

1. IN 05/PAINEL

INTRODUÇÃO

(DÉBORA)

Explicação sobre o Painel:

Surgiu da necessidade de manter o objeto principal do Ciclo de Capacitação de Licitações e Contratos quando da sua origem, que era um canal de responder as diversas dúvidas que a equipe de licitações e de gestão contratual recebia diariamente dos gestores e fiscais de contratos.

Então o evento cresceu, porém ainda estamos trocando ideias e experiências em relação as principais dúvidas que acontecem no nosso dia a dia. E para respondê-las selecionamos profissionais que atuam nas principais fases do processo de contratação pública, quais sejam:

- Ana Paula – Coordenadora de Procedimentos Licitatórios da SE do MJSP;
- Gustavo Maciel – Coordenador de Contratos da SE do MJSP;
- Shirley Jackcely – Coordenadora de Execução Orçamentária e Financeira da SE do MJSP;
- Débora de Souza – Coordenadora-Geral de Licitações e Contratos da SE do MJSP;
- Dr. Edson e Dr. Thiago da Consultoria Jurídica
- Dr. Cláudio Py - Assessor Especial de Controle Interno

Explicação de como funciona as contratações no âmbito do MJSP:

O Ministério da Justiça e Segurança Pública possui **8 unidades administrativas** responsáveis pela gestão de contratações:

	Unidades Licitantes MJSP	Atendem	Tendência de objetos a serem contratados
1	SE	SAA; SPO; GM; SENACON; SENAJUS; SENAD;	Logística, Serviços Gerais, Manutenção Predial, Obras, TIC e equipagem para as unidades finalísticas
2	SEGEN	SEGEN; SENASP e FNSP	Segurança Pública
3	DEPEN	DEPEN (DF e Nacional)	Logística, Serviços Gerais, Manutenção Predial, Obras TIC e equipagem para as penitenciárias
4	ARQ. NAC	ARQ. NAC (DF e Rio de Janeiro)	Logística, Serviços Gerais, Manutenção Predial, TIC e equipagem
5	PRF	PRF (DF e Nacional)	Logística, Serviços Gerais, Manutenção Predial, TIC e equipagem
6	PF	PF (DF e Nacional)	Logística, Serviços Gerais, Manutenção Predial, TIC e equipagem

7	FUNAI	FUNAI (DF e Nacional)	Logística, Manutenção e equipagem	Serviços Predial,	Gerais, TIC e
8	CADE	O CADE não se submete administrativamente a SE			

As contratações são executadas por diversas UASGS em cada macro unidade informada. Mas a governança é realizada de forma macro.

Desde 2015 o MJSP possui como instância de Governança a Comissão de Contratações Compartilhadas (CAC), regida internamente pela Portaria MJSP nº 682/2017, que tem por objetivo planejar conjuntamente suas contratações e compartilhar sempre que possível, via Registro de Preços, o que atende a IN ME 01/2019. A CAC é formada pelos Chefes de Gabinetes e tem um Fórum técnico formado pelas Autoridades Licitantes das unidades, o que ampliou significativamente a comunicação nessa temática no âmbito da Pasta.

PLANEJAMENTO DAS CONTRATAÇÕES

(ANA PAULA E REPRESENTANTE DA CONJUR)

PERGUNTA 1: No art. 9º da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 10 DE JANEIRO DE 2019 fala em inclusão, exclusão ou redimensionamento. Caso tenhamos previsto no PGC R\$ 200.000 para 10 equipamentos e durante a execução observamos que só será possível comprar 8, precisa pedir alteração no PAC?

A Instrução Normativa nº 01/2019-ME assim como a Portaria nº 682, de 15 de agosto de 2017, do Ministério da Justiça, disciplinam as possibilidades de alterações no Plano Anual de Contratações em execução, estabelecendo condições de excepcionalidades conforme o caso. Assim, a unidade requisitante deverá avaliar a necessidade de alteração, no sentido de verificar se o ajuste altera fundamentalmente o PAC, causando prejuízo às informações inicialmente registradas no Plano e ao alcance de seus objetivos, em especial sobre as decisões relativas às aquisições, execução da contratação de forma compartilhada e os limites de gastos impostos pelo orçamento público do ano da execução da despesa.

Em se tratando ajustes de informações de cunho estimativo, sem impactos consideráveis no orçamento ou especificação dos itens registrados, entendemos como possível a dispensa do procedimento de alteração do PAC. Tal posição é aplicável no exemplo exposto.

De parte da Consultoria Jurídica, acreditamos que o fundamento legal para justificar essa conduta está lá no recente artigo 22 da LINDB. As normas de gestão pública devem ser interpretadas com razoabilidade e considerando os obstáculos, as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo.

Assim, se inexistir um impacto considerável para o plano, não há razoabilidade de deflagrar um processo burocrático que se dará, por vezes, em prejuízo de um tempo de resposta adequado daquela contratação.

(ANA PAULA E SHIRLEY)

PERGUNTA 2: A SENASP possui duas UASGs 200330 e 200331, caso uma contratação esteja inserida no PAC/PGC na 200330 e quando acontecer o processo licitatório a área quer contratar com orçamento da 200331 é possível?

O Plano Anual de Contratações do MJPS é realizado de forma consolidada pela CAC, com registro das demandas de contratações dos órgãos de assistência direta e imediata, órgãos específicos singulares, órgãos colegiados e entidades vinculadas ao MJSP, e em observação as disposições constantes da Instrução Normativa nº 01/2019 do Ministério da Economia-ME que estabelece a obrigatoriedade de utilização do Sistema PGC.

A metodologia de elaboração do PAC por meio do sistema PGC estabelece a separação do Planejamento das Contratações por UASG executoras. Neste caso, a contratação deverá ser realizada no âmbito da UASG na qual o item foi registrado. Entretanto, até a presente data, não consta qualquer impossibilidade de contratação no SIASG por UASG diversa da registrada para o item no PAC.

Os limites orçamentários são distribuídos pelas ações orçamentárias de cada UASG. Assim, em relação ao Orçamento, o empenho da contratação deverá ser realizado na UASG licitante, havendo duas possibilidades de execução orçamentária: A unidade detentora do orçamento descentralizar os recursos para a unidade licitante empenhar ou a CGOF realizar uma transferência de limites orçamentários da unidade detentora do orçamento para a unidade licitante.

(ANA PAULA)

PERGUNTA 3: No que diz respeito a Adesão de Atas de Pregão referente a IRPs em que previamente minha unidade ratificou participação/adesão. Qual a melhor maneira de acompanhar todo o processo? Em que momento eu tenho que acionar o Órgão gerenciador da Ata e qual a forma mais prática de realizar tal procedimento? O órgão Gerenciador sempre informa a todos os que confirmaram a Intenção de que o processo licitatório foi finalizado?

No âmbito da CAC, a utilização do Sistema de Registro de preços é a forma indicada para execução das contratações compartilhadas. Assim a orientação da comissão é que a comunicação entre as unidades partícipes da contratação ocorra durante todo o procedimento da contratação, inclusive com o apoio na elaboração dos artefatos de planejamento, conforme o caso.

As unidades do MJSP já na fase de planejamento consultam as unidades partícipes sobre sua efetiva participação no certame, especificações e quantidades de itens.

Outro contato do órgão gerenciador se dá, no caso dos processos do MJSP, quando da divulgação da IRP, para que seja iniciada a fase de registro e demais atos de tramitação do Intenção de Registro de Preços. Neste caso, a comunicação ocorre na fase de registro da manifestação de interesse, análise e aprovação, e por último, confirmação da participação. Estes procedimentos são realizados via Sistema. Após essas etapas, o Órgão gerenciador emite a confirmação de participação.

O Decreto nº 7892/2013 não estabelece competência para comunicação entre os Órgãos Gerenciadores e Partícipes, além daquelas realizadas por meio da IRP no Sistema e quando do envio da Ata formalizada.

Assim, entendemos que o envio de e-mail com consulta do cronograma da contratação poderá ser uma medida a título de boa prática a ser implementada pelos partícipes. Outro canal possível, é o Grupo criado pelas unidades licitantes do MJSP.

Findado o procedimento de contratação e formalizada a Ata de Registro de Preços, é dever do Órgão gerenciador encaminhar cópia da Ata de Registro de Preços aos órgãos ou entidades participantes, nos termos estabelecidos no art. 25 do Decreto nº 7892/2013.

Portanto, a comunicação entre os interessados poderá ser realizada por e-mail, a qualquer momento, inclusive quanto ao início do processo de contratação, para acompanhamento da execução do Plano Anual de Compartilhamento do MJS

(ANA PAULA E CONTROLE INTERNO)

PERGUNTA 4: Qual a responsabilidade da equipe de planejamento da contratação designada por Portaria?

