

**Universidade Presbiteriana Mackenzie**

**Faculdade de Direito**

**Pedro Paulo Genga**

**A Avaliação de Desempenho dos Contratos Públicos Pautados na Lei 8.666  
de 1993**

**São Paulo**

**2020**

**Pedro Paulo Genga**

**A Avaliação de Desempenho dos Contratos Públicos Pautados na Lei 8.666  
de 1993**

Artigo científico apresentado à Faculdade de  
Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie,  
como requisito parcial para a obtenção do título de  
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Cecílio Moreira  
Pires

Aprovada em:

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Antônio Cecílio Moreira Pires  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Ms. XXXXXX  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Ms. XXXXXX  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

À minha mãe e irmão por sempre estarem ao meu lado nos momentos mais sombrios, tornando-me uma pessoa melhor.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, os professores da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie que transmitiram de maneira majestosa seus conhecimentos. Levarei sempre em minha memória os ensinamentos, servindo de inspiração para seguir em frente.

Agradeço a todos que sempre me incentivaram a iniciar meus estudos em Direito porque foram responsáveis por ajudar a descobrir uma verdadeira paixão que carregarei por toda a vida.

Aos amigos que o Mackenzie me proporcionou, sempre muito comprometidos e dedicados durante a realização das inúmeras tarefas também por deixar o ambiente mais leve ao longo destes cinco anos.

Sobretudo agradeço a minha família por sempre me apoiarem nos momentos mais difíceis e incentivarem que permanecesse dedicando-me aos estudos, hoje consigo mensurar a importância e os frutos de todo o esforço.

Agradeço especialmente a minha prima Marici que ao longo de seus curtos quarenta e seis anos de vida me ensinou que devemos sempre fazer aquilo que gostamos para seguirmos sorrindo, sempre.

Impossível em apenas uma folha de papel expressar toda a gratidão e felicidade que tenho ao escrever este artigo científico pelo motivo de este ser um momento qual sonhei por toda a vida, espero, de coração, que seja o reflexo de cinco anos de muito trabalho, dedicação e aprendizado!

## RESUMO

Este artigo tem por objetivo fazer um comparativo acerca da Avaliação de Desempenho presente nos contratos públicos regidos tanto pela Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações) quanto pela Lei Federal nº 11.079/04 (Parcerias Público-Privadas), haja vista a divergência existente em sua utilização pelo poder público. Para tal análise serão apresentados conceitos que orbitam os temas pertinentes ao comparativo.

Em um primeiro momento serão apresentados os principais conceitos jurídicos acerca do processo contratação regido pela Lei 11.079/04, bem como as principais previsões feitas pelo legislador neste diploma, com objetivo de evidenciar a não existência de quaisquer dispositivos autorizando a utilização dos indicadores. Depois de analisar tais dispositivos, será observado o arcabouço jurídico relacionado ao meio de contratação pública previsto na Lei 8.666/93, cujo somente aborda critérios discricionários para a aplicação de indicadores de desempenho.

Na segunda parte desta produção serão apresentados casos práticos, bem como jurisprudência de nossos tribunais acerca da utilização dos indicadores de desempenho nos contratos públicos regidos pela Lei 11.079/04, bem como os desafios para a implementação dos instrumentos nos contratos regidos pela Lei de Licitações.

Por fim, serão feitos apontamentos e sugestões para como a administração pública poderá utilizar tal ferramenta com objetivo de fortalecer os contratos públicos regidos pela Lei 8.666/93 e torná-los mais eficientes.

**Palavras-chave:** Licitação; Parceria Público Privada; Indicadores de Desempenho; Melhores Práticas; Contratações Públicas;

## ABSTRACT

This scientific article has as its goal the exposure of the differences of using evaluation indicators by comparing both types of public bids. The first one is the public bidding under the Federal Law nº 8.666 published on the year of 1993 as well as the second one is the Federal Law nº 11.079 regarding the Public-Private Partnerships which was published in the year of 2004, mainly because there are strong divergencies in its utilization by the Public Authority. To successfully accomplish forging this article it will be manipulated diverse legal concepts linked to the subjects.

The first explanation will be around the hot spots surrounding the Public-Private Partnership Federal Law bringing the attention to the fact that there aren't any potential hurdles in the usage of the evaluation indicators. The next step to manufacture this article will be the discussion of the hot topics circling the environment belonging the Federal Law nº 8.666, as well as clarifying that there aren't no struggling points to avoid the usage of the evaluation indicators.

Right after reviewing as well as discussing the doctrinal and theoretical instances it will be presented a research focused on real-life cases and reviewing the positioning of Brazilian courts decisions upon using the Key Process Indicators method within the public bids based in the Law 11.024/04. We will be also addressing the potential challenges and hurdles that the public administration needs to be facing to be implementing on the public bids based in the Law 8.666/93.

As closing remarks, there will be suggestions and ideas on how the Public Administration can emulate the usage of the indicators in the environment of the Federal Law nº 8.666.

**Keywords:** Licitación; Public-Private Partnerships; Performance Indicators; Best Practices; Public Bids;

# Sumário

<b>Capítulo 1 – Introdução</b> .....	8
<b>Capítulo 2 – As Parcerias Público-Privadas</b> .....	9
2.1 – Melhores Práticas para Contratação de Concessões e PPPs e Indicadores de Desempenho. 11	
2.2 – O poder discricionário da Administração na escolha dos indicadores de desempenho. ....	13
<b>Capítulo 3 – Licitações</b> .....	15
3.1 – Modalidades de Licitação, Obrigatoriedade Constitucional e Fases do Processo.....	16
<b>Capítulo 4 – Os Indicadores de Desempenho</b> .....	18
4.1 – Aplicabilidade dos Indicadores de Desempenho nos Contratos Públicos Regidos pela Lei 8.666 de 1993 .....	19
<b>Capítulo 5 – A efetiva utilização dos indicadores de desempenho pelo poder público</b> .....	21
<b>Capítulo 6 – Uma breve análise da jurisprudência consolidada por nossos tribunais de contas</b> ..	25
<b>Capítulo 7 – Considerações Finais</b> .....	26
<b>Referências Bibliográficas</b> .....	28

## Capítulo 1 – Introdução

A importância dos contratos públicos, bem como da atuação do Poder Público, na vida cotidiana dos cidadãos é mais comum do que se parece e, também, mais frequente do que se imagina. Para melhor exemplificar tal influência destaca-se ao leitor os contratos públicos firmados entre o poder público e empresas do ramo de transporte coletivo, com a finalidade de se disponibilizarem ônibus para realizar itinerários diários entre ponto “A” e ponto “B”, conhecidos notoriamente como coletivos.

