) em caso de empate entre duas ou mais propostas de empresas licitantes, para fins de contratação de serviços de benefício alimentação e refeição de colaboradores, deveriam ser observados critérios objetivos alternativos no julgamento das propostas.

13. Por conseguinte, a AUFC propôs ao Tribunal (peça 53):

a) conhecer da Representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) indeferir o pedido de concessão de medida cautelar;

c) recomendar ao Sesi/DN e ao Senai/DN que avaliassem a conveniência e a oportunidade de normatizar ou orientar seus departamentos regionais para que, na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores, adotassem as seguintes medidas, considerando a vedação de deságio ou o uso de taxa de administração negativa (imposta pela Lei 14.442/2022), em atendimento aos princípios da competitividade e da economicidade (art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai), informando ao TCU, no prazo de 90 dias, as providências tomadas e os resultados porventura obtidos:

c.1) "caso a seleção da empresa a ser contratada seja mediante prévia licitação, observe critérios objetivos alternativos no julgamento das propostas, em caso de empate entre duas ou mais propostas"; e

c.2) "caso essa seleção seja mediante credenciamento, observe procedimentos similares aos dispostos no art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, mediante ainda a aplicação analógica do entendimento constante do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário"; e

d) dar ciência às entidades acima indicadas de que a não concessão de prazo maior e gradual nos subitens 4.10 e 4.11 do Termo de Referência do edital, "considerando inclusive a situação anterior de contratação de menor quantitativo de estabelecimentos credenciados do que a quantidade exigida no certame e a possibilidade de longo prazo contratual (até 60 meses)," está em desacordo com o princípio da competividade, ferindo o disposto nos arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e Senai.

14. O Diretor da unidade técnica concordou com o exame e com o encaminhamento sugeridos (peça 54). Nessa linha de exegese, a Titular da antiga Selog igualmente acolheu a interpretação conferida à matéria.

Decisões dos Tribunais

Nada obstante, apresentou achegas à proposta de recomendação a ser dirigida às entidades, sob o fundamento "de aclarar as razões da proposição", **verbis** (peça 55):

> "[subitem c.1 do item 13 acima] caso a seleção da empresa a ser contratada ocorra mediante prévia licitação, o que, conforme a limitação imposta pela Lei 14.442/2002, levará ao provável empate das propostas, considerar no instrumento convocatório critérios de desempate objetivos, a exemplo do sorteio, com vistas a mitigar eventuais riscos envolvidos na solução de sufrágio atualmente adotada, como de conflitos de interesses e interferências externas indevidas."

15. Estando os autos neste gabinete, no dia 1º/2/2003, representantes legais do Departamento Nacional do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/DN) e do Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN) ofereceram, em conjunto, Memoriais, com as seguintes redarguições à instrução da unidade técnica (peça 56):

a) a proposta de recomendação não é compatível com o estabelecimento de prazo para adoção da medida;

b) os Departamentos Nacionais das entidades do Sistema "S" não têm competência para edição de normas de caráter vinculante, o que cabe aos Conselhos Nacionais;

c) não é adequado que a norma fixe o critério de desempate em caso de licitação para contratação de auxílio-alimentação destinado aos colaboradores, pois o mais acertado, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, seria deixar que cada edital dispusesse sobre a matéria;

d) ao prever o escrutínio dos colaboradores, o critério de desempate não foi subjetivo como compreendeu a unidade técnica, porquanto não houve subjetividade alguma por parte das contratantes; e

e) o referido critério ainda tem a vantagem de trazer os beneficiários do auxílio-alimentação para o processo decisório.

II

16. Preliminarmente, registro que esta Representação deve ser conhecida, porquanto formulada em aderência aos dispositivos aplicáveis à hipótese, previstos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU e com o art. 103, § 1º, da Resolução/TCU 259/2014. Entendo ainda que os autos reúnem os elementos necessários para a avaliação de mérito do processo, estando a "causa madura" para julgamento por parte deste Colegiado.

17. Como visto no Relatório precedente e na parte preambular acima, o certame deflagrado pelos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai/PE e do Sesi/PE tem por objetivo a contratação, em essência, de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores do sistema FIEPE (Federação das Indústrias do Estado de Pernambuco).

18. Em hipóteses quejandas, é bastante comum o critério de julgamento da disputa se guiar pelo "menor preço", ou seja, vence a empresa que apresentar a menor taxa de administração, como no caso que ora se examina. Na prática, as licitantes acorriam aos certames dessa natureza ofertando taxa zero ou negativa.

19. Ocorre que sobreveio a Medida Provisória (MP) 1.108/2022, atualmente convertida na Lei 14.442/2022, que, em seu art. 3º, proibiu o deságio na contratação de vales refeição e alimentação ou taxa de administração negativa aplicada sobre valor dos referidos benefícios, **verbis**:

> "Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá exigir ou receber:
>
> I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;"

20. Somente para fins de informação, reproduzo trecho da "exposição de motivos", referente à questão, que acompanhou a MP 1.108/2022:

> "19. Outra consequência adversa do modelo de arranjos de pagamento no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador [PAT] é a possibilidade de concessão de taxas negativas ou deságio, pelas empresas emissoras dos vales refeição e alimentação, às pessoas jurídicas beneficiárias que recebem isenção tributária para implementar programas de alimentação a seus trabalhadores. Essa prática deturpa a política pública ao beneficiar duplamente as empresas beneficiárias. Ao conceder taxas negativas às pessoas jurídicas beneficiárias, as empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios equili-

bram essa 'perda' exigindo altas taxas dos estabelecimentos comerciais credenciados, que de fato proveem a alimentação. Os trabalhadores, por sua vez, que deveriam ser os maiores beneficiários da política pública, se viram deslocados para a margem da política, enquanto as pessoas jurídicas beneficiárias ocupam o centro dela, ao ser beneficiado duplamente, com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas.

20. A medida ora proposta visa coibir essa prática, criando a proibição de cobranças de taxas negativas ou deságio tanto no âmbito do PAT quanto na concessão do auxílio alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho."

21. Diante dessa novel realidade normativa, ganha musculatura a tendência competitiva de as licitantes oferecerem "taxa de administração zero", em face da proibição da "taxa negativa", empatando a disputa. Essa situação fático-jurídica faz com que os "olhos" do Controle Externo se voltem para os critérios de desempate das propostas previstos nos editais, haja vista que a propensão doravante será a ocorrência de igualdade nos preços apresentados ao poder público pelas empresas.

22. A solução encontrada pelas entidades (Senai/PE e Sesi/PE) foi a de estabelecer, no PPC 1/2022, critério de desempate baseado no sufrágio a ser "realizado pelo Sistema FIEPE entre os funcionários ativos beneficiários dos serviços" (subitem 8.4 do edital, peça 1, p. 11), para o caso de uniformidade de taxas de administração entre duas ou mais propostas.

23. A votação prevista teve regramento assim descrito nas disposições do edital (peça 2, p. 11):

> "8.4.1. Para fins de realização do referido sufrágio, poderão votar os funcionários que, no período de realização da votação, não estiverem de férias ou afastados por licenças, sejam elas remuneradas ou não.
>
> 8.4.2. O sufrágio será realizado através da ferramenta Google Forms, cujo link contendo o formulário de votação será disponibilizado pela Gerência de Pesquisa e Prospectiva do SENAI/PE à Unidade Compartilhada de Gestão de Pessoas do Sistema FIEPE - UCGP.
>
> 8.4.3. O Sistema FIEPE, por intermédio da UCGP, convocará seus funcionários para participar da votação através dos seus e-mails institucionais, concedendo o prazo de 5 (cinco) dias úteis para registrar o voto.
>
> 8.4.4. O resultado da votação será divulgado em sessão pública, para a qual as licitantes serão convocadas.
>
> 8.4.5. Para que o resultado seja considerado válido, a votação deverá contar, em primeira convocação, com a participação de, no mínimo, 70% (setenta por cento) dos funcionários convocados.
>
> 8.4.6. Caso seja verificado no momento de abertura do resultado, em sessão pública, que não foi alcançado o quórum mínimo disposto no item 8.4.5, o Sistema FIEPE poderá realizar nova chamada para votação, concedendo um novo prazo de 3 (três) dias úteis, a contar da data sessão pública, para registro do voto, ou utilizar o critério de desempate estabelecido no item 8.4.7.
>
> 8.4.6.1. Se for realizada segunda convocação para votação, o resultado será divulgado em sessão pública, para a qual as licitantes serão convocadas.
>
> 8.4.6.2. Na hipótese de abertura do resultado da segunda convocação, se verificado que não foi possível alcançar o quórum mínimo pretendido, exigido no item 8.4.5, o resultado será considerado válido se for alcançado o quórum mínimo de 60% (sessenta por cento) dos funcionários votantes.
>
> 8.4.7. Caso não seja possível alcançar o quórum mínimo estabelecido no item 8.4.6.2, a classificação se fará por sorteio, na mesma sessão pública referenciada no item 8.4.6.1."

24. Creio que as entidades que conduziram o certame se preocuparam em estabelecer regras minudentes para reger o sufrágio, a exemplo da fixação de quais empregados poderão participar da votação, do quórum mínimo, da ferramenta digital a ser utilizada, da divulgação do resultado em sessão pública com a participação das empresas licitantes (na hipótese de 2ª convocação), das condições de validade do escrutínio, bem como previu a hipótese ancilar de sorteio no caso de insucesso para alcançar o quórum mínimo.

25. Parece-me que o critério de desempate adotado pelos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai/PE e do Sesi/PE alcançou razoabilidade desejada ante a nova realidade normativa inaugurada pela Medida Provisória 1.108/2022, convertida na Lei 14.442/2022.

Decisões dos Tribunais

26. Consta da peça 34, p. 10, que o escrutínio ocorreu segundo regulamentado no edital, por meio de **link** enviado por **e-mail** a todos os funcionários do Sistema Fiepe, que direcionava à plataforma **Forms**, acessível somente pela conta institucional de cada colaborador, tendo resultado em 569 votos à empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A (52,88%) e em 507 votos à empresa Ticket Serviços S/A (47,12%) dos 1.076 respondentes (73% do total de 1.474 colaboradores).

III

27. Questão que sobressai dos autos, subjacente ao tema, refere-se à suposta subjetividade desse critério. Rememoro que a empresa representante, em uma de suas vergastas dirigida contra o edital em exame, considerou que o critério de sufrágio seria subjetivo e, por conseguinte, irregular. A unidade técnica, na instrução preliminar inserta à peça 24, igualmente vislumbrou hipótese de subjetividade, tanto é que sugeriu oitiva prévia das entidades acerca da "fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários, em vez de critério mais simples e objetivo".

28. Na instrução final de mérito (peça 53), a antiga Selog não se referiu expressamente à possível subjetividade do escrutínio. Nada obstante, infere-se que ainda compreende se tratar de critério de desempate não objetivo, porquanto propôs recomendar ao Sesi/DN e Senai/DN que observassem "critérios objetivos alternativos no julgamento das propostas, em caso de empate entre duas ou mais propostas" (cf. a AUFC) e "de considerar no instrumento convocatório critérios de desempate objetivos, a exemplo do sorteio, com vistas a mitigar eventuais riscos envolvidos na solução de sufrágio atualmente adotada, como de conflitos de interesses e interferências externas indevidas" (cf. a Titular da unidade).

29. Como noticiado alhures, o Sesi/DN e o Senai/DN apresentaram Memoriais contrapondo-se à posição da Selog (subjetividade) em que sustentam a objetividade do escrutínio dos colaboradores. Apesar de os Memoriais serem medida processual meramente informativa, e não propriamente de defesa, por não existir etapa de "contestação" de instrução da unidade técnica em processos do Tribunal (**v**. Acórdão 7.339/2020 – 2ª Câmara, de minha relatoria), em deferência aos cânones da verdade material e do formalismo moderado, normalmente lembrados nos processos que tramitam nesta Casa, e ainda tendo em vista a interpretação conferida à matéria pela unidade instrutiva, passo ao exame dessa questão para que fique bem assentada pelo Tribunal.

30. A definição de um critério objetivo depende da prévia fixação de parâmetros cristalinos no edital do certame, especificados de forma detalhada, para garantir que a aferição (desses critérios) possa ser feita pelos interessados em participar da licitação, pelos órgãos de controle e, em ampla instância, por qualquer pessoa que se interesse em fiscalizar a disputa pública (controle social e **accountability**), evitando-se que o julgamento ou a escolha do vencedor seja submetida a critérios pessoais do contratante e/ou desconhecidos pelos licitantes.

31. Sem a discriminação de disposições objetivas nos instrumentos convocatórios, não se poderia assegurar deferência ao princípio constitucional da isonomia previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, para contratações públicas, reiterado em leis e nos arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai.

32. No caso concreto, entendo que os critérios estabelecidos para desempate de propostas com taxas iguais foram minudentemente descritos no edital, estão dispostos de forma objetiva, com parâmetros que apresentam precisão suficiente para escolha da empresa mais votada e podem ser aferidos de maneira transparente, sem qualquer interferência subjetiva das entidades contratantes. Repiso que o escrutínio ainda poderia ser secundado por eventual sorteio, em caso de não alcance do quórum de votação previsto.

33. Por conseguinte, creio que o Tribunal pode placitar o critério empregado pelas entidades para solucionar o caso de igualdade de taxas de administração entre duas ou mais propostas, ante a sua razoabilidade e objetividade com que foi delineado no Edital (PPC) 1/2022.

34. Rememoro que a unidade técnica, na sua proposta de recomendação, sugeriu a adoção de "critérios de desempate objetivos, a exemplo do sorteio, com vistas a mitigar eventuais riscos envolvidos na solução de sufrágio atualmente adotada, como de conflitos de interesses e interferências externas indevidas" (proposta da Titular da Selog). Essa preocupação de evitar "conflitos de interesses" e/ou "interferências externas", apesar de louvável e do zelo interpretativo, foi feita em tese, ou seja, não foi aferida no caso concreto ou com base em elementos de prova que compõem os autos, razão pela qual entendo desnecessário tratar do tema, em abstrato, neste processo.

35. Ademais, compreendo que não cabe ao controle externo preferir o sorteio ao escrutínio ou este

àquele, porquanto essa questão está sob a égide da discricionariedade administrativa do gestor, que lhe assegura âmbito de ação, de decisão e de escolha entre as diversas hipóteses possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico. O que deve ser observado sempre, em cada caso, é se os parâmetros da disputa foram razoáveis e especificados de forma clara, objetiva e detalhada no instrumento convocatório da licitação, o que ocorreu nestes autos.

36. Recordo, nesse contexto, a reflexão clássica de Roberto Dromi utilizada para explicar, com espirituosidade, alguns setores de controle rígido e burocrático da administração pública argentina que haviam se convertido em "máquinas de impedir", enquadrando-se ao que o autor nomeou de "código do fracasso": "artigo 1º: não pode. artigo 2º: em caso de dúvida, abstenha-se. artigo 3º: se é urgente, espere. artigo 4º: sempre é mais prudente não fazer nada." (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**, 4. ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p. 35). Havendo escolhas legalmente admitidas e razoáveis, não se pode interditar ou criar obstáculos às decisões discricionárias da gestão.

37. Igualmente deve ser lembrado que a arquitetura legislativa recente, inaugurada pela Medida Provisória 1.108/2022 e consagrada pela Lei 14.442/2022, impôs à administração pública nova realidade normativa que exigirá do gestor impulsos inovadores para superar desafios referentes à área de licitações, especialmente em objetos relativos à contratação de benefício alimentação e refeição.

38. As medidas práticas providenciadas para cumprir as exigências do ordenamento jurídico, nos casos concretos trazidos ao descortino do Tribunal, devem ser analisadas com cuidado necessário e com os "olhos" igualmente voltados à inovação, como sói ocorrer nesta Casa de Contas, especialmente para não se correr o risco de cauterizar as iniciativas legítimas e proporcionais adotadas pela administração, e, ainda, para não contribuir com a crítica também clássica feita por Otto Mayer acerca da sua impressão de que "o direito constitucional se transforma e o direito administrativo permanece" ("**Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht**", MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**, 3. ed., Berlin, 1960, v. 1, prefácio, p. 3).

39. Nessa ordem de ideias, considerando o critério do sufrágio fixado no Edital 1/2022 ter sido descrito à guisa objetiva (ou seja, de não haver irregularidade nesse quesito), entendo desnecessária a primeira recomendação alvitrada pela então Selog (v. item 13.c1, acima).

IV

40. Por sua vez, a outra recomendação sugerida pela unidade técnica refere-se à necessidade de as entidades observarem os procedimentos similares aos dispostos no art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021 e o entendimento constante do Acórdão 533/2022 – Plenário (rel. min. Antônio Anastasia), mediante aplicação analógica, caso a contratação da empresa seja realizada por credenciamento.

41. A proposta tem aderência à jurisprudência do Tribunal, conforme indicou a antiga Selog. Para melhor aproximação com a matéria, reproduzo o voto que impulsionou o Acórdão 5.495/2022 – 2ª Câmara (rel. min. Bruno Dantas), que também menciona o precitado Acórdão 533/2022 – Plenário (grifos do original):

> "27. O credenciamento tem sido a alternativa encontrada pela Administração Pública para contratar serviços de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição após a proibição do emprego da taxa de administração negativa, veiculada no Decreto 10.854/2021 e na Medida Provisória 1.108/2022.
>
> 28. Até então o objeto era licitado pelo critério de julgamento do menor preço, e vencia a empresa que fornecesse a menor taxa de administração, inclusive negativa. A impossibilidade de uso de tal critério doravante impõe à Administração o dever de encontrar modelos alternativos.
>
> 29. Trata-se de um problema recente, cuja solução demanda contemporização entre vantagens e desvantagens de cada uma das possibilidades, atenta aos princípios norteadores das contratações públicas.
>
> 30. Dessa maneira, embora não coincida com as hipóteses ordinárias de inexigibilidade previstas na Lei 13.303/2016, tratadas no Acórdão 351/2010-TCU-Plenário, cujos pressupostos centrais são a impossibilidade de competição e a necessidade da prestação de serviços por diversos prestadores concomitantes, é necessário reconhecer a subsunção da situação ao credenciamento previsto no art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021: 'Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: II - com seleção a critério de terceiros: **caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação**'.

Decisões dos Tribunais

31. Trata-se exatamente da hipótese ora avaliada. A Administração limitar-se-á a credenciar as empresas que atenderem as condições mínimas do edital, para que então os beneficiários dos vales refeição e alimentação, de acordo com as suas preferências, escolham o prestador.

32. A propósito, reitero trecho do voto de autoria do Ministro Antônio Anastasia, em que este Tribunal reconheceu a possibilidade de aplicação analógica da Lei 14.133/2021 às estatais em situação similar:

Acórdão 533/2022-TCU-Plenário.

'15. Apesar de a Lei 14.133/2021 não se aplicar às sociedades de economia mista, regidas pela Lei 13.303/2006, é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao serem aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação. Assim, embora o credenciamento não esteja previsto expressamente na Lei 13.303/2006, é razoável admitir, na espécie, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais.'

33. Nesse sentido, não se observa impeditivo ao uso do credenciamento na forma realizada pela Infraero."

42. Ainda que os precedentes acima sejam referentes às empresas estatais, ou seja, encaminham a aplicação analógica das regras do 79 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos) àquelas empresas regidas, em suas licitações, pela Lei 13.303/2006, creio que essa interpretação pode ser igualmente estendida à hipótese ora em exame do Sistema "S", pois, caso as entidades desse sistema optem pela técnica do credenciamento para contratar serviços de benefício alimentação e refeição, seria recomendável que adotassem, por analogia, as disposições da Lei 14.133/2021.

43. Por fim, acolho a proposta de dar ciência aos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai e do Sesi de que a exigência prevista nos subitens 4.10 e 4.11 do TR não foi razoável ao fixar prazo exíguo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura da avença, para que a contratada apresentasse "a rede credenciada completa", em vez de considerar prazo maior e gradual, haja vista o elevado quantitativo de estabelecimentos exigidos no instrumento convocatório (de 2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão, peça 2, p. 22), o que apresentou potencial prejuízo à competividade do certame, contrariando os arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai, segundo os quais são vedados "critérios que frustrem [o] caráter competitivo" dos certames.

44. Em substância, proponho a este Colegiado: a) conhecer desta Representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; b) indeferir o pedido de concessão de medida cautelar; c) recomendar aos Departamentos Nacionais do Sesi e do Senai que orientem as suas entidades regionais, na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos seus colaboradores, caso decidam contratar pela técnica do credenciamento, que observem, por analogia, as disposições do art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, bem como o entendimento constante do Acórdão 533/2022 – Plenário (rel. min. Antônio Anastasia); e d) dar ciência aos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai e do Sesi de que a exigência prevista nos subitens 4.10 e 4.11 do TR não foi razoável ao fixar prazo exíguo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura da avença, para que a contratada apresentasse "a rede credenciada completa", em vez de considerar prazo maior e gradual, haja vista o elevado quantitativo de estabelecimentos exigidos no instrumento convocatório (de 2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão, peça 2, p. 22), o que apresentou potencial prejuízo à competividade do certame, contrariando os arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai.