A equipe de planejamento é responsável pela elaboração dos artefatos de planejamento da contratação, considerando as diretrizes das instruções normativas nº.s 05/2017 e 01/2019, que regulamentam de formas diferentes as atribuições desse colegiado.

No caso da IN 05/1017, a equipe de planejamento é responsável pela Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco, conforme disposições a seguir:

Art. 21. Os procedimentos iniciais do Planejamento da Contratação consistem nas seguintes atividades:

I - Elaboração do documento para formalização da demanda pelo setor requisitante do serviço, conforme modelo do Anexo II, que contemple:

a) a justificativa da necessidade da contratação explicitando a opção pela terceirização dos serviços e considerando o Planejamento Estratégico, se for o caso;

b) a quantidade de serviço a ser contratada;

c) a previsão de data em que deve ser iniciada a prestação dos serviços; e

d) a indicação do servidor ou servidores para compor a equipe que irá elaborar os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco e, se necessário, daquele a quem será confiada a fiscalização dos serviços, o qual poderá participar de todas as etapas do planejamento da contratação, observado o disposto no § 1º do art. 22;

[...]

Art. 22. Ao receber o documento de que trata o inciso I do art. 21, a autoridade competente do setor de licitações poderá, se necessário, indicar servidor ou servidores que atuam no setor para compor a equipe de Planejamento da Contratação.

§ 1º A equipe de Planejamento da Contratação é o conjunto de servidores, que reúnem as competências necessárias à completa execução das etapas de Planejamento da Contratação, o que inclui conhecimentos sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros.

§ 2º Os integrantes da equipe de Planejamento da Contratação devem ter ciência expressa da indicação das suas respectivas atribuições antes de serem formalmente designados.

Para atendimento às diretrizes do IN 05/2017, o MJSP desenvolveu um documento intitulado “Termo de Ciência”, por meio do qual registram-se as atribuições específicas dos membros da equipe de planejamento da contratação.

Já a IN 01/2019 estabelece que a equipe de planejamento é responsável pela elaboração de todos os documentos de planejamento [DOD, ETP, TR ou PB (inclui-se a pesquisa de preços)], além de apoiar a fase de seleção, com divisão das atividades/atribuições aos integrantes da equipe.

Art. 9º A fase de Planejamento da Contratação consiste nas seguintes etapas:

I - Instituição da Equipe de Planejamento da Contratação;

II - Elaboração do Estudo Técnico Preliminar da Contratação; e

III - elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico.

§ 1º [...]

§ 5º A Equipe de Planejamento da Contratação deverá realizar todas as atividades das etapas de Planejamento da Contratação, e acompanhar e apoiar a fase de Seleção do Fornecedor quando solicitado pelas áreas responsáveis.

Desta forma, a equipe de planejamento tem papel fundamental e de grande responsabilidade nos procedimentos de contratação, tendo em vista serem os responsáveis por caracterizar determinada necessidade, descrever as análises promovidas em termos de requisitos, alternativas, escolhas, resultados pretendidos e demais características, além de estabelecer a viabilidade, ou não da contratação.

As informações e documentos produzidos pela equipe são a base para elaboração do termo de referência ou do projeto básico. Tais informações possuem o condão evitar contratações dispendiosas ou ineficientes, que venham a causar prejuízo ao erário.

(ANA PAULA E REPRESENTANTE DA CONJUR)

PERGUNTA 5: Referente às aquisições de TI: Para produção de artefatos, deve-se usar os modelos dispostos no Governo Digital. No TR, o item 1 Objeto não consta qualquer observação referente a Cota reservada. Pergunto: deve-se seguir apenas os modelos do Governo Digital ou fazer uma fusão de ambas as orientações?

Nos termos da Instrução Normativa nº 01/2019, a contratação solução de TIC deverão observar os modelos publicados pela Órgão Central do SISP. Ou seja, os templates disponibilizados pela Secretária de Governo Digital, que diferente dos modelos padrões disponibilizados pela AGU, não constam cláusulas padrões ou sugestões e textos, dando total liberdade a equipe de planejamento para elaborar as cláusulas do termo de referência, conforme conveniência.

Neste sentido, a construção do texto para o objeto da contratação, dever ser precisa, suficiente e clara, limitada a necessidade de sua caracterização, devendo observar a descrição detalhada dos itens. Se a contratação deverá observar a cota reservada, tal informação deverá constar do objeto, em observação a nota explicativa do template do Termo de Referência ou Projeto Básico, abaixo transcrito.

“A definição do objeto da contratação deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento da solução de TIC “

A IN nº 01/2019 estabelece a utilização dos disponibilizados pela Secretária de Governo Digital, razão pela qual, o que não impossibilita a utilização de cláusulas extraídas dos TR modelos da AGU, se estas foram aplicáveis as contratações de TIC.

De parte da Consultoria Jurídica, de fato, no que o modelo da AGU e a IN 01 forem compatíveis, a adoção da redação padronizada ajuda e agiliza bastante a análise do processo pela Consultoria Jurídica, além de dar a segurança ao gestor de que está colocando o conteúdo necessário no artefato.

Quanto à cota reservada, acredito ser relevante expor os traços gerais a respeito do tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte nas compras públicas.

Tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte é imposição decorrente do artigo 179 da Constituição e consubstancia-se no regramento previsto na LC nº 123, de 2006. E, em matéria de compras públicas, a LC nº 123, de 2006, prevê três espécies de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte: (a) direito à complementação de documentos (artigos 42 e 43); (b) criação de um empate ficto no julgamento das propostas, permitindo a apresentação de nova oferta (artigos 44 e 45); e (c) tratamento diferenciado em sentido estrito, com a previsão de licitações exclusivas, cotas reservadas e incentivo à subcontratação destinadas às microempresas e empresas de pequeno porte (artigo 47 e 49).

A partir da interpretação do artigo 49 da LC nº 123, de 2006, e do artigo 10 do Decreto nº 8.538, de 2010, as duas primeiras espécies de tratamento diferenciado (complementação de documentos e empate ficto) são de observância obrigatória pelo gestor público, ao passo que apenas a terceira (tratamento diferenciado em sentido estrito) é de instituição facultativa, podendo ser afastada mediante análise do caso concreto e das peculiaridades da contratação.

Então, independentemente da natureza da contratação, a questão deve ser enfrentada pela equipe de planejamento da contratação: ou pela inserção de disposição a respeito da cota reservada ou pela apresentação de justificativa do porquê não o fez.

(ANA PAULA; REPRESENTANTE DA CONJUR; CONTORLE INTERNO)

PERGUNTA 6: A pesquisa de preços é responsabilidade da área demandante ou do Setor da Licitação? Quais os cuidados devo ter para que o preço pesquisado não resulte em problemas para a contratação?

Nos termos da Portaria MJSP nº 804 de 13 de novembro de 2018, que regulamenta os procedimentos e diretrizes para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços, a realização dessa atividade é atribuição da unidade requisitante dos serviços.

Entretanto, trata-se de regulamentação interna deste Ministério, sendo possível que outros órgãos possuam disciplinas diferentes, estabelecendo a realização da pesquisa de preços a unidades específicas, a depender de sua estrutura.

A regulamentação interna que estabelece a competência à unidade requisitante para realização de pesquisa de preços é fundamentada nas diretrizes das Instruções Normativas nº. 05/2017 e IN 01/2019, que estabelecem, respectivamente, regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta e sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC, conforme demonstrado a seguir:

IN 05/2017 - Depreende-se da análise dos arts. 29 e 30, que a pesquisa de preços deve ser realizada pela unidade requisitante, na condição de responsável pela elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico.

Art. 29. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de Termos de Referência e Projetos Básicos da Advocacia-Geral União, observadas as diretrizes dispostas no Anexo V, bem como os Cadernos de Logística expedidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

§ 1º Quando o órgão ou entidade não utilizar os modelos de que trata o caput, ou utilizá-los com alterações, deverá apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos.

§ 2º Cumpre ao setor requisitante a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico, a quem caberá avaliar a pertinência de modificar ou não os Estudos Preliminares e o Gerenciamento de Risco, a depender da temporalidade da contratação, observado o disposto no art. 23. (grifei)

Art. 30. O Termo de Referência ou Projeto Básico deve conter, no mínimo, o seguinte conteúdo:

I - [...]

X - Estimativas detalhadas dos preços, com ampla pesquisa de mercado nos termos da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014; e (grifei)

[...]