Além do exemplo acima, os contratos públicos ficam evidentes quando há alguma intenção da administração em realizar alguma obra para melhoria de algum serviço prestado ou infraestrutura urbana ou, ainda, quando há utilização de alguma rodovia cujo poder público realizou concessão para a exploração da iniciativa privada em troca de manutenção e obras de ampliação. Agora que já se tem uma brevíssima noção da atuação, bem como importância dos contratos públicos é necessário destrinchar brevemente as distinções entre as legislações que serão abordadas, com maior profundidade, mais adiante nesta produção.

Em primeiro lugar, a Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993 conhecida como Lei de Licitações, possui como seu objetivo a instituição de normas para licitações e contratações públicas. Tal legislação possui alcance da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como ficam subordinados a esta lei os contratos públicos que preveem obras, serviços, alienações, locações, concessões e permissões da Administração Pública, quando esta contrata com terceiros.

Porém, quando a Lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 é analisada, verifica-se que o foco central desta é a regulação de licitações e contratações de parcerias público-privadas no ambiente da administração pública nas esferas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Pode-se dizer que as Parcerias Público-Privadas, grosso modo, são contratos administrativos de concessão de serviços públicos, precedidos ou não, de obras públicas de infraestrutura, como por exemplo: construção de linha de transporte metroviário realizada pela iniciativa privada que, ao término da obra, irá administra-la por período temporal definido em contrato.

Permite, ainda, a modalidade de contratação pública estipulada pela Lei Federal nº 11.079/04 a definição de indicadores de desempenho dentro dos contratos celebrados que definirão um padrão mínimo de atuação fornecido pela entidade selecionada.

Desta forma, o tema central deste artigo será, através da análise de textos de diferentes doutrinadores e da análise da legislação vigente, tecer um comparativo entre as duas formas de contratação. Teremos, também, ao longo desta produção a análise de casos em que foram utilizados os indicadores de desempenho e os retornos foram positivos para a administração pública, bem como foram positivos para a população em geral.

Pretende-se, também, efetuar análise de casos onde os indicadores de desempenho foram fundamentais para a rescisão do contrato público, bem como será apresentado caso onde tal ferramenta seria fundamental para que o parceiro público pudesse entregar melhor resultado. Por fim, traremos a jurisprudência de nossos tribunais em casos onde foram celebrados contratos com a administração pública em que os indicadores foram utilizados, bem como o posicionamento de nossos tribunais ante a utilização de tais instrumentos para a rescisão contratual e aplicabilidade de multas por parte da administração pública em seus parceiros.

Adiante iniciaremos uma breve exploração teórica acerca das modalidades de contratações públicas disponíveis a administração.

## **Capítulo 2 – As Parcerias Público-Privadas**

Preliminarmente, será necessário explorar os conceitos que cercam as parcerias público-privadas, bem como a estrutura básica que cerca seus contratos. Atualmente as parcerias público-privadas estão em voga sendo uma das modalidades mais utilizadas pela administração para a contratação de obras públicas de grande porte, bem como para a concessão de serviços oriundos destas. Assim, aproveito para convidar o leitor a acessar dois casos em que há a utilização do instrumento.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Exemplos destacados com a aplicação da Lei 11.079/2004 (Parcerias Público Privadas): O primeiro exemplo foi extraído de reportagem publicada pelo sítio “Consultor Jurídico – ConJur” em 16 de julho de 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/tj-sp-volta-discutir-ppp-iluminacao-publica-sao-paulo>  
O segundo exemplo foi extraído de reportagem publicada pelo sítio da Rádio Jovem Pan em 25 de julho de 2019, disponível em: <https://jovempan.uol.com.br/programas/jornal-da-manha/sao-paulo-tera-trem-intercidades-que-ligara-sao-paulo-a-campinas-afirma-vice-governador.html>

Como ponto de partida deste estudo é necessário cristalizar o conceito envolto ao tema, portanto, é possível encontrar na obra Direito Administrativo de Maria Sylvia Zanella di Pietro valiosas informações para construir uma base robusta acerca das Parcerias Público-Privadas:

“ (...) pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.” (PIETRO, 2019)

Portanto, o conceito de parceria público-privada consiste em um contrato administrativo em que a finalidade principal é a execução de serviço público que poderá ou não incluir a realização da obra pública objeto do instrumento, mediante ou não contrapartida paga pelo contratante vencedor do procedimento licitatório e, também, inclusão de tarifa paga pelo usuário do serviço oferecido pelo concessionário. Ressalta-se, também, que o contrato referente à parceria público-privada poderá ser celebrado entre os entes federados e o contratado<sup>2</sup>, bem como também poderão ser firmados por autarquias, por exemplo: uma autarquia pertencente à prefeitura do município de São Caetano do Sul poderá firmar parceria público-privada em situação de seu interesse.

O legislador disciplinou o tema através da Lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, e em seu artigo 2º definiu o objetivo da expressão “Parceria Público-Privada”, sendo que ela poderá ser utilizada para os casos de contrato de concessão administrativa na modalidade patrocinada ou administrativa. Desta forma importante, também, definir as duas modalidades, sendo:

1. **Concessão Patrocinada:** Pode ser entendida como aquela em que, adicionalmente à tarifa paga pelo usuário do serviço público, o parceiro público desembolsa prestação pecuniária.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Contratado é o particular, podendo ser pessoa física ou jurídica que, com adjudicação do processo licitatório, terá direito ao Contrato Público.

<sup>3</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p 345. “(...) Ou seja, é possível definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a Administração

2. **Concessão Administrativa:** Ocorre nos casos em que a Administração Pública direta ou indireta é usuária do serviço, mesmo em casos cujo haja execução de obra pública ou instalação de bens.<sup>4</sup>

A lei traz expressamente ambos os conceitos de concessão no mesmo artigo, porém, em parágrafos diferentes, sendo que o primeiro define a Concessão Patrocinada e o segundo a Concessão Administrativa. Porém existem traços comuns que devem ser observados por ambas modalidades, sendo alguns exemplos: Contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, garantia do equilíbrio econômico financeiro, compartilhamento de ganhos econômicos, delimitação de prazo para concessão e outros mais.