Com essas considerações, voto por que seja acolhida a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 15 de março de 2023.

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

ACÓRDÃO Nº 459/2023 – TCU – Plenário

1. Processo: TC-007.906/2022-6.
2. Grupo: I; Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Representante: empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A (XXX).
4. Entidades: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE) e Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE).
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Auditoria de Contratações (AudContratações).
8. Representação legal: A.V.V. (XXX/OAB-DF), T.P.F. (XXX/OAB-DF) e outros, representando Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Departamento Nacional; C.A.M.B. (XXX/OAB-RJ e XXX/OAB/DF), representando Serviço Social da Indústria – Departamento Nacional; V.K.D.G. (XXX/OAB-SP), A.K.A. (XXX/OAB-SP) e outros, representando VR Benefícios e Serviços de Processamento Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação formulada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A, com pedido de medida cautelar, acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Presencial Conjunto (PPC) 1/2022, conduzido pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE), e pelo Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU e no art. 103, § 1º, da Resolução/TCU 259/2014, conhecer da presente Representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. indeferir o pedido de concessão de medida cautelar;

9.3. nos termos do art. 4º, inciso I, da Resolução/TCU 315/2020, recomendar aos Departamentos Nacionais do Sesi e do Senai que orientem as suas entidades regionais, na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos seus colaboradores, caso decidam contratar pela técnica do credenciamento, que observem, por analogia, as disposições do art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, bem como o entendimento constante do Acórdão 533/2022 – Plenário (rel. min. Antônio Anastasia);

9.4. com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução/TCU 315/2020, dar ciência aos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai e do Sesi de que, no Pregão Presencial Conjunto 1/2022, a exigência prevista nos subitens 4.10 e 4.11 do Termo de Referência anexo ao edital não foi razoável ao fixar prazo exíguo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura da avença, para que a contratada apresentasse "a rede credenciada completa", em vez de considerar prazo maior e gradual, haja vista o elevado quantitativo de estabelecimentos exigidos no instrumento convocatório (de 2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão), o que apresentou potencial prejuízo à competividade do certame, contrariando os arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai, segundo os quais são vedados "critérios que frustrem [o] caráter competitivo" dos certames;

9.5. enviar cópia desta deliberação à empresa representante; e

9.6. arquivar este processo, com base no art. 169, inciso III, do Regimento Interno/TCU.

10. Ata n° 10/2023 – Plenário.

11. Data da Sessão: 15/3/2023 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0459-10/23-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa (Relator).

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

Decisões dos Tribunais

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O CONHECIMENTO PRÉVIO QUANTO À NECESSIDADE ADMINISTRATIVA E À PRORROGAÇÃO ILIMITADA DO CONTRATO IMPLICAM A ILICITUDE DA DISPENSA EMERGENCIAL

GRUPO I – CLASSE I – Plenário
TC 004.145/2005-7 [Apenso: TC 020.805/2016-0]
Natureza: I Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial)
Órgãos/Entidades: Diretoria-Executiva do Fundo Nacional de Saúde; Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal
Responsáveis: A.S.J. (XXX); A.B.A. (XXX); C.A.T. (XXX); Entidades/órgãos do Governo do Distrito Federal; H.S.B. (XXX); J,G,M. (XXX); M.A.A.H.B. (XXX); P.J.F.T. (XXX); Procuradoria-geral do Distrito Federal-Administrativa (XXX); R.F.A. (XXX); Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal (XXX).
Interessados: M.E.V.M. (XXX); Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal (XXX).
Representação legal: L.F.B.P. (XXX/OAB-DF), representando Procuradoria-geral do Distrito Federal- Administrativa; R.M.S. (XXX/OAB-DF), G.F.S.N. (XXX/OAB-DF) e outros, representando A.B.A.; G.F.S.N. (XXX/OAB-DF), A.M.C.D. (XXX/OAB-DF) e outros, representando M.A.A.H.B.; A.G.F.T. (XXX/OAB-DF), representando P.J.F.T..

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. PAGAMENTOS SEM AMPARO CONTRATUAL. DESPESAS INDEVIDAMENTE FINANCIADAS COM RECURSOS FEDERAIS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO PARA CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. NÃO PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. COMPETÊNCIA DO TCU PARA JULGAR AS CONTAS. IRREGULARIDADE DA CONDUTA DOS RESPONSÁVEIS. SANÇÕES NÃO VIOLAM PRINCÍPIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

(Supessão)*

VOTO

Cuidam os autos de recursos de reconsideração interpostos por C.A.T., ex-Diretor do Fundo de Saúde do Distrito Federal (peça 713), P.J.F.T., ex-Comandante-Geral da PMDF (peças 715-716 e 727), e H.S.B., ex-Subsecretário de Apoio Operacional da SES/DF (peça 734-739), contra o Acórdão 3.215/2013-TCU-Plenário (peça 658), de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro.

2. Na origem, os autos cuidaram de Tomada de Contas Especial (TCE), convertida a partir de Representação do Ministério Público/TCU (MPTCU), em face de irregularidades praticadas pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, no tocante ao repasse de recursos do Sistema Único de Saúde ao Hospital Santa Juliana S/C Ltda. (Acórdão 2.152/2005-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Vilaça; peça 53, p. 37-40).

3. Conforme anotado no Relatório precedente, as irregularidades constatadas referem-se à contratação daquele hospital por injustificada dispensa de licitação, em caráter emergencial, durante os exercícios de 2003, 2004 e 2005, e ao ressarcimento de despesas médicas sem a devida comprovação. De forma semelhante, também foram constatadas irregularidades no repasse de recursos pela Polícia Militar do Distrito Federal ao mesmo hospital, em decorrência de dispensa indevida de licitação na aquisição de serviços de tratamento de pacientes, bem como da ausência de formalização dos respectivos contratos e de consequentes pagamentos sem cobertura contratual.

4. Diante desse quadro, os responsáveis foram chamados aos autos para apresentar suas razões de justificativa quanto às seguintes irregularidades:

a) C.A.T., ex-Diretor do Fundo de Saúde do Distrito Federal, pela realização de pagamentos sem cobertura contratual, com recursos federais, relativos ao tratamento de pacientes do SUS encaminhados à UTI do Hospital Santa Juliana, em afronta o disposto no art. 42 do Decreto 93.872/1986, c/c o art. 36, § 2º, do mesmo Decreto e no art. 63, § 2º, I, da Lei 4.320/1964 (Acórdão 2.152/2005-TCU-Plenário, item 9.5; peça 53, p. 37-40);

b) A.S.J., ex-Subsecretário de Apoio Operacional da SES/DF, e H.S.B., ex-Subsecretário de Apoio Operacional da SES/DF, em razão da dis-

Decisões dos Tribunais

pensa indevida de licitações na aquisição de serviços de tratamento de pacientes do SUS encaminhados à UTI do Hospital Santa Juliana, em descumprimento ao disposto nos art. 24 e 26 da Lei 8.666/1993 (Acórdão 2.152/2005-TCU-Plenário, item 9.6; peça 53, p. 37-40);

c) P.J.F.T., ex-Comandante-Geral da PMDF, em razão da dispensa indevida de licitações na aquisição de serviços de tratamento de pacientes vinculados à assistência médica da Polícia Militar do Distrito Federal pelo Hospital Santa Juliana, bem como pela falta de formalização dos respectivos contratos e pela consequente realização de pagamentos sem cobertura contratual (Acórdão 2.152/2005-TCU-Plenário, item 9.9; peça 53, p. 37-40);

5. Em suma, os recursos apresentaram as seguintes questões:

(a) prescrição da pretensão punitiva do TCU;

(b) competência para julgar as contas da PMDF;

(c) regularidade das condutas dos Subsecretários de Apoio Operacional, ante as dispensas de licitações de serviços de UTI e os pagamentos sem cobertura contratual ao Hospital Santa Juliana, realizados no âmbito da SES/DF;

(d) regularidade da conduta do Diretor-Executivo do Fundo, ante os pagamentos sem cobertura contratual ao Hospital Santa Juliana;

(e) regularidade da conduta do Comandante-Chefe da PMDF, ante os pagamentos sem cobertura contratual ao Hospital Santa Juliana, no âmbito da PMDF.

6. Adicionalmente, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal – PG-DF apresentou informações acerca de ação de ressarcimento (Processo Judicial 00362764820168070018), na qual o órgão distrital, em face do Hospital Santa Juliana Ltda.-ME, A.B.A. e outros, requer o ressarcimento pelas irregularidades verificadas nesta Tomada de Contas Especial (TC-004.145/2005-7).

7. Ao analisar os argumentos trazidos, a unidade instrutiva, acompanhada pelo Ministério Público junto ao TCU, propôs que os recursos fossem conhecidos e a eles negado provimento.

***

8. De fato, quanto ao primeiro argumento, o Ministério Público junto ao TCU bem anotou que a prescrição não ocorreu sob a perspectiva da Lei n.º 9.873/1999, uma vez que em nenhum momento ocorreu o lapso temporal de 5 anos sem atuação da administração pública, a partir de **24/2/2005**, termo inicial considerado para a contagem da prescrição nos termos do art. 1.º da Lei n.º 9.873/1999, por corresponder à última parcela de despesa objeto de débito neste processo, uma vez que os seguintes atos apuratórios interromperam a contagem do prazo prescricional ao longo do curso do processo:

Despesas irregulares 2004 a 2005 (14/6/2004 a 24/2/2005);

Autuada a representação – 15/3/2005 (peça 1, p. 2);

Instrução UT – 4/4/2005 (peça 21, p. 24-30);

Instrução UT – 12/7/2005 (peça 22, p. 13-35);

Relatório de Inspeção – 5/10/2005 (peça 51, p. 43-51 e peça 52, p. 1-50);

Acórdão 2152/2005-P – 7/12/2005 (peça 53, p. 1-40) – conversão em TCE, audiências e citações;

Audiências e citações – dezembro 2005-janeiro 2006 (peça 54);

Instrução UT – 12/2/2007 (peça 67, p. 18-51, peça 68 e peça 69, p. 1-9);

Parecer MPTCU – 12/5/2007 (peça 69, p. 16-17);

Instrução UT – 21/6/2007 (peça 71, p. 41-51 e peça 72, p. 1);

Parecer MPTCU – 3/8/2007 (peça 72, p. 6-8);

Instrução UT – 25/7/2008 (peça 72, p. 36-50 peça 73, p. 1);

Parecer MPTCU – 11/8/2008 (peça 73, p. 4);

Nova citação de responsável – 4/9/2008 (peça 73, p. 7);

Instrução UT – 28/8/2009 (peça 73, p. 32-50 e peça 74, p. 1-18);

Parecer MPTCU – 8/12/2009 (peça 74, p. 20-22);

Acórdão 2460/2012-P – 11/9/2012 (peça 75, p. 41-43);

Instrução UT – 12/11/12 (peças 634 a 636) – admissibilidade recurso;

Instrução UT – 24/4/2013 (peças 652 a 654);

Parecer MPTCU – 3/6/2013 (peça 655);

Instrução UT – 24/4/2013 (peças 652 a 654);

Acórdão 3215/2013-P – 27/11/2013;

Instrução UT – 19/2/2014 (peça 728);

Parecer MPTCU – 25/2/2014 (peça729);

Instrução UT – 15/7/2014 (peças 766 a 770) – admissibilidade de recursos;

Despacho do relator que conhece dos recursos – 24/7/2014 (peça 772);

Parecer MPTCU – 10/11/2014 (peça 791);

Acórdão 3438/2014-P – 3/12/2014;

Acórdão 241/2015 -P – 11/2/2015;

Instrução UT – 23/4/2015 (peças 886 e 887) – admissibilidade de recursos;

Instrução UT – 20/5/2015 (peças 889 e 892) – admissibilidade de recursos;

Parecer MPTCU – 24/6/2015 (peça 894);

Acórdão 1272/2016 -P – 25/5/2016;

Instrução UT – 4/1/2017 (peças 949 a 951) – embargos de declaração;

Acórdão 1885/2017 -P – 31/8/2017;

Instrução UT – 10/10/2017 (peças 985 a 988) – admissibilidade de recursos;

Parecer MPTCU – 20/10/2017 (peça 993);

Acórdão 2836/2017 -P – 15/12/2017;

Despacho do relator que conheço do recurso – 15/3/2018 (peça 1038);

Instrução UT – 30/10/2018 (peças 1060 a 1062);

Parecer MPTCU – 8/4/2019 (peça 1071);

Despacho do relator com determinações à UT– 6/8/2020 (peça 1086);

Instrução UT – 13/4/2021 (peças 1093 a 1095).

9. Cabe ressaltar que a prescrição intercorrente também não foi observada, pois da mesma forma, em nenhum momento o processo ficou parado por mais de 3 anos esperando por despacho ou julgamento.

***

10. Quanto ao segundo argumento, verificou-se que os recursos do FCDF foram utilizados para cobrir despesas com a assistência à saúde dos militares, restando, assim, assente a origem federal das verbas. Dessa forma, diante da origem dos recursos, e da competência desta Corte, deve ser reafirmada a competência Constitucional desta Corte, conforme já reconhecido pela jurisprudência deste Tribunal (e.g. Acórdão 824/2004-Plenário, de relatoria do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha).

11. Desta forma, o fato das contas dos exercícios 2002 e 2004 terem sido aprovadas no âmbito distrital, em nada afeta a competência desta Corte, dado ao não alcance da análise sobre os recursos federais envolvidos (e.g. Acórdãos 4713/2018-TCU-2ª Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer; 3.196/2017-TCU-2ª Câmara, Relator Ministro Aroldo Cedraz; 660/2016-TCU-2ª Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer; 4.632/2015-TCU-1ª Câmara, Relator Ministro Weder de Oliveira).

12. Restou demonstrado que houve dispensa indevida de licitações na aquisição de serviços de tratamento de pacientes vinculados à assistência médica da PMDF pelo Hospital Santa Juliana (HSJ), utilizando-se recursos federais. Além disso, apurou-se que não foi procedida a necessária formalização dos respectivos contratos, que decorreu a realização de pagamentos sem cobertura contratual, em desacordo à legislação vigente. Desta forma, configurada a existência de irregularidades na gestão de recursos federais, cabe a atuação desta Corte.

13. Em relação à regularidade das condutas dos Srs. H.S.B. e A.S.J., na condição de Subsecretários de Apoio Operacional, ante as dispensas de licitações de serviços de UTI e os pagamentos sem cobertura contratual ao Hospital Santa Juliana, verifico que os argumentos trazidos como defesa são insuficientes para elidir as irregularidades a eles imputadas.

14. É que houve uso sistemático de serviços de UTI do Hospital Santa Juliana, sem licitação e sem formalização de contrato, sob a égide de dispensa de licitação, com fundamento em situação de urgência.

15. No caso em análise, a unidade instrutiva anotou a realização de pagamentos sem licitação e sem contrato ao HSJ no montante R$ 10.003.504,16, o que demonstra um reiterado descumprimento dos mandamentos constitucionais e legais, pois tanto a Constituição Federal em seu art. 37, XXI, quanto a então vigente Lei 8.666/1993 (art. 2º c/c art. 60) estabelecem a necessidade de formalização dos processos de aquisição e contratação, bem como orientam que o procedimento licitatório é a regra de seleção para a seleção de fornecedores ao setor público.

16. O atendimento de pacientes do Sistema Único de Saúde por hospitais privados não é vedado pela legislação de regência, porém, deve ser realizado em caráter complementar, conforme pre-

Decisões dos Tribunais

visto pela Lei 8.080/1990 (art. 4º, parágrafo 2º, e art. 24), formalizado por meio de contrato administrativo, respeitando-se as normas de licitação e contratos. Essas eram as orientações estabelecidas pelo Ministério da Saúde por meio da Portaria MS 1.286/1993 e da Portaria MS 3.925/1998.

17. Nesse sentido, o fato de a autorização de dispensa de licitação ter origem na área médica e o parecer jurídico anexado não são capazes de infirmar o juízo de que era dever dos responsáveis zelar pela legalidade e lisura dos procedimentos administrativos, adotando as medidas necessárias para que os encaminhamentos de pacientes para a rede privada ocorressem em conformidade aos parâmetros legais existentes. Os pareceres técnicos e jurídicos citados não são suficientes para elidir a conduta manifestamente irregular, pois cabe ao gestor, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.

18. Necessário trazer a lume, também, que conforme apontado pelo Relatório de Inspeção 2.0119.05, do TCDF, a situação de deficiência de leitos de UTI na rede pública já havia sido levada ao conhecimento do Governador do Distrito Federal e do Secretário de Saúde, por meio da Decisão TCDF 28/2003, de 4/2/2003 (peça 53, p. 8).

19. Ademais, conforme trazido pela unidade instrutiva, a Assessoria Técnico-Legislativa da SES/DF (Astel), "apesar de emitir pareceres favoráveis à contratação emergencial, recorrentemente apontava ressalvas sobre o contínuo uso da modalidade de dispensa, alertando a SES/DF para a necessidade de adotar providências de regularização, buscando o credenciamento e a contratação de hospitais privados para prestar tais serviços (peça 107, p. 13 e 35, peça 108, p. 1 e 39, peça 109, p. 2 e 37)".

20. Resumidamente, percebo que existiam nos processos as informações necessárias para que os gestores agissem com o zelo, podendo ser refutados os argumentos quanto à imprevisibilidade, ao desconhecimento da questão ou à existência de parecer jurídico suportando as decisões, uma vez que a necessidade de envio de pacientes do SUS para a rede privada era rotineira, havia alertas constantes para a correção da situação e os pareceres jurídicos continham ressalvas quanto à necessidade de adoção de providências para a regularização.

21. Apenas para fins de ampliação do debate, mesmo que fosse admitida a regularidade das contratações por dispensa de licitação, persistiria a irregularidade das condutas uma vez ausentes as justificativas adequadas para a escolha do fornecedor e do preço, conforme preceitua o art. 26 da Lei 8.666/1993.

22. Conforme sublinha a unidade instrutiva, "a justificativa trazida nos processos limitou-se a declarar que os credenciamentos restaram desertos, sem apresentar qualquer comprovação de que as condições diferenciadas de preços foram também ofertadas aos demais hospitais privados, e não somente ao HSJ.".

23. Assim, é possível perceber um claro direcionamento ao HSJ, pois as condições a ele oferecidas, aliadas à falta de formalização dos procedimentos, não foram ofertadas aos demais hospitais privados.

24. Cabe ressaltar que os normativos vigentes orientavam, ainda que os recursos federais deveriam estar sujeitos à tabela do SUS nacional, mas a realidade mostrou que o HSJ chegou a receber valores até 27 maiores que a referência, conforme explica a unidade instrutiva.

> Ainda no tocante aos valores praticados, apurou-se também que os serviços prestados pelo HSJ, remunerados a preços acima da tabela SUS nacional, foram pagos com recursos federais, em afronta à Norma Operacional Básica - NOB 1/96. A auditoria desta Corte de Contas constatou que, dentro de uma amostra de 25 processos de pagamento, o HSJ recebeu o total de R$ 791.437,17, quando o valor devido, conforme a tabela SUS, seria de R$ 29.427,60 (peça 11, p. 46-47). Ou seja, o hospital recebeu um montante aproximadamente 27 vezes superior ao da tabela SUS, pagos, indevidamente, com verba federal.

25. Cabe menção que os argumentos trazidos pelo Sr. H.B. baseado em reportagens apenas mostram que o desinteresse da rede privada decorria dos preços praticados, cujos valores eram muito aquém dos de mercado, mas em nada modificam o juízo de que houve falhas no planejamento do manejo de pacientes para UTI, com o claro favorecimento do Hospital Santa Júlia.

26. Da mesma forma, a informação de que a epidemia de Hantavirose seria a causa da reiteração das transferências de pacientes para HSJ não está devidamente comprovada nos citados

Relatórios de Perícia Técnica do Denasus, pois em nada afirma que aquele hospital seria o único capaz de atender aqueles pacientes. Ademais, não restou comprovado que a totalidade ou a maior parte das transferências seria devido a epidemia, bem como não há registros de que houve pesquisa junto aos demais hospitais acerca da disponibilidade de leitos de UTI.

27. Os argumentos do Sr. A.S.J. no mesmo sentido também não merecem prosperar, uma vez que a suposta dificuldade ante a citada epidemia não é capaz de justificar o uso contínuo e prolongado de serviços sem procedimento licitatório e sem contrato formal.

28. Em relação ao desrespeito da ordem de pagamento de liquidação, nos autos restou configurado ao menos cinco situações em que houve o desrespeito em benefício do HSJ, permanecendo sem justificativa a priorização de pagamentos ao HSJ, em detrimento dos demais, em desacordo aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, que vedam a discriminação e a concessão de privilégios.