IN 01/2019 - Dispõe expressamente sobre a competência para realização da pesquisa de preços, conforme segue:

Art. 20. A estimativa de preço da contratação deverá ser realizada pelo Integrante Técnico com o apoio do Integrante Administrativo para elaboração do orçamento detalhado, composta por preços unitários e de acordo com a Instrução Normativa SLTI/MP nº 5, de 27 de junho de 2014, e suas atualizações, que versa sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.

A Jurisprudência do TCU entende que a pesquisa de preços deve ser elaborada pela área requisitante, considerando o conhecimento que detém acerca do objeto a ser licitado e sobre o mercado fornecedor.

2. Não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidas na aquisição do objeto.

3. Não cabe responsabilização por sobrepreço de membros da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior, quando restar comprovado que a pesquisa foi realizada

observando critérios técnicos aceitáveis por setor ou pessoa habilitada para essa finalidade. (Acórdão TCU 3.516/2007-1C)

A pesquisa de preços é de fundamental importância para o sucesso da contratação, devendo ser realizada com zelo, observando os dispositivos legais e regulamentares, além das orientações das unidades de controle interno e externo.

Os principais cuidados que merecem registro são:

- 1 - Realização de ampla pesquisa de preços - consulta do maior número possível de fontes, para uma composição de cesta de preços robusta e diversificada.
- 2 - Uso do painel de preços - adoção preferencial de preços públicos para composição da estimativa de preços.
- 3 - Realização de análise crítica dos preços da cesta – análise deve observar a compatibilidade dos objetos e especificações, quantidades, locais de entrega, frete, dentre outros custos inerentes ao fornecimento do bem ou prestação de serviços;
- 4- Análise de discrepâncias de valores – supressão dos preços inexequíveis e excessivamente elevados; e
- 5- Validade dos preços - utilização de preços atualizados

AECI – Pesquisa de Preço é a parte mais sensível e de risco no processo de contratação. Item obrigatório de verificação pelos órgãos de controle.

1) Sobre a responsabilidade da pesquisa de preços;

- Ressaltar a importância de ambos no processo
- Verificação do cumprimento dos requisitos exigidos
- Devidamente registrados nos autos do processo

2) Segregação de Função;

- Mecanismos de controle importante para o êxito na contratação
- Mitiga possível risco de integridade

3) Definir o papel de cada um – Unidade requisitante e licitante;

- Deixar claro as responsabilidades de cada um de forma a permitir clareza nas atuações de ambos
- Dar maior transparência na atuação dos agentes
- Evidências de atuação devidamente registrados nos autos do processo

CONJUR:

No que se refere à área responsável pela pesquisa de preços é importante que o órgão ou entidade verifique em seus normativos internos de quem é a competência, geralmente, será da área demandante, que delimita o objeto a ser licitado.

Em linhas gerais é importante que conste no processo, em termos documentais, para uma boa pesquisa de preços: **documentos comprobatórios, nota técnica analisando a utilização dos parâmetros, a metodologia, a exequibilidade dos preços e a fundamentação legal.**

Para tanto, a **Instrução Normativa nº 73, de 05 de agosto de 2020**, em seu art. 3º dispõe que:

Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo:

I - Identificação **do agente responsável pela cotação;**

II - Caracterização das fontes consultadas;

III - Série de preços coletados;

IV - Método matemático aplicado para a definição do valor estimado; e

V - Justificativas para a metodologia utilizada, em especial para a desconsideração de valores inexequíveis, inconsistentes e excessivamente elevados, se aplicável.

Para **a justificativa do preço** é fundamental a realização de pesquisa de preços que atenda aos critérios e regras da **Instrução Normativa nº 73, de 05 de agosto de 2020**, do Ministério da Economia. Esta norma estabelece como parâmetros de forma combinada ou não o (1) painel de preços, (2) as aquisições e contratações similares de outros entes públicos, (3) a pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo e (4) a pesquisa com os fornecedores, devendo ser priorizados o painel de preços e as contratações similares de outros entes públicos, demonstrando-se no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência, em especial para a desconsideração de valores inexequíveis, inconsistentes e excessivamente elevados, se aplicável. (art. 3º, inciso V).

Segundo a IN nº 73/2020, poderão ser utilizados como métodos para obtenção do preço estimado para **a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros prescritos, desconsiderados os valores inexequíveis (inconsistentes) e os excessivamente elevados (art. 6º)**. Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo (art. 6º, § 2º).

Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente (art. 6º, § 1º). Em qualquer situação, **os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados (art. 6º, § 3º)**.

Atente-se também para **a data dos orçamentos**, para que não sejam utilizados aqueles com tempo superior ao prescrito na Instrução Normativa: aquisições e contratações similares de outros entes públicos, **firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório**; pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, **desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso**; pesquisa direta com os fornecedores, **mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório. (art. 5º)**. Ou seja, evite-se a utilização de orçamentos antigos e defasados que não sejam aptos a indicar o preço atual no mercado.

Quanto ao número de orçamentos utilizados, embora a IN nº 73/2020 adote como referência o mínimo de três preços (art. 6º, caput e §4º), o ideal é realizar ampla pesquisa, com o maior número possível de orçamentos, conjugando sempre que possível os diversos parâmetros disponíveis e mencionados na Instrução Normativa, para que a pesquisa contemple farto material de averiguação do preço de mercado, notadamente em licitações que envolvam bens e serviços de valor mais elevado, quando a Administração deverá demonstrar maior cautela na formação de seu mapa de preços.

Importante ressaltar que a Instrução Normativa em seu art. 6º, § 1º, deixou aberta a possibilidade para serem utilizados outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente.

Ainda, o § 4º do artigo supramencionado permiti que excepcionalmente, seja admitida a determinação de preço estimado com base em menos de três preços, desde que devidamente justificada nos autos pelo gestor responsável e aprovado pela autoridade competente.

Dessarte, dispositivo interessante trouxe a Instrução Normativa quando dispôs que para a inexigibilidade caso a justificativa de preços aponte para a possibilidade de competição no mercado ela estará vedada.

Também o art. 10 da Instrução Normativa deixou claro que o preço máximo a ser praticado na contratação poderá assumir valor distinto do preço estimado na pesquisa de preços feita na forma da Instrução Normativa.

Por fim, tanto o **PARECER n. 00004/2018/CPLC/PGF/AGU**, quanto o **PARECER n. 00001/2019/DECOR/CGU/AGU** são importantes fontes de manifestações jurídicas relacionadas ao tema.

(ANA PAULA - REPRESENTANTE DA CONJUR)

PERGUNTA 7: Os custos indicados na planilha de formação de preços, encaminhada na apresentação da proposta, no momento da licitação vinculam a contratada, mesmo que não tenham sido provenientes de exigência no Termo de Referência?

A planilha de custo e formação de preços da proposta vencedora, assim considerada a planilha final aceita pela Administração, é vinculativa à execução do contrato, devendo ser observada e cumpridas todas as suas condições durante a execução dos serviços, mesmo no caso de custos não previstos no TR, mas que foram incluídos na proposta de preços aceita pela Administração.

Registre-se que conforme disciplinado pela IN nº 05/2017 - Anexo VIIA, item “ 7.11. É vedado ao órgão ou entidade contratante exercer ingerências na formação de preços privados por meio da proibição de inserção de custos ou exigência de custos mínimos que não estejam diretamente relacionados à exequibilidade dos serviços e materiais ou decorram de encargos legais.”

Neste sentido, é possível que a planilha de custo e formação de preços, apresente custos não previstos no Termo de Referência e, nestes casos, a contratada estará a ela vinculada.

CONJUR

De fato, para conferir segurança às tratativas que antecedem a celebração dos contratos administrativos, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu a regra de que a proposta vincula o proponente.

Assim, o código civil brasileiro, em seu art. 427, estabeleceu que a “proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

Seguindo a mesma linha, a lei geral de licitações busca atribuir efetividade também ao tipo de situação acima disciplinado pelo estatuto civil, ao dispor que os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam (art. 54, § 1º).

Mais, em seu art. 55, estabeleceu como cláusula obrigatória do contrato a que verse sobre a “vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor” (inc. XI).

Para o pregão eletrônico também não é diferente, sendo assim, o art. 19, inciso III, do Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito da administração pública federal, prevê que cabe ao licitante interessado em participar do pregão eletrônico responsabilizar-se formalmente pelas transações efetuadas em seu nome, assumindo como firmes e verdadeiras suas propostas e lances, inclusive os atos praticados diretamente ou por seu representante.

