

1962015_01590

Junte-se ao processado do

PLS

nº 559, de 2013

Em 24/09/2015



SENADO FEDERAL

Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle

Comissão de Constituição
Justiça e Cidadania

Senador Jorge Viana

Memo. nº 46/2015/CMA

Brasília, 14 de julho de 2015.

A Sua Excelência o Senhor
Senador RENAN CALHEIROS
Presidente do Senado Federal

Assunto: Encaminhamento de documentos para anexação ao PLS nº 559/2013

Senhor Presidente,

Comunico que, em Reunião realizada na CMA em 14 de julho de 2014, foi aprovado Parecer oferecido ao Aviso do Senado Federal nº 8/2014.

Informo que a Comissão concluiu no sentido de que sejam anexados ao PLS nº 559/2013: cópia do parecer oferecido ao AVS nº 8/2014, aprovado na CMA em 14/07/2015; e cópia do acórdão nº 1214/2013-TCU-Plenário, com o relatório e o voto que o acompanham. Sendo assim, nos termos do Art. 138, inciso II, solicito a adoção das providências pertinentes.

Respeitosamente,

Senador Otto Alencar

Presidente da Comissão de Meio Ambiente,
Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle

Recebido em 24/09/2015
Hora: 16:30 Roberto
Roberto Romanini - Matr. 268395
CCJ-SF

Recebido em 24/09/2015
Hora: 16:30 Roberto

PARECER N° , DE 2015

Da COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, sobre o Aviso nº 8, de 2014, do Tribunal de Contas da União (nº 43-GP/TCU, de 4 de fevereiro de 2014, na origem), pelo qual aquela Corte encaminha cópia do Acórdão nº 1.214/2013-TCU-Plenário (acompanhado dos respectivos Relatório e Voto), referente à representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimento (Adplan) do TCU com o objetivo de apresentar propostas de melhoria nos procedimentos de contratação e execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal (TC-006.156/2011-8).

RELATOR: Senador **BENEDITO DE LIRA**

RELATOR Ad Hoc: Senador **ATAÍDES OLIVEIRA**

I – RELATÓRIO

Submete-se ao conhecimento desta Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA) o Aviso (AVS) nº 8, de 2014, do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme discriminado na ementa.

Este Aviso traz ao conhecimento desta Casa representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan do próprio Tribunal, com o objetivo de apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de

contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.

A Corte de Contas constatou que, nos últimos anos, passaram a ocorrer com maior frequência problemas na execução de contratos de terceirização de serviços continuados, com interrupções na prestação dos serviços, ausência de pagamento aos funcionários de salários e outras verbas trabalhistas, trazendo prejuízos à administração e aos trabalhadores. Em razão disso, o então Presidente desse Tribunal, Ministro Ubiratan Aguiar, determinou à Administração do TCU que fossem realizados trabalhos conjuntos com outros órgãos da Administração Pública com o objetivo de formular propostas para ao menos mitigar tais problemas.

Inicialmente, para cumprir essa determinação, o Tribunal realizou uma primeira reunião com representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP) e da Advocacia-Geral da União (AGU), que corroboraram as percepções do Tribunal, reforçando a pertinência da realização do trabalho conjunto determinado pelo ex-Presidente daquela casa.

Foi constituído, então, um grupo de estudos, composto inicialmente por servidores do MP, da AGU e do TCU, passando a ser posteriormente integrado também por representantes do Ministério da Previdência Social (MPS), do Ministério da Fazenda (MF), do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) e do Ministério Público Federal (MPF), que discutiram aspectos relacionados aos procedimentos licitatórios, à gestão e ao encerramento desses contratos. Vários foram os tópicos abordados no estudo, dos quais destacamos: gestão de contratos e procedimentos licitatórios. Destes, damos relevo à atenção conferida aos seguintes pontos: qualificações econômico-financeira, técnico-operacional e técnico-profissional; garantia contratual; casos de parcelamento do objeto; técnicas de orçamentação; prazo de vigência dos contratos de prestação de serviço de forma contínua; percentuais de encargos sociais e lucros e despesas indiretas (LDI); domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana, instituída ou não, na qual serão prestados os serviços; fixação de sanções; e possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica.

II – ANÁLISE

O importante documento ora em análise chega ao conhecimento desta CMA encaminhado pela Presidência da Casa.

Cumpre salientar que a integralidade das conclusões a que chegou o Tribunal são importantes para todo administrador público conhecer, assim como nós, parlamentares, na qualidade de fiscalizadores da atuação do Poder Executivo. Ainda que grande parte delas não sejam, necessariamente, objeto da ação do legislador, pois as medidas de aprimoramento da ação estatal pertinentes podem ser atingidas com a adoção de meras decisões administrativas, de escolhas acertadas no âmbito de discricionariedade do gestor, havemos por bem salientar uma questão considerada mais sensível.

A primeira delas é a aventada possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica na aplicação da sanção de inidoneidade para licitar. O grupo de estudos defendeu que, apesar de não haver previsão legal explícita para que seja desconsiderada a pessoa jurídica na hipótese de declaração de inidoneidade de uma empresa para licitar e contratar com a Administração Pública, a utilização desse princípio seria viável juridicamente, quando caracterizada a prática de ato por parte dos sócios com o objetivo de perpetrar fraudes, burlar a lei, para escapar de suas obrigações. Propôs-se no corpo do relatório:

... o afastamento da licitação de empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida para licitar e contratar com a administração pública, em razão de fraude ou burla a lei, que compreendemos encontrar amparo legal no princípio da desconsideração da personalidade jurídica.

Na proposta de encaminhamento, ao final do relatório, entretanto, o grupo sugeriu a elaboração de minuta de Projeto de Lei que autorizasse

a aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica nos processos licitatórios de contratação de serviços terceirizados, afastando da licitação empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida de licitar e contratar com a Administração Pública em razão de fraude ou burla à lei.

Todavia, o Ministro-relator não encampou a sugestão, assim se posicionando:

43. Essa questão já foi objeto de atenção por parte do TCU em algumas oportunidades, tendo sido negada a possibilidade de aplicação da sanção de inidoneidade para licitar com a administração aos sócios da pessoa jurídica (Acórdãos 991/2006-Plenário, 1.209/2009-Plenário). Ainda que o Tribunal possa eventualmente no futuro se debruçar de novo a respeito dessa questão, entendo que a complexidade do tema, com todas as suas implicações, indica a necessidade se fazer uma avaliação bem mais aprofundada, não realizada no âmbito deste processo. Quanto à proposta de elaboração de projeto de lei prevendo expressamente tal possibilidade, mencione-se que já existe projeto com tal conteúdo (PL 4003/2012 – Câmara dos Deputados), sendo desnecessária a formulação da proposta sugerida pelo grupo.

Anotamos que a possibilidade de extensão da sanção a pessoas jurídicas das quais participem integrantes da sociedade originalmente punida também consta do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 559, de 2013 (art. 136, § 2º, II), que propõe um novo marco regulatório para as licitações e os contratos administrativos e que resultou dos trabalhos da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 19, de 2013.

Temos sérias dúvidas quanto à possibilidade de extensão da penalidade a outras pessoas que não a punida. Esta importante questão e outras igualmente relevantes trazidas no bojo do Acórdão nº 1.214/2013-TCU-Plenário, assim como nos respectivos Relatório e Voto, dão-me a certeza de que cópia desse conjunto de documentos deve ser juntado ao

processado do PLS nº 559, de 2013, de forma a contribuir com a discussão legislativa e aprimorar a proposição.

III – VOTO

À luz do exposto, opinamos pelo conhecimento do Aviso nº 8, de 2014, do Tribunal de Contas da União, por, nos termos do art. 138 do Regimento Interno, que cópias deste Relatório, do Acórdão nº 1.214/2013-TCU-Plenário, assim como do Relatório e do Voto que o acompanham, sejam juntados aos autos do PLS nº 559, de 2013, e pelo posterior arquivamento.

Sala da Comissão, em 14 de julho de 2015.

Senador OTTO ALENCAR, Presidente

Senador BENEDITO DE LIRA, Relator

Senador ATAÍDES OLIVEIRA, Relator Ad Hoc



SENADO FEDERAL

AVISO Nº 8, DE 2014

Aviso nº 43 - GP / TCU

Brasília, 4 de fevereiro de 2014.

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento, cópia do Acórdão nº 1.214/2013 (acompanhado dos respectivos Relatório e Voto) proferido pelo Plenário desta Corte, na Sessão de 22/5/2013, ao apreciar o processo nº TC-006.156/2011-8, que trata de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos (Adplan) do TCU com o objetivo de apresentar propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.

Atenciosamente,

JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Presidente

A Sua Excelência o Senhor
Senador RENAN CALHEIROS
Presidente do Senado Federal
Brasília-DF

ACÓRDÃO Nº 1214/2013 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 006.156/2011-8.
2. Grupo II – Classe – VII – Representação
3. Interessada: Secretaria-Geral Adjunta de Controle Externo (Adgecex).
4. Órgão: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP)
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria-Geral Adjunta de Controle Externo (Adgecex).
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan, com o objetivo de apresentar propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

9.1.1 que os pagamentos às contratadas sejam condicionados, exclusivamente, à apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/93;

9.1.2 prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;

9.1.3 que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;

9.1.4 fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure o pagamento de:

9.1.4.1 prejuízos advindos do não cumprimento do contrato;

9.1.4.2 multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada;

9.1.4.3 prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;

9.1.4.4 obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada.

9.1.5 quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela administração com o objetivo de verificar o recolhimento das contribuições previdenciárias, observar os aspectos abaixo:

9.1.5.1 fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita do Brasil, com o objetivo de verificar se as suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;

9.1.5.2 fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

9.1.5.3 fixar em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

9.1.5.4 reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/93;

9.1.5.5 exigir certidão negativa de débitos para com a previdência – CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao Sicaf;

9.1.5.6 prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano – sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez para um mesmo empregado, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;

9.1.5.7 comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias.

9.1.6 quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela Administração com o objetivo de verificar o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, observe os aspectos abaixo:

9.1.6.1 fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

9.1.6.2 fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

9.1.6.3 fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

9.1.6.4 fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;

9.1.6.5 solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;

9.1.6.6 prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos foram realizados pela contratada. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano – sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez em um mesmo empregado, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;

9.1.6.7 comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados.

9.1.7 somente sejam exigidos documentos comprobatórios da realização do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio alimentação, por amostragem e a critério da administração;

9.1.8 seja fixado em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio alimentação no dia fixado, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002;

9.1.9 a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado;

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

9.1.10.1 índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, índices calculados com base nas demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da licitação;

9.1.10.2 patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação;

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;

9.1.10.4 apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

9.1.11 seja fixada em contrato a obrigatoriedade de a contratada instalar, em prazo máximo de 60 (sessenta) dias, escritório em local (cidade/município) previamente definido pela administração;

9.1.12 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, para a contratação de até 40 postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, para contratos de mais de 40 (quarenta) postos, seja exigido um mínimo de 50%;

9.1.13 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 anos;

9.1.14 seja fixado em edital que a contratada deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços;

9.1.15 seja fixado em edital que somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior;

9.1.16 deve ser evitado o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, copeiragem, garçom, sendo objeto de parcelamento os serviços em que reste comprovado que as empresas atuam no mercado de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática;

9.1.17 a vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuada estará assegurada, dispensando a realização de pesquisa de mercado, quando:

9.1.17.1 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;

9.1.17.2 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais;

9.1.17.3 no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP. Se os valores forem superiores aos fixados pela SLTI/MP, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato;

9.1.18 seja fixada em edital exigência de que o domicílio bancário dos empregados terceirizados deverá ser na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços;

9.2 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que realize estudos a respeito dos seguintes assuntos:

9.2.1 viabilidade jurídica da edição de normativo que possibilite a consideração de falhas e irregularidades pregressas do fornecedor por ocasião da aplicação de nova sanção;

9.2.2 determinação de percentuais mínimos de lucro, LDI, despesas administrativas e outros, para que as propostas sejam consideradas exequíveis no âmbito de processos licitatórios para a contratação de serviços de natureza contínua;

9.3. esclarecer à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que os parâmetros numéricos apontados nos subitens 9.1.11, 9.1.13 e 9.1.14 são indicativos, cabendo àquela unidade definir os valores que constarão da norma;

9.4 recomendar à Advocacia-Geral da União que elabore normativos disciplinando os seguintes aspectos:

9.4.1 procedimentos a serem adotados pelos órgãos/entidades com o objetivo de viabilizar junto ao Judiciário acordo para o pagamento de verbas trabalhistas não honradas pelas contratadas;

9.4.2 procedimentos específicos a serem adotados pelos órgãos/entidades com o objetivo de executar as garantias contratuais quando a contratada não cumprir com as obrigações trabalhistas e previdenciárias;

9.5. determinar à Segedam que avalie a conveniência e a oportunidade de propor à Presidência deste Tribunal a normatização de outros aspectos discutidos neste processo, além daqueles abordados pela Portaria-TCU 297/2012, de tal forma que os procedimentos aqui tratados façam parte da rotina administrativa desta Casa, no que tange às contratações de serviços de natureza contínua.