29. Adicionalmente, ao contrário do que afirma o recorrente, a equipe constatou que na gestão posterior, no decurso do exercício de 2005, as entidades sem fins lucrativos e filantrópicas foram priorizadas pela SES/DF, à luz do mandamento constitucional presente no art. 199, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Naquele ano, o fluxograma para o encaminhamento de pacientes de UTI foi revisado para que fossem prioritariamente consultados os hospitais públicos, antes dos hospitais privados. Adicionalmente, foram celebrados convênios com o Hospital das Forças Armadas (HFA) e com o Hospital Universitário de Brasília (HUB), que passaram a fazer parte do Sistema Público de Saúde do DF.

30. O argumento do Sr. Aldery de que condenações judiciais do Distrito Federal impunham ao ente o dever de arcar com despesas de internação de pacientes em UTIs particulares igualmente não justifica a transferência de pacientes para serviços de UTI sem licitação, sem formalização contratual e mediante remuneração acima da tabela SUS, realizada indevidamente com recursos federais.

31. Por fim, as alegações dos recorrentes quanto à incapacidade gerencial com raízes em limitações financeiras, falta de cultura orçamentária das unidades hospitalares e rotina exacerbada de trabalho são igualmente incapazes de justificar as irregularidades, uma vez que apenas relacionam problemas existentes em qualquer setor da gestão pública, não eliminando o fato de que tinham o dever funcional de zelar e promover a correta aplicação da legislação vigente e os regulares procedimentos administrativos dentro da rotina hospitalar.

32. Assim, entendo que os argumentos destes recorrentes não devem ser acolhidos.

***

33. Entendo, também, que a conduta do então Diretor-Executivo do Fundo de Saúde do DF (FSDF), Sr. C.A.T., ante os pagamentos sem cobertura contratual ao Hospital Santa Juliana, foi irregular.

34. As atribuições regimentais da Diretoria Executiva do FSDF incluem o controle e o acompanhamento da execução orçamentária e financeira da Secretaria de Saúde, bem como a proposição de mecanismos de controle internos aptos a assegurar a regularidade e a legalidade na realização das despesas do Fundo.

35. Nesse ponto, cabe destacar que ao Diretor-Executivo compete praticar os atos incluídos na alçada administrativa da execução, como também movimentar as contas do fundo, observadas as diretrizes emanadas pelo Conselho de Saúde do DF e as normas operacionais vigentes, **além de zelar pela regularidade e pela exatidão das transferências de recursos do fundo para as instituições que integram o Sistema Único de Saúde do DF**, conforme art. 4º da Lei Complementar 11/1996.

36. Considerando o significativo volume de recursos movimentados em desacordo às normas vigentes, era de se esperar que o Diretor-Executivo atentasse para a inadequação dos pagamentos realizados ao HSJ, cujos preços eram substancialmente superiores aos da tabela SUS, pagos exclusivamente com valores federais, em desacordo com a Portaria MS 1.606/2001 que indicava que os valores acima da tabela do SUS nacional deveriam ser custeados com recursos próprios.

37. Ademais, ficou registrado que os pagamentos ocorriam sem a celebração de contrato e sem a autorização e o acompanhamento pelo Conselho de Saúde do DF, o que atrai também a competência do gestor do Fundo.

38. Cabe o registro que este Tribunal possui jurisdição e competência próprias estabelecidas na Constituição Federal e na Lei Orgânica desta Cor-

Decisões dos Tribunais

te, não sofrendo restrição em razão de processos que tramitem em outras esferas. Portanto, não é relevante as conclusões da CPI da saúde.

39. Assim, argumentos do recorrente não devem ser acolhidos.

***

40. As dispensas de licitações de serviços de UTI e os pagamentos sem cobertura contratual ao Hospital Santa Juliana, realizados no âmbito da PMDF, foram irregulares.

41. Assim, devem ser refutados os argumentos do Sr. P.J.F.T., que busca imputar para terceiros, responsabilidades que seriam suas, na qualidade de Comandante-Geral da PMDF;

42. Cabe destacar a situação encontrada na PMDF, qual seja, o encaminhamento rotineiro de pacientes ao HSJ sem formalização contratual, com dispêndio de recursos federais em valores superiores ao da tabela do SUS nacional e com favorecimento daquele hospital privado.

43. Nesse sentido, era dever do recorrente atentar para a retidão dos procedimentos tomados no âmbito de sua gestão. A delegação de competência não implica delegação de responsabilidade, competindo ao delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados. Assim, diante da importância, da materialidade e da quantidade de irregularidades encontradas, ficou patente as falhas de sua supervisão quanto às condutas dos subordinados, razão pelas quais seus argumentos devem ser refutados.

***

44. Quanto à origem dos recursos públicos utilizados para remunerar valores acima da tabela SUS, é possível concluir que, ao contrário do alegado pelo Sr. A.S., se tratava de recursos federais.

45. O Manual Básico de Gestão Financeira dos Recursos do SUS, elaborado pelo Fundo de Saúde do Distrito Federal, define que o financiamento do SUS no Distrito Federal é realizado com recursos da União (fonte 138 - repasses fundo a fundo, fonte 131 - convênios e recursos do FCDF), com recursos próprios do tesouro do Distrito Federal (fontes 100, 101, 102, 106, 120, entre outras) e de outras fontes suplementares de financiamento.

46. Sobre o assunto, a unidade instrutiva registrou que "todas as notas de empenho emitidas pela SES/DF, em favor do HSJ, utilizaram recursos federais das fontes 138 e 338, transferências fundo a fundo". Dessa forma, por se tratar de transferências fundo a fundo, entram no escopo de fiscalização desta Corte de Contas, conforme entendimento firmado na Decisão TCU 506/1997-Plenánio".

47. A jurisprudência desta Corte afirma também que cabe ao TCU fiscalizar recursos do SUS repassados aos entes federados (Acórdãos 6.828/2017-TCU-1ª Câmara, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues; 7.417/2016-TCU-1ª Câmara e 3.902/2016-TCU-1ª Câmara, ambos do Relator Ministro Benjamin Zymler).

48. Ademais, o art. 10 da Portaria GM MS 1.606/2001 determina que os estados, o Distrito Federal e os municípios que optarem por adotar tabela diferenciada para remuneração de serviços assistenciais de saúde deverão utilizar-se de recursos próprios para realizar essa complementação financeira, sendo vedada a utilização de recursos federais para tal finalidade.

49. Como no caso em apreço os valores pagos ao Hospital Santa Juliana excederam a tabela nacional do SUS e tiveram por fonte recursos federais, situação essa vedada pelos normativos vigentes, os argumentos do recorrente não podem ser acolhidos.

***

50. A alegação do Sr. C.A.T. de que houve violação de princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das sanções não merece guarida.

51. A multa aplicada ao recorrente, no valor de R$ 30.000,00, teve por fundamento o art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, o qual autoriza esta Corte aplicar multa ao responsável que teve as contas julgadas irregulares nos casos em que não tenha resultado débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 da LOTCU, conquanto tenha praticado ato com grave infração à norma legal e regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

52. Conforme registra a unidade instrutiva, essa sanção pecuniária é valorada entre cinco e cem por cento do valor atualizado do montante estipulado no *caput* do art. 58, da Lei 8.443/1992 e, quando da sanção, tinha como limite o valor de R$ 43.953,79, nos termos da Portaria 75, de 6/3/2013.

53. Portanto, é possível perceber que o valor aplicado correspondeu a 68% do valor máximo permitido, portanto, dentro dos parâmetros legais.

54. Ademais, o valor fixado pela decisão recorrida levou em consideração a gravidade da conduta do responsável. Por essa razão, houve julgamento pela irregularidade de suas contas, bem como na aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992, entre elas a multa. Cabe esclarecer que inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal também teve origem na gravidade da conduta, nos termos do art. 60. da Lei 8443/1992.

55. Portanto, entendo que não merece reparo a dosimetria realizada, sendo improcedentes os argumentos do recorrente.

***

56. Por fim, cabe registrar que inexiste impacto nesta TCE das informações trazidas aos autos pela PG-DF, ante o princípio da independência das instâncias e da impossibilidade de dupla apenação, conforme já sumulado por esta Corte (Súmula 128).

57. As informações prestadas pela PG-DF noticiam o ajuizamento de ação de ressarcimento, a qual foi julgada procedente, mas ainda que improcedente não vincularia esta Corte de Contas em razão do princípio da independência das instâncias administrativa, civil e penal, para efeito de apuração de condutas antijurídicas perpetradas por agentes públicos. Ademais, não há risco de pagamento em duplicidade uma vez que a orientação já sumulada nesta Corte no sentido de que os valores eventualmente já satisfeitos deverão ser considerados para efeito de abatimento na execução.

58. Feito esses registros, acolho integralmente os pareceres da unidade técnica Secretaria de Recurso (peças 1060-1062 e 1093-1094) e do **Parquet** (peças 1063 e 1093) como minhas razões decidir e proponho conhecer dos recursos interpostos e, no mérito, negar-lhes provimento.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 8 de março de 2023.

AROLDO CEDRAZ
Relator

ACÓRDÃO Nº 376/2023 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 004.145/2005-7.
1.1. Apenso: 020.805/2016-0
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
3.1. Interessados: M.E.V.M. (XXX); Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal (xxx).
3.2. Responsáveis: A.S.J. (XXX); A.B.A. (XXX); C.A.T. (XXX); Entidades/órgãos do Governo do Distrito Federal (XXX); H.S.B. (XXX); J,G,M. (XXX); M.A.A.H.B. (XXX); P.J.F.T. (XXX); Procuradoria-geral do Distrito Federal- Administrativa (XXX); R.F.A. (XXX); Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal (XXX).
3.3. Recorrentes: C.A.T. (XXX); P.J.F.T. (XXX); H.S.B. (XXX); A.S.J. (XXX)..
4. Órgãos/Entidades: Diretoria -Executiva do Fundo Nacional de Saúde; Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz
5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Mucio Monteiro.
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaude).
8. Representação legal: L.F.B.P. (XXX/OAB-DF), representando Procuradoria-geral do Distrito Federal- Administrativa; R.M.S. (XXX/OAB-DF), G.F.S.N. (XXX/OAB-DF) e outros, representando A.B.A.; G.F.S.N. (XXX/OAB-DF), A.M.C.D. (XXX/OAB-DF) e outros, representando M.A.A.H.B.; A.G.F.T. (XXX/OAB-DF), representando P.J.F.T..

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recursos de reconsideração interpostos por C.A.T., ex-Diretor do Fundo de Saúde do Distrito Federal (peça 713), P.J.F.T., ex-Comandante-Geral da PMDF (peças 715-716 e 727), e H.S.B., ex-Subsecretário de Apoio Operacional da SES/DF (peça 734-739), contra o Acórdão 3.215/2013-TCU-Plenário (peça 658), de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos artigos 32, inciso I; e 33, da Lei 8.443/1992, em:

9.1. conhecer dos recursos interpostos e, no mérito, negar-lhes provimento;

9.2. dar ciência desta decisão aos recorrentes, ao Ministério da Saúde e à Procuradoria da República do Distrito Federal.

10. Ata n° 8/2023 – Plenário.

Decisões dos Tribunais

11. Data da Sessão: 8/3/2023 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0376-08/23-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz (Relator), Jorge Oliveira e Antonio Anastasia.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

*** A íntegra desta legislação está disponível no site www.governet.com.br**

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A PERMISSÃO DE PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS PODE SER ESSENCIAL PARA QUE HAJA CONDIÇÕES MATERIAIS E ECONÔMICAS PARA EXECUTAR O OBJETO DA CONTRATAÇÃO

Processo: 07203/2022-1
Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Acompanhamento
UG: SECTI - Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia, Inovação e Educação Profissional
Relator: Rodrigo Coelho do Carmo
Interessado: R.C.P, R.R.F.
Procuradores: J.H.A. (OAB: XXX-ES), R.I.D. (OAB: XXX-ES)

CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – ACOMPANHAMENTO – PRIVATIZAÇÃO – DESESTATIZAÇÃO – ES GAS – DISCRISCIONARIEDADE – COMPETÊNCIA – PIS E COFINS – SEGMENTO RESIDENCIAL – SEGMENTO TÉRMICO – PRAZO PARA PROPOTAS – CONSÓRCIO – EMPRESA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – RECOMENDAÇÃO – DETERMINAÇÃO – ARQUIVAR.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de acompanhamento(1) para análise concomitante (antes da publicação do edital), nos termos do artigo 186-A e seguintes do Regimento Interno [...] do TCE-ES(2), do processo administrativo de o processo de desestatização da Companhia de Gás do Espírito Santo (ES GÁS), quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, de modo a apontar eventuais inconformidades e/ou impropriedades que possam macular a segurança jurídica, a competitividade, a legalidade e a economicidade da licitação, e a sugerir encaminhamentos para a correção das inconformidades e a solução das impropriedades encontradas.

O presente processo foi autuado em 18/8/2022 (evento 1) e designada, também nessa data, a equipe de fiscalização (eventos 20), tendo em vista o protocolo de documentação (eventos 2-17), feito em 15/8/2022, na forma do artigo 186-B do RITCEES, pela Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia, Inovação, Educação Profissional e Desenvolvimento Econômico (Sectides).

Ao realizar a verificação inicial da documentação enviada pela Secretaria, a equipe de fiscalização encontrou inconsistências que impediam a análise técnica, tendo em razão disto solicitado, em 12/9/2022 (Manifestação Técnica 3178/2022), a complementação das informações para cumprimento ao inciso I, do art. 186-A do RITCEES.

A documentação complementar final, foi apresentada em 18/10/2022 (eventos 43516).

Em 27/10/2022 foi apresentado o Relatório de Acompanhamento 11/2022 (evento 529), e a Instrução Técnica Inicial 212/2022.

Na sequência da tramitação processual, o Senhor Secretário da Sectides foi notificado para se manifestar, no prazo de 10 dias, a respeito dos apontamentos feitos no Relatório de Acompanhamento 112022, nos termos da Decisão Segex 834/2022, evento 531.

Em 18/11/2022, o notificado apresentou resposta aos apontamentos do Relatório de Acompanhamento (eventos 537/538).

Em cumprimento ao Despacho 46379/2022, do gabinete do Senhor Conselho Relator, e ao Despacho Segex 36388/2022, voltaram os autos ao NDR para prosseguimento da instrução processual, sendo a síntese do ocorrido até o momento.

Após os autos foram encaminhados a equipe técnica, que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva 4367/2022 que pugnou:

> **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**
>
> Após análises realizadas nesta Instrução Técnica Conclusiva, encaminhamse os autos à consideração superior, propondo-se:
>
> **4.1** acatar os argumentos e afastar os indicativos apontados nos itens 2.4; 2.6 e 2.8 (neste item, apenas o apontamento relativo à exigência de capacidade técnica foi afastado);

Decisões dos Tribunais

4.2 expedir determinação ao senhor Secretário Estadual de Ciência, Tecnologia, Inovação, Educação Profissional e Desenvolvimento Econômico, a fim de que providencie, antes da publicação do edital, as alterações constantes nos itens 2.1, 2.2, 2.3, 2.8 (em relação ao apontamento que trata da vedação de participação de empresas em recuperação judicial) e 2.9 (em relação ao apontamento que trata da utilização, para compor o preço e a quantidade de terceirizados médios de cada Contrato, de valores inadequados), conforme fundamentação contida nos mencionado subitens.

4.3 Expedir recomendação ao senhor Secretário Estadual de Ciência, Tecnologia, Inovação, Educação Profissional e Desenvolvimento Econômico, a fim de que providencie, antes da publicação do edital, as alterações sugeridas nos itens 2.5, 2.7, 2.8 (em relação aos apontamentos que tratam de participação de consórcios e impedimentos previstos no artigo 38 da Lei Federal 13.303/2016) e 2.9 (em relação ao apontamento que trata da desconsideração da eficientização nos custos com serviços terceirizados) conforme fundamentação contida nos mencionado subitens, com a advertência de que a não adoção das recomendações desta Corte de Contas poderá implicar na interposição de representação ou ser objeto de achado de fiscalização, com possibilidade de suspensão da licitação, imputação de débito e responsabilização dos agentes envolvidos, caso se comprove nexo causal entre suas condutas e eventuais prejuízos ao interesse público, à eficiente execução do contrato, ou ao erário.

4.4 Sugere-se que seja dada ciência da decisão a ser proferida nos autos ao Governo do Estado do Espírito Santo, na pessoa do Sr. Governador do Estado, à Secretaria de Estado de Controle Interno, na pessoa do Sr. Controlador-Geral do Estado, e à Procuradoria-Geral do Estado, na pessoa da Sr. Procurador-Geral do Estado.

Em seguida foi encaminhado ao Ministério Público de Contas, que por meio do Procurador Luiz Henrique Anastásio da Silva e Parecer Ministerial 00163/2023, divergindo parcialmente da **ITC 2757/2022,** pugna por:

1. **Afastar** os indícios de irregularidades constantes dos itens:

2.1 Deficiência na metodologia de apuração da projeção de perdas de gás; **2.2** Ausência de competência da SECTIDES para instaurar e dar regular andamento ao processo licitatório;

2.4 Inconsistência na apuração dos tributos sobre o faturamento (PIS e Cofins);

2.5 Incongruência na estimativa de demanda para o segmento residencial de alguns municípios;

2.6 Incongruência na estimativa de demanda para o segmento térmico;

2.7 Prazo exíguo para apresentação de propostas;

2.8 Impropriedades e irregularidades na minuta do edital:

a. Limitação no número de integrantes de consórcios;

c. Impedimentos previstos no artigo 38 da Lei nº 13.303/2016;

d. Exigência de capacidade técnica;

2.9 Inconsistências na apuração da despesa com serviços de terceiros;

2. Manter os indícios de irregularidades constantes dos itens:

2.3 Inconsistência na apuração da despesa com pessoal próprio; **2.8** Impropriedades e irregularidades na minuta do edital:

b. Participação de empresas que estejam em recuperação judicial; e

3. Expedir **determinação** ao senhor Secretário Estadual de Ciência, Tecnologia, Inovação, Educação Profissional e Desenvolvimento Econômico, a fim de que:

3.1. corrija o erro de cálculo matemático cometido ao se calcular o custo médio anual por empregado da Companhia ES Gás (item 2.3);

3.2. providencie, antes da publicação do edital, alteração para permitir a participação de empresas em recuperação judicial (item 2.8, 'b');

4. Expedir **recomendação** ao senhor Secretário Estadual de Ciência, Tecnologia, Inovação, Educação Profissional e Desenvolvimento Econômico, a fim de que realize os aperfeiçoamentos necessários na metodologia utilizada para a estimativa do custo com serviços de terceiros, considerando a eficientização já promovida na Companhia (item 2.9).

É o que importa relatar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Em sede de memoriais, fora abordado pelos defendentes, importante contexto histórico em que se propôs o processo de desestatização:

> A ESGÁS, sociedade de economia mista estadual, foi constituída no mês de julho de 2019 e celebrou com o Estado do Espírito Santo, em julho de 2020, o contrato de concessão para distribuição de gás canalizado, em sucessão à BR Distribuidora (atualmente denominada Vibra), anteriormente concessionária desse serviço. O novo contrato foi o primeiro alinhado ao denominado Novo Mercado de Gás.
>
> O Banco Nacional de Desenvolvimento celebrou um acordo de cooperação técnica (nº 19.2.0302.6) com Estado do Espírito Santo, em novembro de 2019, com — o *objeto a cooperação técnica entre os Participes para o planejamento preliminar da estrutura de projetos de Desestatização de interesse do ESTADO (doravante denominados Desestatizações)*. ‖ (Cláusula Primeira) Com a identificação de uma empresa estatal apta a desestatização, seria confeccionado um instrumento específico entre o BNDES e o Estado para viabilizar e acompanhar esse projeto, disciplinando, — *dentro outros elementos, o escopo, as atividades de estruturação a serem realizadas e os respectivos direitos e obrigações, observada a legislação que rege as licitações e os contratos administrativos.* ‖ (Parágrafo Segundo da Cláusula Primeira).
>
> Em 2021, foi firmado pelo BNDES, pelo Estado e pela BR Distribuidora um contrato de estruturação de projetos, para prestação de serviços técnicos de apoio, avaliação e estruturação de projeto de desestatização da ES GÁS.
>
> Com base nesse instrumento, seria estruturado, coordenado e orientado pelo BNDES a produção de estudos técnicos de terceiros contratados para a execução da estruturação de projetos. Esses estudos técnicos foram divididos em:
>
> Serviço A - refere-se ao serviço de Avaliação Econômico Financeira.
>
> Serviço B - engloba a *Due Diligence* Contábil-Patrimonial, *Due Diligence* Jurídica, Diagnóstico Técnico Operacional, de Recursos Humanos e Socioambiental, Plano de Negócios, Modelagem da Desestatização e outros serviços profissionais especializados.
>
> O BNDES efetuou, nos termos acima e após a autorização da BR Distribuidora e do Estado, a contratação de consultorias (dois consórcios) para a realização desses serviços, conforme pode-se verificar dos contratos extraídos do site do BNDES. (3)
>
> Os motivos para a desestatização podem ser extraídos da Mensagem nº 1262/2021, que encaminhou à Assembleia Legislativa do ES o projeto de lei que autoriza a desestatização da Companha de Gás do Espírito Santo, sancionado e publicado como Lei Ordinária nº 11.507/2021. Vejamos:
>
> *"Por meio do presente PL, busca-se a autorização para a alienação total ou parcial, inclusive do controle acionário, das ações ordinárias e preferenciais do capital social de titularidade do Estado do Espírito Santo na companhia. A alienação do controle acionário implicará na retirada do enquadramento da ES GÁS como uma empresa estatal, afastando, consequentemente, a aplicação das regras de direito público aplicáveis a essas empresas, como a Lei Federal nº 13.303/2016. A circunstância de a companhia não ser mais submetida às regras do direito público tem o condão de permitir uma maior flexibilidade e agilidade na tomada de decisões, sem a necessidade de manutenção de alguns órgãos internos e regras de controle inerentes a uma empresa estatal.*
>
> *Cria-se, nesse contexto, por meio de uma nova roupagem da companhia, um ambiente mais propício para impulsionar o uso e o desenvolvimento da distribuição de gás canalizado no Estado do Espírito Santo."*
>
> Vê-se, portanto, que a fase interna do processo de desestatização, que findará com a manifestação desta Corte de Contas, foi levado a efeito por meio de um trabalho complexo e robusto, que contou com a participação do BNDES, de dois consórcios (Consórcio Genial Gás, formado por Banco Genial S.A., Quantum do Brasil Ltda. e Veirano Advogados Associados, e Consórcio BRL-MDM ES Gás, constituído pelas empresas BR Partners Assessoria Financeira Ltda. e L.M.D.M – Consultoria Empresarial Ltda), do Estado e da ES Gás.

