

OUTUBRO/2021 - 1º DECÊNIO - Nº 1122 - ANO 31**BEAP - BOLETIM ETÉCNICO DE ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA****ADMINISTRAÇÃO/CONTABILIDADE****ÍNDICE**

ESTUDOS COMPARATIVOS DAS LEIS DE LICITAÇÃO - Nº 06 - (LEI Nº 14.133/2021 X LEI Nº 8.666/1993) - MÁRIO LÚCIO DOS REIS ----- [REF.: CO9743](#)

A EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS DE TODOS OS LICITANTES PODE IMPOR ÔNUS EXCESSIVO, ENCARECER O CUSTO DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO E DESESTIMULAR A PRESENÇA DE POTENCIAIS INTERESSADOS --- -- [REF.: CO9744](#)

É ADMISSÍVEL A SUBCONCESSÃO, COMUM OU PATROCINADA, DE SERVIÇOS PÚBLICOS - SEJA POR CONCESSIONÁRIA PERTENCENTE OU NÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA -, DESDE QUE CELEBRADO EM CARÁTER PARCIAL, NA MESMA MODALIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO INICIAL E COM OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 26 DA LEI Nº 8.987/95 E DEMAIS DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ----- [REF.: CO9745](#)

NÃO É POSSÍVEL A EXECUÇÃO INDIRETA, POR PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA, DE SERVIÇOS INERENTES À CATEGORIA FUNCIONAL ABRANGIDA PELO PLANO DE CARGOS DA AUTARQUIA, QUANDO NÃO SE TRATE DE CARGOS EXTINTOS OU NÃO HAJA PREVISÃO LEGAL CONTRÁRIA, MESMO QUE EXISTAM POSTOS VAGOS ----- [REF.: CO9746](#)

LAUDO TÉCNICO DE CONSULTORIA - TRIBUTAÇÃO - NOTA FISCAL DE SERVIÇOS ELETRÔNICA - NFS-E - NÃO IDENTIFICAÇÃO DO TOMADOR - VIABILIDADE ----- [REF.: CO9747](#)

#CO9743#

[VOLTAR](#)**ESTUDOS COMPARATIVOS DAS LEIS DE LICITAÇÃO - Nº 06 - (LEI Nº 14.133/2021 X LEI Nº 8.666/1993)****MÁRIO LÚCIO DOS REIS*****INTRODUÇÃO**

Nossa pretensão no presente trabalho é desenvolver uma série de artigos técnicos de estudos comparativos dos dispositivos da nova lei de licitações (14.133/2021), enfatizando suas principais abordagens em comparação com os procedimentos até então adotados, oriundos da antiga lei nº 8.666/93, sabendo-se que as duas leis conviverão pelos próximos dois anos, podendo a autoridade optar, no edital, pela aplicação de uma das duas leis.

ESTUDO 06 - ARTIGOS 24 E 25

O art.24 dispõe que o edital poderá considerar como de caráter sigiloso o valor do orçamento estimado do objeto, desde que sejam anexadas as planilhas detalhadas com as quantidades e especificações de todos os materiais e serviços a serem contratados. O sigilo só não prevalece para os órgãos de controle interno e de fiscalização ou quando o critério de julgamento for o de maior desconto, no qual se faz obrigatória a citação da tabela ou do preço máximo aceitável.

Do disposto no art. 25 se depreende uma maior valorização do edital como principal documento do processo, exigindo que dele conste expressamente o objeto e as regras da convocação, do julgamento, da habilitação, recursos, penalidades, fiscalização, entrega do objeto e das condições do pagamento. Neste contexto entendemos que a simples menção de que o processo será regido pelos dispositivos da lei nº 14.133/2021, poderá não ser aceito para os fins judiciais ou ter sua validade questionada.

No § 1º a lei incentiva a adoção de modelo padronizado do edital, sempre que possível, procedimento que de fato oferece celeridade ao processo, cabendo apenas nosso alerta quanto a importância de uma acurada releitura de cada minuta, sabendo-se que cada processo é autônomo e independente em relação aos demais.

Na sequência o art. 25 autoriza que o edital poderá prever a utilização, pelo contratado, dos materiais e serviços existentes no local da obra, assim como a obtenção da licença ambiental e realização das desapropriações aprovadas, desde que sem prejuízo da competitividade e da eficiência do processo.

Destaca-se o importante dispositivo do § 6º, art. 25, que torna prioritária a tramitação dos processos de licenças ambientais junto aos órgãos do SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente, que até o momento tem sido um entrave no desenvolvimento dos municípios, com processos paralisados que não concedem nem negam as licenças ambientais nos prazos esperados, agora passíveis até de ações judiciais com base na citada determinação de prioridade.