Nesse contexto, é indispensável que a administração pública avalie as circunstâncias do caso concreto, em que o particular venha solicitar a exclusão da sua proposta sob o argumento de erro na formulação do seu lance na fase respectiva do pregão eletrônico, visto que a proposta vincula o proponente.

(ANA PAULA e GUSTAVO)

PERGUNTA 8: Todos os benefícios presentes na CCT da categoria devem estar obrigatoriamente relacionados na planilha de formação de preços? Se a planilha não contemplar algum benefício previsto na CCT, ele deve ser exigido? Se uma nova CCT inovar em algum benefício ao funcionário, a empresa faz jus à repactuação?

Para fins de preenchimento da planilha de custos e formação de preços deve-se observar o disposto nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho. Porém, a Administração não se vincula às suas disposições, devendo se atentar ao esclarecimento trazido no art. 6º da IN 05/2017:

Art. 6º A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

Parágrafo único. É vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública

Caso a planilha de custos e formação de preços, apresentada na fase de seleção do fornecedor não contemple item relacionado à matéria trabalhista (os benefícios mínimos obrigatórios), com base no princípio do formalismo moderado e desde que não onere o valor do lance, deve-se solicitar sua adequação. Não ocorrendo a adequação ou caso a adequação acresça valor à proposta inicial, o licitante deve ser desclassificado.

Com o advento de uma nova CCT, a Contratada terá o direito ao reequilíbrio contratual e, ao tratar da repactuação a IN 05/2017 assim consignou:

Art. 57. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

§ 1º É vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, observado o disposto no art. 6º desta Instrução Normativa. (grifo nosso)

(GUSTAVO)

PERGUNTA 9: Os valores apresentados pela empresa em sua planilha de custo estão vinculados à proposta? Por exemplo, uma empresa usou em sua planilha de custos itens que estavam na convenção coletiva. No ano seguinte nem todos os itens foram contemplados na nova convenção. Continuo cobrando os itens da proposta ou da nova convenção?

A planilha de custos e formação de preços é um elemento da proposta, muitas vezes é a própria proposta, conforme modelo estabelecido em cada procedimento licitatório. Segue abaixo trecho das orientações para elaboração do Edital, constante no ANEXO VII-A da IN 05/2017:

6.2. As disposições para apresentação das propostas deverão prever que estas sejam apresentadas de forma clara e objetiva, estejam em conformidade com o ato convocatório, preferencialmente na forma do modelo previsto Anexo VII-C, e contenham todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, detalhando, quando for o caso:

- a) os preços unitários, o valor mensal e o valor global da proposta;*
- b) os custos decorrentes da execução contratual, mediante o preenchimento do modelo de planilha de custos e formação de preços;*
- c) a indicação dos sindicatos, Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que regem as categorias profissionais que executarão o serviço e as respectivas datas-bases e vigências, com base na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO);*
- d) a produtividade adotada e, se esta for diferente daquela utilizada pela Administração como referência, ou não estiver contida na faixa referencial de produtividade, mas admitida pelo ato convocatório, a respectiva comprovação de exequibilidade;*
- e) a quantidade de pessoal que será alocado na execução contratual;*
- f) a relação dos materiais e equipamentos que serão utilizados na execução dos serviços, indicando o quantitativo e sua especificação; e*
- g) nas licitações tipo “técnica e preço”, os critérios de julgamento para comprovação da capacidade técnica dos licitantes.*

A ocorrência de novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho gerará o direito de reequilíbrio contratual, por meio da repactuação. Nesse momento, mediante solicitação da Contratada, deve-se analisar detalhadamente a nova planilha em consonância ao novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho. Caso um ou mais itens não estarem contemplados, esses devem ser suprimidos na planilha, preservando a justa contrapartida financeira por parte da Administração.

Lembrando que, com a reforma trabalhista, houve a vedação da ultratividade das normas coletivas, assim, ocorrendo o seu vencimento ou alcançando o prazo máximo de 02 anos, os benefícios concedidos pela norma extinta são suprimidos até a edição de nova norma. Sendo que o pagamento sempre estará vinculado às regras pactuadas, devendo haver essa análise quando da repactuação, que poderá resultar, inclusive, em valores a serem ressarcidos pela contratada.

(DÉBORA E REPRESENTANTE DA CONJUR)

PERGUNTA 10: Sempre tenho dúvidas sobre o passo a passo que o processo deve seguir. Seria bom ter um processo modelo com todas as etapas pra seguir.

A SE possui como Projeto Estratégico a Padronização do Metaprocessos de Contratações Públicas no âmbito da Pasta. Esse projeto tem exatamente essa intenção, que é chegar ao passo a passo de um processo de contratação e um processo de fiscalização contratual.

A gente começou com a CAC, que atualmente passa por melhorias, e já colhe excelentes frutos com a melhoria da comunicação entre as unidades licitantes. Depois o estabelecimento de fluxos e cronogramas para todas as unidades, e claro, respeitando as especificidades de cada uma. Depois o estabelecimento de indicadores, como por exemplo o Tempo Médio do Processo Licitatório, o que dará aos Secretários e ao Ministro qual é o tempo que se leva para ter, de fato, uma contratação no âmbito do MJSP.

O projeto também conta com o passo a passo para a fiscalização contratual, por objeto contratado. A ideia é estabelecer fluxos, modelos de documentos, para contratos de TIC, de Serviços com dedicação de mão de obra, sem mão de obra, de aquisições e eventos, e após disponibilizar numa linguagem simplificada no SEI e na intranet, esse é um piloto que será finalizado na unidade licitante da SE e se aprovado será alçado como sugestão para as demais unidades. Outro ponto que está sendo pensado com bastante cuidado é a comunicação disso tudo. Não dá mais para disponibilizar textos imensos de como fiscalizar contratos, como por exemplo Cartilhas de centenas de páginas, copiando a legislação, pois as próprias normas, hoje em dia, vem no formato Cartilha. Estamos pensando em um modelo mais fácil de comunicar.

De parte da Consultoria Jurídica, pontuamos que, no ano de 2019, a estrutura da Consultoria Jurídica passou a contemplar, por sugestão do Dr. Edson Vieira Soares, o atual Coordenador-Geral de Análise Jurídica de Licitação e Contratos, a Coordenação de Estudos, Convênios e Atuação Proativa, CECAP, hoje encabeçada pela Dra. Michelle Marry.

O objetivo principal da CECAP é aproximar a Consultoria dos assessorados, é propiciar o assessoramento jurídico e a construção de soluções prévias ao encaminhamento formal do processo à Conjur. O objetivo disso é não só otimizar o tempo de resposta consultivo, mas também dar mais segurança na fase interna das licitações, convênios, etc. Para tanto, vislumbramos que seria imprescindível que estimulássemos a padronização de procedimentos de nossos assessorados.

Desse trabalho, resultaram dois documentos: O Manual de Padronização e as Orientações Gerais da Conjur/MJSP. No primeiro documento, são estabelecidas diretrizes gerais para auxiliar a área técnica na confecção dos artefatos de planejamento da contratação: documento de formalização, ETP Digital e termo de referência. No segundo, antecipamos algumas recomendações que antes constavam apenas no parecer da jurídica, para indicar quais elementos devem ser observados durante a instrução do processo em temas como a pesquisa de preços, governança, definição de vigência de contratos, parcelamento do objeto e sistema de registro de preços, entre outros.

Seria presunçoso de nossa parte pensar que, com isso, conseguiríamos esclarecer todas as dúvidas de nossos assessorados relativas ao planejamento das contratações. Nada obstante, temos a convicção de que é possível a construção de um bom processo de contratação mediante a observância desses documentos.

EXECUÇÃO DO CONTRATO

(GUSTAVO)

PERGUNTA 11: Quais os itens essenciais a serem descritos para o relatório de fiscalização mensal em um contrato de limpeza e conservação?

Cabe, inicialmente, esclarecer que o serviço de limpeza, em regra, é fiscalizado por uma equipe, conforme o art. 40 da IN 05/2017:

Art. 40. O conjunto de atividades de que trata o artigo anterior compete ao gestor da execução dos contratos, auxiliado pela fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, conforme o caso, de acordo com as seguintes disposições:

I - Gestão da Execução do Contrato: é a coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, bem como dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para formalização dos procedimentos quanto aos aspectos que envolvam a prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros;

II - Fiscalização Técnica: é o acompanhamento com o objetivo de avaliar a execução do objeto nos moldes contratados e, se for o caso, aferir se a quantidade, qualidade, tempo e modo da prestação dos serviços estão compatíveis com os indicadores de níveis mínimos de desempenho estipulados no ato convocatório, para efeito de pagamento conforme o resultado, podendo ser auxiliado pela fiscalização de que trata o inciso V deste artigo;

III - Fiscalização Administrativa: é o acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento;

IV - Fiscalização Setorial: é o acompanhamento da execução do contrato nos aspectos técnicos ou administrativos quando a prestação dos serviços ocorrer concomitantemente em setores distintos ou em unidades desconcentradas de um mesmo órgão ou entidade; e

V - Fiscalização pelo Público Usuário: é o acompanhamento da execução contratual por pesquisa de satisfação junto ao usuário, com o objetivo de aferir os resultados da prestação dos serviços, os recursos materiais e os procedimentos utilizados pela contratada, quando for o caso, ou outro fator determinante para a avaliação dos aspectos qualitativos do objeto.