9.6. encaminhar cópia do presente acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, aos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Previdência Social, à Controladoria-Geral da União, à Procuradoria-Geral da República e ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;

9.7. encaminhar cópia do presente acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Superior Tribunal Militar e ao Conselho Nacional de Justiça;

9.8 encaminhar cópia do presente acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, à Advocacia-Geral da União, determinando que o conteúdo deste julgado seja levado ao conhecimento de suas unidades consultivas.

10. Ata nº 17/2013 – Plenário.

11. Data da Sessão: 22/5/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1214-17/13-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (na Presidência), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, José Jorge, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)

VALMIR CAMPELO
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)

AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário**TC 006.156/2011-8****Natureza:** Representação.**Órgão:** Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP).**Interessada:** Secretaria-Geral Adjunta de Controle Externo (Adgecex).**Advogado constituído nos autos:** não há.

Sumário: REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ESTUDOS INTEGRADO POR SERVIDORES DE DIVERSOS ÓRGÃOS. FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS NO INTUITO DE IMPLEMENTAR MELHORIAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS ABORDADOS PELO GRUPO. FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À SLTI/MP E À AGU.

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan deste Tribunal, com o objetivo de apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.

2. Constatou-se que, nos últimos anos, passaram a ocorrer com maior frequência problemas na execução desse tipo de contrato, com interrupções na prestação dos serviços, ausência de pagamento aos funcionários de salários e outras verbas trabalhistas, trazendo prejuízos à administração e aos trabalhadores. Em razão disso, o então Presidente deste Tribunal, Ministro Ubiratan Aguiar, determinou à Administração do TCU que fossem realizados trabalhos conjuntos com outros órgãos da Administração Pública com o objetivo de formular propostas para ao menos mitigar tais problemas.

3. Inicialmente, para cumprir essa determinação, realizou-se uma primeira reunião com representantes do TCU, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP e da Advocacia-Geral da União – AGU, que corroboraram as percepções do Tribunal, reforçando a pertinência da realização do trabalho conjunto determinado pelo ex-Presidente desta Corte.

4. Foi constituído, então, um grupo de estudos, composto inicialmente por servidores do MP, da AGU e do TCU, passando a ser posteriormente integrado também por representantes do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, que discutiram aspectos relacionados aos procedimentos licitatórios, à gestão e ao encerramento desses contratos. Destacam-se a seguir, os tópicos abordados pelo referido grupo:

I. Breve histórico**II. Gestão de Contratos**

- a) Documentação exigida na fiscalização contratual
- b) Retenção de valores próxima ao final da vigência
- c) Validade das apólices de seguro
- d) Controle de encargos previdenciários
- e) Controle do recolhimento do FGTS
- f) Outros documentos
- g) Conta vinculada

III. Procedimentos Licitatórios

-
- a) Qualificação econômico-financeira
 - b) Qualificação técnico-operacional
 - 1. Local do escritório para contatos
 - 2. Atestados de capacidade técnica
 - 3. Experiência mínima de 3 anos
 - 4. Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto
 - 5. Idoneidade dos atestados
 - c) Qualificação técnico-profissional
 - d) Garantia contratual
 - e) Casos de parcelamento do objeto
 - f) Técnicas de orçamentação
 - g) Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviço de forma contínua
 - h) Percentuais de encargos sociais e LDI
 - i) Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana, instituída ou não, na qual serão prestados os serviços
 - j) Fixação de sanções
 - l) Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica
- IV. Conclusão
- a) Experiência do TCU
 - b) Resumo das propostas
 - c) Proposta de encaminhamento

5. Transcrevo trecho do relatório que tratou dos pontos acima, firmado por representantes dos órgãos acima mencionados, em 8/12/2010 (peça 1).

"II – GESTÃO DE CONTRATOS

16. Neste item, serão analisadas as propostas do grupo relacionadas à etapa de gestão contratual. Serão vistos os critérios utilizados para a regular fiscalização e pagamento, bem como as estratégias adotadas pela Administração para evitar prejuízos causados por empresas contratadas.

II.a – Documentação exigida na fiscalização contratual

17. Inicialmente, o Grupo de Estudos realizou breve levantamento das medidas atualmente adotadas pela Administração para evitar prejuízos causados pelas empresas terceirizadas aos trabalhadores e ao Erário.

18. Constatou-se que diversas providências já estavam sendo tomadas. Entretanto, as soluções apresentavam, à primeira vista, potenciais desvantagens: poderiam carecer de amparo legal e eram ineficientes e extremamente onerosas para o setor público, o que poderia até mesmo inviabilizar a terceirização.

19. Sem exceção, as providências adotadas têm sido sempre no sentido de intensificar o controle exercido sobre as contratadas, o que necessariamente aumenta o número de empregados e encargos na fiscalização desses contratos.

20. Dentre essas soluções, destaca-se a exigência de inúmeros documentos com a finalidade de verificar detalhadamente o cumprimento pelas empresas contratadas de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias. Para viabilizar a adoção desse procedimento, foram criadas unidades específicas, com custos excessivamente elevados, para conferência dessa documentação. A fiscalização, ao invés de se preocupar com o cumprimento do objeto do contrato, passou a utilizar seu tempo para examinar documentos. Além disso, os servidores destacados para o exercício dessa função precisam de treinamento específico, já que não detêm a qualificação necessária.

21. A documentação atualmente exigida supera, em muito, a orientação constante na Lei de Licitações. O art. 29, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/93, fixa orientação no sentido de que os contratados comprovem a regularidade para com as fazendas federal, estadual e municipal e para com a Seguridade

Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, comumente demonstrada mediante a apresentação de certidões negativas emitidas pelos órgãos fiscalizadores.

22. Nada obstante, a Administração passou a exigir uma quantidade cada vez maior de documentos das contratadas com a finalidade de se resguardar de possíveis prejuízos com o não pagamento de verbas trabalhistas e/ou da responsabilidade subsidiária por débitos previdenciários não pagos.

23. Além das cinco certidões exigidas pela Lei nº 8.666/93, a Administração passou a solicitar das contratadas cerca de 19 documentos, abaixo relacionados, apresentados em cópias autenticadas ou acompanhadas dos originais, conforme previsto na IN/MP 02/2008:

- a) Protocolo de Envio de Arquivos, emitido pela Conectividade Social (GFIP);
- b) Guia de Recolhimento do FGTS (GRF) com a autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando recolhimento for efetuado pela Internet;
- c) Relação dos Trabalhadores Constantes do Arquivo Sefip (RE);
- d) Relação de Tomadores/Obras (RET);
- e) Comprovante de Declaração à Previdência;
- f) Guia da Previdência Social (GPS) com a autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando recolhimento for efetuado pela Internet;
- g) carteiras de trabalho;
- h) folhas de pagamento;
- i) comprovação de depósito do salário em banco;
- j) contra cheques;
- k) rescisões de contratos;
- l) comprovação de pagamento de vales-transportes e auxílio alimentação;
- m) CAGED;
- n) RAIS;
- o) Recibo de férias;
- p) Atestados médicos admissionais e demissionais;
- q) certidão negativa de débitos salariais;
- r) certidão negativa de que não emprega crianças (menores de quatorze anos) em suas atividades;
- s) comprovação de obrigações previstas em convenção coletiva;

24. Trata-se, como visto, de documentos de cunho previdenciário, trabalhista e sindical. Muitos deles são complexos e exigem conhecimentos específicos para sua avaliação. Além disso, para uma análise mais precisa, o fiscal necessitaria dispor de recursos técnicos como, por exemplo, acesso a sistemas da Receita Federal do Brasil e da Caixa Econômica Federal, o que nem sempre é possível, pois essas informações são protegidas por sigilos fiscal e bancário.

25. Para que se tenha uma noção da dimensão das exigências formuladas pela Administração Pública, a empresa contratada pelo TCU para prestar serviços terceirizados de recepção (equivalente a 140 prestadores de serviço), entrega para análise, mensalmente, volume que ultrapassa 250 folhas, sendo necessárias centenas de cálculos para a conferência de valores.

26. No exemplo citado no parágrafo anterior, apesar de a contratada ter apresentado documentos perfeitamente regulares durante toda a execução, não honrou com os encargos sociais e verbas rescisórias dos empregados, tornando inócuo todo o trabalho de exame documental.

27. Nota-se que está ocorrendo uma transferência de responsabilidade pelas atividades de fiscalização. As que deveriam ser exercidas por órgãos específicos, tais como Receita Federal do Brasil, INSS, etc., estão ficando a cargo do fiscalizador de contratos (realizadas por servidores de forma específica em cada contrato). Tal procedimento não parece adequado, pois tende a sobrecarregar o fiscal com diversas análises complexas sem, entretanto, gerar maiores garantias aos trabalhadores terceirizados.

28. No caso da documentação previdenciária, é importante ressaltar que a Receita Federal do Brasil – RFB possui em seus quadros pessoal especializado, selecionado em concurso público específico,

com a atribuição exclusiva para fiscalizar essa contribuição, além de uma estrutura operacional voltada especialmente para essa finalidade.

29. Do mesmo modo, com relação ao FGTS e demais vantagens trabalhistas, o Ministério do Trabalho possui em seus quadros, pessoal altamente especializado, selecionado mediante concurso público rigoroso que exige conhecimentos específicos, para fiscalizar os direitos do trabalhador e uma estrutura operacional adequada às suas necessidades de fiscalização. Ademais, a Caixa Econômica Federal presta relevante apoio no que se refere à gestão do FGTS.

30. Igualmente, os sindicatos da categoria possuem uma estrutura adequada para examinar e fiscalizar os direitos de seus filiados.

31. Dessa forma, o Grupo de Estudos entende como desproporcional que se exija de servidores públicos contratados, no mais das vezes, para desempenharem funções específicas, como engenheiros, contadores, administradores, agentes administrativos, além de fiscalizarem o objeto de seus contratos, conforme preceitua o art. 67 da Lei 8.666/93, que examinem toda essa documentação, volumosa e extremamente complexa, sein os instrumentos adequados, com sérios riscos de responsabilização pessoal.

32. Propomos, portanto, que os pagamentos das contratadas sejam realizados exclusivamente com base na documentação prevista na Lei nº 8.666/93, e a garantia de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias seja obtida a partir de outros procedimentos, os quais serão explicados posteriormente neste relatório.

33. No entanto, caso se entenda que a documentação relacionada na IN/SLTI/MP nº 02/2008 deve continuar sendo solicitada e examinada de forma exaustiva, o Grupo de Estudos sugere que seja realizado estudo para viabilizar a “quarteirização” de serviços, mediante a contratação de empresa especializada na área contábil e administrativa, com a finalidade de prestar assistência à fiscalização, nos termos do art. 67, da Lei nº 8.666/93, dado o volume e a complexidade dos documentos e a incapacidade dos fiscais em realizar esse exame.

34. Como alternativa, o grupo discutiu a possibilidade de o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP solicitar à Caixa Econômica Federal que realize estudos com o objetivo de verificar a viabilidade de os pagamentos de terceirizados serem promovidos em uma única instituição financeira, selecionada pela administração, a qual teria como obrigação verificar a pertinência de toda a documentação ora examinada por servidores e como contrapartida teria assegurado o depósito dos salários dos empregados.

35. Confirmada a viabilidade jurídica para a administração estabelecer tal mecanismo de controle e definido qual diploma legal seria adequado, o estudo realizado pela Caixa Econômica Federal poderia prever a viabilidade de leilão da folha, com base no levantamento efetivo do volume de terceirizados existentes, estabelecendo a obrigatoriedade da abertura de contas-salário em conformidade ao que estabelece a Resolução do Conselho Monetário Nacional CMN (BACEN) nº 3.402, de 06/09/2006, que dispõe sobre a inexistência de tarifas bancárias para tais contas.

36. O Ministério do Planejamento poderá analisar também a viabilidade da contratação direta da Caixa Econômica Federal, por ser responsável pelo Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – Sefip, que encaminha as informações da Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social – GFIP, vez que poderia confirmar ainda o efetivo recolhimento, minimizando assim o controle individual a ser realizado pelos órgãos contratantes.