Tendo conhecimento da importância do projeto ora analisado, bem como, das nuances que envolvem um processo de desestatização, passamos à análise dos índicos apontados.

Decisões dos Tribunais

II.1 – Deficiência na metodologia de apuração da projeção de perdas de gás

Critérios: Constituição federal - art. 37; **Lei complementar - 621/2012, art. 1, §1**

Em sede de Instrução Técnica Conclusiva 4367/2022, entendeu-se que a metodologia adotada na projeção de perdas de gás era ineficiente, isso porque, as perdas de gás estão relacionadas a aspectos locais, entendendo que, uma análise do histórico anterior ocorrido no Estado, tanto no período de gestão da Es Gás, como na época da Br Distribuidora, é muito mais fidedigno do que buscar referências de perdas registradas em outras localidades, em que os estados da rede e dos medidores são distintos da realidade local.

Em sede de defesa a parte argumenta que foram considerados critérios mais conservadores, tendo em vista aspectos como crescimento do mercado, características dos segmentos e consumidores a serem atendidos, situação da rede de gás vigente e projetada, além de tendências de mercados mais maduros, com segmentos já estabelecidos;

> Optou-se por não considerar os dados históricos da ES GÁS, pois além de ser uma série histórica muito restrita, os poucos meses que contemplava a base de dados se referem ao período de pandemia do Covid-19, sendo um momento atípico à realidade da concessão de gás.
>
> Nesse sentido, após a análise técnica da situação da rede, operação e manutenção da ES Gás, acrescida das estimativas de crescimento do mercado cativo e a inserção de clientes no mercado livre, entendeu-se ser alta a probabilidade de as perdas de gás reais serem maiores que zero, principalmente em seus segmentos de GNV, residencial e comercial.
>
> Sendo assim, como forma de estimar um percentual de perda que seja adequado ao Plano de Negócios da ES Gás, foram utilizados dados históricos de perdas reais de mercados maduros dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, uma vez que possuem um maior detalhamento público de informações históricas, e cujas empresas concessionárias atuam em segmentos de mercado já estabelecidos.

Pedindo ao fim o indeferimento do apontamento.

Pois bem.

No caso em tela, observa-se que não há um erro no modelo de projeção utilizado, no entanto, entende a equipe técnica que a utilização do histórico registrado no Espírito Santo nos últimos anos, seria a melhor escolha.

Em contraponto, a parte defendente alega que não foi possível utilizar a metodologia dos históricos de perdas registrado no Estado do Espírito Santo, tendo em vista que os dados são temporariamente restritos, afirmando ainda que utilizar a concessão do Rio de Janeiro (CEG) é um critério cauteloso, com uma margem de segurança razoável e que contempla características importantes que a concessão de gás do estado do Espírito Santo terá no futuro.

Para além disso, questiona ainda em Instrução Técnica Conclusiva 4367/2022, que a projeção da perda de gás prevista na modelagem é o percentual utilizado na última revisão tarifária ordinária para precificar a margem de distribuição.

A fim de demonstrar a metodologia utilizada, destaca que a projeção de perdas para o Plano de Negócios ES GÁS é **estimada para todo o período de sua concessão**, e não somente para um período tarifário específico de 5 anos. Tal que, para projetar as perdas reais que a distribuidora verdadeiramente poderá incorrer ao longo de todo o período de sua concessão, é necessário avaliar mercados que a companhia pretende atender no futuro, bem como a situação de sua rede projetada no Plano de Negócio.

Sendo assim, mesmo que a ARSP considere nulas as perdas regulatórias para um período curto, a concessionária ES GÁS incorrerá em perdas reais ao longo de todo o período de sua concessão, em linha com as concessões de gás mais maduras (SP e RJ), com as quais a ES GÁS terá maiores semelhanças futuramente.

No caso dos autos, resta evidente que não há um erro apontado na metodologia, trata-se apenas da escolha de metodologia adotada. Como bem apontado pelo Ministério Público de Contas em seu Parecer Ministerial 00163/2023, a metodologia escolhida pelo defendente está bem fundamentada, nos ditames do art. 50 da Lei 9.784/99, em que dispõe que os atos administrativos devem ser motivados, com fatos e fundamento jurídicos, que se ressalta está amplamente documentada em vários estudos e pareceres realizados.

Dessa forma, não há qualquer erro explicito que invalide a proposta, muito menos qualquer indício de escolha imotivada ou motivada por critérios alheios ao

interesse público primário. Em sendo assim, se há mais de uma forma para se tratar a questão e inexiste uma obrigação legal ou normativa que impõe uma única alternativa, devese respeitar a discricionariedade.

Portanto, estando a escolha do gestor legitima e proporcionalmente motivada, divirjo do opinamento técnico e acompanho o Ministério Público de Contas, afastando os indícios constantes do item 2.1 deixando de acolher o pedido de expedição de **determinação,** – à Sectides, na pessoa do Secretário, Senhor R.C.P, para que revise a projeção de perdas de gás da modelagem, de forma que o percentual inserido reflita o histórico registrado no Espírito Santo nos últimos anos – acolhendo os argumentos aventados em tese de defesa.

II. 2 – Ausência de competência da SECTIDES para instaurar e dar regular andamento ao processo licitatório

Critérios: Constituição estadual - art. 209; Constituição estadual - art. 32, XXI; Lei - 10955/2018; Lei - 11507/2021; Lei - 2296/1967; Lei complementar - 963/2021, art. 2º e Regulamento - Estatuto Social da ES GÁS art.32, I, m

No presente apontamento entende a equipe técnica que a Lei Estadual 11.507/2021, em seu art. 1º, não atribuiu competência a Secretaria para instaurar e processar a licitação para a desestatização da Companhia, apenas autorizou o Poder Executivo do Estado do Espírito Santo a proceder à desestatização da ES Gás.

> A regra de venda de ações prevista no artigo 31 da Lei 6.404/76 deve ser combinada com 122, VIII, 254-A e 257, da referida Lei e com o artigo 32, inciso I, alínea m' do Estatuto da ES Gás. Alega que as legislações não foram observadas, o que poderia colocar em risco todo o trabalho até então realizado em caso de questionamentos judiciais acerca da (in)competência da Secretaria para instauração e processamento do processo de desestatização.
>
> A Lei que autorizou a criação da ESGÁS, Lei Estadual 10.955/2018, nada dispôs sobre a desestatização da Companhia.
>
> Por sua vez, a Lei Estadual 11.507/2021, que autorizou a privatização da ESGÁS, não estabeleceu de quem seria a competência para instaurar e dar andamento ao processo licitatório destinado à desestatização da Companhia.
>
> A Sectides tem suas competências definidas no artigo 2º da LCE 963/2021, não se encontrando entre elas a competência para instaurar e dar andamento a processos de desestatização de empresas estatais.
>
> Por sua vez, nem Lei Estadual de Reforma Administrativa do Espírito Santo, Lei 2.296, de 17 de julho de 1967, e tampouco a Constituição do Estado do Espírito Santo dispõem sobre a competência para instauração de processos de desestatização de estatais.
>
> Também não foi localizado no processo licitatório o ato do Governador do Estado que supostamente outorgou competência à Sectides para instauração e processamento do Leilão, citado no preâmbulo da Minuta do Edital (evento 10).

A fim de sanar eventual falta de competência na instauração do procedimento licitatório, foi publicado no dia 27 de dezembro de 2022, Decreto nº 5258-R/2022, o qual denomina à – SEDES em substituição a Secretaria de Estado da Ciência,

Tecnologia, Inovação, Educação Profissional e Desenvolvimento Econômico - SECTIDES, é o órgão público do Estado do Espírito Santo responsável por tomar as providências necessárias para a desestatização da Companhia de Gás do Espírito Santo (ES GÁS), por meio da alienação, inclusive do controle acionário, das ações ordinárias e preferenciais do capital social de titularidade do Estado do Espírito Santo na Companhia, nos termos da autorização conferida pela Lei nº 11.507, de 17 de dezembro de 2021.

Aproveitando a oportunidade os defendentes reiteram a tese de que não há que se falar na necessidade de autorização/delegação de poderes pelo Diretor-Presidente da ES GÁS para processar a desestatização, isso porque, em momento de instrução fora aventado que apesar de o Estado do Espírito Santo ser controlador da ESGÁS, a Companhia tem um sócio relevante e possui Estatuto Social que disciplina, na alínea — m‖ do inciso I de seu artigo 32, que o Diretor-Presidente da Companhia CRIARÁ e HOMOLOGARÁ os processos de licitação, podendo delegar tais atribuições.

Entendeu a equipe técnica que a autoridade competente para criar e homologar processos licitatórios da ESGÁS, ou delegar tal competência, é seu DiretorPresidente e não o Governador do Estado.

Em caminho diametralmente oposto o Ministério Público de Contas, ressalta que as *"as ações que serão objeto de alienação não pertencem à empre-*

Decisões dos Tribunais

sa estatal, mas sim à Vibra e ao Estado do Espírito Santo, este, sócio controlador". Para corroborar tal afirmação, trouxe importantes destaques, dos quais me permito transcrever:

> Nessa linha, compete ao Estado – exclusivamente na condição de proprietário das ações – executar o procedimento de alienação, a exemplo do procedimento de desestatização da Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul:
>
> EDITAL DE LEILÃO Nº 01/2021 ALIENAÇÃO DE AÇÕES ORDINÁRIAS DA COMPANHIA DE GÁS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – SULGÁS
>
> O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, inscrito no CNPJ/ME sob o nº 87.934.675/000196, neste ato representado pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Infraestrutura, no uso da competência que lhe foi outorgada por ato do Governador do Estado do Rio Grande do Sul
>
> (—Estado‖);
>
> Pelo presente Edital e de acordo com as suas disposições, torna públicas as condições de desestatização da Sulgás, mediante a alienação de 10.996.948 (dez milhões, novecentos e noventa e seis mil, novecentos e quarenta e oito) ações ordinárias e sem valor nominal representativas de 51% (cinquenta e um por cento) do seu capital social.
>
> A alienação das ações foi autorizada pela Lei Estadual nº 15.299/19 e aprovado pelo Conselho Diretor do Programa de Reforma do Estado do Rio Grande Sul], nos termos da Lei Estadual n° 10.607/95.
>
> [...]
>
> **A propósito, o Tribunal de Contas da União, ao analisar o procedimento de desestatização da Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA –, em nenhum momento reconhece qualquer atribuição da Companhia no processo que não seja a de fornecer informações a seu próprio respeito**, cabendo todos os demais atos ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e ao Ministério da Infraestrutura (MInfra), senão vejamos:
>
> **Acórdão 2.931/2021-Plenário TCU**
>
> [...]
>
> 7. O art. 1º, §§ 2º a 6º, do aludido Decreto, define as atribuições de cada um dos agentes envolvidos no processo de desestatização, respeitadas suas competências legais. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) é responsável pela execução e pelo acompanhamento das medidas de desestatização, nos termos dos arts. 6º, § 1º, e 18 da Lei
>
> 9.491/1997. Cabe à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) acompanhar os estudos técnicos contratados/elaborados pelo BNDES e aprovar as minutas de edital e contrato de concessão. A coordenação e o monitoramento das medidas de desestatização são de responsabilidade do MInfra, aí incluída a competência para aprovar os resultados dos estudos elaborados pelo BNDES.
>
> [...]
>
> 19. Em 22/10/2021, foi realizada reunião de encerramento dos trabalhos, com integrantes do MInfra, da Antaq e do BNDES, para apresentação das conclusões e propostas de encaminhamento sugeridas por esta unidade técnica. Ato contínuo, o relatório preliminar foi enviado para manifestação dos gestores do MInfra e da Antaq, mediante os ofícios 61293 e 61294/2021-TCU/Seproc (peças 236-237). As manifestações do MInfra, nos termos do ofício 218/2021/AECI (peça 260-263) e seus anexos (peças 249259), e da Antaq, nos termos do ofício 277/2021/DG-Antaq (peça 264), serão incorporadas a este relatório.
>
> [...]
>
> **Análise da SeinfraPortoFerrovia**
>
> 277. Tão logo a documentação foi encaminhada ao Tribunal, foi solicitado ao poder concedente que apresentasse documentos produzidos pelos órgãos gestores da desestatização, contendo a avaliação da adequação dos seguintes aspectos do modelo proposto, bem como documentos contendo a validação desses pontos, nos termos elaborados pelas consultorias contratadas pelo BNDES (peça 128, p. 1-3):
>
> a) MInfra e Codesa: documentos de avaliação da adequação/validação quanto a: (i) cálculos econômico-financeiros que subsidiaram a determinação do valor mínimo de outorga;
>
> [...]
>
> 278. Em resposta (peça 128, p. 4-389), a SNPTA prestou os esclarecimentos a seguir.
>
> [...]

> 280. A Codesa relata que sua atuação no processo de desestatização ocorreu sob a coordenação do MInfra, tendo contribuído com o fornecimento de informações sobre a Companhia, as quais serviram de subsídio aos estudos elaborados, e participado das audiências públicas realizadas, bem como de diversas reuniões com os técnicos da SNPTA, do Ministério da Economia, da Antaq, do BNDES, e das consultorias contratadas.
>
> [...]
>
> 283. Além disso, o BNDES faz menção às competências atribuídas a cada um dos órgãos envolvidos na desestatização da Codesa, nos termos do art. 1º do Decreto 9.852/2019, que incluiu a Codesa no CND e qualificou a empresa no PPI, conforme segue:
>
> a) BNDES: execução e acompanhamento das medidas de desestatização;
>
> b) Codesa: encaminhamento, ao BNDES, de informações, dados e plantas relativos ao empreendimento;
>
> c) Antaq: acompanhamento dos estudos técnicos contratados pelo BNDES e aprovação das minutas de edital e de contrato de concessão do serviço;
>
> d) MInfra: coordenação e monitoramento das medidas de desestatização, incluída a competência para aprovar os resultados parciais e finais dos estudos a serem elaborados pelo BNDES.
>
> [...]

Pois bem, como já destacado, que o presente processo de desestatização não envolve a venda de bens que pertençam à Companhia. Trata-se da venda de ações da ES GÁS que são de propriedade do Estado do Espírito Santo (e da Vibra).

Observa-se ainda que todo o procedimento vem sendo tratado de forma conjunta, inclusive a licitação se trata de lote único, o qual será objeto toda a sociedade, 100% das ações que à compõe.

Em eventos 521 a 526, os defendentes trouxeram aos autos anuência e cientificação formal a respeito da alienação das ações/controle acionário, com aprovação dos órgãos de controle da ES Gás.

- ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA

- 165ª REUNIÃO DA DIRETORIA EXECUTIVA - EXTRAORDINÁRIA

- 57ª REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO - EXTRAORDINÁRIA

- 38ª REUNIÃO DO CONSELHO FISCAL - EXTRAORINÁRIA

- 52ª REUNIÃO DO COMITÊ DE AUDITORIA ESTATUTÁRIO - EXTRAORDINÁRIA

Importante trazer a luz, casos semelhantes de privatização, como o caso da ELETROBRÁS, analisado pelo Tribunal de Contas da União em acórdão 296/2022 – PLENÁRIO, em que, com muita semelhança ao presente caso, concluiu que — embora não haja menção explícita do Ministério de Minas e Energia quanto ao atendimento deste dispositivo, a justificativa do BNDES acima é válida, cabendo citar a própria autorização legislativa conferida pela Lei 14.182/2021‖.

Assim, como bem destacado o douto Ministério Público de Contas, em seu parecer ministerial 163/2023, *a Lei n.º 14.182/2021, que dispõe sobre a desestatização da empresa Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), não se refere ao Ministério de Minas e Energia como responsável pelo procedimento de desestatização; todavia, o TCU exigiu do Ministério de Minas e Energia (MME) a apresentação da documentação prevista nos arts. 3º e 4º da IN-TCU 81/2018. Afinal, nos termos do Decreto nº 9.675/2019, art. 2º, III, a Eletrobras está vinculada ao MME.*

> Por sua vez, a ES GÁS, nos termos da Lei nº 10.955/2018, art. 1º, está vinculada à SECTIDES (decorrente da incorporação da Secretaria de Ciência e Tecnologia à Secretaria de Desenvolvimento pela Lei Complementar nº 963/2021), a quem, portanto, compete coordenar o processo de desestatização.
>
> Cumpre destacar que todos os procedimentos de desestatização aqui exemplificados (SULGÁS, ELETROBRÁS e CODESA) foram levados a efeito pelo BNDES, como no caso em exame.

Isto posto, e ressaltando mais uma vez que o Estado está agindo como titular das ações que serão alienadas, divirjo do entendimento técnico e acolho integralmente o entendimento ministerial, deixando de expedir determinação.

II.3 – Inconsistência na apuração da despesa com pessoal próprio

Critérios: Constituição federal - art. 37; Lei complementar - 621/2012, art. 1º, §1º

Decisões dos Tribunais

Em sede de Instrução Técnica, foi apontado um erro matemático na tabela utilizada para calcular a despesa com pessoal próprio, pois ao realizar o cálculo da média anual o estudo fez uma média simples da média salarial dos diretores com a média salarial dos demais empregados e depois somou o salário dos Conselheiros (Conselho Fiscal e de Administração).

> Essa metodologia distorceu o resultado final da média, pois existem 20 empregados e apenas 3 diretores, de forma que, não deveria ter sido utilizado uma média simples ([média salarial dos diretores + média salarial dos empregados]: 2), e sim uma média ponderada ([[média salarial dos empregados x 20] + [média salarial dos diretores x 3]] : 23).
>
> Outra forma de se realizar a média seria simplesmente realizar a divisão do custo total com a folha (dos empregados mais dos diretores) e dividir tudo pelo total de trabalhadores (total de empregados mais total de diretores).
>
> Assim, esse erro (ao se apurar a média salarial anual da ES Gás) distorceu toda a apuração da despesa, que, repita-se, foi realizada com uma metodologia correta, entretanto, utilizou como base um valor fruto de um erro matemático, que não tem nenhuma correlação com a realidade.

Ou seja, a metodologia adotada está em conformidade com o entendimento técnico, no entanto faz-se necessário a correção do apontamento da célula da planilha Excel onde se encontra o erro(4).

O Responsável R.C.P argumenta pela não procedência deste apontamento. Para justificar ele traz a descrição da metodologia utilizada para se estimar o custo anual da Concessionária com pessoal próprio para o período 20222046.

Segundo a justificativa, essa metodologia apura o custo médio anual da Concessionária e, com base nesse valor, estima o impacto da expansão projetada na estrutura de pessoal próprio.

Pois bem, o apontado pela área técnica foi um erro matemático no cálculo do custo médio anual da Concessionária atual (ES Gás) com pessoal próprio.

> Conforme apresentado na manifestação inicial, ao realizar o cálculo da média anual o estudo fez uma média simples da média salarial dos diretores com a média salarial dos demais empregados e depois somou o salário dos Conselheiros (Conselho Fiscal e de Administração).
>
> Essa metodologia distorceu o resultado final da média, pois existem 20 empregados e apenas 3 diretores, de forma que, não deveria ter sido utilizado uma média simples ([média salarial dos diretores + média salarial dos empregados]: 2), e sim uma média ponderada ([[média salarial dos empregados x 20] + [média salarial dos diretores x 3]] : 23).
>
> Outra forma de se realizar a média seria simplesmente realizar a divisão do custo total com a folha (dos empregados mais dos diretores) e dividir tudo pelo total de trabalhadores (total de empregados mais total de diretores).
>
> Assim, esse erro (ao se apurar a média salarial anual da ES Gás) distorceu toda a apuração da despesa, que, repita-se, foi realizada com uma metodologia correta, entretanto, utilizou como base um valor fruto de um erro matemático, que não tem nenhuma correlação com a realidade.