Por fim, a lei autoriza a atualização monetária anual dos valores contratados, aos índices oficiais, nos moldes da lei anterior, bem como a repactuação dos contratos de cessão de mão de obra ou de serviços contínuos mediante demonstração analítica da variação dos custos. E em arremate de sua vocação socializante, a lei autoriza incluir no edital/contrato a exigência de percentual mínimo de mão de obra de vítimas de violência doméstica e de egressos do sistema prisional.

LEI Nº 14.133/2021 - ARTIGOS 24 E 25

Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:

- I - o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo;
- II - (VETADO).

Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e as condições de pagamento.

§ 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.

§ 2º Desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra.

§ 3º Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

§ 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela:

I - obtenção do licenciamento ambiental;

II - realização da desapropriação autorizada pelo poder público.

§ 6º Os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos desta Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.

§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por:

I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:

I - mulheres vítimas de violência doméstica;

II - oriundos ou egressos do sistema prisional.

CONCLUSÃO

Com o exposto oferecemos aos nossos prezados assinantes do BEAP uma síntese dos nossos comentários à nova lei de licitações, que terão continuidade nas próximas edições, objetivando o maior conhecimento e aplicação prática da nova lei por parte dos interessados, estudiosos ou agentes da importante atividade de licitações, contratos e compras.

*Contador, Auditor, Economista, Administrador, Professor Universitário, Consultor BEAP, Auditor Gerente da Reis & Reis Auditores Associados.

BOCO9743---WIN/INTER

#CO9744#

[VOLTAR](#)

A EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS DE TODOS OS LICITANTES PODE IMPOR ÔNUS EXCESSIVO, ENCARECER O CUSTO DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO E DESESTIMULAR A PRESENÇA DE POTENCIAIS INTERESSADOS

Cuidam os autos de Representação formulada por vereador em face de pregão presencial promovido por prefeitura municipal, para "contratação de empresa para o fornecimento de kit escolar, para os alunos do ensino infantil e fundamental I e II". O representante apontou, em síntese, que a Administração Municipal não realizou pesquisa de mercado; que o valor de vários itens contratados apresentava sobrepreço e, por conseguinte, superfaturamento; alegou que a responsável pela condução do certame, mesmo diante de amparo legal, não negociou os valores ofertados pela licitante vencedora. Além disso, insurgiu-se contra a previsão editalícia que exigiu a apresentação de amostras de todas as licitantes.

O relator, conselheiro Gilberto Diniz, passou à análise individualizada das irregularidades lançadas nos autos, inicialmente tratando da exigência de apresentação de amostras de todas as licitantes. Destacou que, segundo relatório da Unidade Técnica, a exigência de amostras deve ser imposta apenas ao licitante

provisoriamente colocado em primeiro lugar, de modo que, caso rejeitada, a exigência seria feita ao segundo colocado e assim por diante, razão pela qual concluiu pela ilegalidade de tal exigência na fase de habilitação. Pontuou que a jurisprudência consolidada do TCU admite a exigência de apresentação de amostras apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório, conforme consignado nas seguintes decisões: Acórdãos **1.291/2011-Plenário**, **2.780/2011-2ª Câmara**, **4.278/2009- 1ª Câmara**, **1.332/2007-Plenário**, **3.130/2007-1ª Câmara** e **3.395/2007-1ª Câmara**. Ressaltou que o posicionamento deste Tribunal é nesse mesmo sentido, a exemplo da Denúncia nº **1012265**, de sua própria relatoria.

Constatou que a Administração Municipal exigiu do licitante, em item editalício referente à apresentação de propostas, de modo genérico – e não somente daquele que viesse a ser provisoriamente classificado em primeiro lugar -, a apresentação de amostras, o que poderia induzir a interpretação de que todos os interessados tivessem que apresentá-las na própria sessão pública do certame. Para o relator, essa exigência pode impor ônus excessivo, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados, sendo necessário, contudo, examinar as particularidades do caso concreto, uma vez que não consta, na ata da sessão pública do pregão, informação de que este item do edital tenha motivado a exclusão de participantes do certame. Afirmou que, depois de declarado o resultado, consta na referida ata: “Após declaradas vencedoras, as empresas deixarão as amostras solicitadas no item 5.4.4 do edital, no qual será feita a análise das mesmas”, levando a crer que as amostras somente foram efetivamente solicitadas das vencedoras. Diante disso, a despeito de considerar irregular a exigência questionada pelo representante, entendeu não ser o caso de apenar os agentes públicos responsáveis, em virtude de não ter verificado que, na prática, as amostras tenham sido exigidas das vencedoras do certame, e recomendou aos responsáveis que, nos futuros procedimentos licitatórios, fossem revistos os critérios fixados no edital de apresentação e avaliação das amostras.