37. Em síntese, o Grupo comprehende que os fiscais de contratos não possuem os conhecimentos necessários para examinar a documentação atualmente exigida pela SLTI/MP. Além disso, os procedimentos adotados não possuem a eficiência desejada para coibir práticas irregulares por parte das contratadas no cumprimento de suas obrigações.

II.b – Retenção de valores próximo ao final da vigência

38. O momento mais importante na fiscalização dos contratos é a rescisão, já que é aí que a contratada sofre desembolso mais vultoso devido às verbas rescisórias. Neste momento, é comum que os empregados terceirizados ingressem com ações trabalhistas pleiteando benefícios que poderão ser arcados pela própria Administração, já que esta responde subsidiariamente.

39. Para que se tenha uma dimensão do problema, diversos contratos firmados pelo TCU nos últimos anos apresentaram problemas e foram rescindidos, obrigando a Administração a contratar emergencialmente esses serviços, repetindo desnecessariamente licitações que poderiam ser realizadas a cada cinco anos.

40. Nesses casos, a Administração do TCU, com o objetivo de evitar prejuízos aos empregados e à União, reteve cautelarmente os valores das últimas faturas e pagou diretamente aos empregados terceirizados os salários e demais verbas trabalhistas. Tais procedimentos beneficiaram mais de 300 empregados e tinham fundamento no próprio contrato, o qual continha autorização de glosa desses valores.

41. Observe-se, por oportuno, que não há ilegalidade na retenção cautelar dos valores dessas faturas, visto que a finalidade da glosa é evitar possíveis prejuízos causados pelas contratadas à Administração, conforme previsto expressamente em contrato.

42. Como se observa, a retenção dos valores da fatura, nestes casos, tem o objetivo de assegurar o pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados. Nos casos concretos, o TCU formalizou acordos com o Ministério Público do Trabalho e o Sindicato da categoria para pagar diretamente essas verbas.

43. Esses procedimentos, apesar de reduzirem os riscos de condenação da União pela Justiça do Trabalho, são complexos e contribuem para que os custos do contrato se tornem ainda mais altos, visto se somarem a outros já incorridos pela Administração. A vantagem reside no fato de que estes são adotados uma só vez, ao final de cada contrato, e, por isso, são inferiores àqueles decorrentes de controles mensais de documentação.

44. Por sugestão da AGU, esses procedimentos precisam ser aperfeiçoados para que o acordo e a retenção dos valores das últimas faturas sejam realizados junto à Justiça do Trabalho, com a participação do Ministério Público do Trabalho e do sindicato da categoria, e não apenas com esses dois últimos. Com isso, evita-se que o empregado terceirizado ingresse, posteriormente, com ação judicial em razão de questões já解决adas no âmbito do próprio Judiciário Trabalhista.

45. Em razão do exposto, o Grupo de Estudos concluiu que Administração deve consignar nos contratos para realização de serviços continuados autorização expressa para que a Administração retenha, cautelarmente, ao final do contrato, os valores das faturas para o pagamento de contribuições sociais, FGTS e demais verbas trabalhistas, extrajudicialmente e/ou por meio do Judiciário Trabalhista.

46. Por derradeiro, é importante solicitar, de forma amostral, anualmente ou ao final do contrato, cópia das rescisões de contratos de trabalho e verificar se foram homologadas sem ressalvas pelo sindicato da categoria ou pela Delegacia do Trabalho respectiva. Caso conste alguma ressalva, devem ser adotadas providências com o objetivo de verificar a pertinência do questionamento feito pelo empregado e, se for o caso, cobrar da empresa que cumpra a exigência fixada.

47. Decidiu ainda o Grupo de Estudos que os representantes da AGU ficariam responsáveis por apresentar norma fixando orientação a respeito dos procedimentos que devem ser adotados pelos órgãos/entidades com o objetivo de viabilizar junto ao Judiciário acordo para o pagamento de verbas trabalhistas não honradas pelas contratadas.

II.c – Validade das apólices de seguro

48. No item anterior, tratamos das dificuldades em se garantir, ao final do contrato, o correto pagamento das verbas rescisórias devidas aos prestadores de serviço. Além do procedimento citado, de retenção dos valores das últimas faturas, temos o clássico mecanismo já previsto em lei: o uso da garantia contratual.

49. Entretanto, o Grupo de Estudos verificou que as apólices de seguro apresentadas pelas contratadas como garantia, nos termos do art. 56, § 1º, da Lei 8.666/93, excluíam expressamente os prejuízos causados ao erário em razão do não pagamento de verbas trabalhistas, FGTS e contribuição para a previdência social.

50. Considerando que a União responde subsidiária e solidariamente por esses encargos, o Grupo de Estudos entendeu pertinente a inclusão expressa de responsabilidade do garantidor pelas verbas

trabalhistas, FGTS e contribuições previdenciárias não honradas pela contratada, cujos termos devem ser consignados no contrato, como no exemplo abaixo especificado:

1. A CONTRATADA deverá apresentar à Administração da CONTRATANTE, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da data da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia correspondente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor anual atualizado do contrato, podendo essa optar por caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

2. A garantia assegurará, qualquer que seja a modalidade escolhida, o pagamento de:

- a) prejuízo advindo do não cumprimento do objeto do contrato e do não adimplemento das demais obrigações nele previstas;
- b) prejuízos causados à administração ou a terceiro, decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;
- c) as multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e
- d) obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias de qualquer natureza, não honradas pela contratada.

3. Não serão aceitas garantias em cujos termos não constem expressamente os eventos indicados nas alíneas a a d do item 2 imediatamente anterior.

4. A garantia em dinheiro deverá ser efetuada na Caixa Econômica Federal, com correção monetária, em favor do Tribunal de Contas da União.

5. A inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia acarretará a aplicação de multa de 0,07% (sete centésimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso, até o máximo de 2% (dois por cento).

6. O atraso superior a 30 (trinta) dias autoriza a Administração a promover a retenção dos pagamentos devidos à contratada, até o limite de 5% do valor anual do contrato a título de garantia, a serem depositados junto à Caixa Econômica Federal, com correção monetária, em favor da contratada.

7. O garantidor deverá declarar expressamente que tem plena ciência dos termos do edital e das cláusulas contratuais.

8. O garantidor não é parte interessada para figurar em processo administrativo instaurado pelo Tribunal de Contas da União com o objetivo de apurar prejuízos e/ou aplicar sanções à contratada.

9. Será considerada extinta a garantia:

- a) com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Administração, mediante termo circunstanciado, de que o contratado cumpriu todas as cláusulas do contrato;
- b) no prazo de 90 (noventa) após o término da vigência, caso a Administração não comunique a ocorrência de sinistros.

10. ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DA GARANTIA

10.1 O Tribunal de Contas da União não executará a garantia na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses:

- a) caso fortuito ou força maior;
- b) alteração, sem prévia anuência da seguradora ou do fiador, das obrigações contratuais;
- c) descumprimento das obrigações pelo contratado decorrentes de atos ou fatos praticados pela Administração;
- d) atos ilícitos dolosos praticados por servidores da Administração.

10.2 cabe à própria administração apurar a isenção da responsabilidade prevista nas alíneas c e d do item 10.1, não sendo a entidade garantidora parte no processo instaurado pelo Tribunal de Contas da União.

10.3 não serão aceitas garantias que incluam outras isenções de responsabilidade que não as previstas neste item.

51. Assim como no item anterior, a AGU deverá fixar orientação a respeito dos procedimentos específicos a serem adotados com o objetivo de executar essas garantias quando a contratada não cumprir com essas obrigações.

52. Propomos, portanto, que as cláusulas acima sejam incorporadas, como rotina, nos contratos administrativos em geral.

II.d – Controle de encargos previdenciários

53. O Grupo de Estudos observou ainda que, nos termos do art. 47, inciso I, c/c o art. 48, da Lei 8.212/91, a responsabilidade solidária da União pelas contribuições previdenciárias não pagas por contratados ocorre tão somente quando se deixa de solicitar a Certidão Negativa de Débito CND. A Administração é obrigada, ainda, a reter 11% sobre o valor da nota fiscal relativa a serviços, conforme preceitua o art. 31 da mesma Lei.

54. Verificou-se, também, que a solicitação da documentação para comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias, tais como GPS, GFIP, Relação de Empregados, Folha de Pagamento, não inibe a sonegação dessas contribuições, pois a empresa devedora pode retificar as informações prestadas anteriormente, mediante sistema de compensações. Assim, uma empresa pode apresentar essa documentação à fiscalização e, em seguida, alterar as informações perante a Receita. Mais do que isso, pode até mesmo não recolher parte dos valores e informar à Administração que realizou a compensação de valores retidos.

55. O Grupo de Estudos constatou a possibilidade de o próprio empregado acompanhar o recolhimento de suas contribuições previdenciárias retidas pelo empregador, via internet, necessitando apenas que se cadastre nos sistemas da Previdência e obtenha uma senha específica.

56. Como o empregado é o principal interessado no recolhimento de suas contribuições previdenciárias, o Grupo considera que o meio mais eficiente para controlar o recolhimento dessas contribuições conta, necessariamente, com a participação desses trabalhadores.

57. Para promover a participação dos trabalhadores, propõe-se que a empresa contratada seja obrigada a adotar providência com o objetivo de cadastrá-los junto à previdência. A empresa teria prazo razoável, fixado em contrato, para adotar tais providências, sendo ela obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização dos contratos.

58. Os empregados deverão ser orientados sobre os meios e as vantagens de extrair regularmente seu próprio extrato, bem como de que forma devem alertar à fiscalização quanto a dúvidas ou eventuais falhas nos depósitos.

59. Há que se considerar, ademais, que, detectada a falha no recolhimento dessas contribuições, devem os fiscais do contrato adotar as providências necessárias com o objetivo de, imediatamente, comunicá-la à Receita Federal do Brasil, a quem compete a arrecadação e fiscalização.

60. Sendo assim, o Grupo de Estudos comprehende que, relativamente às contribuições previdenciárias, a Administração deve adotar os seguintes procedimentos:

a) fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita Federal do Brasil, com o objetivo de verificar se suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;

b) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização dos contratos;

c) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º, da Lei nº 10.520/2002.

d) reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/91;

e) exigir certidão negativa de débitos para com a previdência – CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao Sicaf;

- f) orientar os fiscais dos contratos que solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. O objetivo é que todos os empregados tenham seus extratos avaliados ao final de um ano – sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;
- g) comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita Federal do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias.

II.e – Controle do recolhimento do FGTS

61. Assim como no caso dos recolhimentos previdenciários, o Grupo de Estudos se debruçou sobre a conferência do recolhimento do FGTS. Um dos instrumentos utilizados pela Administração para esta conferência é a Relação de Empregados – RE. O Grupo considerou que esta relação pode ser instrumento adequado de fiscalização, visto que a Caixa Econômica Federal adota procedimento muito rigoroso para realizar qualquer alteração dos depósitos já efetuados. Porém, nada impede que essa documentação seja apresentada de forma fraudulenta pela empresa contratada. Além disso, a conferência dessa documentação é complexa e torna o processo oneroso, sendo certo que os fiscais de contratos, em sua grande maioria, não possuem condições de examinar esses documentos.

62. Do mesmo modo que a contribuição social, o Grupo de Estudos constatou que o trabalhador pode verificar se os depósitos do FGTS foram ou não realizados. Para isso, deve dirigir-se a uma agência da Caixa Econômica Federal e solicitar o extrato nas recepções ou alternativamente pode requerer àquela instituição a emissão do “cartão cidadão” e, por meio desse, retirá-lo nos terminais de autoatendimento.

63. Bem como no caso da contribuição previdenciária, o trabalhador é o meio mais eficiente para controlar os depósitos realizados em sua conta do FGTS. Além disso, constatou-se que as empresas também conseguem obter o extrato da conta do FGTS de seus empregados.

64. Assim, a Administração deve adotar os seguintes procedimentos com o objetivo de coibir a prática de irregularidades pelas contratadas, no que se refere ao recolhimento do FGTS:

- a) fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;
- b) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;
- c) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002.
- d) fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;
- e) solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;
- f) orientar os fiscais dos contratos que solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos foram realizados pela contratada. O objetivo é que todos os empregados tenham seus extratos avaliados ao final de um ano – sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;

g) comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados.

II.f – Outros documentos

65. De acordo com a IN/SLTI/MP nº 02/2008, existem outros documentos que devem ser requisitados mensalmente, os quais possibilitariam a conferência do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio-alimentação.