Observando que a fiscalização pelo Público Usuário se trata de uma ferramenta, para auxiliar o gestor e os fiscais.

Sabendo que diferentes servidores atuam em aspectos distintos da fiscalização, segue abaixo os requisitos para o acompanhamento e fiscalização do contrato, de acordo com a IN 05/2017:

Art. 47. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

I - os resultados alcançados em relação ao contratado, com a verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada;

II - os recursos humanos empregados em função da quantidade e da formação profissional exigidas;

III - a qualidade e quantidade dos recursos materiais utilizados;

IV - a adequação dos serviços prestados à rotina de execução estabelecida;

V - o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato; e

VI - a satisfação do público usuário.

§ 1º Deve ser estabelecido, desde o início da prestação dos serviços, mecanismo de controle da utilização dos materiais empregados nos contratos, para efeito de acompanhamento da execução do objeto bem como para subsidiar a estimativa para as futuras contratações.

§ 2º A conformidade do material a ser utilizado na execução dos serviços deverá ser verificada juntamente com o documento da contratada que contenha a relação detalhada destes, de acordo com o estabelecido no contrato, informando as respectivas quantidades e especificações técnicas, tais como marca, qualidade e forma de uso.

Subseção II

Da Fiscalização Técnica e Administrativa

Art. 48. Na fiscalização técnica e administrativa dos contratos deverá ser observado o disposto no Anexo VIII.

O Anexo VIII, citado no art. 48 transcrito acima, faz o seguinte detalhamento:

ANEXO VIII-A

DA FISCALIZAÇÃO TÉCNICA

1. A fiscalização técnica dos contratos deve avaliar constantemente a execução do objeto e, se for o caso, poderá utilizar o Instrumento de Medição de Resultado (IMR), conforme modelo previsto no Anexo V-B, ou outro instrumento substituto para aferição da qualidade da prestação dos serviços,

devendo haver o redimensionamento no pagamento com base nos indicadores estabelecidos, sempre que a contratada:

- a) não produzir os resultados, deixar de executar, ou não executar com a qualidade mínima exigida as atividades contratadas;
- b) deixar de utilizar materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizá-los com qualidade ou quantidade inferior à demandada.

1.1. A utilização do IMR não impede a aplicação concomitante de outros mecanismos para a avaliação da prestação dos serviços.

2. Durante a execução do objeto, fase do recebimento provisório, o fiscal técnico designado deverá monitorar constantemente o nível de qualidade dos serviços para evitar a sua degeneração, devendo intervir para requerer à contratada a correção das faltas, falhas e irregularidades constatadas.

3. O fiscal técnico do contrato deverá apresentar ao preposto da contratada a avaliação da execução do objeto ou, se for o caso, a avaliação de desempenho e qualidade da prestação dos serviços realizada.

3.1. O preposto deverá apor assinatura no documento, tomando ciência da avaliação realizada.

3.2. A contratada poderá apresentar justificativa para a prestação do serviço com menor nível de conformidade, que poderá ser aceita pelo fiscal técnico, desde que comprovada a excepcionalidade da ocorrência, resultante exclusivamente de fatores imprevisíveis e alheios ao controle do prestador.

3.3. Na hipótese de comportamento contínuo de desconformidade da prestação do serviço em relação à qualidade exigida, bem como quando esta ultrapassar os níveis mínimos toleráveis previstos nos indicadores, além dos fatores redutores, devem ser aplicadas as sanções à contratada de acordo com as regras previstas no ato convocatório.

3.4. É vedada a atribuição à contratada da avaliação de desempenho e qualidade da prestação dos serviços realizada de que trata o item 3.

3.5. O fiscal técnico poderá realizar a avaliação diária, semanal ou mensal, desde que o período escolhido seja suficiente para avaliar ou, se for o caso, aferir o desempenho e qualidade da prestação dos serviços.

4. Para efeito de recebimento provisório, ao final de cada período mensal, o fiscal técnico do contrato deverá apurar o resultado das avaliações da execução do objeto e, se for o caso, a análise do desempenho e qualidade da prestação dos serviços realizados em consonância com os indicadores previstos no ato convocatório, que poderá resultar no redimensionamento de valores a serem pagos à contratada, registrando em relatório a ser encaminhado ao gestor do contrato.

ANEXO VIII-B DA FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

1. A fiscalização administrativa, realizada nos contratos de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, poderá ser efetivada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado.

2. Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais, nas contratações com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada exigir-se-á, dentre outras, as seguintes

comprovações:

2.1. No caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

a) no primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação:

a.1. relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;

a.2. Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; e

a.3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços.

b) entrega até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços ao setor responsável pela fiscalização do contrato dos seguintes documentos, quando não for possível a verificação da regularidade destes no Sistema de Cadastro de Fornecedores (Sicaf):

b.1. Certidão Negativa de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND);

b.2. certidões que comprovem a regularidade perante as Fazendas Estadual, Distrital e Municipal do domicílio ou sede do contratado;

b.3. Certidão de Regularidade do FGTS (CRF); e

b.4. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT).

c) entrega, quando solicitado pela Administração, de quaisquer dos seguintes documentos:

c.1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante;

c.2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante;

c.3. cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários;

c.4. comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale-alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado; e

c.5. comprovantes de realização de eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei ou pelo contrato.

d) entrega de cópia da documentação abaixo relacionada, quando da extinção ou rescisão do contrato, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo definido no contrato:

d.1. termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria;

d.2. guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais;

d.3. extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado;

d.4. exames médicos demissionais dos empregados dispensados.

2.2. No caso de cooperativas:

a) recolhimento da contribuição previdenciária do INSS em relação à parcela de responsabilidade do cooperado;

b) recolhimento da contribuição previdenciária em relação à parcela de responsabilidade da Cooperativa;

c) comprovante de distribuição de sobras e produção;

d) comprovante da aplicação do Fundo Assistência Técnica Educacional e Social (Fates);

e) comprovante da aplicação em Fundo de reserva;

f) comprovação de criação do fundo para pagamento do 13º salário e férias; e

g) eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as sociedades cooperativas.

2.3. No caso de sociedades diversas, tais como as Organizações Sociais Cíveis de Interesse Público (Oscip's) e as Organizações Sociais, será exigida a comprovação de atendimento a eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as respectivas organizações.

3. Sempre que houver admissão de novos empregados pela contratada, os documentos elencados na alínea "a" do subitem 2.1 acima deverão ser apresentados.

4. Os documentos necessários à comprovação do cumprimento das obrigações sociais trabalhistas elencados nos subitens 2.1, 2.2 e 2.3 acima poderão ser apresentados em original ou por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração.

5. A Administração deverá analisar a documentação solicitada na alínea "d" do subitem 2.1 acima no prazo de 30 (trinta) dias após o recebimento dos documentos, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, justificadamente.

6. Em caso de indício de irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias, os fiscais ou gestores de contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra deverão oficiar à Receita Federal do Brasil (RFB).

7. Em caso de indício de irregularidade no recolhimento da contribuição para o FGTS, os fiscais ou gestores de contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra deverão oficiar ao Ministério do Trabalho.

8. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado poderá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções.

8.1. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir.

9. Para efeito de recebimento provisório, ao final de cada período mensal, o fiscal administrativo deverá verificar a efetiva realização dos dispêndios concernentes aos salários e às obrigações trabalhistas, previdenciárias e com o FGTS do mês anterior, dentre outros, emitindo relatório que será encaminhado ao gestor do contrato.