Importante, também, trazer à tona as origens dos modelos de concessão desenvolvidos pelo legislador porque foram buscados somente quando o Estado se deparou com forte crise de financiamento de obras públicas, ou seja, somente após quase o total esgotamento da capacidade em investir em obras de infraestrutura e de execução de serviços públicos. Crise esta que, também, aliou-se a total ineficiência do Estado em fazer a gestão e manutenção dos serviços e infraestrutura já existentes. Um exemplo clássico são as concessões rodoviárias feitas por diversos estados, no qual as concessionárias, mediante tarifa<sup>5</sup> paga pelo usuário, realizam obras de melhoria e manutenção no trecho objeto da concessão outro exemplo, porém controverso no município de São Paulo, é a concessão de iluminação pública.

## 2.1 – Melhores Práticas para Contratação de Concessões e PPPs e Indicadores de Desempenho.

As melhores práticas obtidas na celebração de contratos de concessão pública são essenciais para a evolução contínua dos contratos firmados pela administração pública, não

---

Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.”

<sup>4</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p 349. “ Isto permite concluir que a concessão administrativa constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria Administração, como se deduz do artigo 2º, § 3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros – os usuários – está sujeito a algumas normas da Lei nº 8.987, sejam as relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário).”

<sup>5</sup> Há larga discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do pedágio, existindo defensores que o consideram como uma taxa aproximando-se dos tributos, porém, há também doutrinadores que entendem esta cobrança pode ser entendida como tarifa, ou seja, preço públicos.

somente na modalidade de concessão. Um dos pontos mais calorosos presentes na modalidade de concessão é utilização de indicadores de desempenho na gestão destes contratos. Tema este que pode gerar severos contratemplos à Administração Pública chegando até a extinção do contrato, bem como ocasionando interrupção do serviço prestado causando prejuízos à população.

Sob a ótica de Maurício Portugal, há destaque dentro de sua explanação sobre os indicadores de desempenho o peso dado a esta ferramenta para que o parceiro escolhido entregue o serviço com qualidade mínima estipulada em contrato. Vejamos:

A mais importante ferramenta de produção de incentivos para que o parceiro privado preste o serviço com a qualidade estipulada do contrato é a definição adequada dos indicadores de desempenho (...) e sua conexão com o sistema de pagamentos.<sup>6</sup>

Sendo assim, é de fácil percepção a real importância dos indicadores de desempenho dentro dos contratos estipulados pela administração pública, uma vez que quando cumpridos devidamente pelo parceiro público ensejarão em pagamento proporcional à qualidade do serviço prestado. Ou seja, pode se dizer que os indicadores de desempenho são pontos centrais dos contratos de concessão e PPPs pelo motivo que estão estabelecendo as características mínimas do serviço a ser prestado pela empresa ou consórcio vencedor, refletindo até no sistema de pagamento e na aplicação de sanções ao contratado que não os cumprir.

Portanto, para que a que haja eficácia e eficiência diretamente relacionadas aos indicadores de desempenho escolhidos é necessário que estes estejam focados em auferir o resultado, ou seja, as características objetivas do serviço prestado. Porém, diferentemente do que afirma Maurício Portugal Ribeiro, se entende, também, que é possível a aplicabilidade dos indicadores de desempenho em processos que estejam indiretamente ligados a prestação do serviço, desde que não possuam conexão com o sistema de pagamentos, sendo exemplo: medição de processos de manutenção dos bens empenhados para a entrega do serviço, ou seja, auferir se a manutenção em um vagão de metrô foi suficientemente rápida para não afetar a continuidade da prestação dos serviços. Isto porque, também, podem existir indicadores de desempenho que não estão diretamente atrelados ao sistema de pagamentos, porém, são

---

<sup>6</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/>. Acesso em: 20 jan. 2020.

essenciais para que o administrador público fiscalize se os requisitos técnicos por ele estipulados também estão sendo seguidos.

Por fim, destaca-se que não há quaisquer impeditivos verificados na Lei Federal nº 11.079/04 para a utilização dos indicadores de desempenho em contratos celebrados pela administração pública, a lei obriga que existam cláusulas contratuais indicando sua existência e, também, detalhes de sua apuração. Finalmente, destaca-se orientação para que os indicadores definidos possuam objetividade e sejam de fácil verificação. O professor Maurício os define como “Monitoráveis”.<sup>7</sup>

## 2.2 – O poder discricionário da Administração na escolha dos indicadores de desempenho.

A importância que o poder discricionário atribuído à Administração Pública goza, durante o momento da escolha de quais serão os critérios avaliativos, é imensa! Para que a Administração possa alcançar seus fins ela dispõe de certos poderes, porém, existem hipóteses em que o regramento jurídico vigente não prevê ou não comporta todos os aspectos da atuação administrativa deixando margem de liberdade para a tomada de decisão, ou seja, nesta hipótese a Administração Pública terá diversas soluções possíveis.

Quanto temos a situação supra narrada temos a aplicação do que se chama de poder discricionário, uma vez que a administração fará a sua decisão com base em critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade e outros mais.<sup>8</sup> Ressalta-se que tal poder não é totalmente livre, estando o administrador público limitado pelo princípio da legalidade. Neste sentido, ensina Irene Patrícia Nohara que a discricionariedade não representa liberdade total ao administrador público, sendo somente uma mera margem de liberdade.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> A definição dada pelo professor Maurício Portugal Ribeiro aos indicadores de desempenho considerados como “Monitoráveis” é a seguinte: “É preciso que seja possível para o Poder Público monitorar facilmente o indicador de desempenho, se possível eletrônica ou mecanicamente por meios automáticos que prescindam de avaliação humana.”

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, Jose Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Colaboração de Carla Rosado Burle. p. 139: “Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”

<sup>9</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 217: “A discricionariedade não representa liberdade total, mas apenas uma **margem de liberdade** conformada pelas regras e princípios normativos. A competência não é cheque em branco, em expressão utilizada por Caio Tácito. Se o agente público praticar ato que extrapole os limites permitidos pelo ordenamento, este ato passa a ser arbitrário.”

Ainda sobre o nível de discricionariedade atribuído à administração pública deve-se mencionar que quaisquer atos praticados cujo extrapolem os limites apresentados pelo ordenamento jurídico serão considerados arbitrários, devendo tal ato ser controlado por meio do poder judiciário.