Ante o exposto, divergindo parcialmente da equipe técnica e ministério público de contas, acolho os termos apontados em sede de instrução, apenas alterando a proposta de determinação para recomendação, – para que corrija o erro de cálculo matemático cometido ao se calcular o custo médio anual por empregado da Companhia ES Gás – entendendo que o erro apontado se encontra apenas no cálculo e não na metodologia empreendida.

II.4 – Inconsistência na apuração dos tributos sobre o faturamento (PIS e Cofins)

Critérios: Lei - 10.637/2002, art. 3º; Lei - 10.833/2003, art. 3º

Em relatório técnico, foi apontado a deficiência nos estudos, por não considerarem os benefícios fiscais previsto na legislação, especificamente em relação à créditos que podem ser descontados no Pis e Cofins (art. 3 da Lei 10.637/2002 - Pis – art. 3 da 10.833/2003 – Cofins).

Em sede de defesa o responsável trouxe aos autos que eventuais benefícios fiscais não foram considerados na modelagem, tendo em vista que qualquer impacto de tributos (com exceção dos impostos sobre a renda) implicará na revisão da tarifa para mais ou para menos.

Esclarece ainda que as deduções do PIS e da Cofins são acrescidas ao valor das tarifas para o cálculo

da receita bruta e depois descontadas, não afetando o fluxo de caixa projetado para a Companhia.

Em momento de Instrução Técnica Conclusiva opinou-se pelo afastamento do apontamento, vez que, as receitas do fluxo de caixa foram calculadas com base na margem de distribuição, sendo depois apenas incluídos o valor da aquisição de gás e os tributos sobre o faturamento.

Dessa forma, conforme explicado pelo Responsável, não fará qualquer diferença para a modelagem a previsão, ou não, de eventuais créditos dos impostos sobre o faturamento. Razão pela qual, acolho o opinamento técnico e ministerial e **afasto a presente irregularidade.**

II.5 – Incongruência na estimativa de demanda para o segmento residencial de alguns municípios

Critérios: Constituição federal - art. 37; Lei complementar - 621/2012, art. 1, §1

O Relatório de Acompanhamento 11/2022 apresentou uma incongruência acerca da apuração da estimativa de demanda para o segmento residencial prevista na modelagem:

> Na análise dessas tabelas chamou a atenção a demanda atribuída aos municípios de Linhares, São Mateus e Cachoeiro de Itapemirim, haja vista que são municípios de médio porte e que já possuem o serviço de gás canalizado, entretanto, as projeções de usuários feitas para esses entes estão consideravelmente inferiores às de municípios pequenos e que ainda não possuem rede de gás canalizado.
>
> Para ilustrar, tomamos como exemplo a demanda atribuída ao município de Marataízes. Esse município, que é de pequeno porte, só começará a ser atendido com o serviço de gás canalizado a partir de 2035, sendo que, já neste ano a projeção realizada indica uma demanda 8 vezes maior do que a de Cachoeiro de Itapemirim.

Alega os defendentes que, mesmo que sejam selecionados outros usuários residenciais e municípios diferentes daqueles inicialmente sugeridos no Plano de Negócios proposto, entendemos que a capacidade de investimento para expansão do serviço é limitada.

De tal sorte, uma maior expansão em um município reduziria a de outro, acarretando um resultado similar de investimento e volume distribuído. Em defesa, destacou:

A metodologia de estimação da projeção da demanda foi definida conjuntamente com a ESGÁS, discriminando-se a expansão nos municípios que atualmente possuem serviço daqueles classificados como ―greenfield‖ (sem serviço de distribuição de gás natural).

Nesse sentido, de forma a respeitar o objetivo de universalização do serviço que a ESGÁS planeja para o Estado, o Plano de Negócios tem a previsão de fornecer o serviço de gás natural no segmento residencial a 11 novos municípios. Para todos os novos municípios, foi estimada uma evolução das ligações residenciais baseado na evolução histórica desse mercado no município de Vitoria (município com maior desenvolvimento atual do segmento residencial).

Para os municípios que atualmente possuem serviço residencial, durante o período 2022-2029 prevê-se uma forte expansão destinada a atingir as metas contratuais de ligação de novos usuários residenciais (estabelecido no Contrato vigente de concessão da ES GÁS).

Posteriormente, as taxas de expansão são reduzidas a valores históricos, nos patamares do período entre 2011 e 2021. A partir das reuniões mantidas com a ESGÁS, e considerando a necessidade de atingir a meta contratual indicada, foi definido que os municípios que atualmente possuem serviço - Vitoria, Vila Velha e Serra – terão prioridade na expansão do segmento residencial, de forma que para os demais - Cariacica, São Mateus, Linhares e Cachoeiro – projeta-se um crescimento vegetativo mínimo.

Portanto, os resultados da expansão do segmento residencial no Plano de Negócios proposto, utilizado na Avaliação Econômica Financeira da ESGÁS refletem a estratégia de priorizar a expansão do segmento residencial nos municípios de Vitoria, Vila Velha e Serra para atingir as metas contratuais e nos municípios de Marataízes, Guarapari, Itapemirim, Viana, Aracruz, Colatina, Castelo, Santa Maria de Jetibá, Nova Venécia, Barra de São Francisco para aumentar a os níveis de universalização do serviço.

É importante ressaltar que, os recursos destinados aos investimentos de expansão são limitados. Ou seja, uma maior expansão num município reduziria a expansão em outro, com um mínimo impacto na demanda total. Portanto, uma maior expansão nos municípios Linhares,

DECISÕES DOS TRIBUNAIS

São Mateus e Cachoeiro de Itapemirim, como é indicado na inconsistência do TCE, requer maiores investimentos que seriam retirados de outros municípios, reduzindo a expansão nestes e gerando um resultado final similar ao projetado no Plano de Negócios empregado na Avaliação Econômica Financeira da ESGÁS.

Por fim, vale frisar que a metodologia para estimativa de atendimento residencial e seleção dos municípios a serem atendidos, utilizado no Plano de Negócio Proposto é somente uma aproximação de uma realidade que a concessionária pode vir a ter no futuro, tal que, a estimativa de atendimento do segmento residencial e a seleção dos municípios, ao longo da concessão deverão ser constantemente revistas de acordo com a realidade da empresa, considerando sua capacidade de distribuição de gás e a disponibilidade de investimentos.

Pois bem, em **sede de Instrução Técnica Conclusiva foi aventado que não há neste caso um erro explícito que invalide a referência proposta**, e sim uma inconsistência apurada na metodologia utilizada para a estimativa da demanda residencial, de forma que, considerando também o momento processual (edital ainda não lançado), entende-se mais adequado sugerir a expedição de recomendação em vez de determinação, devendo o jurisdicionado tomar as providências que julgar mais adequadas.

Conforme destacado pelos defendentes — *a estimativa de atendimento do segmento residencial e a seleção dos municípios, ao longo da concessão deverão ser constantemente revistas de acordo com a realidade da empresa, considerando sua capacidade de distribuição de gás e a disponibilidade de investimentos*‖.

Ante o exposto, – apesar de a unidade técnica apontar a existência de riscos à escolha, entendo que é necessário respeitar a decisão discricionária, – acompanho o entendimento ministerial, e acolho os argumentos de defesa, deixando de expedir recomendação.

II.6 – Incongruência na estimativa de demanda para o segmento térmico

Critérios: Constituição federal - art. 37; Lei complementar - 621/2012, art. 1, §1

No presente item, não cabe nos alongar, tendo em vista que a própria equipe técnica, embora tenha entendido que a métrica abordada seja demasiadamente conservadora, não há um fundamento técnico para contrapor a estimativa realizada pelos defendentes.

Ante o exposto, entende-se pelo **afastamento** do presente apontamento.

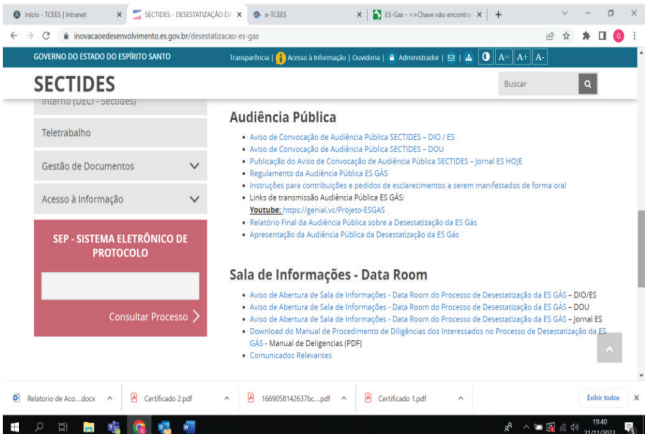
II.7 – Prazo exíguo para apresentação de propostas

Critérios: Constituição federal - Princípio da Razoabilidade Lei - 8666/1993, art. 3º, §1º

A equipe técnica apontou que o prazo legal de 15 dias entre a publicação do edital e a realização do leilão seria exíguo em virtude dos vultosos valores envolvidos (mais de 1 bilhão de reais) e da complexidade dos estudos necessários para que possíveis interessados possam apresentar proposta.

Embora reconheça a legalidade do prazo apresentado pela defesa, entende que diante da complexidade do objeto a ser licitado, seria razoável um prazo entre 30 e 45 dias, inclusive, para que possam acudir mais interessados.

Quanto à disponibilização da *data room*, de fato em momento de Instrução Técnica Conclusiva, foi possível verificar a disponibilização, conforme consulta ao *site* do BNDES (https://hubdeprojetos.bndes.gov.br/pt/projetos/ES-Gas/c7e56bbe-4bce11ec-94fc-0242ac11002b).



Pois bem, os ditames delineados pela equipe técnica de fato assistem razão, quando há maior complexidade no certame, o prazo mais estendido entre a publicação do edital e a apresentação de propostas propicia tempo maior para formulação destas.

Ocorre que, o prazo de 15 (quinze) dias é o prazo mínimo previsto em lei, – disposto no art. 21,

§2º, III da Lei nº 8.666/93 – cabendo a esta Corte de Contas a orientação, para que se estenda o prazo, não sendo possível, no entanto, advertir o responsável, como propõe o corpo técnico, de que — *a não adoção das recomendações desta Corte de Contas poderá implicar na interposição de representação ou ser objeto de achado de fiscalização, com possibilidade de suspensão da licitação, imputação de débito e responsabilização dos agentes envolvidos, caso se comprove nexo causal entre suas condutas e eventuais prejuízos ao interesse público, à eficiente execução do contrato, ou ao erário*‖.

Destaca-se ainda que, no mínimo desde 28/11/2022 – quando a ITC foi inserida no sistema, tendo sido ali consignada a comprovação da divulgação –, a indicação dos documentos necessários à formulação de propostas está disponível e já se passaram 53 (cinquenta e três) dias.

Diante disso, divergindo da equipe técnica e acolhendo o proposto pelo Ministério Público de Contas, considerando o prazo previsto em lei, o Princípio da Razoabilidade e a necessidade de ampla disponibilização de informações relativas ao projeto, deixa-se de sugerir a determinação para se sugerir a **recomendação** para que o Responsável publique o edital do leilão 45 dias antes do certame, de modo a aumentar a publicidade, permitir a formulação do maior número de propostas e obter maior vantajosidade.

II.8 – Impropriedades e irregularidades na minuta do edital

Critérios: Lei - 13.303/2016, art. 38; Lei - 8.666/1993, art. 30 e 33; Súmula - TCEES 3/2019

II.8.1 – participação de consórcios sem limite de integrantes

Em sede de Instrução Técnica Conclusiva, opinou-se por **recomendar** ao Responsável que justifique a opção adotada, constante do subitem 3.3.8 do edital, de permitir a participação de consórcios sem limite de integrantes.

Isso porque, acredita o corpo técnica desta Corte de Contas, que tal clausula, terá o condão de eliminar a disputa caso todos os interessados resolvam se reunir em um único consórcio e oferecer o valor mínimo.

Em sede de defesa, alegam as partes que, *não há embasamento legal ou mercadológico que justifique a imposição de um limite de consorciados, de forma que a recomendação apresentada no relatório quanto à introdução de uma limitação no número de integrantes de consórcios é que, verdadeiramente, pode terminar reduzindo a competitividade da licitação.* ***Em regra, a possibilidade de formação de consórcios não faz com que licitações sejam menos competitivas: consórcios podem ser inclusive necessários para que agentes privados tenham condições materiais e econômicas para executar o objeto de uma licitação*** *(e/ou de distribuir entre eles, de maneira razoável, o risco associado a um determinado contrato a ser celebrado com o Poder Público).*

De qualquer modo, em momento de justificativa, a parte trouxe situações semelhantes que justifiquem a escolha da escrita da cláusula:

> Essa, aliás, é a regra em privatizações. Citamos, como exemplo, os recentes processos de privatização da Sulgás e do Grupo CEEE, ambas do Estado do Rio Grande do Sul, distribuidoras de energia da Eletrobras, autoridade portuária do Espirito Santo – CODESA, dentre inúmeros outros. Nesses casos, não houve limitação de número de consorciados, considerando que, primeiro, **a expertise técnica encontra-se na empresa privatizada, que permanecerá com suas atividades** após a transferência do controle. Segundo, que **existe liquidez no mercado** capaz de suportar o volume de investimento estimado em tais operações. Portanto, **deve-se dar prioridade ao formato que permite maior liberdade aos interessados de formatar sua participação no certame, de modo a fomentar a competividade.**

Excepcionalmente, é, em tese, possível que consórcios sejam utilizados — indevidamente — como meio de reduzir a pressão competitiva vinculada a uma determinada licitação. Evitar esse tipo de cenário, no entanto, não depende da imposição antecipada de um limite arbitrário ao número de participantes de consórcios: essa redução de competitividade não depende do número de integrantes que um consórcio possa ter, mas da posição competitiva dos integrantes de um determinado consórcio dentro dos mercados relevantes em que atuem.

Nesse sentido, a nova lei de licitações (Lei 14.133/21) já estabelece que a vedação de consórcios é que deve ser inserida no edital, de sorte que a omissão do instrumento convocatório acerca do assunto equivale à autorização. Nessa linha, o seu art. 15, §4º, dispõe que

Decisões dos Tribunais

— desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas‖. Portanto, a regra é não limitar.

Dessa forma, como aventado na tese de defesa, *Consórcios que, nesse contexto, eventualmente sejam organizados com o objetivo de reduzir a competitividade em licitações podem ser alvo de sanções por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — como recentemente ocorreu no Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02. Na mesma decisão, contudo, o CADE reafirmou consórcios formados para concorrência em licitações gozam de "presunção de licitude"; seus eventuais efeitos anticompetitivos podem ser examinados, mas isso não faz com que eles devam ser, ex ante, submetidos a restrições severas que possam reduzir a competitividade de um certame — e, com isso, gerar perdas de bem-estar social. Não parece fazer sentido que a SECTIDES precise provar que a inexigibilidade de um limite de consorciados, cuja imposição, frise-se, não possui qualquer fundamento legal, não prejudica o processo.*

Em sendo assim, divergindo da equipe técnica e acolhendo os termos do Ministério Público de Contas, deixo de expedir recomendação.

II.8.2 – Participação de empresas em recuperação judicial

No presente indício, houve manifestação aos autos dos defendentes, em que reconhecem e acatam a recomendação para que se altere no edital.

No entanto, não conta aos autos nenhuma documentação da mudança em edital, de forma que, mantenho a **determinação**, para que adeque a redação do subitem 4.9.4 da minuta do edital à Súmula 3 do TCE-ES, pois está condicionando a participação no leilão à apresentação de certidões negativas de falência, recuperação judicial e extrajudicial.

II.8.3 – Impedimentos previstos no artigo 38 da Lei nº 13.303/2016

Entendeu a equipe técnica pela necessidade de inclusão no subitem 3.5 da minuta do edital os impedimentos previstos no artigo 38 da Lei 13.303/2016, *in verbis:*

> Art. 38. Estará impedida de participar de licitações [...] a empresa: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)
>
> I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante;
>
> II - suspensa pela empresa pública ou sociedade de economia mista; III - declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;
>
> IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;
>
> V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;
>
> VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;
>
> VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;
>
> VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

O defendente alegou que não é uma licitação promovida pela ES Gás e, portanto, não são aplicáveis a ela os impedimentos previstos no artigo 38 da Lei 13.303/2016.

A saber, a Lei nº 13.303/2016, dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e o seu art. 35 aplica-se às licitações promovidas por essas entidades.

Tal tema, já fora exaustivamente debatido no item 2.2, no qual restou configurado que o Estado age como titular das ações que serão alienadas. Nessa linha, compete ao Estado executar o procedimento de alienação e não à sociedade de economia mista ES Gás.

Nesse contexto, divirjo da equipe técnica e acolho os apontamentos do Ministério Público de Contas, ao entender que não são aplicáveis a ela os impedimentos previstos no artigo 38 da Lei nº 13.303/2016, deixando de expedir a determinação.

II.8.4 – Exigência de capacidade técnica

Em relatório técnico fora solicitado justificativa para a opção adotada no subitem 4.9 da minuta do edital (de não exigir qualificação técnica dos licitantes e aceitar apenas uma declaração, emitida pelo próprio comprador, afirmando que tem pleno conhecimento do setor, conforme minuta do contrato, subitem 5.1, VI).

Nesse item, o Responsável alega que basta a declaração de ciência já contida no edital, uma vez que não se está concedendo um serviço, mas sim privatizando uma empresa, que já possui o *know how* e não precisa comprovar experiência anterior.

Em sede de Instrução Técnica Conclusiva, se entendeu pelo afastamento do presente item, acolhendo os termos da defesa, entendimento esse que foi acatado pelo douto Ministério Público de Contas. Razão pela qual, deixo de me estender, para acolher os termos já manifestados, fazendo-os parte integrante desse voto, **afastando o achado**.

II.9 – Inconsistências na apuração da despesa com serviços de terceiros

Critérios: Constituição federal - art. 37; Lei complementar - 621/2012, art. 1, §1

Entendeu a equipe técnica pela necessidade de aperfeiçoamentos necessários na metodologia utilizada para a estimativa do custo com serviços de terceiros, considerando a eficientização já promovida na Companhia.

Isso porque, o apontamento relata duas possíveis inconsistências na modelagem quanto ao valor apurado para serviços de terceiros, quais sejam: utilização, para compor o preço e a quantidade de terceirizados médios de cada Contrato, de valores inadequados; e desconsideração de eficientização nos custos com serviços terceirizados.

A defesa alega que a planilha — OPEX - ESGas Cenário Base‖ apresenta a informação da média dos custos dos contratos para o período 2020 e 2021, e os custos dos serviços de terceiros são estimados a partir dos valores unitários do ano 2021, incorporando a redução indicada na inconsistência pelo TCE para os itens Administração e Comercial (aba Cálculo).

Como é possível verificar na aba ‗Cálculo‗ os custos unitários de despesas por empregado (R$ Terceiros/Empregado) são obtidos a partir dos valores do ano 2021 sem considerar os valores do ano 2020.

A quantidade total de empregados também é obtida a partir dos valores unitários registrados pela concessionária no ano 2021.

> Outro ponto que o TCE deve considerar é que os dados históricos são empregados para projetar várias contas dos custos na planilha —OPEX - ES-Gas Cenário Base‖. Além da despesa com serviços de terceiros, a informação histórica é empregada para projetar as despesas tributarias (aba —Despesas tributarias‖), os custos dos fretes e despesas do GNC (aba —Fretes e Despesas GNC‖) e a quantidade de empregados comerciais (aba —Calculo‖) que impacta nas despesas de pessoal.
>
> A adoção de critérios diferentes, para projetar as contas de custos pode gerar uma sensação de arbitrariedade nos potenciais investidores impactando nas possibilidades de venda da concessionária.
>
> Em relação a incorporação da eficiência, requerida pelo TCE, verifica-se que no Plano de Negócios ES GÁS proposto, a projeção de custos incorpora uma importante redução nos custos de pessoal, material, serviços de terceiros e outros (PMSO) por quilometro de rede e por usuário, o que representa ganhos de produtividade, como se pode ver na tabela seguinte. No período 2021 – 2046, os custos PMSO mudam de [Mil R$] 48.506 a [Mil R$] 78.242 o que representa um incremento do 61% inferior ao incremento do 152% na extensão da rede e do 417 % na quantidade de usuários. Considerando as variáveis mencionadas, o custo PMSO unitário por quilometro de rede muda dos [Mil R$/km] 102,91 no ano 2021 a [Mil R$/km] 65,82 no ano 2046 o que representa uma redução de 36 %. Já o custo PMSO unitário por usuário muda de [Mil R$/Usuário] 0,74 no ano 2021 para [Mil R$/Usuário] 0,23 no ano 2046 o que representa uma redução de 69 %. A redução é gerada com a inclusão de um fator de eficiência na estimação dos custos PMSO. O fator de eficiência impacta nos montantes unitários empregados para estimar a quantidade total de funcionários requeridos para fornecer o serviço no futuro.