10. Além das disposições acima citadas, a fiscalização administrativa deverá observar, ainda, as seguintes diretrizes:

10.1. Fiscalização inicial (no momento em que a prestação de serviços é iniciada):

a) No momento em que a prestação de serviços é iniciada, deve ser elaborada planilha-resumo de todo o contrato administrativo. Ela conterá informações sobre todos os empregados terceirizados que prestam serviços no órgão ou entidade, divididos por contrato, com os seguintes dados: nome completo, número de inscrição no CPF, função exercida, salário, adicionais, gratificações, benefícios recebidos, sua especificação e quantidade (vale-transporte, auxílio-alimentação), horário de trabalho, férias, licenças, faltas, ocorrências e horas extras trabalhadas.

b) A fiscalização das Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) será feita por amostragem. Todas as anotações contidas na CTPS dos empregados devem ser conferidas, a fim de que se possa verificar se as informações nelas inseridas coincidem com as informações fornecidas pela empresa e pelo empregado. Devem ser observadas, com especial atenção, a data de início do contrato de trabalho, a função exercida, a remuneração (corretamente discriminada em salário-base, adicionais e

gratificações), além de demais eventuais alterações dos contratos de trabalho.

c) O número de terceirizados por função deve coincidir com o previsto no contrato administrativo.

d) O salário não pode ser inferior ao previsto no contrato administrativo e na Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria (CCT).

e) Devem ser consultadas eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas (por exemplo, se os empregados têm direito a auxílio-alimentação gratuito).

f) Deve ser verificada a existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados. Tais condições obrigam a empresa a fornecer determinados Equipamentos de Proteção Individual (EPI).

g) No primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação, devidamente autenticada:

g.1. relação dos empregados, com nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), e indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;

g.2. CTPS dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinadas pela contratada;

g.3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços; e

g.4. declaração de responsabilidade exclusiva da contratada sobre a quitação dos encargos trabalhistas e sociais decorrentes do contrato

10.2. Fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura)

a) Deve ser feita a retenção da contribuição previdenciária no valor de 11% (onze por cento) sobre o valor da fatura e dos impostos incidentes sobre a prestação do serviço.

b) Deve ser consultada a situação da empresa junto ao SICAF.

c) Serão exigidos a Certidão Negativa de Débito (CND) relativa a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União, o Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) e a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), caso esses documentos não estejam regularizados no Sicafe.

d) Exigir, quando couber, comprovação de que a empresa mantém reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, conforme disposto no art. 66-A da Lei nº 8.666, de 1993.

10.3. Fiscalização diária

a) Devem ser evitadas ordens diretas da Administração dirigidas aos terceirizados. As solicitações de serviços devem ser dirigidas ao preposto da empresa. Da mesma forma, eventuais reclamações ou cobranças relacionadas aos empregados terceirizados devem ser dirigidas ao preposto.

b) Toda e qualquer alteração na forma de prestação do serviço, como a negociação de folgas ou a compensação de jornada, deve ser evitada, uma vez que essa conduta é exclusiva do empregador.

c) Conferir por amostragem, diariamente, os empregados terceirizados que estão prestando serviços e em quais funções, e se estão cumprindo a jornada de trabalho.

10.4. Fiscalização procedimental

a) Observar a data-base da categoria prevista na CCT. Os reajustes dos empregados devem ser obrigatoriamente concedidos pela empresa no dia e percentual previstos, devendo ser verificada pelo gestor do contrato a necessidade de se proceder a repactuação do contrato, inclusive quanto à necessidade de solicitação da contratada.

b) Certificar de que a empresa observa a legislação relativa à concessão de férias e licenças aos empregados.

c) Certificar de que a empresa respeita a estabilidade provisória de seus empregados (cipeiro, gestante, e estabilidade acidentária).

10.5. Fiscalização por amostragem

a) A Administração deverá solicitar, por amostragem, aos empregados, que verifiquem se as

contribuições previdenciárias e do FGTS estão ou não sendo recolhidas em seus nomes.

b) A Administração deverá solicitar, por amostragem, aos empregados terceirizados os extratos da conta do FGTS, os quais devem ser entregues à Administração.

c) O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano (sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez em um mesmo empregado), garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle.

d) A contratada deverá entregar, no prazo de 15 (quinze) dias, quando solicitado pela Administração, por amostragem, quaisquer dos seguintes documentos:

d.1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante;

d.2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante;

d.3. cópia dos contracheques assinados dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários; e

d.4. comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale-alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei, Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado.

A equipe de fiscalização seguindo o roteiro da IN 05/2017 estará instruindo o processo de acompanhamento e emitido seus relatórios de forma adequada.

(GUSTAVO)

PERGUNTA 12: A empresa não acata minhas ordens como fiscal de contrato. O que fazer?

O fiscal de contrato é um servidor especialmente designado pela Administração para garantir que o objeto do contrato seja executado conforme os requisitos previamente estabelecidos, e assim preservar o interesse público a ser atendido com a contratação.

Tamanha é a importância do encargo, que a Lei Geral de Licitações e Contratos trata o fiscal, ao prever as hipóteses de rescisão contratual, como autoridade:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

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

Oportunamente, alerta-se que as determinações são as regulares, aquelas que estejam relacionadas aos requisitos e modo de execução e fiscalização estabelecidos no instrumento convocatório. Lembrando dos exemplos de vedações trazidos na IN nº 05/2017:

Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

I - possibilitar ou dar causa a atos de subordinação, vinculação hierárquica, prestação de contas, aplicação de sanção e supervisão direta sobre os empregados da contratada;

II - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação previra notificação direta para a execução das tarefas previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, tais como nos serviços de recepção, apoio administrativo ou ao usuário;

III - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

IV - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado;

V - considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens;

VI- definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior a daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; e

VII - conceder aos trabalhadores da contratada direitos típicos de servidores públicos, tais como recesso, ponto facultativo, dentre outros.

Assim, sendo as determinações regulares e o descumprimento reiterado, o fiscal deve relatar o ocorrido ao seu superior hierárquico, que deverá encaminhar o processo para os tramites de rescisão contratual e, também, para a apuração da infração, podendo, também, resultar nas sanções administrativas previstas no edital.

Para isso, é de extrema importância que o fiscal respeite os meios de comunicação previamente estabelecidos, que devem ser formais e escritos, bem como mantenha o histórico contratual com os fatos relevantes da execução contratual.

AECI - O relacionamento entre o fiscal do contrato e a empresa deve ser baseada sempre em cima das obrigações e deveres contidos no processo de contratação, previstas nas cláusulas contratuais, sempre tomando cuidado com:

- Registro nos autos do processo
- Tudo devidamente formalizado e motivado
- Aplicação das advertências e penalidades previstas

(GUSTAVO E SHIRLEY)

PERGUNTA 13: O que e como deve-se analisar ao máximo todos os documentos trabalhistas, exemplo RET, relatório de GPS e SEFIP? Como podemos evitar fraudes e analisar minuciosamente estes documentos e declarações?

O fiscal administrativo do contrato deve verificar e acompanhar, nos contratos continuados em que configure a contratação de trabalhadores com dedicação de mão-de-obra exclusiva, o cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais em vigor, conforme estabelecido na IN 05/2017.

Mensalmente deverá verificar se a empresa realizou os recolhimentos de FGTS e INSS, verificar o pagamento das guias com autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou comprovante emitido pela internet. Não pode ser considerado válidos o agendamento de pagamento.

Conferir os nomes constantes na SEFIP como os nomes dos funcionários que prestam serviços para o MJ no mês a que se refere a SEFIP.

Exigir a Certidão Negativa de Débito junto ao INSS (CND), a Certidão Conjunta Negativa de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, o Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) e a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT).

Além disso é extremamente importante que o fiscal realize a fiscalização por amostragem solicitando a alguns funcionários os extratos da conta do FGTS e INSS para fins de conferência dos depósitos.

CONJUR

Relacionado ao tema no que toca ao aspecto jurídico é importante que os documentos trabalhistas sejam verificados tendo em vista a responsabilidade subsidiária da União nas contratações de serviços terceirizados.

Dessa forma, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme notícia publicada na página do referido Tribunal que:

Em 08.09.2020, por maioria dos votos, em sede de Reclamação, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) aplicou a jurisprudência da Corte de que a inadimplência de obrigações trabalhistas de empresas prestadoras de serviços não transfere automaticamente a responsabilidade à Administração Pública.

O tema de fundo dessas ações é a responsabilidade subsidiária da União pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresa prestadora de serviços em contratos de terceirização. No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16 e do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, o STF afastou a responsabilização automática da Administração Pública e condicionou sua condenação à existência de prova inequívoca de conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos de terceirização.