66. Após discutir o tema, o Grupo de Estudos constatou que a fiscalização é imediatamente avisada pelos empregados quanto ao não cumprimento destas obrigações contratuais. Nessa linha de raciocínio, entende-se que essa documentação somente deve ser exigida pela administração quando tomar ciência de que esteja ocorrendo alguma irregularidade no pagamento dessas verbas.

67. É pertinente, também, que seja fixado em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não pagamento do salário, vale-transporte e auxílio alimentação aos empregados no dia fixado, o que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada, e à declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

II.g – Conta vinculada

68. Além do rol de documentos fixados na IN/SLTI/MP nº 02/2008, um novo procedimento, com o objetivo de resguardar o Erário, está sendo introduzido na contratação de empresas terceirizadas pela Administração Pública: a retenção dos valores relativos a férias, décimo terceiro e multa sobre o FGTS, das faturas das contratadas, conforme orientação da Instrução Normativa mencionada.

69. A respeito desse procedimento, cumpre destacar que o TCU já se manifestou sobre a questão, conforme Acórdãos nos 1937/2009-2ª Câmara e 4.720/2009-2ª Câmara. Na primeira oportunidade, orientou o Banco do Brasil a respeito da pertinência de se reter parte das faturas como garantia de pagamento de verbas trabalhistas. Na segunda, em grau de pedido de reexame interposto pela instituição bancária, o TCU compreendeu que a retenção desses valores é ilegal, pois constitui garantia excessiva àquela fixada pela Lei nº 8.666/93.

70. Além do aspecto legal do problema, há que se considerar que o processo de operacionalização dessas contas representa acréscimos ainda maiores aos custos de controle dos contratos terceirizados, pois são milhares de contas com infinidáveis operações a serem realizadas. Os riscos são altos, especialmente para os servidores responsáveis por essas tarefas – é comum que os fiscais dos contratos não possuam os conhecimentos do sistema bancários necessários para o desempenho dessa atribuição.

71. Por outro lado, o representante do Ministério da Fazenda no Grupo de Estudos acentuou que a operacionalização desse procedimento é simples. Segundo informa, os valores retidos são liberados sempre que a empresa demonstra que realizou algum pagamento com base nas parcelas que originaram a retenção, sem entrar em detalhes a respeito da fidedignidade dos cálculos realizados.

72. Há que se considerar que, além do controle sobre cada uma dessas contas, a adoção desse procedimento representa interferência direta da Administração na gestão da empresa contratada. Sendo assim, nos parece que contribui ainda mais para que a Justiça do Trabalho mantenha o entendimento de que a União é responsável subsidiária pelas contribuições previdenciárias, FGTS e demais verbas trabalhistas.

73. Por todo o exposto, o Grupo de Estudos conclui que a gestão dos contratos deve ser realizada da forma menos onerosa possível para o erário; compatível com os conhecimentos dos fiscais desses contratos; com critérios estatísticos e focados em atos que tenham impactos significativos sobre o contrato e não sobre erros esporádicos no pagamento de alguma vantagem. Nesse sentido, a utilização da conta bancária vinculada prevista na IN/SLTI/MP 02/2008 não é indicada.

III – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

74. Como se tem observado, o Judiciário Trabalhista tem condenado a União de forma rotineira, amparado no Enunciado TST 331, como responsável subsidiária pelo pagamento de verbas

trabalhistas não honradas pelas empresas contratadas para a prestação de serviços, com cessão de mão de obra, sob o argumento de culpa *in eligendo e in vigilando*. Em síntese, afirma o Judiciário trabalhista que a União contrata mal seus prestadores de serviços, não obstante os instrumentos que a Lei 8.666/93 lhe oferece para evitar esse tipo de problema.

75. Por pertinente, traz-se à colação excerto do voto daquela justiça especializada, proferido no âmbito de Recurso Ordinário interposto pela União contra ação que a condenou subsidiariamente:

“Os arts. 27 a 56 da Lei nº 8666/93 asseguram à Administração Pública uma série de cautelas para evitar a contratação de empresas inidôneas e para se garantir quanto a descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços, inclusive a caução. Se, no entanto, assim não age, emerge clara a culpa “*in eligendo*” e “*in vigilando*” da Administração Pública. E, considerando o disposto no § 6º do art. 37 e no art. 193 da Constituição Federal, bem poder-se-ia ter como inconstitucional o § 2º do art. 71 da Lei nº 8666/93 se se considerasse que afastaria a responsabilidade subsidiária das entidades públicas, mesmo que houvesse culpa ‘*in eligendo*’ e ‘*in vigilando*’ na contratação de empresa inidônea para a prestação de serviços. Por isto a conclusão no sentido de que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8666/93 refere-se à responsabilidade direta da Administração Pública, ou mesmo a solidária, mas não à responsabilidade subsidiária, quando se vale dos serviços de trabalhadores através da contratação de uma empresa inidônea em termos econômicos-financeiros, e ainda se omite em bem fiscalizar. Neste sentido se consagrou a jurisprudência desta Corte, tendo o item IV do Enunciado nº 331 explicitado que ‘o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8666/93)’”.(grifamos)

76. Mesmo ante todas as cautelas atualmente adotadas com a solicitação de vasta documentação, diversos contratos de terceirização apresentam, de forma sistemática, irregularidades graves na sua execução, tais como a falta de pagamento ou pagamento atrasado de salários, verbas rescisórias, férias, FGTS, décimo terceiro salário, contribuições previdenciárias.

77. É esperado que a mudança no processo de fiscalização, com a racionalização do exame da documentação ora proposta, contribua de forma efetiva para a melhoria da gestão desses contratos de tal modo que as faltas cometidas pelas empresas terceirizadas sejam efetivamente detectadas e corrigidas a tempo, de maneira que reste comprovado junto à Justiça Especializada que a União tem assegurado os direitos fundamentais do trabalhador.

78. Contudo, apenas mudanças concretas nos procedimentos licitatórios serão capazes de reduzir os atuais problemas da administração pública federal na contratação de empresas em condições de prestar os serviços requeridos e cumprir as obrigações previstas em legislação específica e no contrato.

79. Nessa linha de raciocínio, é essencial que a Administração reexamine seus editais, inserindo critérios rigorosos de habilitação, em especial no que se refere às qualificações técnico-operacional, profissional, e econômico-financeira das licitantes.

80. Cumpre observar que o art. 3º da Lei 8.666/93 fixa orientação no sentido de que “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

81. Considera-se a proposta mais vantajosa para a administração aquela que contempla produto ou serviço de boa qualidade, associada a preço compatível com o praticado pelo mercado, conforme previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/93.

82. Para que se obtenha a proposta mais vantajosa é necessária a especificação do produto ou serviço adequada às reais necessidades da Administração e a formulação de exigências de qualificação técnica e econômico-financeira que não restrinjam a competição e propiciem a obtenção de preços compatíveis com os de mercado, mas que afastem empresas desqualificadas do certame.

83. Com esse propósito, o Grupo de Estudos investiu no debate dos pontos abaixo relacionados:

- d. Qualificação econômico-financeira
- e. Qualificação técnico-operacional
- 1. Local do escritório para contatos
- 2. Atestados de capacidade técnica
- 3. Experiência mínima de 3 anos
- 4. Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto
- 5. Idoneidade dos atestados
- f. Qualificação técnico-profissional
- g. Garantia contratual
- h. Casos de parcelamento do objeto
- i. Técnicas de orçamentação
- j. Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviço de forma contínua
- k. Percentuais de encargos sociais e LDI
- l. Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana, instituída ou não, na qual serão prestados os serviços
- m. Fixação de sanções
- n. Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica
- o. Regime fiscal

III.a – Qualificação econômico-financeira

84. De acordo com o art. 27, inciso III, da Lei nº 8.666/93, para a habilitação nas licitações deverá ser exigida das licitantes a qualificação econômico-financeira, que será composta por um conjunto de dados e informações condizentes com a natureza e as características/especificidades do objeto, capazes de aferir a capacidade financeira da licitante com referência aos compromissos que terá de assumir caso lhe seja adjudicado o contrato.

85. No intuito de conhecer a abrangência das exigências de qualificação econômico-financeira nos processos licitatórios para contratação de serviços terceirizados foram, consultados editais de vários órgãos federais e percebeu-se que, embora a legislação permita exigência maior, somente tem-se exigido a comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação quando quaisquer dos índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral são iguais ou inferiores a 1 (um).

86. Ocorre que, via de regra, as empresas não apresentam índices inferiores a 1 (um), por consequência, também não se tem exigido a comprovação do patrimônio líquido mínimo, índice que poderia melhor aferir a capacidade econômica das licitantes.

87. Por certo, este aparente detalhe, tem sido o motivo de tantos problemas com as empresas de terceirização contratadas que, no curto, médio e longo prazos, não conseguem honrar os compromissos assumidos com os contratantes.

88. O problema está no fato de que o cálculo de índices contábeis pelo método dos quocientes, tal como disponibilizado no SICAF, por si só, não tem demonstrado adequadamente a capacidade econômico-financeira das licitantes, eis que não a evidenciam em termos de valor. Assim, tem-se permitido que empresas em situação financeira inadequada sejam contratadas.

89. Com o propósito de salvaguardar a administração de futuras complicações, entendeu-se que há de se complementar as avaliações econômico-financeiras dos licitantes por meio de critérios ou índices que expressem valores como percentuais de outro valor, dentro do limite legalmente autorizado. Por exemplo, patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado para a nova contratação ((ativo total – passivo)/10 > valor estimado da contratação), ou pelo método da subtração, como no caso do cálculo do capital de giro ou capital circulante líquido (ativo circulante – passivo circulante).

90. A título de exemplificação, em tese, na avaliação da liquidez corrente, uma empresa com R\$ 1,50 (um real e cinquenta centavos) no ativo circulante e R\$ 1,00 (um real) no passivo circulante terá ..

o mesmo índice de liquidez de outra empresa com R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos mil reais) no ativo circulante e R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão) no passivo circulante, qual seja, liquidez corrente igual a 1,5.

91. Observa-se que, embora tenham o mesmo índice, são empresas com capacidades econômico-financeiras totalmente distintas. Todavia, se não fosse conhecido o ativo e o passivo circulante em termos de valor monetário, seriam elas, equivocadamente, consideradas como equivalentes do ponto de vista econômico-financeiro. Daí a utilidade do capital circulante líquido – CCL.

92. Em contratos de fornecimento de bens permanentes e de consumo a diferença entre os capitais circulantes líquidos – CCL's das duas empresas hipotéticas citadas acima não seria tão relevante, pois o licitante tem espaço para negociar preços e prazos de pagamento com seu fornecedor e não carece, por exemplo, de liquidez ou patrimônio, eis que figura como espécie de intermediário e sua situação financeira não é determinante para o contratante, mas sim a efetiva entrega do bem. Além disso, não há encargos previdenciários e/ou trabalhistas vinculados diretamente ao objeto.

93. Ao contrário das empresas de fornecimento de bens, as de terceirização de serviços são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo e de alta liquidez, como moeda corrente, pois se faz necessário que disponham de recursos suficientes no ativo circulante para suportar despesa com a folha de pagamento e outros encargos a cada mês, independentemente do recebimento do pagamento do órgão para o qual presta os serviços.

94. Cabe consignar que, no âmbito da administração pública, salvo pequenas exceções, não há a figura do pagamento antecipado e nem seria razoável, pois a administração funcionaria como financiadora a custo zero de empresas de terceirização e não como contratante propriamente dita. Além disso, se assim o fosse, as empresas trabalhariam com risco zero, situação incompatível com as atividades da iniciativa privada, que pressupõem sempre a existência do risco do negócio.

95. O pagamento somente pode ocorrer após o ateste do serviço realizado, normalmente no decorrer do mês posterior à prestação dos serviços. Assim, faz sentido exigir das licitantes que tenham recursos financeiros suficientes para honrar no mínimo 2 (dois) meses de contratação sem depender do pagamento por parte do contratante. Uma empresa que não tenha esta capacidade quando da realização do processo licitatório, certamente terá dificuldades de cumprir todas as obrigações até o fim do contrato.

96. Além da avaliação da capacidade econômico-financeira da licitante por meio do patrimônio líquido e do capital circulante líquido, há que se verificar ainda se a mesma tem patrimônio suficiente para suportar compromissos já assumidos com outros contratos sem comprometer a nova contratação. Essa condição pode ser aferida por meio da avaliação da relação de compromissos assumidos, contendo os valores mensais e anuais (contratos em vigor celebrados com a administração pública em geral e iniciativa privada) que importem na diminuição da capacidade operativa ou na absorção de disponibilidade financeira em face dos pagamentos regulares e/ou mensais a serem efetuados.