Por fim, é importante trazer à baila quais os limites do poder discricionário da administração e, também, algumas reflexões a cerca das suas relações com os indicadores de desempenho. Superficialmente, pode-se dizer que tal poder sofre limitação previamente estabelecida pelo legislador, ou seja, é a lei que estabelece as margens limítrofes qual a administração pública poderá trabalhar.

Nesta esteira, para Hely Lopes Meirelles não devemos confundir discricionariedade com arbitrariedade<sup>10</sup>, uma vez que a primeira se trata de ação administrativa aparada totalmente pelos limites legais e, em mão contrária, a arbitrariedade trata-se de ação *contra legem*, ou seja, contra a lei ou ainda em excesso ao previsto.

Ainda sob a ótica da doutrina de Hely Lopes Meirelles, nos ensina que o administrador público durante a sua atividade discricionária estará sujeito sempre a um duplo condicionamento, sendo: externo e interno. Externamente estará limitada a administração pública pelo ordenamento jurídico que regulamenta toda a atividade administrativa e, internamente, estará limitada pelas exigências do bem comum e da moralidade administrativa.

Por fim, em relação aos indicadores de desempenho, podemos relacionar que o administrador público deverá, ao efetuar sua escolha, estar pautado nos limites: da legalidade, ou seja, deverá a forma da lei para dentro dos critérios de conveniência, oportunidade e conteúdo efetuar sua decisão; do bem comum e moralidade administrativa ao compilar todas as suas opções e eleger os critérios quais tenham mais conveniência ao proporcionar melhores resultados ao próprio bem comum e, também, que respeitem o princípio da moralidade.

Os contratos administrativos regidos pela Lei 11.079 de 2004 deverão contemplar em suas cláusulas os critérios objetivos para a avaliação do parceiro escolhido<sup>11</sup>, porém, a escolha

---

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, Jose Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Colaboração de Carla Rosado Burle. p. 139: “Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.”

<sup>11</sup> Conforme o Art. 5º da Lei 11.079 de 2004: “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;”

dos critérios avaliativos é feita sob a ótica do poder discricionário da administração pública, elegendo e dispondo os critérios no edital de publicação.

Sendo assim, o administrador público terá liberdade para, dentro dos critérios de conveniência, oportunidade, finalidade, equidade, justiça e outros mais, apontar quais serão os indicadores definidos para avaliar a performance do parceiro público no decurso do contrato administrativo. Logo, é de suma importância que a administração pública os escolha com objetividade e técnica de forma a garantir execução sustentável do contrato com o parceiro público, bem como garantindo que a população perceba os benefícios da adequada execução contratual.

Por fim, importante, também a escolha adequada dos critérios avaliativos para que o ato administrativo não contenha vícios, arbitrariedade ou ainda represente maneira de se “dirigir” o processo de contratação.

### **Capítulo 3 – Licitações**

Ao adentrar nos contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666 de 1993 é necessário deixar claro que pelo termo definiu-se o procedimento administrativo formal e não o contrato em si. Necessária a importância deste tópico em desenvolver alguns conceitos básicos sobre o tema apresentado, bem como para efetuar contraste sobre ambas modalidades de contratação.

Para melhor explicar o conceito jurídico ligado ao processo licitatório serão utilizados os conceitos ventilados por Irene Patrícia Nohara: “Licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente seleciona a proposta mais vantajosa entre as oferecidas para a celebração de contrato de seu interesse.”<sup>12</sup>

Sendo assim, a Licitação é o processo formal administrativo por qual um órgão público, sendo ele da administração pública direta ou indireta, seleciona a proposta por qual seja mais vantajosa para celebração de contrato de seu interesse, seja ele voltado a compra de materiais ou serviços. Possui natureza jurídica de procedimento administrativo formal,

---

<sup>12</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 327: “Licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente seleciona a proposta mais vantajosa entre as oferecidas para a celebração de contrato de seu interesse.”

portanto, há ordenamento cronológico para a realização dos atos, por exemplo: publicação de edital, habilitação dos participantes, classificação e outros.

É importante destacar que o processo licitatório é amplamente utilizado pela administração pública para contratação de diversos serviços e compra de bens, sendo exemplos: contratação de parceiro para compra de produtos de limpeza a concorrência, por delegação, a concessão da prestação e exploração do serviço público de passageiros.

### 3.1 – Modalidades de Licitação, Obrigatoriedade Constitucional e Fases do Processo.

Existem diversas modalidades de o poder público proceder com a contratação de um parceiro privado, sendo elas: concorrência, tomada de preços, convite, concursos, leilão e pregão. Para definir qual modalidade é mais adequada, o poder público deverá observar as especificações contidas nos artigos 22 e 23 da Lei Federal nº 8.666/1993 nos quais o legislador indica, por exemplo, valores e tipo de serviços a serem contratados. A guisa de exemplo, o artigo 23, em seu inciso primeiro, define que a modalidade adequada para as obras e serviços de engenharia com preços estipulados até 330.000,00 (trezentos e trinta mil Reais) é a de carta convite, bem como as que ultrapassem o valor de 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil Reais) a modalidade mais apropriada é a concorrência e os valores cujo estiverem no intervalo dos supracitados serão enquadrados na modalidade de tomada de preços.

Importante destacar que todos os órgãos da administração pública direta e indireta, ou seja, desde as pessoas jurídicas de direito público como as Prefeituras, Governos de Estado e União até as Autarquias, por exemplo, devem licitar. Tal previsão impositiva é encontrada em nossa Carta da República no artigo 37, que diz:

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

Nesta linha segue o inciso XXI:

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

Portanto, todos os contratos celebrados pela administração pública deverão ocorrer através de um dos meios licitatórios, salvo em casos de excludentes da licitação previstos em lei.<sup>13</sup>.