Ao seguir a divergência, o ministro Luís Roberto Barroso observou que o Supremo, no RE 760931, reiterou o entendimento firmado na ADC 16, especificando a impossibilidade de transferência automática da responsabilidade. “O que se verificou foi que o padrão de decisões nessas matérias continua a ser o mesmo”, afirmou. Segundo ele, há uma resistência do TST em aplicar o entendimento do STF.

O ministro destacou que, ao negar a transcendência e a subida do processo, “no fundo, o que se faz é impedir que a posição pacificada no Supremo prevaleça nesses casos”. Diante dessa situação, a Primeira Turma tem decidido reiteradamente que somente está autorizada a mitigação da regra de não responsabilização, contida no artigo 71, parágrafo 1º, da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), se for demonstrado que a administração pública teve ciência do reiterado descumprimento de deveres trabalhistas relativamente ao contrato de terceirização e, apesar disso, permaneceu inerte. Os ministros Luiz Fux e Marco Aurélio votaram no mesmo sentido.

Além disso, o Tribunal Superior do Trabalho por meio da Súmula 331 entende que:

Súmula nº 331 do TST

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

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

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Dessa maneira, cabe ao contratante evitar a **culpa in eligendo** (culpa por ter escolhido a pessoa/empresa errada) e a **culpa in vigilando** (culpa em vigiar a execução de que outra pessoa/empresa ficou encarregada), o que pode ser feito por meio dos documentos exigidos pela contratante ao contratado.

(GUSTAVO E SHIRLEY)

PERGUNTA 14: O fiscal administrativo e o gestor do contrato devem controlar ao mesmo tempo os pagamentos e saldos contratuais? Qual sistema pode ser utilizado para verificar o saldo financeiro existente em cada contratação?

Shirley – A fiscalização deverá acompanhar periodicamente a execução do contrato e os saldos existentes. O saldo contratual consiste no acompanhamento da execução do quantitativo e do valor estabelecido no contrato para a sua vigência, podendo estar contido em um ou mais exercícios financeiros. Já o saldo orçamentário consiste no acompanhamento dos valores empenhados, estabelecidos pela fiscalização/gestão, para execução do contrato durante o exercício corrente, podendo ser composto de valores fixos mensais ou valores variáveis, conforme definição da execução do objeto contratado.

O fiscal pode a qualquer tempo ter acesso aos empenhos realizados para cobertura do contrato de sua responsabilidade, seja por acesso ao sistema SIAFI, seja via solicitação de informações ao setor responsável pela realização dos empenhos.

Todo fiscal pode, a qualquer tempo, solicitar acesso de CONSULTA ao SIAFI, que deverá ser autorizado pelo Ordenador de Despesas da Unidade. Cumpre destacar que como qualquer sistema o SIAFI exige um mínimo de conhecimento técnico. A Administração possui diversos cursos on line ou presenciais para conhecimento dos sistemas governamentais.

No âmbito da Secretaria Executiva, a unidade orçamentária da CGL – COEFIN fornece periodicamente relatórios sintéticos da execução dos contratos por ela administrados para auxiliar os fiscais no acompanhamento.

Sobre quem deve acompanhar, a IN nº 05/2017, da SEGES/ME, e a IN 01/2019, da SGD/ME, trazem a necessidade de designar uma equipe de fiscalização, composta por um Gestor de Execução e por fiscais, não havendo nelas especificação de quem é o responsável por controlar o pagamento e os saldos contratuais.

Porém, as duas Instruções Normativas dão o Gestor de Execução o papel gerencial, sendo ele o responsável final de instrução e encaminhamento processual, podendo ser considerado dele essa responsabilidade.

Contudo, cada órgão possui suas especificidades e interpretações. Assim, sugerimos que a divisão dessas atividades, caso consideradas obscuras de competência, sejam pactuadas internamente, evitando o retrabalho.

(REPRESENTANTE DA CONJUR)

PERGUNTA 15: Passamos por uma situação em que o contrato previa que o pagamento só seria realizado após a conclusão de todo o previsto no contrato, que no caso seria a entrega de um equipamento, instalação e treinamento. A empresa entregou o equipamento (dentro do prazo), porém devido a pandemia não conseguiu efetuar a instalação e treinamento (os estados não quiseram receber a empresa). Foi emitida uma única nota fiscal para o equipamento e serviço. A empresa nos encaminhou um ofício solicitando pagamento. Nesse caso mandamos para a conjur solicitando pagamento parcial, descontando 20% do valor do contrato (porém o contrato previa multa de 10% em caso de não cumprimento contratual). Agimos certo? não quisemos efetuar todo o pagto com medo de a empresa não concluir o serviço após a pandemia e reter 10% seria um valor muito pequeno. Foi uma situação totalmente nova. Se, porventura, a empresa não concluir o serviço? qual seria a penalidade?

É um pouco difícil responder a uma questão tão específica sem acesso a documentos essenciais à compreensão do caso, como a matriz de risco, as cláusulas contratuais, as manifestações da empresa e da área técnica. A pergunta, portanto, será respondida em abstrato.

A princípio, a retenção de valores, com o escopo de evitar prejuízos aos cofres públicos tem respaldo no **poder geral de cautela da Administração**, previsto no artigo 45 da Lei nº 9.784, 29 de janeiro de

1999, a lei geral de processo administrativo federal. Por ele, é possível que a Administração, em caso de risco iminente, adote providências acauteladoras para evitá-lo. Há **decisões** do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que **amparam essa prerrogativa de a Administração**.

É preciso, no entanto, estar atento à razoabilidade da medida. A quantia retida deve guardar correspondência com o valor estimado do prejuízo, pois as medidas acautelatórias não devem ser mais extensas do que o dano que pretendem evitar. Então, à luz desse raciocínio, no caso, cabe avaliar se 20% do pagamento é uma quantia proporcional e adequada para resguardar a Administração.

Situações que demandam **acesso a documentos como a matriz de risco, as cláusulas contratuais, as manifestações da empresa e da área técnica, etc são complicadas responder em tese**.

Por outro lado, sobre a inexecução do contrato ela está prevista no art. 77 da Lei de licitações 8.666/1993:

Art. 77 - A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

- 1) a inexecução pode ser parcial ou total;
- 2) na inexecução parcial uma das partes, ou a administração pública, por exemplo, não observa um prazo estabelecido numa certa cláusula;
- 3) no caso da inexecução total o contratado não executa o objeto do contrato.

As sanções variam desde as multas, a revisão ou a rescisão do contrato.

A inexecução do contrato pode resultar de um ato ou omissão do contratado, agindo a parte com negligência, imprudência e imperícia, ou seja, uma inadimplência contratual com culpa do agente contratado.

Podem ter ocorrido causas justificadoras, ou seja, sem que o contratante dessa causa ao descumprimento das cláusulas contratuais, agindo assim sem culpa, podendo ele se libertar de qualquer responsabilidade assumida, pois o comportamento é alheio à sua vontade.

Não é difícil imaginar que fatores como a restrição de circulação de pessoas; escassez da oferta e da demanda por produtos e serviços não-essenciais; falta de insumos/matérias-primas e a desvalorização da moeda podem representar, muitas vezes, a inviabilização total ou parcial da execução de uma determinada prestação contratual e a pandemia pode estar inserida como um desses acontecimentos. No âmbito administrativo também é plenamente aplicável o instituto da onerosidade excessiva, que, fundamentado na teoria da imprevisão, garante a revisão das cláusulas contratuais quando eventos extraordinários e imprevisíveis desequilibram profundamente o negócio jurídico.

Em um contexto de pandemia é manifestamente **descabido se cogitar, por exemplo, da aplicação de penalidades, legais ou contratuais, decorrentes da inexecução não-culposa do contrato** (Lei 8.666/1993, arts. 86 e ss.; Lei 8.987/1995, arts. 38 e ss.).

Na seara do Direito Administrativo, o legislador dispôs de diversos remédios que precedem à solução extrema da extinção do vínculo contratual, tais como: 1) prorrogação dos prazos para execução, conclusão e entrega de prestação no contexto de contratos de duração (Lei 8.666/1993, art. 57, §1º, II); 2) alteração dos encargos do particular e respectiva contraprestação da administração, sempre visando ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Lei 8.666/1993, art. 65, II, “d”; Lei 8.987/1995, arts. 9º, §§2º e 4º, art. 10 e 11); e 3) suspensão/paralisação da execução do contrato (Lei 8.666/1993, art. 78, XIV; Lei 8.987/1995, art. 38, §1º, III).

Buscar a manutenção e o equilíbrio nas relações contratuais sempre é o mais indicado.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) outorgou maior flexibilidade na construção de possíveis soluções, ainda que não previstas taxativamente na lei, mas compatíveis com ela a partir da interpretação normativa, como, por exemplo, a necessidade de que a “decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”, considere “as

circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (LINDB, art. 22, §1º).