97. Considerando que a relação será apresentada pela contratada, é importante que a administração assegure-se que as informações prestadas estejam corretas. Desse modo, também deverá ser exigido o demonstrativo de resultado do exercício – DRE (receita e despesa) pela licitante vencedora.

98. Como, em tese, grande parte das receitas das empresas de terceirização é proveniente de contratos, é possível inferir a veracidade das informações apresentadas na relação de compromisso quando comparada com a receita bruta discriminada na DRE. Assim, a contratada deverá apresentar as devidas justificativas quando houver diferença maior que 10% entre a receita bruta discriminada na DRE e o total dos compromissos assumidos.

99. Por fim, comprovada a correlação entre o valor total dos contratos elencados na relação de compromissos e o montante da receita bruta discriminada na DRE, o valor do patrimônio líquido da contratada não poderá ser inferior a 1/12 do valor total constante da relação de compromissos.

100. Nos termos do artigo 31, parágrafos 1º e 5º, da Lei nº 8.666/93, no que diz respeito aos índices, somente é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade, bem como índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

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

...
§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

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

101. No mesmo sentido, a fixação do limite mínimo de 10% (dez por cento) do patrimônio líquido em relação ao valor da contratação está literalmente autorizada no art. 31, § 3º, da Lei nº 8.666/93, sem quaisquer exigências de justificativas ou outras restrições; bem assim a relação de compromissos, a qual deve ser calculada em função do patrimônio líquido atualizado, conforme dispõe o art. 31, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

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

...
§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

...
§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.”

102. Assim, com base nesses pressupostos, propõe-se as seguintes condições de habilitação econômico-financeira para comporem os editais destinados à contratação de serviços terceirizados:
As licitantes deverão apresentar a seguinte documentação complementar:

Capital Circulante Líquido – CCL:

1.1. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da realização do processo licitatório, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;

Patrimônio Líquido – PL mínimo de 10%:

1.2. Comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura do processo licitatório;

Relação de Compromissos e Demonstração do Resultado do Exercício – DRE:

1.3. Comprovação, por meio de declaração, da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo X, de que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura do processo licitatório, não é superior ao Patrimônio Líquido do licitante, podendo este ser atualizado na forma da subcondição anterior;

1.3.1. A declaração de que trata a subcondição 1.3 deverá estar acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social;

1.3.2. A declaração de que trata a subcondição 1.3 que apresentar divergência percentual superior a 10% (dez por cento), para cima ou para baixo, em relação à receita bruta discriminada na Demonstração do resultado do Exercício (DRE) deverá estar acompanhada das devidas justificativas.

Certidão Negativa de Falência:

1.4. Certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante;”

III.b – Qualificação técnico-operacional

103. Ante a percepção da fragilidade das exigências fixadas nas cláusulas do edital relativas à qualificação técnico-operacional das empresas de terceirização, visto que a Administração Pública vem se balizando em orientações voltadas à contratação de obras, que se refere a objeto absolutamente distinto dos serviços de natureza continuada, foram envidados esforços no sentido de formular critérios mais adequados a demonstrar a capacidade operacional dessas empresas, compatível com o que está sendo licitado.

III.b.1 – Local do escritório para contatos

104. A primeira proposta tem por fundamento legal o art. 30, inciso II, e § 6º, da Lei 8.666/93, e refere-se à comprovação de que a empresa possui ou se compromete a montar matriz, filial ou escritório em local previamente definido no edital, com pessoal qualificado e em quantidade suficiente para gerir o contrato.

105. Essa exigência se faz necessária tendo em vista que, com o advento do pregão eletrônico, empresas de diversos estados vencem a licitação, assinam contrato, e não têm montada, de forma espontânea, estrutura administrativa próxima ao local de gestão do contrato e de seus empregados. Com isso, a Administração e os empregados têm dificuldade em manter contatos com os administradores da empresa. Muitas vezes sequer conseguem localizar a sede da empresa contratada.

III.b.2 – Atestados de capacidade técnica

106. Outro ponto de vital importância refere-se à comprovação de que a empresa possui aptidão em realizar o objeto licitado, haja vista as particularidades atuais inerentes à prestação de serviços de natureza continuada.

107. De acordo com o art. 30, inciso II, e § 1º, da Lei nº 8.666/93, a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação, deve ser verificada por meio de atestados técnicos, registrados nas entidades profissionais competentes, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

108. Comumente tem sido exigido da licitante que comprove que prestou serviço equivalente a 50% do que se pretende contratar, como forma de verificar a compatibilidade de objetos no que se refere a quantidades.

109. No entanto, há que se perceber que cada contratação requer habilidades específicas, de forma que essa linha de entendimento não pode ser aplicada uniformemente.

110. A qualificação técnica exigida dos licitantes consiste, segundo as palavras de Marçal Justen Filho, no “domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado”. Logo, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica deve ser suficiente para garantir à Administração que o contratado terá aptidão para executar o objeto pretendido. Tal aptidão pode se referir a vários aspectos.

111. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra.

112. As empresas que prestam serviços terceirizados, em regra, não são especialistas no serviço propriamente, mas na administração da mão de obra. É uma realidade de mercado à qual a Administração precisa se adaptar e adequar seus contratos. É cada vez mais raro firmar contratos com empresas especializadas somente em limpeza, ou em condução de veículos, ou em recepção. As contratadas prestam vários tipos de serviço, às vezes em um mesmo contrato, de forma que adquirem habilidade na gestão dos funcionários que prestam os serviços, e não na técnica de execução destes.

113. Conquanto seja muito provável que as próprias demandas da Administração tenham moldado esse comportamento das empresas, debater o tema ou a aderência do modelo à concepção ideal da terceirização de serviços não se mostra proveitoso.

114. O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais. É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tornando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado.

115. Destaque-se que a constatação de que a habilidade requerida para a prestação de serviços terceirizados mediante cessão de mão de obra é diferenciada, advém da experiência da Administração na condução desses contratos. Tem-se observado que a maior causa de fracasso na execução dos ajustes é a incapacidade das empresas de manter a prestação dos serviços ao longo do tempo sem falhar no cumprimento de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias junto aos empregados. Logo, pode-se concluir que a habilidade de gestão de pessoal, nesses casos, relaciona-se mais à saúde financeira das empresas e à capacidade de gerenciar recursos financeiros e custos.

116. Por tudo isso, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica exigidos nas licitações não tem atendido aos pressupostos da Lei 8.666/93 – aptidão para executar os serviços contratados e cumprir com os demais encargos exigidos pela legislação e pelo contrato.

117. Com o propósito de atender aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, entende-se que deve ser requerido, para demonstrar a capacidade técnica para gerir pessoal, um mínimo de 20 (vinte) postos, pouco importando as dimensões dos serviços. Essa exigência presta-se a assegurar que a contratada possui a aptidão mínima para gerenciar contratos de natureza continuada, com cessão de mão de obra, perante a administração pública, até o limite de quarenta postos. Após esse limite, passaria a ser exigido 50% do total de postos de trabalho objeto da licitação.

118. Note-se que fazer exigências com base na dimensão do objeto, que, aliás, podem permanecer em 50%, por si só não traria o proveito esperado à Administração, pois não se prestaria a demonstrar a necessária capacidade da empresa em gerenciar pessoal. Este raciocínio só é utilizado em contratos pequenos. Em contratos de grande vulto, é perfeitamente possível e razoável se exigir 50% da quantidade de postos e 50% do objeto.

119. A título de exemplo, cabe mencionar o caso concreto da contratação realizada pelo TCU para a prestação de serviços de jardinagem. De acordo com o edital, a licitante vencedora deveria apresentar atestado comprovando a execução de serviço compatível com o pretendido, no percentual de 50% da área de jardins do TCU, que totaliza 61.098 m². O mesmo Edital exigiu que a contratada deveria disponibilizar 13 (treze) empregados para prestar os serviços. Na linha de entendimento ora defendida, foi exigido da licitante que apresentasse atestado comprovando que executou serviços com pelos menos 20 postos de trabalho. Veja-se que não obstante se exigir que a empresa detivesse conhecimentos específicos na execução de serviços de jardinagem, se exigiu também que possuísse uma qualificação mínima na gestão de pessoas.

120. Ademais, é pertinente alertar que, ainda que entendido que o mínimo de 20 postos é o número adequado para comprovar que a empresa tem capacidade em gerenciar pessoas, portanto apta a prestar serviços de natureza continuada, não se trata de determinação, mas tão somente de uma recomendação a ser seguida, haja vista que, a depender das peculiaridades do local onde será realizada a licitação, essa exigência poderá até mesmo impossibilitar a contratação do serviço pretendido.

III.b.3 – Experiência mínima de 3 anos

121. Observe-se, ainda, que o mesmo art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93, autoriza expressamente a administração a exigir da licitante a comprovação de que já executou objeto compatível, em prazo, com

o que está sendo licitado. De acordo com o art. 57, inciso II, dessa Lei, os contratos para prestação de serviços de forma contínua poderão ser prorrogados por até sessenta meses. Nesse sentido, compreendemos pertinente que a exigência relativa a prazo possa ser feita até o limite das prorrogações sucessivas.

122. Não obstante a autorização legal, verifica-se que a Administração não fixa exigência relativa a prazo nas licitações e contrata empresas sem experiência, as quais, com o tempo, mostram-se incapazes de cumprir o objeto acordado.

123. Pesquisa apresentada pelo SEBRAE-SP demonstra que em torno de 58% das empresas de pequeno porte abertas em São Paulo não passam do terceiro ano de existência. Esse dado coaduna com a constatação da Administração Pública de que as empresas estão rescindindo, ou abandonando, os contratos, antes de completados os sessenta meses admitidos por lei.

124. Portanto, em relação ao prazo, a proposta do grupo é a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação.

III.b.4 – Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto

125. O grupo de estudo entendeu que a exigência dos atestados acima discorridos, por si só, não asseguraria que a empresa tivesse condições de executar o contrato, pois em nosso entendimento, não têm o condão de comprovar, necessariamente, que a empresa está funcionando regularmente. Nesse contexto, pensou-se numa exigência apta a demonstrar que a licitante possui estrutura física e pessoal compatíveis com o objeto do contrato, nos termos do § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93.

126. Importa esclarecer que a finalidade precípua dessa exigência não consiste em determinar que a licitante antecipadamente possua em seus quadros o pessoal necessário à realização dos serviços objeto da licitação, mas apenas que possui estrutura administrativa suficiente para gerenciar o novo contrato.

127. Portanto, com o objetivo de atender ao princípio do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, entende-se fundamental que esses parâmetros sejam previamente definidos. Nesse sentido, propusemo-nos a elaborá-los.

128. A proposta da maioria consistiu em exigir da licitante vencedora que possua em seus quadros, no momento da licitação, pelo menos 20 (vinte) empregados, entre administrativos e prestadores de serviços, para contratos com até 40 (quarenta) postos. Acima desse limite, a exigência passaria para 50% do total de empregados previstos no contrato.

129. O pressuposto dessa exigência seria a impossibilidade de uma empresa de serviços terceirizados funcionar de forma plena, com menos de 20 empregados em seu quadro, tendo em vista os custos fixos advindos desses contratos, que exigem uma estrutura mínima: seleção de pessoal, setor de pagamentos, almoxarifado, compras, contabilidade, dentre outros.

130. No entanto, o grupo de estudos compreendeu que a magnitude dessa exigência restringe a competitividade e optou, portanto, por excluí-la da proposta. Contudo, aconselha-se sempre a fixar, para cada contrato, que a empresa demonstre os meios pelos quais pretende administrá-lo: imóvel, mobiliário e quadro de pessoal administrativo.

III.b.5 – Idoneidade dos atestados

131. Por sim, é razoável que a Administração adote cautelas quanto ao exame de toda a documentação apresentada. Para ilustrar, podem-se citar dois exemplos rotineiros, o primeiro deles diz respeito à apresentação de atestados técnicos muito antigos provenientes de pessoas jurídicas de direito privado, inclusive já extintas, ou não localizadas nos endereços de origem; e o outro à apresentação de atestados expedidos antes de decorrido 1(um) ano da contratação do serviço, algumas vezes, transcorrido prazo inferior a 1 mês, o que de forma alguma permite certificar que a empresa presta serviço de qualidade.

132. Dessa forma, é prudente consignar no instrumento convocatório algumas restrições à apresentação de atestados, tais como: obrigatoriedade de o licitante disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da licitude dos documentos apresentados; exigência de terem sido expedidos

após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior, somente aceito mediante a apresentação do contrato. É relevante, ademais, que, caso o responsável pela emissão do atestado não mais exista, o contratado apresente outros documentos, como, por exemplo, o contrato que deu suporte ao atestado, capazes de dar suporte à nova contratação.