O Ministério Público de Contas, em seu parecer ministerial, entendeu que o corpo técnico concluindo ser o apontamento passível de recomendação, contraditoriamente sugere, de forma subsidiária, a expedição de determinação.

Decisões dos Tribunais

Complementando:

> Ora, as recomendações não obrigam, diferentemente das determinações que, consoante art. 389, VII, do RITCEES, o Tribunal poderá aplicar multa por reincidência no seu descumprimento, previsão inexistente para as recomendações. Portanto, se há item do Edital que demanda obrigatoriamente alteração, a determinação deve ser expedida desde logo.
>
> Assim, quanto ao apontamento de que a modelagem desconsiderou a eficientização nos custos com serviços terceirizados promovida pela ES Gás, consoante descrito na ITC — *não há neste caso um erro explícito que invalide a referência proposta*‖, tratando-se, portanto, de hipótese que demanda a expedição de recomendação. Afinal, nos termos do art. 329, §7º, do RITCEES, as **recomendações** são expedidas — ***com o objetivo de contribuir para as boas práticas administrativas*** *dos órgãos e entidades jurisdicionados*‖. Já as **determinações são expedidas <u>para o exato</u> <u>cumprimento da lei</u>**

Nestes termos, divirjo da equipe técnica, e acompanho integralmente o Ministério Público de Contas, pelo **afastamento do presente indício, recomendando** que se realize os aperfeiçoamentos necessários na metodologia utilizada para a estimativa do custo com serviços de terceiros, considerando a eficientização já promovida na Companhia.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, divergindo parcialmente da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-00032/2023-1:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas, em:

1.1. – Acatar os argumentos e **afastar os indicativos** apontados nos itens **II.1; II.2; II.3; II.4; II.5; II.6; II.7; II.8.1; II.8.3; II.8.4 e II.9.**

1.2. – Expedir **determinação** ao senhor Secretário Estadual de Desenvolvimento, a fim de que providencie, antes da publicação do edital, as alterações constantes, nos itens **II.8.2** (relação ao apontamento que trata da vedação de participação de empresas em recuperação judicial).

1.3. – Expedir **recomendação** ao senhor Secretário Estadual de Desenvolvimento, a fim de que providencie, antes da publicação do edital, as alterações sugeridas nos itens **II.3** (Inconsistência na apuração da despesa com pessoal próprio), **II.7** (Prazo exíguo para apresentação de propostas) e **II.9** (Estimativa do custo com serviços de terceiros, considerando a eficientização já promovida na Companhia);

1.4. – Ciência da decisão a ser proferida nos autos ao Governo do Estado do Espírito Santo, na pessoa do Sr. Governador do Estado, à Secretaria de Estado de Controle Interno, na pessoa do Sr. Controlador-Geral do Estado, e à Procuradoria-Geral do Estado, na pessoa da Sr. Procurador-Geral do Estado;

1.5. – Arquivar após o Trânsito em Julgado;

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 2/02/2023 - 2ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. onselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borge e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO
RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN
Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO
Relator

CONSELHEIRO
SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO
SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO
LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA
Em substituição ao procurador-geral

Fui presente:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR
Secretário-geral das Sessões

Notas

(1) Resolução TC 261/2013. Regimento Interno do TCEES.

Art. 192. Acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para:

I – examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial;

[...]

Art. 193. As atividades dos órgãos e entidades jurisdicionados ao Tribunal poderão ser acompanhadas de forma seletiva e concomitante, mediante informações obtidas:

III - por meio de expedientes, documentos e informações solicitados pelo Tribunal ou colocados à sua disposição;

[...]

(2) Resolução TC 261/2013. Regimento Interno do TCEES.

Art. 186-A. O exercício do controle externo decorrente da análise concomitante dos atos e processos administrativos de privatizações, concessões, inclusive parcerias público-privadas, permissões e autorizações, que tratem da transferência da exploração de bens ou da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, observará o disposto nesta subseção. (Artigo incluído pela Emenda Regimental n. 11, de 19/12/2019).

(3) https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-emandamento/desestatizacaoesgas

(4) Célula ―E55‖ da planilha ―Opex-ESGas Cenário Base‖ (Planilha Eletrônica 134/2022), aba ―Custo Empregados‖.

Decisões dos Tribunais

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

O DESCUMPRIMENTO DO PRAZO MÍNIMO DE PUBLICIDADE DO PREGÃO PODE SER RELEVADO SE NÃO HOUVER PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME

ACÓRDÃO - AC02 - 7/2023
PROCESSO TC/MS: TC/4227/2019
PROTOCOLO: 1973349
TIPO DE PROCESSO: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO VERDE DE MATO GROSSO
JURISDICIONADO: M.A.K.
INTERESSADO: E.V. LTDA.
VALOR: R$ 195.646,67
RELATOR: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO TIPO VAN MINIBUS COM 16 LUGARES 0 KM – DESCUMPRIMENTO DO PRAZO – LAPSO TEMPORAL ENTRE A PUBLICAÇÃO DO EDITAL E A REALIZAÇÃO DA SESSÃO – ANTECIPAÇÃO DE 1 (UM) DIA ÚTIL – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – REGULARIDADE COM RESSALVA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – FORMALIZAÇÃO – EXECUÇÃO FINANCEIRA – EXIGÊNCIAS LEGAIS – CUMPRIMENTO – REGULARIDADE – REMESSA INTEMPESTIVA DE DOCUMENTOS – MULTA – RECOMENDAÇÃO.

1. O descumprimento do prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a divulgação do pregão e sua realização, conforme disposto no item 2.2, B.9 do Anexo VI da Resolução nº 88/2018, cc. o inciso V do art. 4º da Lei n.° 10.520/2002, em 1 (um) dia útil antes, que não acarretou prejuízo à Administração ou às empresas participantes do certame, é passível de ressalva na regularidade do procedimento licitatório que atendeu às demais normas de regência, resultando na recomendação ao atual responsável.

2. É declarada a regularidade da formalização do contrato administrativo e da execução financeira que atenderam às prescrições legais vigentes e estão instruídos com os documentos de envio obrigatório.

3. A remessa de documentos obrigatórios a esta Corte de Contas fora do prazo estabelecido na Resolução nº 88/2018, com atraso em mais de 4 (quatro) meses e 11 (onze) dias, implica a sanção de multa ao responsável no limite legal, nos termos dos arts. 42, II, c/c o art. 44, I, 45 e 46 da Lei Complementar Estadual nº 160/2012, e recomendação ao atual responsável.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 36ª Sessão Ordinária Virtual da Segunda Câmara, realizada de 5 a 8 de dezembro de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pela **regularidade com ressalva** do procedimento licitatório, modalidade **Pregão**

Presencial nº 29/2019, celebrado entre o **Município de Rio Verde de Mato Grosso**, tendo como fornecedora a empresa **E.V. Ltda**, em razão do descumprimento do prazo da licitação entre a publicação de seu edital na imprensa oficial e a realização da sessão pública em 1 (um) dia útil antes, nos termos do art. 59, II, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c art. 121, I, "a" do RITC/MS; pela **regularidade** da **formalização do Contrato Administrativo n.º 133/2019**, celebrado entre o Município de Rio Verde de Mato Grosso, tendo como fornecedora a empresa E.V. Ltda, nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c art. 121, II do RITC/MS; pela **regularidade** da **Execução Financeira** do Contrato

Administrativo n.º 133/2019, celebrada entre o Município de Rio Verde de Mato Grosso, tendo como fornecedora a empresa E.V. Ltda, haja vista que os atos praticados atenderam às disposições legais aplicáveis à espécie, nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar n. 160/2012 c/c art. 121, III do RITC/MS; pela **aplicação de multa** no valor de **30 (trinta) UFERMS** sob a responsabilidade do Sr. **M.A.K.**, Prefeito Municipal à época, pela remessa intempestiva de documentos ao Tribunal de Contas, atraindo a incidência dos arts. 42, II, c/c o art. 44, I, 45 e 46 da Lei Complementar Estadual nº 160/2012; pela **concessão de prazo de 45 (quarenta e cinco) dias** para que o responsável nominado nos itens "II" e "III" efetue o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento

do Tribunal de Contas-FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, conforme estabelecido no art. 185, § 1º, I, da Resolução Normativa nº 98/2018; e pela **recomendação** ao atual responsável pelo município para que observe, com maior rigor, o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a divulgação do pregão e sua realização, bem como os prazos para remessa de documentos obrigatórios a esta Corte de Contas, nos termos do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012.

Campo Grande, 8 de dezembro de 2022.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Presidente da Segunda Câmara

Assinado nos termos do art. 73, § 3º, I, do Regimento Interno (Resolução TCE/MS nº 98 de 5 de dezembro de 2018)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Vistos, etc.

Versam os autos sobre o procedimento licitatório na modalidade **Pregão Presencial nº 29/2019,** a **formalização do Contrato Administrativo n.º 133/2019**, e sua **Execução Financeira**, celebrado entre o **Município de Rio Verde de Mato Grosso**, inscrito no CNPJ n.º 03.354,560/0001-32, e a empresa **E.V. Ltda.**, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.950.849/0001-40.

O propósito desta licitação é a seleção da proposta de menor preço global, visando a contratação de empresa para aquisição de veículo tipo VAN Minibus com 16 lugares 0 km para a secretaria de saúde.

Transpondo as colocações e após verificar os documentos acostados nos autos, a Divisão de Fiscalização de Saúde manifestou pela **Irregularidade** dos documentos referentes ao **procedimento licitatório Pregão Presencial nº 29/2019** e da formalização do **Contrato Administrativo n.º 133/2019,** conforme verificado na Análise **"ANA - DFS - 7317/2019",** Peça Digital n.º 19 (fls. 149-155).

O jurisdicionado foi intimado e, em sua resposta (Peça 29), anexou o termo de referência, a justificativa da contração e o quadro comparativo da cotação de preço junto ao valor estimado em convênio que teve cotação, aduzindo ainda que, deixando o primeiro dia e contando o último, a publicação cumpre o prazo de 08 dias úteis, conforme publicação no diário oficial dia 12/03/19.

A Divisão de Fiscalização de Saúde, depois de analisar os novos documentos, manifestou pela **Irregularidade** dos documentos referentes ao **procedimento licitatório Pregão Presencial nº 29/2019**, da formalização do **Contrato Administrativo n.º 133/2019**, e pela **Regularidade** de sua **Execução Financeira**, conforme verificado na Análise **"ANA - DFS - 3845/2020",** Peça Digital n.º 34 (fls. 194198).

Em sequência, o Ministério Público de Contas, no Parecer **"PAR - 4ª PRC - 4528/2020"**, Peça Digital nº 36 (fls. 194-198), manifestou pela **Irregularidade** dos documentos referentes ao **procedimento licitatório Pregão Presencial nº 29/2019**, da formalização do **Contrato Administrativo n.º 133/2019**, e da **Execução Financeira**, ressaltando a intempestividade na remessa de documentos.

Ressalta-se que em atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, este Conselheiro Relator determinou a intimação das autoridades responsáveis para, querendo, apresentarem **DEFESA** sobre os pontos levantados no curso da instrução processual, com prazo estipulado nos Termos da Intimação **"INT - G.WNB - 7956/2020"** à Peça Digital n.º 38 (fl. 205).

> Em sua Resposta à Intimação (Peça 42), o Jurisdicionado aduz que o Aviso de Pregão observou o prazo legal, requerendo, ainda, que sejam consideradas regulares a formação e a execução do contrato, além da aplicação dos arts. 22 e 28 da LINDB, para não responsabilização pessoal do gestor acerca da intempestividade na remessa de documentos, bem como a aplicação do entendimento desta Corte de Contas no sentido da desproporcionalidade da sanção. É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

I – MÉRITO.

Preliminarmente, com base no art. 4º, III, da Resolução nº 98/2018, verifica-se que foram observadas as disposições regimentais, passando ao exame do mérito, que recai sobre o procedimento

Decisões dos Tribunais

licitatório, a formalização do contrato e a execução financeira do instrumento.

O **procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial nº 29/2019**, foi realizado pelo critério de menor preço por global.

Colhe-se dos autos que o processo está instruído com a autorização para licitar, o edital e seus anexos aprovados pela assessoria jurídica, o comprovante da publicação do edital na imprensa oficial, a documentação do credenciamento e da habilitação da empresa vencedora, a ata de deliberações da comissão e dos atos de adjudicação e homologação do resultado.

A Divisão de Fiscalização de Saúde, por meio da Análise "**ANA - DFS - 7317/2019"**, conclui que não foi cumprido o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a divulgação do pregão e sua realização, conforme disposto no item 2.2, B.9 do Anexo VI da Resolução nº 88/2018, cc. o inciso V do art. 4º da Lei n.° 10.520/2002.

Em Resposta à Intimação (Peça 29 e 42), o jurisdicionado alega que observou o prazo legal, tendo em vista que o Aviso foi publicado nos jornais no dia 12 de março de 2019 e o julgamento se deu em 22 de março de 2019.

Ocorre que a publicação de fato foi realizada no dia 12 de março de 2019, portanto, deveria ser respeitado o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a publicação do edital e a sessão pública de abertura dos envelopes, o que não ocorreu, visto que a sessão foi realizada no dia 22 de março de 2019.

No entanto, a irregularidade apontada pelo descumprimento do prazo da licitação entre a publicação de seu edital na imprensa oficial e a realização da sessão pública em 1 (um) dia útil antes não acarretou prejuízo à Administração ou às empresas participantes do certame, portanto, não torna irregular o procedimento licitatório.

A fixação de lapso temporal entre a publicação do edital e a realização da sessão se dá para que os licitantes tenham tempo de elaborar e apresentar suas propostas, garantindo a competitividade e a isonomia, sendo que no caso não houve impugnação pelas empresas participantes.

Sobre o assunto, destaco entendimento adotado pelo TCE/MS em caso semelhante:

> EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO ELETRÔNICO – AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE ALVENARIA – PRAZO ENTRE A PUBLICAÇÃO DO EDITAL E A EALIZAÇÃO DO CERTAME DESRESPEITADO – NOMEAÇÃO DE SERVIDORES NÃO OCUPANTES DE CARGOS EFETIVOS PARA PRODUÇÃO DE PARECERES JURÍDICOS – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – FORMALIZAÇÃO – REGULARIDADE. 1. É declarada a regularidade com ressalva do procedimento licitatório, realizado na modalidade pregão eletrônico, que atendeu à legislação aplicável à matéria, Leis n. 10.520/02 e n. 8.666/93, exceto quanto às impropriedades que alteradas e corrigidas, emitindo - se para tanto, como medida suficiente, a recomendação ao gestor responsável para que se atente às disposições do art. 4º, V, da Lei 10.520/02 e que se abstenha de nomear servidores não ocupantes de cargos efetivos para a produção de pareceres jurídicos, nos termos do art. 59, § 1º, II, da LCE n. 160/2012. 2. Demonstrado o atendimento aos dispositivos legais e regulamentares na formalização da ata de registro de preços, é declarada a sua regularidade *(Processo TC/1603/2019, Acórdão AC01 -224/2022, Relator Cons. Osmar Domingues Jeronymo, 26 de maio de 2022).*

Constata-se, portanto, que os atos encontram-se, de fato, **regulares**, cabendo ressalva ao gestor devido à realização da sessão pública em 1 (um) dia útil antes.

Partindo do pressuposto presente na Lei Federal n.º 8.666/1993, constata-se que a **formalização do Contrato Administrativo n.º 133/2019** atendeu os trâmites legais quanto a sua formalização, visto que contém todas as cláusulas essenciais previstas no art. 55, seguindo a conformidade vigente no edital de licitação.

O instrumento foi estabelecido para vigorar por 06 (seis) dias, de **27/03/2019** até a data de **02/04/2019,** no valor estipulado de **R$ 169.800,00 (cento e sessenta e nove mil e oitocentos reais)**, como se extrai da **peça 15** dos autos.

A respeito da respectiva **publicação** na imprensa oficial, observa-se da **peça 16** que foi efetuada **tempestivamente**, atendendo ao prazo estipulado no parágrafo único do art. 61 da Lei Federal nº 8.666/93.

Em relação ao disposto na Lei Federal n.º 4.320/64, constata-se que a **Execução Financeira** do Contrato Administrativo n.º 133/2019 ocorreu de acordo com as determinações do diploma legal. Abaixo se encontram demonstrados os valores empenhados, liquidados e pagos:

RESUMO TOTAL DA EXECUÇÃO	
Valor Contratual	R$ 169.800,00
Termos Aditivos	0
Valor Final	R$ 169.800,00
Saldo Empenhado	**R$ 169.800,00**
Total Liquidado	**R$ 169.800,00**
Total Pago	**R$ 169.800,00**

Observa-se a identidade entre os valores relativos às três etapas da execução da despesa, que são o saldo de empenho, a ordem de pagamento e a nota fiscal – circunstância que revela a correta liquidação do objeto. Ressalta-se, que o Termo de Encerramento do Contrato encontra-se presente à fl. 170, atendendo ao disposto na Resolução n.º 54/2016.

Por fim, em relação à remessa de documentos obrigatórios a esta Corte de Contas, percebe-se o não atendimento ao prazo estabelecido na Resolução nº 88/2018, a qual determinava como prazo máximo para o envio de documentos o período de até 25 (vinte e cinco) dias úteis contados da data do último pagamento, vejamos:

Especificação	Mês/Data
Data do Último Pagamento	10/04/2019
Data Limite para Remessa	**20/05/2019**
Data da Remessa	**01/10/2019**

Diante disso, entendo que deve ser aplicada multa regimental ao **Sr. M.A.K.**, inscrito no **CPF sob o n.º xxx**, Prefeito Municipal de Rio Verde de Mato Grosso na época, como prevê o art. 46, Parágrafo Único, da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012, haja vista a extrapolação do prazo para o envio das remessas em mais de **04 (quatro) meses e 11 (onze) dias**.

Ressalta-se que para o presente caso, onde o encaminhamento dos autos ocorreu no período anterior à alteração do art. 46, da Lei Complementar n.º 160/2012, dada pela redação da Lei Complementar n.º 293, de 20 de dezembro de 2021, e, considerando a aplicação da lei vigente à época dos fatos – "*tempus regit actum*", temos que aplicação da multa segue a redação do art. 46 no sentido de que não se pode ultrapassar o valor correspondente a trinta UFERMS, como exposto abaixo:

> Art. 46. A multa incidente sobre a falta de remessa tempestiva de informações, dados ou documentos ao Tribunal corresponde ao valor de uma UFERMS por dia de atraso, <u>não podendo ultrapassar o valor correspondente ao de trinta UFERMS</u>. (grifo nosso) (redação da LC n.º 160/2012 antes da alteração dada pela LC n.º 293, de 20 de dezembro de 2021).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho a manifestação da Equipe Técnica, e **VOTO**:

I – Pela **REGULARIDADE COM RESSALVA** do procedimento licitatório, modalidade **Pregão Presencial nº 29/2019**, celebrado entre o **Município de Rio Verde de Mato Grosso** (CNPJ nº xxx), tendo como fornecedora a empresa **E.V. Ltda** (CNPJ nº xxx), em razão do descumprimento do prazo da licitação entre a publicação de seu edital na imprensa oficial e a realização da sessão pública em 1 (um) dia útil antes, nos termos do art. 59, II, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c art. 121, I, "a" do RITC/MS;

II – Pela **REGULARIDADE** da **formalização do Contrato Administrativo n.º 133/2019**, celebrado entre o **Município de Rio Verde de Mato Grosso** (CNPJ nº xxx)**,** tendo como fornecedora a empresa **E.V. Ltda** (CNPJ nº xxx), nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c art. 121, II do RITC/MS;

III - Pela **REGULARIDADE** da **Execução Financeira do Contrato Administrativo n.º 133/2019,** celebrada entre o **Município de Rio Verde de Mato Grosso** (CNPJ nº xxx)**,** tendo como fornecedora a empresa **E.V. Ltda** (CNPJ nº xxx), haja vista que os atos praticados atenderam às disposições legais aplicáveis à espécie, nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar n. 160/2012 c/c art. 121, III do RITC/MS;

IV – Pela **APLICAÇÃO DE MULTA** no valor de **30 (TRINTA) UFERMS** sob a responsabilidade do Sr. **M.A.K.**, Prefeito Municipal à época, inscrito no CPF nº xxx, pela remessa intempestiva de documentos ao Tribunal de Contas, atraindo a incidência dos arts. 42, II, c/c o art. 44, I, 45 e 46 da Lei Complementar Estadual nº 160/2012;

V – Pela **CONCESSÃO DE PRAZO DE 45 (quarenta e cinco) dias** para que o responsável nominado nos itens "II" e "III" efetue o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, conforme estabelecido no art. 185, § 1º, I, da Resolução Normativa nº 98/2018;

VI - Pela **RECOMENDAÇÃO** ao atual responsável pelo município para que observe, com maior rigor, o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a divul-

Decisões dos Tribunais

gação do pregão e sua realização, bem como os prazos para remessa de documentos obrigatórios a esta Corte de Contas, nos termos do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012;

VII - Pela **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos interessados, nos termos do art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pela regularidade com ressalva do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial e pela regularidade da formalização e execução financeira do contrato administrativo, com aplicação de multa e recomendação ao responsável.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid e Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 8 de dezembro de 2022.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**
Presidente da Segunda Câmara

Assinado nos termos do art. 73, § 3º, I, do Regimento Interno (Resolução TCE/MS nº 98 de 5 de dezembro de 2018.)