Sobre a contratação do objeto por valor superior ao de mercado e a ausência de pesquisa de preços, verificou, conforme destacado pela Unidade Técnica, que a documentação acostada aos autos comprovava que houve pesquisa de preços antes do início do processo licitatório, tendo sido elaborado orçamento para a contratação, de modo que concluiu pela improcedência do apontamento. Levando-se em consideração informações disponíveis no sistema Banco de Preços deste Tribunal, concluiu inicialmente a Unidade Técnica haver indícios de superfaturamento de preços no processo licitatório. Após apresentação das defesas, em sede de reexame, aduziu que, de fato, como afirmaram os defendentes, os produtos foram adjudicados a preços inferiores ao preço médio de mercado, apurado com base na cotação de preços com quatro empresas.

Nesse sentido, asseverou que a cotação de preços constitui etapa inicial, essencial e indispensável do processo de licitação, que deve ser precedido de ampla pesquisa de mercado, nos termos do inciso V do art. 15 conjugado com o inciso II do § 2º do art. 40 **Lei nº 8.666/93**, e, no caso específico das licitações na modalidade pregão, o inciso III do artigo 3º da **Lei nº 10.520/02** determina que, na fase preparatória do certame, deverão constar “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”. In casu, para o relator, não há de se falar em ausência de pesquisa de preços, uma vez que constam, da fase interna do processo licitatório, orçamentos oferecidos por quatro empresas, com base nos quais a Administração confeccionou o mapa de cotações e elaborou planilha estimada de custo e, conforme se depreende da ata, os valores que foram oferecidos pelos vencedores do certame eram condizentes com os preços médios orçados e, além disso, a maior parte dos itens foi adjudicada por valores inferiores à média orçada na pesquisa de preços.

A respeito da manifestação inicial da Unidade Técnica, indicando a existência de suposto superfaturamento, ponderou que esta levou em consideração informações disponíveis no Banco de Preços deste Tribunal, para todo o Estado de Minas Gerais, que, no seu entendimento, é ferramenta importante e constitui parâmetro relevante para se identificar preços de produtos, mas não substitui - e nem poderia substituir - o procedimento de cotação de preços realizado pela Administração Pública na fase preparatória do certame, que, como já havia expresso, constitui etapa inicial, essencial e indispensável do processo de licitação. Assim, com base nos elementos dos autos e no limite das análises empreendidas pela Unidade Técnica, entendeu não haver comprovação de superfaturamento e, conseqüentemente, não vislumbrou ocorrência de danos ao erário, razão pela qual não impôs aos responsáveis o dever de ressarcimento.

Diante do exposto na fundamentação, julgou parcialmente procedentes os apontamentos lançados na representação, por considerar irregular a exigência de apresentação de amostras por parte de todos os licitantes, sem, contudo, fixar responsabilidade e, por conseguinte, sancionar os responsáveis pelo certame, recomendando aos responsáveis que, nos futuros procedimentos licitatórios, fossem revistos os critérios fixados

no edital de apresentação e avaliação das amostras. O voto do relator foi aprovado por unanimidade pelo colegiado da 2ª Câmara. (Representação nº **1066508**, Rel. Cons. Gilberto Diniz, 24.09.2020). Vídeo da sessão de julgamento: **TVTCE 48m34s**.

BOCO9744---WIN/INTER

#CO9745#

[VOLTAR](#)

É ADMISSÍVEL A SUBCONCESSÃO, COMUM OU PATROCINADA, DE SERVIÇOS PÚBLICOS - SEJA POR CONCESSIONÁRIA PERTENCENTE OU NÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA -, DESDE QUE CELEBRADO EM CARÁTER PARCIAL, NA MESMA MODALIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO INICIAL E COM OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 26 DA LEI Nº 8.987/95 E DEMAIS DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS

Cuidam os autos de Consulta formulada por prefeito municipal, nos seguintes termos: "Uma empresa concessionária de serviço público contratada por dispensa de licitação pode realizar uma PPP - Parceria Público Privado (sic) com outra empresa para permitir a terceirização da totalidade do objeto contratado ou parte dele".

O relator, conselheiro Cláudio Couto Terrão, respondeu ao questionamento da seguinte maneira: a) Não é possível a circunstância trazida pelo Consulente, isto é, delegação realizada por "concessionária de serviço público contratada por dispensa de licitação", diante do art. 175 da **Constituição da República**. b) Somente é possível falar em delegação de serviços públicos por concessionária se esta for entidade da Administração Indireta da entidade federativa em cuja competência se encontra o serviço público e, ainda assim, na hipótese restrita de concessão especial (PPP), diante do parágrafo único do art. 1º da **Lei nº 11.079/04**. Essa delegação dependerá, também, da existência de lei que atribua à concessionária competências inerentes à figura do poder concedente e do atendimento a todas as demais exigências da **Lei nº 11.079/04**. c) Por fim, não há como uma concessionária delegar a prestação de serviços públicos por meio de concessão comum porque o inciso I do art. 2º da **Lei nº 8.987/95** restringe o conceito de poder concedente aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Em seguida, foi concedida vista ao conselheiro José Alves Viana, que, por sua vez, proferiu o seguinte parecer, *in verbis*: "a) Em face do exposto, abro divergência, primeiramente, por entender pela possibilidade de delegação de serviços públicos por concessionária, não somente se esta for entidade da Administração Indireta da entidade federativa em cuja competência se encontra o serviço público, mas no caso também de entidade federativa diversa. b) Em segundo plano, por entender pela possibilidade de delegação realizada por concessionária de serviço público contratada por dispensa de licitação, em hipóteses da **Lei nº 8.666/93**, quando compatíveis com o próprio instituto da concessão. c) Por fim, entendo pela possibilidade de uma concessionária delegar a prestação de serviços públicos por meio de concessão comum, pelo que dispõe o art. 26 da **Lei nº 8.987/95**."