Do mesmo modo, a previsão de que a “revisão nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época (...)”; valendo para isso, inclusive, “(...) as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público” (LINDB, art. 24).

É importante considerar em um contexto de pandemia o tempo, pois a demora para encontrar uma solução pode, muitas vezes, causar prejuízos incalculáveis a qualquer das partes contratantes, por isso a adoção de mecanismos eficientes de gerenciamento de crises contratuais por parte da administração é fundamental, bem como a possibilidade de se valer de seu poder discricionário para adotar outras alternativas à parte daquelas oferecidas expressamente pelo legislador.

Nesse diapasão, a implementação de soluções criativas sem que violem o ordenamento jurídico são bem vindas e devem ser consideradas para dar continuidade aos contratos administrativos, que ainda sejam viáveis economicamente, não deixando de levar em consideração, claro, a equação econômico-financeira, o que pode resultar na necessidade de diálogo entre a administração pública e o contratado para que os efeitos da crise sejam reduzidos para ambas as partes.

(REPRESENTANTE DA AECI)

PERGUNTA 16: Como implementar a gestão de riscos de integridade nos contratos e garantir que a empresa não vai agir de forma corrupta?

AECI -

- Construção e Implementação do Programa de Integridade
- Questão Cultural
- Participação e envolvimento de todos
- Agentes integridades (Controle, Ouvidoria, Corregedoria, Comissão Ética, Pessoal, Planejamento Estratégico, Setor Administrativo)
- Campanha e Divulgação
- Normativo (**PORTARIA Nº 513, DE 15 DE SETEMBRO DE 2020: Dispõe sobre a implantação de Programa de Integridade em empresas contratadas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública**)
- Conscientização dos valores e importância das questões de integridade

LIQUIDAÇÃO E PAGAMENTO DAS CONTRATAÇÕES

(SHIRLEY)

PERGUNTA 17: Pediram para eu controlar os empenhos do Contrato. Isso não é obrigação do Ordenador de Despesas?

O Art. 80, § 1º do Decreto-Lei nº 200/67 define o Ordenador de Despesas como toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

O Art. 39 do Decreto nº 93.872/86 diz que: Responderão pelos prejuízos que acarretarem à Fazenda Nacional, o ordenador de despesas e o agente responsável pelo recebimento e verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos.

Considerando que o gestor/fiscal de contrato tem a obrigação de acompanhar a execução do contrato tanto do objeto como dos valores a serem dispendidos é responsabilidade conjunta do ordenador e do gestor/fiscal o acompanhamento dos empenhos do contrato.

No caso específico da UG 200005 - CGL, a ordenação de despesas é realizada pela CGL, porém as contratações são demandadas por outras unidades, DTIC, CGDS e CGAE. Assim, apesar da ordenação acompanhar a execução dos contratos, devido as especificidades dos objetos contratados, o conhecimento sobre os valores necessários para execução dos contratos é da gestão/fiscalização do contrato. Somente a fiscalização conseguirá mensurar, em contratos executados por demanda, por exemplo, os valores orçamentários necessários para execução do contrato durante sua vigência.

(SHIRLEY E GUSTAVO)

PERGUNTA 18: Como obter informações sobre Restos a Pagar? Entrei de fiscal técnico de um Contrato já em andamento desde 2017, e é muito difícil ter que responder sobre períodos passados sobre sobras de empenhos de outros requisitantes.

Restos a pagar são as despesas orçamentárias empenhadas pela Administração Pública na vigência do exercício financeiro corrente e que não foram pagas até 31 de dezembro deste mesmo exercício.

No âmbito da Secretaria Executiva, no momento da formalização do contrato é fornecido pelo setor de contratos um Acompanhamento Contratual no qual a fiscalização deverá realizar o registro do histórico de execução do contrato, incluindo os dados orçamentários como valores empenhados, executados, e cancelados durante toda a vigência do contrato.

Ao substituir um fiscal de contrato todos os dados de execução do contrato deverão ser repassados a nova fiscalização incluindo o histórico realizado no acompanhamento do contrato de forma que possibilite o novo fiscal a entender os fatos e continuar o acompanhamento da execução e tomada de decisão em relação ao contrato. Essa atribuição se encontra expressa na IN nº 05/2017:

Art. 42. (...)

§3º O gestor ou fiscais e seus substitutos deverão elaborar relatório registrando as ocorrências sobre a prestação dos serviços referentes ao período de sua atuação quando do seu desligamento ou afastamento definitivo.

(SHIRLEY E GUSTAVO)

PERGUNTA 19: Liquidação e pagamento após a vigência do contrato caracteriza irregularidade?

A liquidação e pagamento são obrigações acessórias e podem ocorrer fora da vigência contratual sem que isso se caracterize como uma irregularidade desde que o objeto contratado tenha sido executado dentro da vigência do contrato. Em contratos de prestação de serviço é comum ter parcela (s) a vencer mesmo após o fim da vigência. Caso essas parcelas ultrapassem o exercício financeiro, elas podem ser liquidadas e pagas com orçamento inscritos em restos a pagar, desde que comprovado a efetiva execução no exercício anterior.

“Abstenha-se de estabelecer prazos de vigência e execução distintos quando da celebração de contratos, uma vez que, desde que os serviços tenham sido prestados dentro do prazo de vigência do contrato, a administração poderá atestar e realizar o pagamento da última parcela após o término da vigência”. TCU. Acórdão 4614/2008. Segunda Câmara.

Lembrando que o Decreto nº 9.428, de 28 de junho de 2018, alterou o em parte o Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, para dispor sobre despesas inscritas em Restos a Pagar não Processados – RPNP. Assim, os restos a pagar não processados passaram a ser bloqueados em junho do segundo ano subsequente ao de sua inscrição e cancelados automaticamente em 31 de dezembro do mesmo ano.

Com isso, caso existam pagamentos a serem realizados com empenhos de restos a pagar os mesmos deverão ser realizados antes do prazo estabelecido pelo Decreto, pois caso os empenhos a serem liquidados e pagos forem cancelados, esse pagamento deverá ser realizado com orçamento vigente, o que onera o orçamento e pode ser passível de apuração de responsabilidade para os agentes que deram causa ao pagamento tardio.

O empenho e execução de um contrato fora da vigência contratual caracteriza uma irregularidade grave, passível de responsabilização do ordenador, gestor do contrato ou qualquer outro agente que poderiam ter evitado a irregularidade como por exemplo efetivando a prorrogação de vigência do contrato.

(GUSTAVO)

PERGUNTA 20: Como fazer a cobrança de adicional de insalubridade para a empresa referente aos funcionários da equipe de limpeza que possuem o direito ao adicional, mas ainda não estão recebendo. No caso são funcionários recém contratados ou aqueles que estão substituindo os efetivos em férias?

Alertamos que o não pagamento do adicional, se previsão na planilha de custo e formação de preços, é uma infração contratual, cuja Administração possui responsabilidade subsidiária.

Dessa forma, o acompanhamento do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias é de competência do fiscal administrativo, devendo, em caso de verificado o inadimplemento, registrar e informar ao gestor de execução do contrato, devendo encaminhar notificação à empresa contratada, visando a regularização, e ao setor competente para a apuração e possível sanção. Podendo, inclusive, em caso de reiteração, a Administração rescindir a avença.

(GUSTAVO e verificação da CONJUR)

PERGUNTA A SER RESPONDIDA VIA E-MAIL: O leiloeiro que tem contrato com a SENAD pode publicar edital com 2 datas de leilão, sendo que a última data é para itens remanescentes? Exemplo: publicou edital com 20 itens para serem leiloados nos dias 31/07 e 31/08. Caso não sejam alienados 3 itens, pode-se aproveitar a data de 31/08 para alienar esses 3 itens? É necessário publicar um outro edital? (Gustavo por e-mail)

O Edital é o instrumento convocatório para possíveis interessados contratar com a Administração, deve conter todos os requisitos necessários para a seleção da proposta mais vantajosa. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 40, escrevendo sobre o conteúdo obrigatório do artefato, defini:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

Sabendo que o leiloeiro, no exercício do contrato, se transfigura como agente público, tendo sido terceirizado a ele a atribuição de venda dos bens, fica claro que sua atuação e os documentos por ele confeccionados, em nome da Administração, deve seguir minimamente as diretrizes legais.

Nessa linha, tendo no Edital todo o regramento para assegurar a transparência e a isonomia no procedimento, havendo ampla divulgação do remanescente da primeira sessão, não encontramos óbice.