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APRESENTAÇÃO DE AMOSTRA DOS PRODUTOS OFERTADOS SOMENTE PODE SER EXIGIDA DO LICITANTE VENCEDOR

PROCESSO: 1031357
NATUREZA: DENÚNCIA
DENUNCIANTE: Eduardo de Faria Chaves – ME
DENUNCIADA: Prefeitura Municipal de Pains
RESPONSÁVEIS: M.A.R.G. e S.M.V.S.
PROCURADORES: L.A.A.V., OAB/MG XXX; L.S.O.F., OAB/MG XXX; E.D.B., OAB/MG XXX; J.F.S., OAB/MG XXX; J.C.A.G., OAB/MG XXX; M.R.C.S., OAB/MG XXX e R.S., OAB/MG XXX
MPTC: G.S.S.M.
RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

PRIMEIRA CÂMARA – 6/12/2022

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. INSUFICIÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLANILHA DE ESTIMATIVA DE PREÇOS UNITÁRIOS NA FASE INTERNA. EXIGÊNCIA IRREGULAR QUANTO À APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO DE ANTECEDÊNCIA MÍNIMA ENTRE A PUBLICAÇÃO DO EDITAL E ABERTURA DO CERTAME. EXIGÊNCIA IRREGULAR DE QUE OS PRODUTOS SEJAM DE 1ª LINHA E/OU ALTA QUALIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE SANÇÃO. EXPEDIÇÃO DE RECOMENDAÇÕES.

1. A não disponibilização do Edital na *internet* contraria o disposto no art. 8º, § 1º, inciso IV, e § 2º da Lei n. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação.

2. Se mostra irregular a previsão no edital de que os produtos sejam de 1ª linha e/ou de alta qualidade por criar condição subjetiva de julgamento no certame.

3. O termo de referência é um importante documento que deve conter no edital de licitação da modalidade pregão, como forma de explicitar a correta identificação do objeto, seus quantitativos, prazos e condições de fornecimento, dentre outros elementos essenciais à formulação da proposta e execução do contrato a ser firmado.

4. O orçamento estimado em planilha deve constar, ao menos, na fase interna do edital de licitação.

5. A apresentação de amostra dos produtos ofertados somente pode ser exigida do licitante vencedor, evitando assim ônus desnecessário àquelas empresas que não se sagraram vencedoras na licitação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por maioria, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

I) julgar parcialmente procedente a Denúncia, considerando irregulares:

a) a insuficiência do termo de referência;

b) a ausência de planilha de estimativa de preços unitários na fase interna;

c) a exigência irregular quanto à apresentação de amostras;

d) o descumprimento do prazo de antecedência mínima entre a publicação do edital e abertura do certame, e

e) a exigência irregular de que os produtos sejam de 1ª linha e/ou alta qualidade;

II) aplicar, com fulcro no art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, multa pessoal e individual, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), por cada uma das irregularidades descritas nos itens "a", "b" e "c", ao Sr. M.A.R.G., Prefeito do Município de Pains, e à Sra. S.M.V.S., Pregoeira e subscritora do edital;

III) recomendar aos referidos agentes públicos, em virtude das irregularidades constantes dos itens "d" e "e" acima, que, em futuros certames:

a) atentem para a estrita observância do prazo legal a que alude o art. 4º, inciso V, da Lei n. 10.520/2002, inclusive quanto ao da disponibilização do aviso de licitação e documentos a ela relativos na página oficial da Prefeitura Municipal, e

Decisões dos Tribunais

b) deixem de inserir na descrição do objeto termos com características subjetivas ou com critérios que não possam ser objetivamente aferidos no momento da análise das propostas;

IV) determinar a intimação e, cumpridos os dispositivos regimentais pertinentes, o arquivamento dos autos.

Votaram o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz. Vencido, parcialmente, esse último.

Presente à sessão o Procurador G.S.S.M..

Plenário Governador Milton Campos, 6 de dezembro de 2022.

GILBERTO DINIZ
Presidente

JOSÉ ALVES VIANA
Relator
(*assinado digitalmente*)

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia oferecida pelo Sr. Eduardo de Faria Chaves em face do Processo Licitatório n. 165/2017 – Pregão Presencial n. 66/2017, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Pains, tendo como objeto a aquisição de material de limpeza e outros para uso na limpeza urbana e nos diversos setores do município.

Por meio do despacho constante da peça n. 1 foi determinada a intimação do Sr. M.A.R.G., Prefeito do Município de Pains, e da Sra. S.M.V.S., Pregoeira e subscritora do edital em comento, para que, em 48 (quarenta e oito) horas, apresentassem os esclarecimentos que entendessem pertinentes acerca das questões abordadas na denúncia, bem como encaminhassem cópia integral de todo o processo licitatório, até a fase que se encontrava, bem como cópia do contrato dele decorrente.

A documentação foi acostada aos autos às fls. 46/323 (peças n. 10 e 11).

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, em análise inicial, concluiu pela procedência da denúncia quanto aos seguintes fatos: a) insuficiência do termo de referência; b) ausência de planilha de estimativa de preços unitários na fase interna; c) exigência irregular quanto a apresentação de amostras; d) descumprimento do prazo de antecedência mínima entre a publicação do edital e abertura do certame, e e) exigência irregular de que os produtos sejam de 1ª linha e/ou alta qualidade.

Na mesma peça técnica entendeu pela improcedência quanto: f) exigência irregular de apresentação de marca do produto; g) ausência de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas; h) ausência de informações no aviso de licitação; e i) prazo exíguo para entrega das mercadorias. Propôs, ao final, a citação dos responsáveis para apresentar suas razões de defesa, no prazo de até 15 (quinze) dias, tendo em vista os indícios de irregularidade apurados. (peça 3 do SGAP)

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas emitiu parecer preliminar concluindo pela necessidade de citação dos responsáveis. (peça 4 do SGAP)

Em seguida, determinei a citação do Sr. M.A.R.G., Prefeito do Município de Pains, e da Sra. S.M.V.S., Pregoeira e subscritora do Edital, para que apresentassem defesa. (peça 5 do SGAP)

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram defesa às fls. 349/375 dos autos.

Em reexame, a 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios concluiu pelo não acolhimento das razões de defesa. (peça 8 do SGAP)

O *Parquet* de Contas apresentou parecer concluindo que deve ser aplicada multa pessoal ao Sr. M.A.R.G., Prefeito do Município de Pains, e à Sra. S.M.V.S., Pregoeira e Subscritora do Edital em razão das irregularidades. (Peça 17 do SGAP) É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II. a Descumprimento do prazo de antecedência mínima para publicação do edital

Alegou o Denunciante que não foi cumprido o prazo legal de antecedência mínima para publicação do edital em relação à data de abertura dos envelopes.

Em sede de defesa, esclareceram os responsáveis que desde a publicação do extrato do edital, este

se encontrava disponível para consulta na sede da Prefeitura Municipal de Pains. Continuaram justificando que o edital não foi publicado no *site* da Prefeitura na mesma data da publicação realizada em jornal de grande circulação e no Diário Oficial de Minas Gerais, em razão de problemas operacionais.

Com efeito, informou a Unidade Técnica em seu estudo que:

> A exigência de publicação de cópia do edital na "homepage" da entidade licitante advém da própria lei do pregão (Lei Federal n. 10.520/2002) em seu inciso IV:
>
> > Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
> >
> > [...]
> >
> > IV - cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na forma da Lei no 9.755, de 16 de dezembro de 1998;
>
> *Permissa venia*, esclarece-se que a Lei no 9.755/1998[1], trata da criação de "*homepage*" na "*Internet*".
>
> Assim, conforme fundamentado no Exame Inicial a contagem do lapso temporal de 08 (oito) dias úteis previsto no inciso IV[2] da Lei do Pregão deve levar em consideração também essa forma de publicação, sobretudo porque o principal objetivo é conseguir a maior abrangência possível da publicidade do certame.

Diferentemente do dispositivo legal invocado pela Unidade Técnica (Lei n. 9.755/1998), entendo ser cabível no caso as normas dispostas na Lei n. 12.527/2011, conhecida como a Lei de Acesso a Informação (LAI).

A disponibilização do edital no endereço eletrônico da Prefeitura é uma exigência prevista no art. 8º, que assim estabelece:

> 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*).

Como se observa da argumentação dos defendentes, a afirmação de que a disponibilização do edital em meio eletrônico da Prefeitura, em sua página oficial, não ocorreu em virtude de problemas operacionais não são, ao meu sentir, suficientes para que a irregularidade seja afastada, razão pela qual a denúncia é procedente quanto a este ponto.

Contudo, analisando os documentos relativos a fase externa do certame, identifico que 4 (quatro) empresas apresentaram propostas e efetivamente participaram da licitação, inclusive oferecendo lances atingindo o objetivo maior da lei que é possibilitar o conhecimento e participação dos futuros interessados no certame.

Desta feita, não vislumbro mácula ao procedimento licitatório capaz de considerá-lo nulo e entendo suficiente, neste aspecto, expedir recomendação aos responsáveis para que, nos futuros certames, atentem para a estrita observância do prazo legal a que alude o art. 4º, inciso V, da Lei n. 10.520/2002, inclusive quanto da disponibilização do aviso de licitação e documentos a ela relativos na página oficial da Prefeitura Municipal.

II. b Exigência irregular de que os produtos sejam de 1ª linha e/ou alta qualidade

O Denunciante apontou que as exigências de que os produtos fossem de alta qualidade e/ou de 1ª linha é irregular, e estaria em dissonância com o princípio da impessoalidade.

Arguiram os denunciados que o Município apenas cumpriu as exigências do TCU quanto a especificação completa do bem a ser adquirido, sobre a definição das unidades e das quantidades de materiais de limpeza a serem comprados, sem indicação de marca.

Decisões dos Tribunais

Asseveram que não teriam violado o princípio da impessoalidade, pois utilizaram critérios compatíveis com a Lei n. 10.520/2022 ou com a Lei n. 8.666/93.

Inicialmente, registro que o edital do Pregão Presencial n. 66/2017 não contém o Termo de Referência, como seu anexo, documento essencial para a completa identificação do objeto. Em seu lugar, a administração municipal elaborou o Anexo I intitulado "Da Proposta" onde consta a descrição sucinta dos itens a serem adquiridos.

Da leitura do referido anexo, transcrevo os trechos em que constam as exigências relativas ao ponto em comento; senão, vejamos:

Item	Especificação
3	Água sanitária 1 litro teor de 2 a 2,5% Cloro Ativo – desinfetante de uso geral (ótima qualidade), similar à marca Qboa
43	Guardanapo de papel branco, folha simples de **alta qualidade**, 22x23, 50x1
44	Guardanapo de papel branco, folha simples de **alta qualidade**, 30x30, 50x1
69	Pano de prato alvejado 30x50, de **primeira qualidade**, com bordas em acabamento de overloque
70	Pano de prato estampado 40x62cm, de **primeira qualidade**, 100% algodão, com bordas em acabamento de overloque
74	Papel higiênico intercalado, folha dupla, medindo 10x20cm, branco extra luxo, fabricado com 100% celulose virgem, **alta qualidade**, embalado em caixas contendo 8 maços, totalizando 8.000 folhas

A Unidade Técnica se manifestou no sentido de que a previsão editalícia compromete a objetividade do julgamento.

Em que pese a subjetividade da descrição contida nas expressões "ótima qualidade", "alta qualidade" e "primeira qualidade" entendo que tais exigências, por si só, não foram suficientes para prejudicar o julgamento da licitação, muito menos para impedir a ampla competitividade haja vista que as licitantes presentes na sessão não só ofertaram propostas como também, efetivamente, ofereceram lances, demonstrando que a descrição contida no edital não foi excessiva ou falha.

O fim almejado pela licitação foi alcançado com a materialização da disputa entre os interessados em contratar com a administração.

Dessa forma, considero procedente a denúncia, mas, ao contrário do que concluiu a Unidade Técnica e o *Parquet* de Contas, deixo de aplicar sanção aos responsáveis para expedir recomendação no sentido de que, nos futuros certames, deixem de inserir na descrição do objeto termos com características subjetivas ou com critérios que não possam ser objetivamente aferidos no momento da análise das propostas.

II. c Insuficiência do termo de referência como anexo do edital

Alegou o Denunciante que não foi possível observar o termo de referência como anexo do edital.

Em defesa, esclareceram os responsáveis que os requisitos do art. 4º, inciso II, da Lei n. 10.520/2002 constam do Anexo I do Processo Licitatório n. 165/2017.

Sustentaram que, ainda que de forma fragmentada, foram atendidas as especificações exigidas pelo Tribunal de Contas de MG.

A Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal entenderam ser procedente a alegação do denunciante e pugnaram pela aplicação de multa aos responsáveis.

De fato, conforme já destacado no início da fundamentação deste voto, constatei que não há no procedimento licitatório o correspondente termo de referência, documento de importância ímpar na utilização da modalidade pregão. Segundo a cartilha "Como Elaborar Termo de Referência ou Projeto Básico" (1) deste Tribunal, referido documento é assim conceituado:

> O Termo de Referência ou Projeto Básico é um instrumento obrigatório para toda contratação (seja ela por meio de licitação, dispensa, inexigibilidade e adesão à ata de registro de preços), sendo elaborado a parti r de estudos técnicos preliminares e devendo reunir os elementos necessários e sufi cientes, com nível de precisão adequado para caracterizar o objeto, bem como as condições da licitação e da contratação.
>
> Considera-se, pois, que o referido instrumento é o documento que contém informações obtidas a partir de vários levantamentos feitos em relação ao objeto a ser contratado, o que permite dizer que possui os "códigos genéticos" das contratações pretendidas pela Administração Pública."

Desta forma, entendo procedente a denúncia nesse ponto e considerando ser grave a ausência do Termo de Referência em licitações na modalidade pregão, devem os responsáveis ser apenados na forma do art. 85, II da Lei Orgânica.

II. d Ausência de planilha de estimativa de preços unitários na fase interna

O Denunciante arguiu que o edital seria irregular ao prever que serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços excessivos ou manifestamente inexequíveis, uma vez que não consta a planilha de estimativas de preços unitários na fase interna.

Salientaram, os Defendentes, que a planilha de custos unitários nos procedimentos licitatórios deve ocorrer em sua fase interna e não, necessariamente, deveria estar anexada ao edital. Fizeram menção a Denúncia n. 932.378, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão.

Por fim, concluíram que não há que se falar em irregularidade.

O Órgão Técnico manifestou-se no sentido de que é possível que o orçamento estimado em planilha de preços não esteja anexado ao edital, desde que esteja presente na fase interna do procedimento licitatório.

Da análise dos documentos relativos à licitação verifiquei que a fase interna do procedimento licitatório não contém a pesquisa prévia dos valores, muito menos foi elaborada planilha de estimativa de preços unitários.

A ausência da pesquisa de preços se caracteriza como mácula ao regular procedimento licitatório por violar o disposto no art. 3º, inciso III, da Lei n. 10.520/2002, que assim dispõe:

> Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
>
> [...]
>
> III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados.

Nesse sentido, o entendimento desta Corte no processo n. 980.487 de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz(2).

Por esta razão, entendo pela procedência da irregularidade apontada.

II. e Exigência irregular de apresentação de amostras

Alegou o Denunciante que a exigência de amostras, nas licitações realizadas pela modalidade pregão, devem ser exigidas somente do licitante primeiro colocado, sendo, portanto, irregular a Cláusula constante no Edital.

Esclareceram os Denunciados que a exigência de apresentação de amostra não seria uma condição para participação do certame, e que somente seria exigido da empresa vencedora que apresentasse menor preço.

No tocante ao argumento apresentado pelos defendentes não lhes assistem razão, isso porque a Cláusula 4.2 do Edital expõe que todas as empresas licitantes deverão apresentar amostras.

Conforme bem apontou a Unidade Técnica, a apresentação de amostras por todos os licitantes não encontra guarida na jurisprudência especializada sobre o assunto, senão vejamos:

> Nesse mesmo entendimento, o jurista Marçal Justen Filho, em sua obra "Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico – 5ª ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal n. 10.520/2002 e os Decretos Federais n.º 3.555/00 e 5.450/05. – São Paulo: Dialética, 2009, pg. 136", explica que:
>
> Tornou-se pacífico o entendimento de ser vedada a apresentação de amostras por todos os licitantes. Essa solução infringe o princípio da proporcionalidade-necessidade, eis que somente se produz a análise da mostra apresentada pelo licitante que tenha formulado o lance de menos valor. Submeter todos os demais licitantes a apresentar amostras equivale a generalizar umencargo econômico inútil – o qual traduz num desincentivo à participação na licitação.
>
> O Tribunal de Contas da União já deliberou sobre o assunto, a conferir:
>
> Adote em editais de pregão critérios objetivos, detalhadamente especificados, para avaliação de amostras que entender necessárias a apresentação. Somente as exija do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar no certame. (Acordão nº 1168/2009 – Plenário)

Decisões dos Tribunais

[...]

No mesmo sentido, decisão nos autos do processo nº 800.679:

12. Da exigência de amostras para todos os licitantes

Inicialmente, registrou a Unidade Técnica a exigência de demonstração prática de todos os licitantes interessados, presente nos itens 14.9, 14.10, como irregularidade a ensejar restritividade injustificada.

No que se refere à modalidade pregão, venho entendendo que é vedada a exigência de apresentação de amostras ou protótipos antes da fase de lances, devendo a obrigação ser imposta somente ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. Entendo, ainda, que, para as demais modalidades, seria ilegal tal imposição na fase de habilitação ou classificação, assimcomo se posiciona o TCU: (g.n.)

'A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados'. Acórdão 1113/2008 Plenário (Sumário)

'Utilize-se das modalidades de licitação previstas na Lei no 8.666/1993, caso seja indispensável exigir amostras ou protótipos dos produtos a serem licitados, observando ainda o entendimento desta Corte de que tal obrigação somente deve ser imposta ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei no 8.666/1993 e dos Acórdãos 1237/2002, 808/2003, 99/2005, 526/2005 e 1598/2006, todos do Plenário'. Acórdão 2147/2006 Plenário

Então, com esteio nos princípios da razoabilidade e da economicidade, concluo que, para as modalidades de licitação previstas na Lei n. 8.666/93, caso necessária a exigência de amostras, esta deve ser imposta ao licitante que se classificar em primeiro lugar. Constato, em vista disso, como irregular a exigência de demonstração prática de todos os licitantes (item14 do edital), a qual deve ser sanada pela Administração neste e em certames futuros.

Para tanto, considerando os bem lançados fundamentos por ela utilizados, adoto-os como razão de decidir e concluo pela procedência da denúncia quanto a esse aspecto.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, em consonância com o entendimento da Unidade Técnica, voto pela procedência parcial da denúncia, considerando irregulares: a) insuficiência do termo de referência; b) ausência de planilha de estimativa de preços unitários na fase interna; c) exigência irregular quanto a apresentação de amostras; d) descumprimento do prazo de antecedência mínima entre a publicação do edital e abertura do certame, e e) exigência irregular de que os produtos sejam de 1ª linha e/ou alta qualidade.

Nos termos da fundamentação, determino, com fulcro no art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, a aplicação de multa pessoal e individual, no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) por cada uma das irregularidades descritas nos itens "a", "b" e "c" ao Sr. M.A.R.G., Prefeito do Município de Pains, e a Sra. S.M.V.S., Pregoeira e subscritora do edital.

Em virtude das irregularidades constantes dos itens "d" e "e" acima, recomendo aos referidos agentes públicos que, em futuros certames, atentem para a estrita observância do prazo legal a que alude o art. 4º, inciso V, da Lei n. 10.520/2002, inclusive quanto da disponibilização do aviso de licitação e documentos a ela relativos na página oficial da Prefeitura Municipal, e deixem de inserir na descrição do objeto termos com características subjetivas ou com critérios que não possam ser objetivamente aferidos no momento da análise das propostas.

Intimem-se e cumpridos os dispositivos regimentais pertinentes, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

No presente caso, peço vênia ao relator para dele divergir em parte, porquanto considero improcedente o apontamento de "descumprimento do prazo de antecedência mínima para publicação do edital", pois, nos termos do inciso I, art. 4º, da Lei nº 8.666, de 1993, a publicação de pregão por meios eletrônicos não constitui obrigatoriedade, mas faculdade conferida ao agente público. Ademais, em consulta ao site do IBGE, https://www.ibge.gov.br/cidades-eestados/mg/pains.html, acesso em 30/11/2022, o Município de

Pains possui população estimada inferior a 10.000 habitantes, o que atrai a incidência do disposto no § 4º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 2011.