Após a leitura do voto, o conselheiro José Alves Viana fez o seguinte adendo, em relação à extensão do objeto da subconcessão: "d) A subconcessão total do objeto, portanto, não condiz com o próprio art. 26, § 2º, ao determinar que o subconcessionário sub-rogar-se-á nos direitos e obrigações do subconcedente dentre dos limites da subconcessão. e) Dessa forma, como já disse anteriormente, em sendo a PPP uma concessão especial, julgo que tal entendimento deve ser a ela também aplicado. f) Por todo exposto, entendo somente possível a delegação de serviço por concessionária de parte do objeto da concessão."

Após, o conselheiro em substituição Hamilton Coelho pediu vista, e respondeu à Consulta do seguinte modo, *in verbis*: "a) Conforme assinalado no voto do relator, em face do disposto no art. 175 da Constituição da República, no inciso II do art. 2º da **Lei nº 8.987/95**, e na **Lei nº 9.074/95**, a concessão de serviço público deve ser necessariamente precedida de licitação, ressalvando-se, contudo, a hipótese de inexigibilidade de licitação, quando é impossível a competição. Ilícita, assim, a contratação de concessionária por dispensa de licitação, ainda que se trate de entidade integrante da Administração Pública; b) Patente a impossibilidade, destacada tanto no voto do relator quanto do Conselheiro José Alves Viana, de concessionária empresa privada celebrar PPP, em razão da ausência de participação de parceiro público; c) É lícito, conforme frisado nos votos dos Conselheiros Cláudio Couto Terrão e José Alves Viana, que concessionárias integrantes da Administração Indireta vinculadas ao ente em cuja competência se encontra o serviço público celebrem PPP, nos termos da **Lei nº 11.079/04**; d) Considerando o disposto no art. 26 da **Lei nº 8.987/95**, no qual se admite a subconcessão e não se estabelece distinção quanto à forma de constituição da concessionária, é admissível - conforme demonstrado no voto do Conselheiro José Alves Viana - a subconcessão comum, nos termos do contrato de concessão, desde que haja autorização do poder concedente e licitação prévia, independentemente de a

concessionária ser empresa privada ou entidade da Administração Indireta, de qualquer esfera; e) Por idênticas razões, lícita a subconcessão via PPP por concessionárias que constituem entidades desvinculadas do ente em cuja competência se insere o serviço público prestado, pois, no parágrafo único do art. 1º da Lei de PPP, previu-se a aplicação desse regramento legal às entidades da Administração Indireta, conclusão delineada no voto do Conselheiro José Alves Viana; e f) Por fim, a subconcessão, prevista no art. 26 da **Lei nº 8.987/95**, deve obrigatoriamente ser parcial, vez que a subconcessão integral implicaria a descaracterização da própria relação inicial, configurando-se nova concessão, ressalva também consignada pelo Conselheiro José Alves Viana.”

Pediu vista, em seguida, o Conselheiro Wanderley Ávila. Votou não ser possível, via de regra, que uma empresa concessionária de serviço público, contratada por dispensa de licitação, transfira o objeto contratado (parcial ou totalmente) a outra empresa via parceria público-privada. Adiante, esclareceu que - em reforço e adaptação ao primeiro item dos requisitos trazidos pelos Conselheiros Cláudio Couto Terrão e Hamilton Coelho - a regra geral supramencionada, segundo a qual deve ser realizada a licitação e evitada terceirização, pode ser excepcionada nas seguintes hipóteses a serem observadas cumulativamente: a) necessidade de a concessionária ser entidade da Administração Indireta, mas não necessariamente do ente federativo em cuja competência se encontra o serviço público, pois o art. 24, incisos VIII e XXII, não fazem essa restrição - ao revés, adotam o conceito previsto no art. 6º, XI, da própria **Lei nº 8.666/93**; b) existência de lei que atribua à concessionária competências inerentes à figura do poder concedente; c) necessidade de que a lei responsável pela criação da entidade da Administração Pública Indireta atribua competência para celebração do contrato de concessão, em observância aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, bem como evitando-se transferência indevida de um encargo intrínseco à própria entidade da Administração Pública Indireta; d) indelegabilidade de competências decisórias imperativas e coercitivas da Administração Pública (como, a título exemplificativo, a fiscalização em sentido amplo e também o poder de polícia), pois constituem um núcleo que não pode ser transferido a particulares, sob pena de prejuízo ao interesse público; e) subconcessão mediante prévia licitação na modalidade concorrência, com previsão da concessão no ato convocatório; f) necessidade de motivação tanto por parte do poder concedente quanto por parte do destinatário do serviço; g) obrigatoriedade de autorização do poder que contratará a prestação de serviço; h) observância das Leis **8.666/93**, **8.987/95** e **11.079/04**, no que forem aplicáveis. Advertiu, ainda, que “a licitude das contratações previstas nesta consulta deve ser sempre analisada à luz do caso concreto”, observada a legislação aplicável, e ressaltou, ao final, que, com relação aos demais apontamentos, acompanhava, naquela oportunidade “as conclusões das letras ‘b’ a ‘f’ do voto do Conselheiro Hamilton Coelho”, que bem sintetizara os votos proferidos até então.