Ainda no âmbito das contratações regidas pela Lei Federal nº 8.666/93, importante abordar que o processo de licitação possui diversas fases e documentos obrigatórios que deverão ser apresentados em momentos oportunos, sendo alguns exemplos crassos:

- **Edital:** É, muitas vezes, o ato inicial em que o poder público divulga a sua intenção de abertura de licitação. Define as condições básicas do contrato e convida todos os interessados a participar. Voltaremos a explorar esta fase quando da intenção em aplicar os indicadores de desempenho nos contratos.
- **Habilitação:** Nesta fase do processo ocorre a análise da documentação submetida para a administração. Podendo os licitantes serem aprovados, ou seja, possuir documentação em conformidade ao edital ou, ainda, ocorrer a reprovação por, justamente, não apresentarem todos os documentos exigidos.
- **Classificação:** Na terceira fase do processo cabe salientar que somente participarão os participantes aprovados no processo de homologação. Neste momento será feita a abertura dos envelopes etiquetados como “Proposta” e a administração julgará as mesmas, formando ao final uma classificação.
- **Homologação:** A administração homologará o processo licitatório quando houver participante vencedor, bem como entender que todos os atos feitos durante a licitação estão livres de vícios jurídicos.
- **Adjudicação:** É, literalmente, a assinatura do contrato administrativo entre licitante e licitado.

---

<sup>13</sup> A lei, em alguns casos, dispensa a realização de processo licitatório bem como poderá ocorrer sua inexigibilidade conforme os artigos 24 a 26 da Lei 8.666/93. Para maiores informações o leitor poderá consultar o livro “Direito Administrativo”, capítulo 6, seção 6.8, da professora Irene Patrícia Nohara.

Por fim, entende-se que após todas as fases do processo de licitação o poder público tenha feito a escolha que melhor se encaixa aos termos definidos no edital de publicação. Porém, acredita o autor que é possível, mesmo após todo o processo licitatório em que a melhor escolha não tenha sido efetivamente realizada, dessa maneira, abordaremos no próximo capítulo como os indicadores de desempenho podem ser inseridos dentro do processo de licitação, bem como dar um novo horizonte para as futuras celebrações feitas pelo poder público.

#### **Capítulo 4 – Os Indicadores de Desempenho**

Importante, também, apresentar ao leitor os conceitos acerca da ferramenta que tanto discutimos, ou seja, os Indicadores de Desempenho. Porém, antes de iniciar a discussão sobre a sua importância e aplicabilidade dentro das contratações públicas é necessário fazer uma visita aos conceitos teóricos da administração clássica de forma a entender o papel dos Indicadores de Desempenho. Em sua obra Teoria Geral da Administração, Idalberto Chiavenato nos ensina sobre algumas abordagens da Administração em geral e uma das formas mais clássicas de abordagem é a Administração Por Objetivos cujo seu enfoque principal está baseado nos processos bem como nos resultados a serem alcançados.

A partir da década de 1950, a Teoria Neoclássica deslocou a atenção antes fixada nas chamadas “atividades-meio” para os objetivos ou finalidades da organização. O enfoque baseado no processo e a preocupação maior com as atividades (meios) passaram a ser substituídos por um enfoque nos resultados e objetivos alcançados (fins). O foco no como administrar passou para o por que ou para que administrar. A ênfase em fazer corretamente o trabalho (the best way, de Taylor) para alcançar eficiência passou à ênfase em fazer o trabalho mais relevante aos objetivos da organização para alcançar eficácia. O trabalho passou de um fim em si mesmo para constituir um meio de obter resultados.

Quando utilizamos abordagem da Administração por Objetivos em uma empresa pressupõe-se que para realizar o acompanhamento dos resultados, bem como dos processos chave do negócio a equipe de trabalho da organização irá definir indicadores essenciais sobre os seus processos principais de forma que poderá visualizar com facilidade onde deve concentrar seus esforços para que possa entregar um produto ou serviço com maior qualidade que seu competidor.

A APO é um método no qual as metas são definidas em conjunto pelo gerente e seus subordinados, as responsabilidades são especificadas para cada um em função dos resultados esperados, que passam a constituir os indicadores ou padrões de desempenho sob os quais ambos serão avaliados.

Desta forma conseguimos agora verificar a importância dos indicadores de desempenho, de modo a influenciar diretamente no resultado de uma organização. Os indicadores de desempenho são responsáveis por evidenciar ao administrador em quais processos deve concentrar seus esforços. Porém, qual é a sua aplicabilidade na administração pública? Como inserir tal instrumento nos contratos públicos?

Maurício Portugal Ribeiro em sua obra “Concessões e PPP’s – Melhores Práticas em Licitações e Contratos” conseguiu evidenciar a aplicabilidade dos conceitos supracitados. Explana o autor que os indicadores de desempenho podem ser considerados o centro, ou seja, ponto nevrálgico de qualquer contrato de concessão comum uma vez que evidenciam ao parceiro público quais as características do serviço a ser prestado, bem como qual o padrão de qualidade esperado pelo administrador público.<sup>14</sup> Assim conseguimos verificar o grau de importância da ferramenta e, também, a forma como ela se aplica e se mistura no ambiente público.

Dessa maneira podemos adentrar com maior profundidade na esfera da administração pública e efetuar as conexões que possam envolver a aplicabilidade dos indicadores na rotina de contratações efetuadas pelo administrador público.

#### 4.1 – Aplicabilidade dos Indicadores de Desempenho nos Contratos Públicos Regidos pela Lei 8.666 de 1993

---

<sup>14</sup>RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/indicadores-de-desempenho-e-a-distincao-entre-obrigacoes-de-desempenho-e-de-investimento/>. Acesso em: 10 maio 2020: “A mais importante ferramenta de produção de incentivos para que o parceiro privado preste o serviço com a qualidade estipulada do contrato é a definição adequada dos indicadores de desempenho (ou, se quiserem, indicadores de serviço, ou indicadores de resultado) e sua conexão com o sistema de pagamentos.”

Após realizar as devidas explicações sobre cada procedimento utilizado pelo poder público para celebração de compromissos públicos pretende-se expor ao leitor a importância da utilização dos indicadores de desempenho, principalmente, nos contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666 de 1993. Nos processos de Parcerias Público-Privadas os indicadores desempenham papel fundamental para que o parceiro público mantenha a qualidade dos serviços públicos prestados ao cidadão, por exemplo, garantindo que as rodovias possuam determinado nível de sinalização, periodicidade na execução de obras de melhoria e outros indicadores que influenciem diretamente no resultado do contrato.

Porém, ao observar as contratações públicas feitas sob o regime da Lei Federal nº 8.666 de 1993 o poder público é inoperante ao definir tais indicadores, bem como não os vincula ao sistema de pagamento previsto no contrato. Tal situação leva a administração pública a somente efetuar uma análise puramente técnica de seu parceiro, ou seja, apenas serão analisados os itens técnicos previstos no edital e em eventual termo de referência<sup>15</sup>.