Além disso, em se tratando de licitação na modalidade de pregão, considerando o disposto no inciso III do art. 4º c/c o inciso I do art. 3º da Lei nº 10.520, de 2002, também não vejo qualquer irregularidade nos autos concernente à "insuficiência do termo de referência", porquanto no anexo I do edital (**fls. 80 a 88 da peça 10 do SGAP**) consta a descrição de todos os itens que seriam adquiridos e na minuta de ata constante do anexo V, **fls. 92 a 98 da peça 10 do SGAP**, constam as condições de fornecimento, obrigações da fornecedora, forma e prazo de pagamento, o que permitiu que quatro licitantes participassem da disputa e, por este motivo, julgo improcedente o referido apontamento da representação, não havendo falar em apenação do gestor nesse particular.

No mais acompanho o relator.

ENTÃO, FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR. VENCIDO PARCIALMENTE O CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR G.S.S.M.)

* * * * *

Notas

(1) Disponível em https://www.tce.mg.gov.br/img/2017/Cartilha-Como-Elaborar-Termo-de-Referencia-ou-ProjetoBasico2.pdf

(2) Sessão 3/4/2017, Segunda Câmara

Decisões dos Tribunais

EMENTÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Contratação direta – Show Artístico – Pagamento devido

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE SHOW ARTÍSTICO DA BANDA LAGOSTA BRONZEADA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INCONTROVÉRSIA ACERCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ALEGAÇÃO MUNICIPAL DE QUE O PAGAMENTO ESTÁ CONDICIONADO AO CUMPRIMENTO, PELA UNIÃO, DO CONVÊNIO Nº 867023/2018. DESCABIMENTO. PREVISÃO CONTRATUAL DE PAGAMENTO COM RECURSOS ORIUNDOS DO TESOURO MUNICIPAL. INADIMPLEMENTO COMPROVADO. PAGAMENTO DEVIDO. RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. ESTABELECIMENTO EX OFFICIO DOS ENCARGOS DA CONDENAÇÃO. 1. A questão submetida a exame reside em analisar se houve a inadimplência do Poder Público quanto ao pagamento dos serviços prestados pela sociedade empresária autora, conforme documentação acostada aos autos, de forma a se mostrar necessário compelir judicialmente o promovido/apelante para tanto. 2. Consta dos autos o Contrato nº 20180515-002, celebrado entre a parte autora e o Município de Barbalha, que teve como objeto a ¿Contratação de Show Artístico da Banda Lagosta Bronzeada, a se realizar durante o evento alusivo a Festa do Pau da Bandeira do Município de Barbalha/CE¿, mediante regime de execução indireta, no valor total de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). 3. Vale destacar, de partida, que inexiste controvérsia acerca da celebração do aludido contrato, bem como no que diz respeito à prestação do serviço por parte da autora/apelada. Todavia, defende o ente municipal que o pagamento está condicionado ao repasse, por parte da União, dos recursos previstos no Convênio de nº 867023/2018. 4. Extrai-se da cláusula sexta do instrumento contratual a previsão de que as despesas dele provenientes ¿correrão por conta de recursos oriundos do Tesouro Municipal, previstos na seguinte Dotação Orçamentária: 17.00-13.392.0473.2.088-3.3.90.39.00¿. Ademais, em nenhum momento o contrato celebrado entre as partes ora litigantes menciona o Convênio de nº 867023/2018, a fim de condicionar o pagamento da contratada à liberação dos recursos neste previstos, tampouco o ente recorrente comprova a existência de vinculação/dependência entre o convênio e a dotação orçamentária disposta na cláusula sexta do contrato em tablado, do qual a União sequer faz parte. 5. Importa consignar que, em ações de cobrança aforadas em desfavor de entes públicos, a jurisprudência é pacífica no sentido de que será devida a contraprestação pecuniária desde que reste comprovada a efetiva entrega das mercadorias ou a prestação dos serviços, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito do devedor. Precedentes deste Sodalício. Dessarte, provada a prestação de serviços, cabe à administração pública adimplir o valor contratualmente consignado, sob pena de enriquecimento ilícito e afronta aos princípios da boa-fé objetiva e da moralidade administrativa. 6. De ofício, cumpre retocar a sentença para estabelecer os consectários legais decorrentes da condenação, conforme o precedente vinculante da Corte Superior acerca do tema (REsp 1.495.146/MG) e, após a data de 09/12/2021, determinar a incidência da Taxa SELIC, nos termos do artigo 3º da EC nº 113/2021. 7. Apelação cível conhecida e desprovida. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso apelatório, para negar-lhe provimento e, de ofício, estabelecer os consectários legais decorrentes da condenação, tudo nos termos do voto do Relator. Fortaleza/CE, data e hora indicadas pelo sistema. Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE Relator
(Apelação Cível - 0005200-50.2019.8.06.0043, Rel. Desembargador(a) LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE, 2ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 29/03/2023, data da publicação: 29/03/2023)

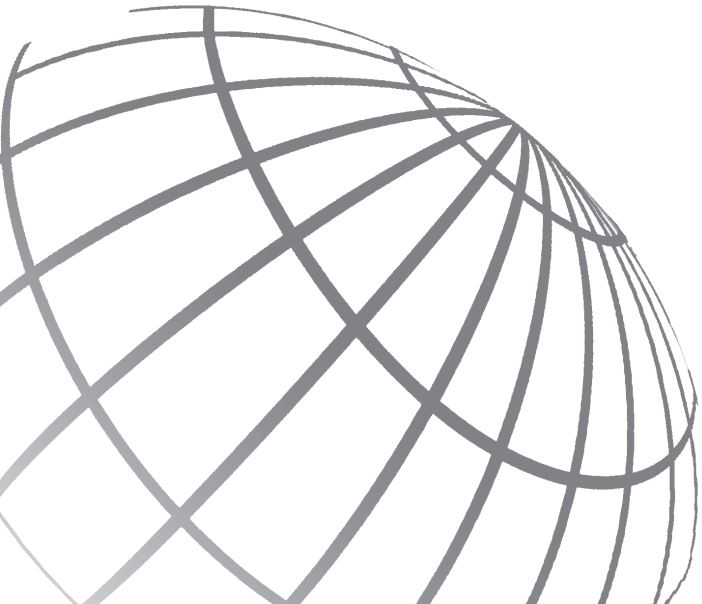
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Licitação – Quadro de empregados especializados – Obediência ao edital

MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÕES – Insurgência contra decisão que inabilitou licitante em procedimento que objetiva a contratação de empresa especializada para a execução de servi-

ços de limpeza pública; compreendendo varrição manual e/ou mecanizada de vias e logradouros públicos; roçagem mecanizada, com acabamento e despraguejamento; pintura de guias e sarjetas em meio-fio, uma vez que não teria atendido exigência prevista no edital, especificamente no que se refere possuir em seu quadro de funcionários profissional com nível superior em "engenharia agronômica, agrícola ou florestal" - Descabimento – Empresa licitante que não comprovou possuir em seu quadro de funcionários profissional com nível superior em "engenharia agronômica, agrícola ou florestal" – Inexistência de direito líquido e certo – Sentença denegatória da segurança mantida. Recurso desprovido.
(TJSP; Apelação Cível 1001805-77.2021.8.26.0246; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Ilha Solteira - 2ª Vara; Data do Julgamento: 04/04/2023; Data de Registro: 04/04/2023)

Dúvidas dos Assinantes



Dúvidas dos Assinantes

AGENTE E COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO – ATO DE DESIGNAÇÃO – CONSIDERAÇÕES

Tendo em vista as recentes mudanças promovidas pela Lei nº 14.133/21, notadamente a nomeação de agente de contratações e/ou comissão de contratações, que ato administrativo o chefe do Legislativo deve promover para nomeá-los? Quanto à prorrogação da Lei nº 8.666/93, a portaria que nomeou comissão julgadora de licitações no início deste ano legislativo (janeiro/2023) continua em vigor até o término do prazo em dez/23 ou deve promover prorrogação do mandato desses membros?

Fundamentação legal:

– Lei nº 14.133/2021.

A Administração questiona sobre o ato a ser adotado para a designação de agentes ou comissões de contratação na lógica da Lei nº 14.133/2021, bem como sobre a necessidade de prorrogar portaria que nomeou comissão julgadora no início do presente ano, dada a extensão da vigência da Lei nº 8.666/1993.

Quanto ao primeiro aspecto, importa destacar que a Lei nº 14.133/2021, assim como a Lei nº 8.666/1993, não estabelece minúcias referentes à organização interna da Administração. Assim, não há a determinação de um ato específico para designar agentes ou comissões de contratação. Veja-se o art. 8º da nova Lei de Licitações:

> Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

De forma semelhante, o Decreto federal nº 11.246/2022(1), que regulamenta justamente a designação e a atuação desses profissionais, não estabelece regras sobre o ato a ser adotado pela autoridade competente. Disso se depreende que a eleição do ato que designa agente, comissão e pregoeiro é de organização interna da Administração, podendo ocorrer pelo mesmo instrumento que designa pregoeiros e comissão de licitação pela lógica na Lei nº 8.666/1993.

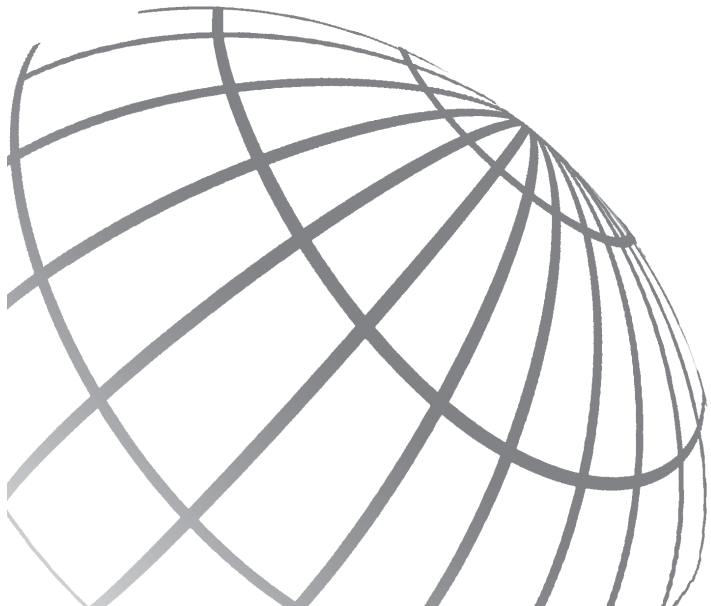
Já quanto à portaria elaborada no início do ano, é preciso verificar o teor do documento para analisar a necessidade ou não de prorrogação. Se ficou revisto que a portaria duraria enquanto vigente a Lei nº 8.666/1993, não há que se falar em prorrogação. Todavia, se a vigência prevista para a portaria foi menor do que a nova duração da Lei nº 8.666/1993, deve ser realizada a prorrogação.

Por fim, vale destacar que não é possível prorrogar atos extintos. Assim, se a vigência da portaria terminou em 1º de abril de 2023, por exemplo, não há que se falar em prorrogação, mas sim na necessidade da elaboração de uma nova portaria.

Notas

(1) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Decreto/D11246.htm

Legislação Especializada



Legislação Especializada

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.167, DE 31 DE MARÇO DE 2023

ALTERA A LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021, PARA PRORROGAR A POSSIBILIDADE DE USO DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, DA LEI º 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002, E DOS ART. 1º A ART. 47-A DA LEI Nº 12.462, DE 4 DE AGOSTO DE 2011.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do **caput** do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, desde que:

I - a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023; e

II -a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativoda contratação direta.

§ 1º Na hipótese do **caput**, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do **caput** do art. 193, o respectivo contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

§ 2º É vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no inciso II do **caput** do art. 193." (NR)

"Art. 193. .....

.....

II - em 30 de dezembro de 2023:

a) a Lei nº 8.666, de 1993;

b) a Lei nº 10.520, de 2002; e

c) os art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 2011." (NR)

Art. 2º Fica revogado o parágrafo único do art. 191 da Lei nº 14.133, de 2021.

Art. 3º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

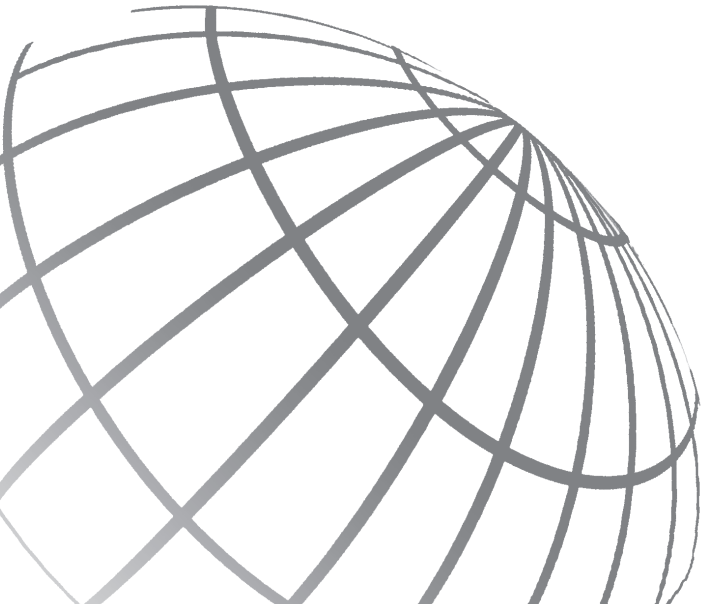
Brasília, 31 de março de 2023; 202º da Independência e 135º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Esther Dweck

Este texto não substitui o publicado no DOU de 31.3.2023 - Edição extra

Índice Cumulativo



Índice Cumulativo

ARTIGOS E PARECERES	
JAN 2023, p. 12	Os programas de integridade na administração pública pela nova Lei de Licitações: atenuantes na penalização das infrações – Cássio Luz Pereira, Ana Paula de Sousa Costa
JAN 2023, p. 21	1) Cooperativas; 2) análise de risco; 3) fracionamento de objetos: enfoque da Lei nº 14.133/21 – Ivan Barbosa Rigolin
JAN 2023, p. 27	A posição do TCU sobre lucros ilegítimos: *disgorgement, restitutionary damages* e dano ao erário – Sergio de Castro Junior
FEV 2023, p. 112	Contagem regressiva: a nova lei de licitações e o sistema de registro de preços após a revogação das leis n º 8.666/93 e 10.520/2002 – Carmen Iêda Carneiro Boaventura, Ronny Charles L. de Torres
MAR 2023, p. 118	Uso de bem público – concessão, permissão e autorização – na Lei nº 14.133/21 – Ivan Barbosa Rigolin
MAR 2023, p. 212	Entendendo os instrumentos auxiliares no contexto da nova Lei de Licitação e Contratação Públicas (Lei nº 14.133/2021) – Flávia de Sena Campos, José Maria Pinheiro Madeira
ABR 2023, p. 312	A Administração Pública e a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: o alinhamento entre a advocacia pública, prestígio do princípio da legalidade e os possíveis desdobramentos constitucionais – Marco Antonio Hatem Beneton
ABR 2023, p. 326	Pesquisa de mercado e seu alcance. Média e mediana dos preços – Ivan Barbosa Rigolin
MAI 2023, p. 412	Administração Pública experimental: licitação e contratação de soluções inovadoras – Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Thiago Gomes do Carmo
MAI 2023, p. 422	A contração direta sem licitação utilizando o procedimento auxiliar de credenciamento sob a égide da Lei 14.133/21 – Bruno Henrique Gomes Barbosa
DECISÕES DOS TRIBUNAIS	
JAN 2023, p. 34	Tribunal de Contas da União – É possível a utilização de credenciamento para contratação de serviço de gerenciamento e fornecimento de vales-alimentação/refeição
JAN 2023, p. 50	Tribunal de Contas da União – A exigência de atestados técnicos referentes a serviços executados exclusivamente no Brasil atenta contra o caráter competitivo da licitação
JAN 2023, p. 63	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – A revogação do certame licitatório não configura impedimento para a eventual aplicação da sanção de declaração de inidoneidade
FEV 2023, p. 126	Tribunal de Contas da União – A subcontratação total do objeto é irregular
FEV 2023, p. 132	Tribunal de Contas da União – Impossibilidade de exigência de que os produtos ofertados sejam exclusivamente de fabricação nacional
FEV 2023, p. 139	Tribunal de Contas da União – É regular o estabelecimento de limite máximo para a taxa de administração a ser cobrada pela contratada de sua rede de credenciados
FEV 2023, p. 154	Tribunal de Contas da União – Quando cabível o pregão, é irregular o uso da versão presencial sem a comprovação da inviabilidade técnica da forma eletrônica
FEV 2023, p. 167	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – A Administração deve definir no instrumento convocatório quais parcelas do objeto possuem maior relevância
FEV 2023, p. 175	Superior Tribunal de Justiça – Recuperação judicial de empresa vencedora não impede assinatura de contrato
MAR 2023, p. 240	Tribunal de Contas da União – Regras para metodologia de indenização em relicitação de concessão de serviços aeroportuários
MAR 2023, p. 254	Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – Os efeitos da Covid-19 justificam o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão, mas não “ajuda” ou “socorro financeiro”
MAR 2023, p. 261	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – Formalidades atinentes a aditivos contratuais

Índice Cumulativo

MAR 2023, p. 269	Tribunal de Contas do Estado do Paraná – A falha de planejamento justifica a realização de dispensa emergencial, mas não afasta a penalização dos responsáveis
MAR 2023, p. 277	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – O descumprimento de normas alheias à Lei de Licitações pode ensejar a inabilitação do licitante
MAR 2023, p. 284	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Norma de iniciativa parlamentar que determina a transmissão, ao vivo, de sessões de licitação no município é inconstitucional
ABR 2023, p. 330	Tribunal de Contas da união – A prorrogação de contrato administrativo sem cláusula nesse sentido implica burla ao dever de licitar
ABR 2023, p. 355	Tribunal de Contas da União – Oscilações imprevisíveis de valores de mercado justificam a negociação dos preços contratados
ABR 2023, p. 370	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – Publicação em veículo oficiais como condição de eficácia de contratos e aditamentos
MAI 2023, p. 432	Tribunal de Contas da união – É vedada a proposta de preço com taxa de administração negativa em licitação de serviço de fornecimento de benefício alimentação e refeição
MAI 2023, p. 453	Tribunal de Contas da União – O conhecimento prévio quanto à necessidade administrativa e à prorrogação ilimitada do contrato implicam a ilicitude da dispensa emergencial
MAI 2023, p. 461	Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – A permissão de participação de consórcios pode ser essencial para que haja condições materiais e econômicas para executar o objeto da contratação
MAI 2023, p. 476	Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul – O descumprimento do prazo mínimo de publicidade do pregão pode ser relevado se não houver prejuízo à competitividade do certame
MAI 2023, p. 481	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – Apresentação de amostra dos produtos ofertados somente pode ser exigida do licitante vencedor
EMENTÁRIO	
JAN 2023, p. 88	DUT eletrônico – Comprovação de propriedade – Competitividade
JAN 2023, p. 88	Inexigibilidade de Licitação – Improbidade – Inexistência – Ausência de dolo
FEV 2023, p. 188	Processo licitatório – Certidão positiva com efeito de negativa – Habilitação
FEV 2023, p. 188	Contrato administrativo – Atraso na entrega – Covid-19
MAR 2023, p. 289	Dispensa de licitação – Existência de calamidade – Ilícito não configurado
MAR 2023, p. 289	Licitação – Ilicitudes decorrentes de atos culposos – Inocorrência de improbidade
ABR 2023, p. 386	Rescisão unilateral – Culpa do contratado – Multa devida
ABR 2023, p. 386	Processo licitatório – Participação de empresas com sócios em comum – Legalidade
MAI 2023, p. 488	Contratação direta – Show Artístico – Pagamento devido
MAI 2023, p. 488	Licitação – Quadro de empregados especializados – Obediência ao edital
DÚVIDAS DOS ASSINANTES	
JAN 2023, p. 92	Contrato – Garantia contratual – Atraso – Substituição – Ponderações
FEV 2023, p. 190	Concorrência – Preços unitários superiores ao estimado – Valor global – Consequências
FEV 2023, p. 192	Contrato administrativo – Certidão trabalhista positiva – Prorrogação – Impossibilidade
MAR 2023, p. 292	Lei nº 14.133 – Participação em licitações – Vedações – Dirigente de sociedade – Considerações
MAR 2023, p. 294	Contratação pública – Exigência de cota – Inconstitucionalidade
ABR 2023, p. 388	Contrato – Termo equivalente – Acréscimo – Vigência – Considerações
ABR 2023, p. 389	Lei nº 14.133 – Participação em licitações – Vedações – Dirigente de sociedade
MAI 2023, p. 492	Agente e comissão de contratação – Ato de designação – Considerações

Índice Cumulativo

LEGISLAÇÃO ESPECIALIZADA	
MAI 2023, p. 494	MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.167, DE 31 DE MARÇO DE 2023 – Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei º 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Governet Editora Ltda.
Rua Henrique Itiberê da Cunha, 860
80520 120 - Curitiba - Paraná
(41) 3338 7328
governet@governet.com.br