O conselheiro Sebastião Helvecio, então, pediu vista dos autos, se posicionando quanto aos entendimentos proferidos acima, da forma que se segue.

Dispensa de licitação prévia à concessão: observou que a **Constituição da República**, no inciso XXI do art. 37, dispõe que “as obras, serviços, compras e alienações” seriam contratados mediante licitação”, conferindo discricionariedade ao legislador ordinário para ressaltar determinados casos desse regramento. Já o *caput* do art. 175, diferentemente, ao preconizar que os contratos de concessão e permissão devem ser precedidos de licitação, o constituinte houve por bem acrescentar o vocábulo “sempre”, conferindo eficácia plena ao dispositivo, impassível de restrição pelo legislador comum, inviabilizando, portanto, a dispensa do certame licitatório prévio à contratação de concessionária. Por outro lado, entendeu que o art. 175 da **Constituição da República** não viola a concessão de serviços públicos que não seja precedida de certame licitatório por inexigibilidade; o legislador ordinário fica impedido, na verdade, de instituir exceção à regra - como feito no art. 24 da **Lei nº 8.666/93**, uma vez que a inexigibilidade decorre de circunstâncias fortuitas que inviabilizam a competição, fora da discricionariedade conferida ao legislador ordinário. Acompanhou, portanto, o conselheiro Cláudio Couto Terrão, no sentido de ser ilícita a celebração de contrato de concessão de serviço público por dispensa de licitação, em virtude do que dispõe o art. 175 da **Constituição da República**.

Hipótese de realização de parceria público-privada pela concessionária de serviço público para a transferência, total ou parcial, do objeto do contrato: alteou que tanto o art. 1º, parágrafo único, da **Lei nº 11.079/04** quanto o art. 2º, I, da **Lei nº 8.987/95** restringem o âmbito de sua aplicação a entidades da Administração Pública, razão pela qual considerou inviável que uma entidade da iniciativa privada figurasse como poder concedente. Entendeu que o cerne da indagação do consulente se tratava de potencial subconcessão por parte da concessionária de serviços públicos - afinal, o consulente faz referência direta ao objeto de terceirização do objeto contratado, situação na qual a concessionária não figuraria como poder concedente, mas, sim, como concessionária-subconcedente, o que, em tese, seria admitido pelo art. 26 da **Lei nº 8.987/95**, aplicável às concessões comuns e patrocinadas - nos termos do art. 2º, §§ 1º e 3º da **Lei nº 11.079/04**. Acrescentou que, nos termos do art. 26, *caput* e §§ da **Lei nº 8.987/95**, a subconcessão é admitida desde que presentes, cumulativamente, autorização no contrato de concessão; autorização expressa do poder concedente; e realização de prévio certame licitatório. Respondeu, portanto, ser viável, em tese, a subconcessão, comum ou patrocinada, por parte de concessionária de serviços públicos - pertencente ou não à Administração Pública -, desde que celebrado à imagem do contrato de concessão inicial e observados os requisitos do art. 26 da **Lei nº 8.987/95**. Acompanhou os conselheiros que lhe antecederam, entendendo lícita a subconcessão celebrada por concessionária que seja entidade da Administração Indireta do ente federativo em cuja competência se encontra

o serviço público prestado; acompanhou a divergência inaugurada pelo conselheiro José Alves Viana, no que entende ser lícita a subconcessão celebrada por concessionária que seja entidade pertencente a Administração Indireta de ente federativo diverso daquele em cuja competência se insere o serviço público; e inaugurou divergência para entender lícita, a princípio e em tese, a subconcessão celebrada por concessionária que seja entidade privada. Quanto à extensão do objeto da subconcessão, acompanhou o conselheiro José Alves Viana, nesse particular, para entender possível somente a subconcessão parcial, na medida em que a integral implicaria a descaracterização da própria relação inicial, configurando-se nova concessão. Por fim, salientou que, prevalecendo esse entendimento, restaria revogado parcialmente o entendimento constante da Consulta nº **837532**, respondida na Sessão do Pleno de 22.9.2010, na parte em que se admitira a subconcessão total do objeto do contrato.