Note-se que em momento algum a administração pública observa a utilização dos indicadores de desempenho em seus contratos objetivando a execução adequada e eficiente durante seus processos de contratação na modalidade da Lei Federal nº 8.666 de 1993. Vislumbra-se, ante ao exposto, que há margem para que tais indicadores sejam inseridos no processo de maneira a auxiliar que a administração identifique qual parceiro será mais adequado para contratar, desta forma evitando-se contratações emergenciais e, também, a identificar de maneira veloz quando o parceiro não conseguirá entregar a sua parte dentro do contrato.

Tal método é possível de ser utilizado uma vez que não há quaisquer vedações na Lei Federal nº 8.666/93, mais especificamente no Art. 40 cujo trata diretamente do conteúdo a ser exigido no edital de abertura, vejamos:

Art. 40. O edital conterá 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: VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

---

<sup>15</sup> **Termo de referência** pode ser entendido como documento que contém as especificações técnicas para a execução da obra ou serviço público, bem como definirá os elementos dos custos a serem avaliados pela administração e elementos para habilitação. Sua previsão legal está no Decreto 3.555/2000 no artigo 8º, incisos I e II.

## XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

Desde que os objetivos e indicadores de desempenho sejam definidos de maneira clara e de maneira a não viabilizar direção do processo licitatório, é possível dizer que não há quaisquer impedimentos para que o poder público passe a utilizar esta metodologia em suas futuras contratações.

É importante, ainda que “*ad absurdum*”<sup>16</sup>, destacar que os indicadores de desempenho não podem em qualquer hipótese serem utilizados como ferramentas para beneficiar algum dos participantes com o objetivo direção da licitação a fim de que um fornecedor apenas seja capaz de cumprir com os requisitos. Assim, mais uma vez, ressalta-se a importância de o administrador público fazer bom uso de seu poder discricionário e eleger critérios objetivos que tenham por alvo o beneficiar o usuário e, também, a administração.

Por fim, há diversas maneiras para que a administração faça o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento destes indicadores através de equipes formadas dentro dos órgãos licitantes ou ainda por meio da criação de um órgão dedicado a fiscalizar os contratos celebrados pela administração pública. Sugere-se, ainda, a criação de portal na internet para que o próprio cidadão possa acompanhar as fiscalizações e avaliar os serviços prestados com base nos indicadores. Admitindo, ainda, até a contratação de terceiros para fiscalizar e garantir a perfeita execução do contrato administrativo.<sup>17</sup>

### **Capítulo 5 – A efetiva utilização dos indicadores de desempenho pelo poder público.**

Para a análise da efetiva utilização dos indicadores de desempenho pelo poder público foram escolhidos dois processos publicados pela administração pública, sendo um baseado na Lei 11.079 de 2004 cujo objeto é a concessão dos serviços de transportes de passageiros das

---

<sup>16</sup> SIDOU, José Maria Othon (org.). **Dicionário Jurídico**: academia brasileira de letras jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 20: “*Ad Absurdum*”. Loc. (Lat.) Por absurdo. Locução empregada quando se apresenta um argumento apenas por argumentar, posto tratar-se de um absurdo.

<sup>17</sup> PIRES, Antonio Cecílio Moreira. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 60: “A Administração tem o dever/poder de acompanhar a execução do contrato, mediante a designação de um representante para esse fim específico, sendo permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo (art. 67 da Lei 8.666/93). Esse direito-dever da Administração compreende: a fiscalização, a orientação, a intervenção e a aplicação de penalidades contratuais. A fiscalização possui a finalidade de assegurar a perfeita execução do contrato.”

Linhas 05 – Lilás e Linha 17 – Ouro da Companhia do Metropolitano de São Paulo e o outro baseado na Lei 8.666 de 1993 que tem por objeto a concessão para a administração, manutenção, exploração comercial e requalificação do terminal de ônibus Princesa Isabel no município de São Paulo.

Iniciaremos as análises dos editais observando que ambos fazem menção aos indicadores de desempenho, bem como os atrelam ao sistema de remuneração. Vejamos, em primeiro lugar, o edital cujo objeto é a concessão das linhas do Metrô de São Paulo.

Neste caso a administração pública evidenciou nos documentos anexos ao edital os fatores de desempenho cujo seriam utilizados. Destaca-se, também, que a administração pública definiu os objetivos e explanou as metodologias de cálculo empregadas no indicador, vejamos o exemplo extraído do Anexo II do referido edital:

#### “1. INTERVALO ENTRE TRENS (INT)

**Objetivo:** Monitorar a regularidade e a quantidade de lugares ofertados.

**Definição:** Média dos intervalos entre os trens desde o primeiro trem do período de medição até o último trem após o término deste período. Intervalo Real é medido como sendo o intervalo de tempo compreendido entre o instante da abertura de portas de um trem e o instante da abertura de portas do trem anterior na mesma plataforma.

**Procedimento de Cálculo:** O indicador será apurado diariamente por meio da relação entre a média das medições do intervalo real entre trens na estação inicial da interestação mais carregada da linha e o intervalo entre trens programado. Os períodos para cálculo do indicador serão determinados pelo intervalo de 60 minutos de maior demanda de passageiros, determinados como pico da manhã e pico da tarde nos Dias Úteis (incluindo as pontes de feriados), pico da manhã nos Sábados e pico da tarde nos Domingos

Mensalmente deverá ser calculada a média aritmética dos indicadores obtidos diariamente. Mensalmente, também deverá ser calculada a média aritmética dos 12 últimos meses (MITV), cujo valor resultante deverá ser utilizado para obtenção do valor de INT, segundo a equação (...).<sup>18</sup>

Percebe-se, neste caso, a preocupação do administrador público em tornar objetivos e funcionais os fatores de desempenho que serão utilizados durante a execução do contrato. É importante destacar o esforço da administração em detalhar os critérios avaliativos, uma vez

---

<sup>18</sup> Trecho extraído do Anexo II ao Edital da Concorrência Internacional 02/2016 da Secretaria dos Transportes Metropolitanos – Processo STM nº 770/2015 – Documento disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/109>

que o sistema de remuneração estará baseado nos resultados destes conforme previsto no contrato, vejamos:

“19.1. A remuneração da CONCESSIONÁRIA será consubstanciada na RECEITA TARIFÁRIA, vinculada ao desempenho e à qualidade do serviço prestado pela CONCESSIONÁRIA, mediante a aplicação dos INDICADORES DE DESEMPENHO previstos na Cláusula 38.”<sup>19</sup>

Ainda no mesmo contrato, há a vinculação dos critérios avaliativos dos serviços prestados à caducidade do contrato, ou seja, caso ocorra a execução de forma inadequada ou deficiente, com a inobservância das normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade e, também, dos indicadores de desempenho exigidos pela administração pública levará a declaração da caducidade do contrato de concessão.