133. Sendo assim, o Grupo de Estudos comprehende que, relativamente à qualificação técnico-operacional, é prudente que a Administração realize as seguintes exigências às licitantes:

- a) que comprove que possui ou se compromete a montar matriz, filial ou escritório em local previamente definido no edital, com pessoal qualificado e em quantidade suficiente para gerir o contrato;
- b) que demonstre que possui aptidão em gerir pessoal, mediante a comprovação de que administra um mínimo de 20 (vinte) postos de trabalho, pouco importando as dimensões dos serviços, até o limite de quarenta postos. Após esse limite, a exigência será de 50% do total de postos de trabalho necessários à contratação requerida;
- c) que apresente atestados de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação;
- d) que disponibilize todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados;
- e) que somente apresente atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior, apenas aceito mediante a apresentação do contrato;

III.c – Qualificação técnico-profissional

134. Quanto à qualificação técnico-profissional, pretende-se a uniformização da interpretação do art. 30, § 1º, inciso I, parte final, da Lei nº 8.666/1993, que prevê vedação de exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos nos atestados utilizados para a comprovação da capacidade técnico-profissional das empresas licitantes.

135. Eis a redação do dispositivo objeto da controvérsia interpretativa:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;” (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

136. Destaque-se que, para a contratação de serviços de natureza continuada, a necessidade de exigências técnico-profissionais estará relacionada à complexidade técnica envolvida em sua execução. A título de exemplo, podemos citar serviços nos quais historicamente são realizadas exigências dessa natureza: manutenção predial, ar condicionado, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática.

137. A pretensão de uniformizar o entendimento acerca do dispositivo citado reside na intenção de obstar que interpretações divergentes prejudiquem o andamento eficiente das licitações realizadas na Administração Pública.

138. Nesse ponto, importa frisar que o cerne da controvérsia jaz no alcance da expressão “quantidades mínimas” constante da parte final do inciso I, acima transrito; se estaria aludindo à quantidade mínima de atestados, ou melhor, de obras e serviços executados (posição defendida pelo grupo de estudos) ou se, por outro viés, se referiria a quantitativos mínimos de características intrínsecas do objeto da contratação.

139. As posições apresentadas, diametralmente opostas, acarretam dificuldade na elaboração dos termos de referência, justamente no tocante às exigências de qualificação técnica do profissional, indispensáveis para garantir o mínimo de segurança e qualidade na execução do objeto do contrato.

140. Destarte, cumpre pontuar que essa divergência ocorre por ser possível, e até mesmo imprescindível à garantia de prestação eficiente dos serviços contratados, delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior do profissional. Tais características, compatíveis com o objeto a ser executado, serão comprovadas mediante exigências de quantitativos mínimos concernentes ao objeto que se pretende contratar como, por exemplo, ter fiscalizado obra de determinada dimensão ou ter executado determinado porte de serviço. Por sua vez, há entendimento contrário a este, que considera serem vedadas tais previsões.

141. Para pontuar mais claramente a controvérsia, mostra-se relevante consignar o entendimento da Consultoria Jurídica do TCU, proferido em parecer referente ao TC 010.414/2010-0 (contratação de empresa para prestação do serviço de reformas no prédio do Edifício-Sede da Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União no Estado do Mato Grosso – Secex/MT), nestes termos:

“Parecer Conjur: Item 6.1. Habilitação. (...)

6.1.2. Requisitos para comprovação de qualificação técnica. Observa-se que a minuta de edital define que a comprovação de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional se dará pela apresentação de atestados que comprovem determinadas quantidades mínimas de fornecimento e instalação de pisos tipo porcelanato e brises.

Cumpre ressaltar que, apesar do voto presidencial ao dispositivo que tratava expressamente das exigências de qualificação técnico-operacional na Lei nº 8.666/93¹, esta Corte de Contas tem entendido plenamente cabível que a Administração exija daquele que pretende ser contratado a comprovação de realização de serviços compatíveis em características prazos e quantidades com o objeto do certame, a fim de demonstrar sua aptidão em executar a futura avença de maneira escorreita.

Durante certo período, houve a discussão acerca do alcance da restrição contida no inciso I do §1º do art. 30 que, ao discorrer sobre exigências de comprovação técnico-profissional, estabelece ser vedadas as quantidades mínimas ou prazos máximos. Posteriormente, diversos julgados deste Tribunal, como os que seguem, assentaram a matéria:

“A luz do disposto no inciso I (parte final) do § 1º do mencionado art. 30, só se admite que a comprovação da experiência anterior não seja associada à exigência de quantitativos mínimos quando se tratar de capacitação técnico-profissional.(...)

12. A conclusão, portanto, é que podem ser estabelecidos quantitativos mínimos nos atestados de capacidade técnico-operacional, entretanto, em cada caso concreto, deverá ser verificado se as exigências estabelecidas são pertinentes e necessárias para que a administração tenha as garantias necessárias que aquela empresa possui as condições técnicas para a boa execução dos serviços. Não posso concordar, portanto, com a determinação proposta pela Secex/BA, no item II-a (fls. 294/295), uma vez que a restrição para a exigência de quantidades mínimas somente diz respeito aos atestados de capacidade técnico-profissional.” (Acórdão 2304/2009 – Plenário).

“31. Em suma, percebe-se claramente a convergência dos entendimentos da doutrina e jurisprudência pátria no sentido de se considerar perfeitamente legítima a inserção de exigência, nos editais de licitações públicas, como requisito prévio à habilitação, de comprovação da capacidade técnica dos interessados em

contratar com a Administração, sendo amplamente majoritária a concepção, segundo Marçal Justen Filho, de que a comprovação dessa qualificação técnica deve abranger tanto o aspecto operacional como o profissional, consoante inteligência do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c o art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993 (inº: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética. 2002. p. 319).” (Acórdão 32/2003 – TCU – Primeira Câmara, Voto do Relator, grifos nossos).

28. Assim, conclui-se que esta Corte vem considerando legítima a inserção de exigência de qualificação técnica operacional, incluindo quantitativos mínimos e prazos máximos, como requisito prévio para habilitação nos editais, desde que, conforme também ressaltado pelo Relator do acórdão supra, seja demonstrada sua imprescindibilidade e pertinência (item 9.2 do Acórdão 32/2003 – TCU – Primeira Câmara). (Acórdão 717/2010 – Plenário).

Assim, como visto acima, desde que demonstrada sua pertinência e adequação e não ofenda os princípios licitatórios como a competitividade, isonomia e legalidade, está autorizada a inserção de exigências editalícias relacionadas à avaliação da capacidade técnica-operacional do licitante, incluindo o estabelecimento de quantitativos mínimos e prazos máximos.

No entanto, o Estatuto das Licitações, corroborado pela jurisprudência desta Casa, veda expressamente, em seu inc. I do §1º do art. 30, “exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos” no que toca a comprovação de aptidão técnico-profissional. Com este raciocínio foram prolatadas as seguintes orientações:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, (...), em: 10.1.2.1. suprimir (...) as exigências de quantidades mínimas referentes à capacitação técnico-profissional, vez que vedadas pelo art. 30, §1º, I da Lei 8.666/1993; (Acórdão 2081/2007 – Plenário)

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, (...), em: 9.3. determinar à [omissis] que: 9.3.4. abstinha-se de inserir, nos editais de licitação que vier a elaborar, exigências de quantidades mínimas para a comprovação da capacitação técnico-profissional, nos termos do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993; (Acórdão 2674/2009 – Plenário)

“16. Primeiramente, verifica-se que a exigência de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnico-profissional é vedada pela Lei de Licitações, conforme art. 30, § 1º, inciso I, sendo esta cláusula editalícia, portanto, ilegal. Essa irregularidade seria suficiente para declarar a nulidade do processo licitatório, contudo, considerando o estágio avançado de execução das obras, e para evitar dano maior ao empreendimento, cabe determinar à SEINFRA/CE que se abstenha de exigir quantidades mínimas como requisito de habilitação técnico-profissional nas próximas licitações que envolvam recursos federais.” (Acórdão 2933/2009 – Plenário).

Dessa maneira, a condição 31.3 da minuta de instrumento convocatório, que expressamente se refere à qualificação técnico-profissional, não encontra consonância com o entendimento sedimentado por este Tribunal de Contas e vedação disposta no inc. I do §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/1993 no que se refere à exigência de comprovação de quantidade mínima fornecida e instalada de porcelanato e brise”. (Grifo acrescido).

142. Verifica-se, que a Consultoria Jurídica insurgiu-se justamente contra a exigência inserida no termo de referência de “quantidade mínima fornecida e instalada de porcelanato e brise”, características consideradas essenciais que devem constar de atestado referente à experiência anterior, exatamente para garantir a execução do objeto da licitação. Não há, como se observa, objeção acerca de eventual quantidade mínima de atestados referentes a esses requisitos.

143. Em conclusão, nesse caso, defendemos interpretação, contrária à da Consultoria Jurídica, no sentido de que a expressão “quantidades mínimas” refere-se ao número de atestados eventualmente apresentados pelos licitantes (número de obras executadas), e não às características, dimensões ou aos quantitativos de serviços ou da obra objeto da licitação.

144. Vale frisar que, em nosso entendimento, o dispositivo não se refere à vedação à previsão de exigência de quantidades mínimas no que concerne ao objeto da licitação em sua dimensão intrínseca, mas sim ao número mínimo de atestados para comprovar os requisitos eventualmente exigidos.

145. Esclarece-se. Se o objeto da licitação trata de uma obra de 20.000 m² e a exigência é de que conste do atestado a realização anterior de obra com tal dimensão, bastaria 1 (um) atestado para comprovar a capacidade técnica da licitante para bem executar o contrato. Seria desarrazoado exigir um mínimo de 2 (dois) ou 3 (três) atestados da licitante para o mesmo requisito, pois uma empresa que já realizou pelo menos uma obra de tal porte revela, nos termos do dispositivo legal referido, a mesma capacidade de uma empresa que já realizou três obras de mesmo porte.

146. Ressalte-se que não se apresenta essencial e nem se discute qual empresa possui mais qualificação ou experiência (se a que apresenta um atestado ou se a que apresenta três), mas qual empresa apresenta garantia mínima de que possuirá, ao ser contratada, capacidade para executar a obra ou serviço, por preço vantajoso para a Administração. Todavia, se o somatório desses requisitos puder se compatibilizar com eventual experiência superior da licitante, tanto melhor, mas é inafastável que tal hipótese – somatório de atestados – não conste como exigência obrigatória, porque não prevista em lei.

147. Com efeito, insta consignar que não se olvida que o dispositivo em comento buscou corrigir uma distorção histórica – que permitia que exigências abusivas de qualificação técnica inviabilizassem a participação de empresas competentes nas licitações, ao vedar exigências que, por excessivas, desproporcionais ou inadequadas, transbordavam o patamar de garantia de segurança mínima na execução do objeto da licitação.

148. Nada obstante, assume relevo comentar que, por outro lado, as limitações à discricionariedade da Administração não devem representar, na mesma medida, aumento dos riscos e criação de oportunidades para que empresas ou profissionais despreparados assumam responsabilidades com as quais não podem arcar.

149. Nesse sentido, a previsão de exigências de qualificação técnico-profissional não deve esbarrar em óbices intransponíveis decorrentes de interpretação de dispositivo de lei de forma prejudicial ao interesse público. Tanto por isso, as exigências de qualificação técnica, tanto operacional quanto profissional, pressupõem as características certas e delimitadas do objeto a ser contratado, pois não bastará à Administração que um profissional comprove ter construído um prédio qualquer, se este não for compatível com as dimensões e peculiaridades da obra a ser contratada. Ora, um profissional que constrói uma obra em concreto de menor magnitude não comprova, apenas por isso, ter capacidade técnica de construir um complexo arquitetônico como o do TCU, por exemplo.

150. Nessa ordem de raciocínio, é imperioso constatar que as exigências de dimensões e características próprias do objeto a ser contratado, no caso de comprovação de capacidade técnico-profissional, não podem ser implícitas, previstas genericamente apenas para homenagear a interpretação de que seria vedado exigir quantidades mínimas nas características de obras e serviços anteriormente executados.

151. Diante dessas considerações, e em observância ao princípio do julgamento objetivo da licitação, verificá-se que as exigências devem ser expressas, delimitadas, objetivas, proporcionais ao objeto da licitação, e, nessa medida, as empresas licitantes devem comprovar habilidade anterior em executar serviço ou obra em dimensões compatíveis com a almejada na licitação, pois o domínio de técnicas ou a competência para gerenciar, administrar ou executar obras e serviços mostra-se não apenas desejável, mas imprescindível à satisfatória execução do contrato.