Por todo o exposto, respondeu ao consulente, em tese, nos seguintes termos: a) é ilícita a concessão de serviço público por dispensa de licitação, diante do disposto no art. 175 da **Constituição da República**; b) é admissível a subconcessão, comum ou patrocinada, de serviços públicos - seja por concessionária pertencente ou não à Administração Pública -, desde que celebrado em caráter parcial, na mesma modalidade do contrato de concessão inicial e com observância dos requisitos do art. 26 da **Lei nº 8.987/955** e demais disposições aplicáveis. Aprovado o voto-vista do conselheiro Sebastião Helvecio, vencido em parte o conselheiro relator, o conselheiro José Alves Viana e o conselheiro substituto Hamilton Coelho. (Consulta nº **911962**, Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão, 23.09.2020). Vídeo da sessão de julgamento: **TVTCE 15m12s**.

BOCO9745---WIN/INTER

#CO9746#

[VOLTAR](#)

NÃO É POSSÍVEL A EXECUÇÃO INDIRETA, POR PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA, DE SERVIÇOS INERENTES À CATEGORIA FUNCIONAL ABRANGIDA PELO PLANO DE CARGOS DA AUTARQUIA, QUANDO NÃO SE TRATE DE CARGOS EXTINTOS OU NÃO HAJA PREVISÃO LEGAL CONTRÁRIA, MESMO QUE EXISTAM POSTOS VAGOS

Tratam os autos de Consulta encaminhada por diretor de serviço autônomo de água e esgoto, vazada nos seguintes termos: "Ao se contratar serviços de pessoa física o encargo patronal de INSS, soma-se ao limite de contratação estabelecido no art. 24, incisos I e II da Lei 8.666/93, ou o limite da contratação diz respeito somente ao valor pago ao profissional?; O encargo patronal previdenciário pode ser classificado à conta da natureza da despesa que o gerou ou tem uma classificação mais correta?; Pode-se contratar serviço de pessoa física se existir na autarquia cargo com a mesma função contratada, sendo uma vaga ocupada e outra em aberto?; A contratação de serviços de engenharia pessoa física se encaixa no limite de R\$ 8.000,00 ou R\$ 15.000,00 anuais?"(sic)

A fim de guardar a linearidade do raciocínio, o relator, conselheiro Cláudio Couto Terrão, procedeu ao exame das dúvidas suscitadas em ordem diversa da apresentada pelo consulente. De início, relativamente ao terceiro item da Consulta, destacou que este Tribunal deliberou, em prejulgamento de tese acerca da terceirização na Administração Pública, emitindo parecer nos autos da Consulta nº **1024677**, no sentido de que é vedada a execução indireta de atribuições inerentes às categorias que compõem o plano de cargos do órgão ou entidade da administração direta, autárquica e fundacional, excepcionadas as disposições legais em contrário e as situações de extinção total ou parcial dos cargos, conforme previsto no art. 3º, IV, do **Decreto Federal nº 9.507/18**. Acrescentou que, no caso da extinção parcial, por força de previsão legal, os cargos vão sendo extintos gradualmente, à medida que ocorrem as vacâncias; desse modo, ainda que os cargos providos constem do quadro de pessoal do órgão ou da entidade, são considerados parcialmente extintos, uma vez que serão transformados ou excluídos assim que houver a vacância. Dentro desse contexto, considerou vedada a execução indireta do serviço, o qual deve ser prestado por servidores investidos mediante concurso público ou por pessoal contratado, desde que presentes os pressupostos constitucionais caracterizadores da necessidade temporária de excepcional interesse público. Com efeito, respondeu ao terceiro questionamento no sentido de que não é possível a execução indireta, por pessoa física ou jurídica, de serviços inerentes à categoria funcional abrangida pelo plano de cargos da autarquia, quando não se tratar de cargos extintos ou não houver previsão legal contrária, mesmo que existam postos vagos.

Quanto ao segundo questionamento, a relatoria respondeu em discordância parcial com a tese fixada na Consulta nº **836946**, julgada em 15.05.13, e propôs a reforma de entendimento, passando a prevalecer que o encargo patronal previdenciário oriundo da contratação de pessoa física pela Administração Pública: i) não deve ser classificado à conta da natureza da despesa que o gerou; ii) não deve ser registrado sob o código

“47 - Obrigações Tributárias e Contributivas”; iii) deve ser classificado como elemento de despesa “13 - Obrigações Patronais”, em código estruturado nº 3.3.90.13, sendo facultativo o acréscimo dos dígitos 7º e 8º (desdobramentos do elemento de despesa) para maiores especificações.