Por fim, destaca-se que o contrato elaborado pela administração pública está em conformidade no que tange às exigências feitas pela Lei 11.079 de 2004. Também pode-se afirmar que não há vícios relacionados à discricionariedade empregada pelo administrador público para a escolha dos critérios técnicos utilizados para compor o Coeficiente de Mensuração de Desempenho da Concessão pelo motivo de que não há o que se falar em excesso no uso do poder discricionário, respeitando o administrador no caso em tela o princípio da legalidade e, também, ficando “*a latere*”<sup>20</sup> do princípio da moralidade e do bem comum.

A partir deste momento será apresentada a metodologia de avaliação de desempenho do processo de licitação aberto pela prefeitura de São Paulo com a finalidade de concessão para administração, exploração comercial e requalificação do terminal de ônibus Princesa Isabel.<sup>21</sup> O processo analisado é regido pela Lei de 8.666 de 1993 e, superando o silêncio da lei, faz a utilização dos indicadores de desempenho.

Seguindo a mesma metodologia do contrato anterior, o poder público previu em termo anexo ao edital as métricas que serão utilizadas para a composição do fator de desempenho e, também, o atrelou a diversas situações além da remuneração do concessionário. Sendo que para calcular o número referente ao fator de desempenho o administrador público fez bom uso de seu poder discricionário e elegeu alguns critérios objetivos, sendo exemplo:

---

<sup>19</sup> Trecho extraído do Contrato de Concessão 003/2018 da Secretaria dos Transportes Metropolitanos – Processo STM nº 770/2015 – Documento disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/109>

<sup>20</sup> SIDOU, José Maria Othon (org.). **Dicionário Jurídico**: academia brasileira de letras jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1: “**A LATERE**”. Loc. (Lat.) Ao lado.

<sup>21</sup> Todos os documentos relacionados ao referido processo licitatório estão disponíveis no seguinte endereço: <https://drive.google.com/drive/folders/1S5t0SgEgadT3hq7336NvvjQZM4q5zphq>

### “3. ÍNDICE DE RECLAMAÇÕES (IRC)

3.1. Objetivo: Monitorar as manifestações espontâneas de USUÁRIOS recebidas sobre insatisfações com o serviço prestado no TERMINAL.

3.2. Procedimento de Cálculo: O IRC deve ser aferido mensalmente por meio da relação entre o número total de reclamações e o número total de PASSAGEIROS do TERMINAL no período aferido:”

Conforme podemos visualizar no exemplo acima, o “Índice de Reclamações (IRC)” é um dos critérios cujo compõem o Fator de Desempenho. Também, como bem vimos na breve análise do contrato anterior percebemos que o poder público também condicionou a avaliação dos indicadores de desempenho a algumas situações, sendo elas: vinculação ao mecanismo de pagamento de outorga e, também, a apresentação de planos de ação para correção de índices que não apresentem desempenho satisfatório em um período de três meses consecutivos ou por três vezes em um período de 24 meses.

Tal utilização dos indicadores de desempenho pela administração, como pudemos ver nos exemplos, reverte-se em benefícios ao administrado uma vez que os indicadores foram bem selecionados pelo poder público com o objetivo de entregar melhor serviço aos usuários do sistema de transporte público da cidade de São Paulo. Pode-se dizer, também, que há mecanismos que também beneficiam a administração pública uma vez que esta pode se basear em critérios técnicos para remunerar o concessionário ou, ainda, em extrema necessidade, encerrar o contrato em decorrência dos serviços prestados.

Por fim, destaca-se a importância dos critérios avaliativos dado o tempo de vigência de cada contrato de concessão sendo que em ambos os casos a duração é extensa <sup>22</sup>, de forma a fornecer ferramentas para que o administrador tenha oportunidade de exercer sua gestão com base nos princípios da eficiência e publicidade.

---

<sup>22</sup> Necessária nota de rodapé para se esclarecer que ambos os contratos apresentam longos prazos de vigência, sendo:

1. Concessão do Terminal de Ônibus Princesa Isabel: “7.1. O prazo de vigência deste CONTRATO será de 35 (trinta e cinco) anos, contados da DATA DA ORDEM DE INÍCIO, não admitida prorrogação, salvo para efeito de reequilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO, observados os termos e condições fixados neste CONTRATO.”
2. Concessão das Linhas do Metropolitano de São Paulo: “17.1. O prazo de vigência da CONCESSÃO é de 20 (vinte) anos, contados da data indicada na ORDEM DE INÍCIO DA OPERAÇÃO COMERCIAL DA LINHA 5, conforme Cláusula 12.1.3.2, que corresponderá ao início da OPERAÇÃO COMERCIAL, pela CONCESSIONÁRIA, do TRECHO OPERACIONAL, observadas as disposições previstas na Cláusula 9.1”

## **Capítulo 6 – Uma breve análise da jurisprudência consolidada por nossos tribunais de contas.**

Para efetuar análise de como decidem nossos tribunais acerca dos indicadores de desempenho previstos nos contratos públicos, bem como acerca da sua utilização na gestão destes, foi escolhido caso analisado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo em que este também considerou os índices de desempenho para decidir sobre irregularidade na execução contratual. No caso em tela, acordaram de maneira unânime os conselheiros do tribunal em que a execução de contrato administrativo se dava de maneira irregular. Vejamos:

“Os serviços de operação da central de atendimento telefônico não têm atingido os indicadores de desempenho estabelecidos no item 26 do Termo de Referência. Em junho de 2014, apenas um indicador foi atendido (ILE - índice de tempo médio de atendimento da fila de espera) e outros dois chegaram bem próximo à meta estabelecida (ILA - índice de ligações abandonadas e IPS índice de pesquisa de satisfação);

“Os serviços de operação da central de atendimento telefônico não têm atingido os indicadores de desempenho estabelecidos no item 26 do Termo de Referência. Dos 10 indicadores, apenas dois foram atingidos em outubro/2014 e em outubro/2015, o que demonstra falhas recorrentes na execução dos serviços prestados;”

Conforme abordado no início deste texto, uma das utilidades mais essenciais dos indicadores de desempenho se dá na gestão dos contratos administrativos. No trecho extraído do acórdão vemos com facilidade que a empresa contratada não estava atingindo os indicadores mínimos satisfatórios para a manutenção do contrato, conforme prévia especificação em Termo de Referência. Em diversas vezes a decisão prestada tem por base o argumento da insuficiência de desempenho para justificar seu resultado.