152. A corroborar a ideia ora defendida, seguem precedentes do Colendo STJ:

“RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – PÚBLICA – SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO – EDITAL – ART. 30, II, DA LEI nº 8.666/93 – EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA LÍCITA – ART. 57, II, DA LEI nº 8.666/93 – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA CONTÍNUA – PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO – DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA AB INITIO EM 60 MESES – ILEGALIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória,

possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

Dessarte, inexiste violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência.

(...)”. Recurso especial provido em parte. (REsp 474.781/DF, Rel. Ministro FRANCILLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003 p. 297)

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. HABILITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DO LICITANTE. EXIGÊNCIA LEGAL. REGISTRO OU INSCRIÇÃO NA ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE. PRECEDENTES. RECURSO PREJUDICADO.

I – A habilitação do particular, antes denominada capacidade jurídica, é a aptidão efetiva do interessado, seja ele pessoa física ou jurídica, para exercer direitos e contrair obrigações, com responsabilidade absoluta ou relativa por seus atos, ligando-se visceralmente à pessoa partícipe do certame da licitação, e não às qualidades de seus funcionários.

II – O art. 30, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, ao regular a habilitação dos interessados, dispõe que a qualificação técnica se limita à apresentação de registro ou inscrição na entidade profissional competente. Contempla-se, assim, a comprovação da aptidão da pessoa do licitante em cumprir com todas as obrigações atinentes à execução do objeto da licitação.

III – A qualificação técnica do particular licitante é pressuposto indispensável ao adimplemento de sua habilitação no certame público, uma vez que a Administração somente poderá confiar-lhe a execução do objeto da licitação, se o interessado possuir e comprovar, nos termos da lei (art. 30, inc. I, da Lei nº 8.666/1993), a sua habilitação jurídica plena. Precedentes do STJ.

IV – Dado ao lapso de tempo transcorrido desde o ajuizamento do mandamus, vê-se que os serviços, objeto da licitação questionada, já foram realizados, tornando o recurso prejudicado pela perda do seu objeto”. (RMS 10.736/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 29/04/2002 p. 209).

153. Destarte, é indeclinável que a empresa que comprove já ter executado objeto semelhante ao da licitação possua a seu favor uma presunção de capacidade para executar tal objeto novamente. No que concerne à qualificação técnico-profissional, é essencial que o acervo técnico do profissional possua essa mesma característica, a saber, experiência anterior em objeto semelhante, em dimensões e complexidade, àquele que se pretende contratar.

154. Sob essa óptica, observa-se que os atestados referentes à qualificação técnico-profissional não apenas podem como devem conter expressa menção à experiência anterior no objeto da contratação. Não se trata de conveniência da Administração, mas de requisito de suma importância para a seleção da proposta mais vantajosa, e, para atingir tal desiderato, impõe-se à Administração a previsão explícita dos quantitativos mínimos ou de prazos máximos, obedecendo às balizas que tratam das parcelas de maior relevância e valor significativo.

155. Com notável propriedade, Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações ..., cit., p. 416/417) assevera que “a administração deverá identificar os aspectos mais complexos e diferenciados do objeto licitado, para efeito de exigência da experiência anterior. É evidente que não teria cabimento subordinar a participação à comprovação da execução de atividade secundária ou irrelevante que o objeto licitado apresente”. E mais: ‘Por isso tudo, é indispensável que a Administração identifique, no objeto licitado, os aspectos mais complexos e as características que o tornam diferenciado. Não há modo de estabelecer uma solução normativa abstrata delimitadora daquilo que deverá ser considerado pela Administração, precisamente porque o mundo real comporta variações muito intensas. Em alguns casos, trata-se da dimensão física da obra. Em outros, envolve o prazo máximo para execução. Há casos em que a questão se relaciona com a complexidade tecnológica do objeto. (...) O que se exige, no entanto, é que a identificação das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo sejam explicitamente indicadas pela Administração, de modo motivado”. (Ênfase acrescida).

156. Diante disto, é preciso analisar a vedação da parte final do inciso I, do parágrafo 1º, do art. 30, da Lei de Licitações com razoabilidade, pois, quando o fator primordial da licitação reside na existência de experiência em determinado quantitativo mínimo ou em determinados prazos máximos, acatar a literalidade da norma levaria a uma contradição, qual seja, prevalecendo a interpretação de que não se pode exigir tais requisitos, a licitação estaria impossibilitada e a norma, inócuia, sem qualquer aplicação prática.

157. Ademais, os princípios de hermenêutica indicam que não há norma sem sentido, desprovida de finalidade prática ou efeito jurídico; ainda que negativo. Se a interpretação dada a um dispositivo legal retira por completo sua aplicabilidade, tal interpretação nos parece equivocada. A interpretação sistemática do ordenamento não pode acolher aquela que transforma a norma – que pretende proteger o interesse público –, em instrumento de ampliação de riscos à Administração ao impedir a exigir requisitos essenciais ao fiel cumprimento dos contratos a serem firmados.

158. Assim, se a comprovação da qualificação técnico-profissional mediante prova de experiência anterior implicar na existência de dados quantitativos, peculiaridades técnicas ou dimensões específicas do objeto da licitação, a única interpretação coerente com o sistema normativo será a que prestigia o interesse público, qual seja, de que a expressão “quantitativos mínimos” refere-se à quantidade de atestados e não veda a inserção de exigências referentes ao objeto do contrato, desde que semelhantes/similares e razoáveis.

159. Nesse passo, seria possível, na esteira da hipótese trazida de início, exigir atestado de fiscalização de obra anterior com dimensão de 20.000m² ou semelhante a esse patamar, mas não seria proporcional exigir 3 (três) atestados com o mesmo quantitativo, pois um atestado bastaria para garantir a competência da empresa para executar a obra.

160. Não é outra a doutrina do Procurador-Geral do Ministério Público Especial junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado, em sua obra *Licitações e Contratos Administrativos*, páginas 238/239. Veja-se:

“O art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, veda a exigência de quantidades mínimas. De fato, atestado que comprove a responsabilidade por obra de características compatíveis já evidencia a capacidade técnica.

O texto do inciso II do art. 30 menciona a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. O que está em exame é a aptidão do licitante para executar objeto semelhante ao da licitação e não quantas vezes já executou objeto semelhante. Em tese, a empresa que apresentar somente um atestado está tão apta quanto aquela que apresentar dois atestados. (...)

A palavra ‘atestados’, citada no § 1º, encontra-se no plural porque o licitante tem a liberdade de apresentar quantos atestados quantos julgar necessários para comprovar sua aptidão. (...)

O que se verifica no texto do § 1º do art. 30 é referência a atestados que, em qualquer quantidade, sejam capazes de comprovar a aptidão do particular”.

161. Demais disso, precedentes do TCU revelam ser essa a melhor interpretação ao dispositivo analisado.

“34. A verificação da qualificação técnica, conforme artigo 30 da Lei nº 8.666, de 1993, tem por objetivo assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração Pública, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, não podendo a sua comprovação ser feita mediante a formulação de exigências desarrazoadas, que comprometam a observância do princípio constitucional da isonomia.

35. Quanto à aptidão para o desempenho da atividade e à qualificação dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, deve ser entendido que as exigências contidas no inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93 podem ser divididas em duas partes: uma relativa ao licitante pessoa jurídica (qualificação técnica operacional) e outra ao corpo técnico de profissionais do licitante (qualificação técnica profissional).

36. Lucas Rocha Furtado ensina que a primeira, que cuida da comprovação de “aptidão do interessado para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação”, refere-se ao próprio licitante. A outra, relacionada à “qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos”, dirige-se especificamente aos seus empregados.

37. Entendemos, nesse tocante, que o item 8.1.3 a, do edital da Tomada de Preços nº 2/2008 versou sobre qualificação técnica profissional, uma vez que prescreveu expressamente que as empresas licitantes deveriam apresentar no mínimo de 03 (três) C.A.T. Certidão de Acervo técnico, fornecido pelo Crea/RO, que comprove haver o responsável técnico da empresa desempenhado atividade pertinente e compatível em características, com o objeto desta Licitação (...) (grifo nosso). Não há que falar em qualificação técnica operacional, como tentaram convencer os responsáveis, de modo a se livrar da proibição da exigência de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação de qualificação técnica profissional.

38. Prosseguindo, a limitação contida no inciso I, § 1º, do art. 30 da Lei nº 8.666/93 aplica-se exclusivamente à comprovação da qualificação técnica dos profissionais que se responsabilizarão pelos trabalhos (qualificação técnica profissional). Logo, é expressamente proibida a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação de qualificação técnica profissional, da forma como prescreveu o item 8.1.3 a, do edital da Tomada de Preços nº 2/2008.

39. O inciso II do artigo 30 prevê a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação como uma das requisitos de qualificação técnica. O que está em exame é a aptidão do licitante para executar objeto semelhante ao da licitação e não quantas vezes já executou objetos semelhantes. Em tese, a empresa que apresentar um atestado está tão apta quanto aquela que apresentar três. (...). Acórdão 1593/2010 – Segunda Câmara. (Ênfases acrescidas).

“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CERTAME. EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA EM NOME DO PROFISSIONAL. QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA COMPROVAÇÃO DE CAPACITAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL. ESTABELECIMENTO DE QUANTIDADE MÍNIMA DE ATESTADOS. POSSIBILIDADE. CONTRATAÇÃO, MEDIANTE MODALIDADE DE PREGÃO, DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA NA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO. ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A exigência de atestados de capacidade técnica emitidos em nome dos profissionais consubstancia-se em elemento de convicção para a comprovação da capacitação das licitantes, especificamente da parte técnico-profissional.

2. Não afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, quando este quantitativo reflete características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados e quando o objeto licitado for de natureza predominantemente intelectual, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação. (...)

6. A respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida capacitação técnico-profissional, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraíndo-lhe sua verdadeira mens legis e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto, conforme o fez a Unidade Técnica, às fls. 54/55 do v.p..

7. Para valer-se do mencionado dispositivo legal, e exigir que as licitantes comprovem ter seu corpo técnico executado obra ou serviço de características semelhantes a que será contratada, as comissões de licitação, eventualmente, não disporão de outro meio tão eficiente e objetivo quanto a análise quantitativa de obras ou serviços outrora executados por esses profissionais, quanto mais no Certame em foco, cujo

objeto – prestação de serviços de consultoria e apoio à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento estratégico para o ciclo 2006/2010 – é de natureza predominantemente intelectual.

8. Em respaldo ao entendimento que ora defendo, transcrevo abaixo a lição de Marçal Justen Filho, que, ao comentar o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, assim se posiciona:

“Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, mesmo para fins de qualificação técnica-profissional. Por isso, deve-se interpretar razoavelmente a própria vedação que o § 1º, inciso I, estabelece a propósito de qualificação técnica profissional. Somente se aplica quando a identificação da experiência anterior não envolver a existência de um dado quantitativo ou a explicitação de um local peculiar. Se a complexidade do objeto licitado consistir precisamente nesses pontos (extensão, dificuldade de acesso e assim por diante), é perfeitamente possível exigir comprovação de experiência anterior abrangendo requisitos dessa ordem.” (in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Diálogos, 10ª edição, 2004, p. 330)

9. Nessa linha de raciocínio, considero que a exigência contida no subitem 9.8.4, alínea c, do Edital do Pregão PR-GSG-5.2113 – atestados técnicos ou currículo comprovando a atuação dos profissionais em atividades de planejamento em, pelo menos, 2 (duas) empresas com mais de 1.000 (um mil) empregados (fls. 16 do anexo I e 43 do anexo II) – não esbarra na vedação do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que a interpretação razoável desse dispositivo não alcança os quantitativos intrínsecos a cada contrato anteriormente executado, como no caso em exame, mas apenas a quantitativos referentes, entre outros, ao conjunto de experiências ou ao tempo de prática em cada uma delas, a exemplo do que ocorreria se a Eletronorte houvesse exigido das licitantes a comprovação de experiência mínima de dois anos no ramo de consultoria ou da execução de, pelo menos, dois contratos de consultoria em entidades cujas características, medidas em número de funcionários, faturamento anual, área de atuação etc, fossem semelhantes, em cada um desses entes, às encontradas na Eletronorte”. Acórdão 492/2006 – Plenário. (Ênfases acrescidas).