O conselheiro Gilberto Diniz, em seu voto-vista, manteve o posicionamento vigente e consolidado na resposta dada à consulta supracitada, nos moldes em que passou a expor. De acordo com o conselheiro vistor, o **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**, tanto o vigente à época da resposta dada à consulta, como o em vigor nos dias atuais, acompanha a orientação da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) de que a codificação 3.3.90.47 é a mais apropriada para a classificação de despesas decorrentes de obrigações tributárias e contributivas incidentes sobre o valor bruto do contrato de prestação de serviços por terceiros - pessoa física, sem vínculo empregatício, consoante se verifica da especificação dos componentes desse código estruturado, que agrega a categoria econômica, o grupo, a modalidade de aplicação e o elemento. Opinou que os Tribunais de Contas, em se tratando de codificação da despesa pública, devem optar por acompanhar, de forma técnica, as orientações da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), órgão de referência na consolidação das contas públicas, sendo que a adoção de padrões diferenciados pode fragilizar tal consolidação. Prosseguiu demonstrando que a intenção do órgão consolidador é que o elemento de despesa “13” seja utilizado exclusivamente para as despesas previdenciárias decorrentes do pagamento de servidores públicos ativos, inativos e pensionistas, e, por conseguinte, necessariamente vinculado às despesas de pessoal, conforme exposto literalmente no manual editado pelo STN.

Após essas considerações o relator encampou a divergência, notadamente quanto à necessidade de observância à sistemática utilizada pela STN, enquanto órgão central de orientação quanto à matéria, sobretudo porque há termo de cooperação firmado nesse sentido entre este Tribunal e a STN. Ressaltou, contudo, que, especificamente na questão da terceirização lícita e sua adequada classificação e registro - diante da atual normatização que ampliou a possibilidade de terceirização das atividades pela Administração Pública, autorizando, inclusive, que haja terceirização das atividades-fim, desde que não enquadráveis como atividade típica de Estado - deveria ser melhor avaliada pela própria STN à luz da LRF, a fim de que não houvesse burla ao regramento sobre o que deve ser ou não considerado como despesa com pessoal para fins dos limites de responsabilidade fiscal.

Outrossim, em relação ao primeiro questionamento, o relator observou que a terceirização, como hipótese de contratação de serviços, deve-se pautar nas disposições da **Lei nº 8.666/93**, entre elas as que preveem a possibilidade de dispensa do procedimento licitatório em razão do reduzido valor, nos termos do art. 24, I e II, do mencionado diploma. Considerando que pessoas físicas e jurídicas obedecem à regimes substancialmente distintos, sob a ótica tributária, previdenciária, entre outras, afirmou não ser possível, no momento de optar pela realização do procedimento licitatório propriamente dito ou pela contratação direta por dispensa em razão do reduzido valor, avaliar com exatidão quais seriam os custos adicionais. Nessas circunstâncias, considerou mais coerente e seguro relacionar o limite da dispensa de licitação ao valor estimado da contraprestação a ser paga pela prestação do serviço e das obrigações dela decorrentes, de incidência indistinta para pessoas físicas ou jurídicas, para não ensejar o tratamento não isonômico entre elas, na medida em que favorecia a contratação direta da que envolvesse menores encargos, em violação ao disposto no art. 3º, *caput*, da mesma Lei. Diante dessas considerações, concluiu que o encargo patronal devido pela Administração na contratação de serviços de pessoa física não deve ser incluído na apuração dos limites que permitem a dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, I e II, da **Lei nº 8.666/93**, sob pena de inobservância do princípio constitucional da isonomia, nos termos do art. 3º, *caput*, do mesmo diploma.

Por derradeiro, quanto ao último questionamento, sublinhou que a dispensa de licitação vinculada ao valor da contratação é definida em percentual sobre os valores estabelecidos no art. 23, I, a, e II, “a”, da **Lei nº 8.666/93**, os quais foram atualizados pelo **Decreto Federal nº 9.412/18**, passando o limite da dispensa fundada no art. 24, I, para obras e serviços de engenharia, a corresponder a R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), enquanto a prevista no art. 24, II, para compras e os outros serviços, que não de engenharia, equivale a R\$ 17.600,00 (dezesete mil e seiscentos reais), não importando a natureza jurídica do contratado, se pessoa física ou jurídica. Nessa linha, afirmou que a contratação direta de pessoa física, por dispensa de licitação, para a prestação de serviço de engenharia, com fundamento no pequeno valor, deve observar o limite do art. 24, I, da **Lei nº 8.666/93**, qual seja R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais).