Outra situação em que os indicadores de desempenho apresentam a sua eficácia é na vinculação com o processo de remuneração do contratado. No caso em análise, o prestador de serviços não possuía clareza nas informações apuradas e, também, sequer possuía relatórios comprovavam os dados exigidos para se vincular o desempenho ao pagamento ou, ainda, para comprovar a execução dos serviços.

Pode-se, também, notar que a decisão faz menção por diversas vezes à sistemática de vinculação dos critérios de desempenho para a aplicabilidade de sanções às contratadas cujo forem inadimplentes, interessante que no presente caso a prestadora possuía controles tão frágeis que implicavam na efetiva apuração, de forma a prejudicar a Transparência o um dos princípios mais basilares da Administração Pública.

“Embora o critério de faturamento seja "horas de posição de atendimento logadas", no processo de pagamento não há relatórios que demonstrem claramente as medições dessas horas e que informem a relação entre a quantidade de atendentes e as horas de atendimento logadas, fundamentais para comprovar a prestação dos serviços. Por esta razão, consideramos frágeis os controles existentes para aferição do faturamento e não justificadas as horas medidas;”

“Os procedimentos de controle das medições são frágeis, por inexistir meios e instrumentos adequados para ratificar e/ou retificar as medições apresentadas e o processo de apuração e eventual aplicação de penalidade à Contratada continuava moroso.””

Importante o destaque aos critérios técnicos de desempenho dado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo em sua decisão pelo motivo de se demonstrar que há efetivo acompanhamento dos indicadores e que o seu não cumprimento ensejará em uma decisão desfavorável ao prestador de serviços, ou ainda podendo gerar decisão desfavorável à administração por não efetuar o efetivo acompanhamento.

Destaca-se, por fim, a felicidade da administração pública neste caso ao utilizar corretamente seu poder discricionário para eleger critérios técnicos e monitoráveis para a composição do Termo de Referência durante o processo licitatório, de forma a possibilitar a consideração de irregularidades na execução do contrato.

## **Capítulo 7 – Considerações Finais**

É inevitável não se destacar a importância do poder já atribuído pela Lei 11.079/2004 aos indicadores de desempenho e sua correta utilização, uma vez que fornece ao administrador público poderosa ferramenta para auxiliá-lo na correta gestão de seus contratos públicos. Portanto, inevitável a pergunta: Porque não utilizar os indicadores na construção dos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/1993?

Conforme exposto durante este texto, buscamos demonstrar ao leitor que não há óbices cujo impeçam a utilização dos indicadores de desempenho nos contratos com base na Lei Federal de Licitações, apresentando, ainda, dois casos em que a Prefeitura do Município de São Paulo utilizou os critérios de avaliação de desempenho na composição de seus contratos.

Ressalta-se que em um dos casos apresentados houve intensa utilização da matéria aqui comentada, evidenciando a correta utilização de todo o arcabouço jurídico que permeia a inserção dos indicadores de desempenho nos contratos administrativos, sendo:

- Poder discricionário da administração pública utilizado com o objetivo de inserir critérios eficientes para a avaliação do desempenho;
- Correta execução do processo licitatório;
- Construção de contrato administrativo com a inserção dos critérios avaliativos corretos e mensuráveis;

Portanto, podemos responder à questão dizendo que há concreta possibilidade de se utilizar os indicadores de desempenho nos processos licitatórios abraçados pela Lei 8.666 de 1993. Pode-se, também, adicionar à resposta que a boa utilização dos indicadores gera resultados positivos ao administrador público de forma a vincular o sistema de pagamentos aos objetivos alcançados, bem como evidenciando à administração pública se o resultado do processo licitatório é satisfatório durante a execução do contrato, em outras palavras, será neste momento em que a administração pública poderá entender se, conforme a máxima popular, “o barato saiu caro”.

Por fim, destaca-se que o objetivo dos indicadores de desempenho é justamente fornecer à administração pública um painel para que esta possa efetuar de maneira eficiente e eficaz a gestão de seus contratos, de forma a garantir que se estabeleça uma relação de ganha-ganha onde os administrados percebem melhorias nos serviços públicos prestados e o administrador público consegue fazer boa administração economizando recursos com desnecessários processos licitatórios.

## Referências Bibliográficas

1. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.
2. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019
3. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.
4. PIRES, Antonio Cecílio Moreira. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
5. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, Jose Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Colaboração de Carla Rosado Burle.
6. SIDOU, José Maria Othon (org.). **Dicionário Jurídico: academia brasileira de letras jurídicas**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
7. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2019.
8. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei 8.666, de 21 de Junho de 1993. Brasília, DF, Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2019.
9. RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em:  
<http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/>. Acesso em: 20 jan. 2020.
10. VIAPIANA, Tabata. Licitação Questionada: Licitação da iluminação de SP deve aguardar trânsito em julgado de ações. 2019. Disponível em:  
<https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/tj-sp-volta-discutir-ppp-iluminacao-publicacao-sao-paulo>. Acesso em: 26 jul. 2019.
11. PAN, Jovem. São Paulo terá trem intercity, que ligará São Paulo a Campinas... 2019. Disponível em: <https://jovempan.uol.com.br/programas/jornal-da-manha/sao->

paulo-tera-trem-intercidades-que-ligara-sao-paulo-a-campinas-afirma-vice-governador.html. Acesso em: 26 jul. 2019.

**COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)**

---

**TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Eu, Pedro Paulo Genga

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 41557883 , Período Noturno , Turma R ,

tendo realizado o TCC com o título: A Avaliação de Desempenho dos Contratos Públicos Pautados na Lei 8.666 de 1993

sob a orientação do(a) professor(a): Antônio Cecílio Moreira Pires

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 17 de Junho de 2020 .



---

Assinatura do discente