Em face do exposto, os questionamentos do consulente foram respondidos da seguinte maneira: 1. Não é possível a execução indireta, por pessoa física ou jurídica, de serviços inerentes à categoria funcional abrangida pelo plano de cargos da autarquia, quando não se trate de cargos extintos ou não haja previsão legal contrária, mesmo que existam postos vagos; 2. Deve ser utilizado o código estruturado 3.3.90.47 - Obrigações Tributárias e Contributivas - para classificação e registro da cota patronal devida ao INSS, de responsabilidade da

Administração Pública, incidente sobre o valor bruto do contrato de prestação de serviços por terceiros - pessoa física, sem vínculo empregatício, e desde que essa contratação se enquadre como terceirização lícita, conforme posicionamento vigente e consolidado na resposta dada à Consulta nº **836946**; 3. O encargo patronal devido pela Administração na contratação de serviços de pessoa física não deve ser incluído na apuração dos limites que permitem a dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/93, sob pena de inobservância do princípio constitucional da isonomia, nos termos do art. 3º, *caput*, do mesmo diploma; 4. A contratação direta de pessoa física, por dispensa de licitação, para a prestação de serviço de engenharia, com fundamento no pequeno valor, deve observar o limite atualizado do art. 24, I, da Lei nº 8.666/93. O voto do relator, que encampou o voto-vista do conselheiro Gilberto Diniz, foi aprovado por unanimidade. (Consulta nº **977862**, Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão, 23.09.2020). Vídeo da sessão de julgamento: **TVTCE 36m25s**.

BOCO9746---WIN/INTER

#CO9747#

[VOLTAR](#)

LAUDO TÉCNICO DE CONSULTORIA - TRIBUTAÇÃO - NOTA FISCAL DE SERVIÇOS ELETRÔNICA - NFS-E - NÃO IDENTIFICAÇÃO DO TOMADOR - VIABILIDADE

CONSULENTE: Município

CONSULTORAS: Regiane Márcia dos Reis e Luana de Fátima Borges

INTRÓITO

A Prefeitura Municipal, no uso de seu direito a esta consultoria, com base no vigente contrato administrativo, informa-nos que determinado contribuinte, o qual tem por objeto social a venda de cursos online, apresentou solicitação junto à administração municipal para autorização de emissão de Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e sem a identificação do tomador dos serviços, justificando o referido requerimento devido ao expressivo volume de notas fiscais emitidas no mês. Acrescenta a consulente, que o contribuinte mencionado faz o cancelamento de várias notas fiscais emitidas.

Isto posto solicita nosso exame e parecer técnico, quanto à viabilidade do deferimento do pedido do contribuinte.

CONSIDERAÇÕES LEGAIS

Destacamos do Decreto Municipal nº 4.827/2019, o qual regulamenta a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e, os dispositivos pertinentes à matéria em estudo, *in litteris*:

Art. 7º. A identificação do tomador de serviços será feita através do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ ou pelo Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, junto à Receita Federal do Brasil, que será conjugado com a Inscrição Municipal.

Art. 8º. Cabe à Secretaria Municipal de Fazenda, a seu critério, autorizar a emissão de Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e sem identificação do tomador de serviço, conforme atividade e volume de serviços prestados pelo contribuinte.

Art. 17. A substituição ou cancelamento de uma Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e poderá ser feita pelo próprio contribuinte no sistema de gestão da nota fiscal deste Município, desde que haja identificação através do Nome ou Razão Social, CPF ou CNPJ, e-mail válido e Inscrição Municipal do Tomador do Serviço, até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da emissão da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e a ser substituída ou cancelada.

Parágrafo Único. Caso a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e a ser substituída ou cancelada não contiver as informações do Tomador de Serviços ou estiver fora do prazo mencionado neste artigo, somente poderá ser cancelada ou substituída mediante a solicitação de procedimento administrativo tributário na Divisão de Fiscalização Municipal da Prefeitura.

CONCLUSÃO E PARECER FINAL

Com fundamento nas considerações legais retro expostas, esta consultoria é de parecer que de acordo com o art. 8º do Decreto Municipal nº 4.827/2019, a Secretaria Municipal de Fazenda poderá autorizar a emissão de NFS-e sem identificação do tomador de serviço, conforme atividade e volume de serviços prestados pelo contribuinte.

Todavia, caso seja necessária a substituição ou o cancelamento da NFS-e que não possui a identificação do tomador, tal procedimento só será possível mediante solicitação de procedimento administrativo tributário na Divisão de Fiscalização Municipal da Prefeitura.

Diante disso, somos de parecer, data vênia, pelo indeferimento da solicitação do contribuinte, visto que, conforme informado pela consulente, o volume de notas fiscais canceladas pelo mesmo é expressivo, e com isso, no caso de não conterem a identificação do tomador, ocasionariam várias solicitações de procedimento administrativo junto ao Município, sobrecarregando com isso os servidores.

Este é o nosso parecer, s. m. j.

BOCO9747---WIN/INTER