“O art. 30 da Lei 8.666, de 1993, e seu inciso II dizem, entre outras coisas, que a exigência para a qualificação técnica deve ser compatível em quantidades. Portanto, é possível se exigir quantidades, desde que compatíveis. Por compatível, se entende ser assemelhada, não precisa ser idêntica. A semelhança depende da natureza técnica da contratação, pois, para certas coisas, quem faz uma, faz duas. Para outras coisas, a capacidade para fazer uma não garante capacidade para fazer duas. Em abstrato, é lógico que a exigência de quantidade não pode superar a estimada na contratação, sendo aí evidente o abuso”. Decisão 1618/2002 Plenário. (Ênfases acrescidas).

162. Esse também é o entendimento da jurisprudência do Egrégio STJ. Senão vejamos.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PREQUESTIONAMENTO. LICITAÇÃO. CAPACITAÇÃO TÉCNICA PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR ASSENTADA EM CRITÉRIO QUANTITATIVO. POSSIBILIDADE. (...)”

2. A melhor inteligência da norma insita no art. 30, § 1º, I (parte final), da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos quando, vinculadas ao objeto do contrato, estiverem assentadas em critérios razoáveis.

3. Recurso especial parcialmente conhecido (violação do art. 30, § 1º, inc. I; da Lei nº 8.666/93) e, nessa parte, não provado”. (REsp 466.286/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2003, DJ 20/10/2003 p. 256).

163. Pelo exposto, o grupo de trabalho defende que a interpretação mais apropriada acerca do art. 30, § 1º, inciso I, parte final, da Lei nº 8.666/1993, é ser possível, e até mesmo imprescindível à garantia da contratação, delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior a ser comprovada – compatíveis com o objeto a ser executado –, através de exigências de quantitativos mínimos concernentes ao objeto que se pretende contratar, tais como ter fiscalizado ou acompanhado obra de determinada ou semelhante dimensão, ter executado determinado porte de serviço.

III.d – Garantia contratual

164. Dado o momento mais importante na fiscalização dos contratos ser a rescisão, já que a contratada sofre desembolso vultoso devido às verbas rescisórias, o grupo cogitou a possibilidade de aumentar a garantia contratual, que atualmente é de 5%, conforme previsto no §2º, do art. 56, da Lei nº 8.666/93, para o limite de 10%, com o objetivo de assegurar que, ao término de vigência, caso a empresa não honre os encargos assumidos, seu valor, somado ao da última fatura, assegure, se não o total, pelo menos grande parte das verbas rescisórias dos trabalhadores.

165. Caso adotássemos esse procedimento, seriam evitadas as retenções de parte das faturas das empresas todos os meses, proposta na IN/SLTI/MP nº 02/2008, medida que, no entendimento do TCU, é ilegal.

166. Contudo, o art. 56, § 3º, da Lei nº 8.666/93, só autoriza a elevação do seguro ao percentual de 10% no caso de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente. Há que se reconhecer que os serviços de terceirização, de forma geral, não preenchem esses requisitos.

167. Por isso, a alternativa de se aumentar o seguro para a contratação de serviços terceirizados exigiria encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional. Diante das qualificações e das propostas de gestão sugeridas neste trabalho, acredita-se que seria desnecessária, neste momento, a adoção dessa providência.

III.e – Casos de parcelamento do objeto

168. O art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, fixa orientação no sentido de que “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”.

169. Pelo esclarecido anteriormente, as empresas que prestam serviços terceirizados, em regra, não têm especialidade no serviço propriamente, mas na administração da mão de obra. É uma realidade de mercado à qual a Administração precisa se adaptar e adequar seus contratos. É cada vez mais raro, por exemplo, firmar contratos com empresas especializadas somente em limpeza, ou em condução de veículos, ou em recepção. As contratadas prestam vários tipos de serviço, às vezes em um mesmo contrato, de forma que adquirem habilidade na gestão dos funcionários que prestam os serviços, e não na técnica de execução destes.

170. Trata-se, assim, de prática regular do mercado prestar esses serviços de forma concomitante. Desse modo, a divisão do objeto, como previsto na norma transcrita, não implicará em ampliação da competitividade e, em consequência, em ganhos econômicos, pois as mesmas empresas participarão da licitação.

171. Além do mais, quanto maior o objeto desse tipo de contrato, menores serão os custos fixos por posto de trabalho. Em princípio, portanto, é esperada uma redução dos preços ofertados, caso o objeto não seja dividido.

172. Nessa linha de raciocínio, a simples divisão desses serviços implicará apenas em aumento de despesas para a administração, seja para contratá-los, seja para geri-los.

173. Portanto, sob o ponto de vista técnico e econômico, serviços não especializados, como movimentação de móveis, almoxarifado, arquivo, protocolo, garçom, mensageiro, motorista, recepcionista, limpeza, arquivo, não devem ser divididos.

174. Porém, há que se lembrar, que os serviços técnicos, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática, devem ser divididos por área, visto que o mercado atua de forma segmentada por especialização e, desse modo, é esperada competitividade mais acirrada, com reflexos diretos nos preços ofertados e na qualidade dos serviços prestados.

175. Dessa forma, a proposta do Grupo de Estudo para a realização do parcelamento do objeto em serviços de natureza continuada, dependerá da complexidade técnica envolvida. Assim, opta-se pelo não parcelamento quando se referir a objeto sem nenhuma complexidade técnica, a exemplo de limpeza, condução de veículos, recepção, e pelo parcelamento quando se tratar de serviços técnicos em que as empresas atuam de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática. Trata-se, contudo, de procedimentos que devem ser avaliados em cada caso concreto.

III.f – Técnicas de orçamentação

176. Conforme preceitua o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93, as licitações para contratação de serviços somente são realizadas após o detalhamento do orçamento em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.

177. Comumente os órgãos/entidades públicos adotam dois critérios básicos para a elaboração desses orçamentos:

- realizam pesquisa junto a outros órgãos públicos ou solicitam propostas a empresas do ramo;
- elaboram planilha detalhada com todos os insumos básicos que compõem o preço do bem, serviço ou obra.

178. No momento da prorrogação contratual, exclusivamente em relação aos serviços de natureza continuada, percebe-se que a planilha orçamentária é formada por itens que não carecem, ou envolvem, um alto custo-benefício, de forma que não justifica a realização de nova pesquisa de mercado.

179. Para compreendermos de forma clara o que está sendo afirmado, subdividiremos os serviços de natureza continuada em dois grupos: com ou sem fornecimento de materiais, sendo a única diferença entre eles no que se refere à composição da planilha orçamentária, a inclusão dos materiais necessários à realização dos serviços.

180. Portanto, iniciaremos a análise da planilha orçamentária pelos itens comuns a qualquer serviço de natureza continuada: remuneração, encargos sociais, insumos e LDI.

181. Quanto à remuneração, usualmente é baseada no piso salarial da Convenção Coletiva da Categoria. Destarte, enquanto esse for o critério utilizado, é manifesta a inutilidade da realização da pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade da Administração em manter o contrato firmado.

182. Os encargos sociais têm seus itens definidos em instrumentos legais, tais como leis, decretos, normativos, como a sumula 305/TST, e no Regulamento da Previdência Social. A discricionariedade desse grupo está tão somente em estimativas inerentes a cada empresa participante do processo licitatório, a exemplo de faltas, auxílio doença, acidentes de trabalho, entre outros. Portanto, definir esses parâmetros mediante comparação entre valores adotados em licitações por outros Órgãos/Entidades públicos, mostra-se absolutamente inapropriado, ante a impossibilidade de se conhecer particularidades de cada empresa, que indubitavelmente são reveladas apenas no momento da licitação.

183. Os insumos são compostos, majoritariamente, por itens que possuem respaldo na Convenção Coletiva da Categoria. Os demais, passíveis de realização de pesquisa de mercado, são: uniforme, Equipamento de Proteção Individual- EPI e manutenção de equipamentos.

184. Quanto a esses itens, tratam-se de insumos, cuja soma, corresponde a no máximo 5% do orçamento total a ser licitado, como vem sendo demonstrado em licitações recentes. Tendo por parâmetro a curva ABC; indiscutivelmente esses itens não estão entre os mais representativos da planilha orçamentária. Ao mesmo tempo, importa lembrar que fazemos parte de uma economia estável, em que a variação esperada é baixa e pode ser perfeitamente retratada mediante a utilização de índices nacionais, tal como o INPC. Portanto, não há razão para efetuar pesquisa de mercado todas as vezes que é necessária a realização de prorrogação contratual, com todo o custo administrativo que representa.

185. A título de exemplificação, recentemente foi realizado um procedimento licitatório para contratação de serviço de manutenção predial do Tribunal de Contas da União. Nesse contrato, durante o procedimento licitatório realizou-se pesquisa de mercado para quase 200 diferentes insumos, sendo alguns deles referentes a uniformes e EPIs e a maioria para estimativa de manutenção de equipamentos. É

notório que o custo/prazo que será despendido para a realização de pesquisa de mercado para a prorrogação do contrato, além de impeditivo, não é aconselhável em vista da baixa representatividade desses itens no orçamento global.

186. Ademais, a pesquisa de mercado normalmente leva a preços superiores àqueles alcançados durante a licitação. Portanto, a utilização de um índice adequado, além de retratar a realidade do mercado, evita prejuízo desnecessário à Administração, assim como para a empresa contratada.

187. Quanto ao LDI, há consenso entre os Órgãos/Entidades quanto aos itens que o compõem e o valor do percentual atual, que gira em torno de 26%; ademais esse percentual é ajustado durante o procedimento licitatório, e com certeza não levará a Administração a concluir pela desvantagem do orçamento para a prorrogação do contrato fundamentando-se nesse item que, após licitado, só é possível sofrer alteração por repactuação, desde que comprovado o desequilíbrio econômico financeiro do contrato.

188. Realizada a análise dos itens comuns a quaisquer serviços de natureza continuada, passemos à apreciação do único item concernente apenas àqueles serviços com fornecimento de materiais, como limpeza e conservação e manutenção predial.

189. O item materiais é composto por todos aqueles necessários à realização do serviço. Ainda tomando por modelo a licitação realizada para contratação dos serviços de manutenção predial, realizou-se pesquisa de mercado para quase 800 diferentes materiais. Para esse caso, torna-se notória a dificuldade de comprovar a vantajosidade do contrato no caso de sua prorrogação.

190. Em primeiro lugar porque durante a execução do contrato há grande dificuldade em realizar comparações entre serviços com fornecimento de materiais, haja vista as particularidades inerentes a cada contrato em execução na Administração Pública.

191. Segundo, e nessa mesma linha de raciocínio, a única forma de observar se o contrato continuaria vantajoso para a Administração seria realizando nova pesquisa de mercado, em que dois problemas são facilmente vislumbrados: o tempo necessário para realizar tal comprovação; e o mais importante, o custo administrativo despendido nessa pesquisa.

192. É flagrante que o uso de índice específico e adequado, além de trazer significativo benefício à Administração, será a forma mais apropriada para comprovar que o contrato continua vantajoso no momento da prorrogação.

193. Por fim, importante destacar que, para os casos de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, a vantajosidade econômica para a Administração, ainda poderá ser comprovada mediante comparação com limites estabelecidos, por estado, em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.

194. Realizadas essas considerações, conclui-se que, em se tratando de prorrogação contratual para serviços de natureza continuada, a realização de pesquisa junto ao mercado e outros órgãos/entidades da Administração Pública, além de fictícia, já que não retrata verdadeiramente o mercado, é onerosa e burocrática, portanto absolutamente desnecessária.

195. Dessa forma o Grupo de estudos entende desnecessária a realização de pesquisa junto ao mercado e a outros órgãos/entidades da Administração Pública para a prorrogação de contratos de serviços de natureza continuada, sendo a vantajosidade econômica de sua manutenção para a Administração garantida se:

- a) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo a folha de salários serão efetuadas somente com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência de lei;
- b) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei), quando houver, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos no contrato, correlacionados a cada insumo ou grupo de insumos a serem utilizados, ou, na falta de índices setoriais oficiais específicos, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os insumos ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE;

c) houver previsão contratual de que as repactuações envolvendo materiais, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos, correlacionados aos materiais a serem utilizados, ou, na falta de índice setorial oficial específico, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os materiais ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE.

d) nos casos dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, a vantajosidade econômica da contratação para a Administração, observado o disposto nos itens a até c, somente estará garantida se os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.

d.1) quando os valores resultantes da aplicação do disposto no item d forem superiores aos preços fixados pela SLTI/MP para os serviços de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato.

III. g – Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviços de forma contínua

196. Conforme determina o art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93, a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ser prorrogados por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses.

197. Portanto, como regra, a fixação do prazo de vigência dos contratos para a prestação de serviços de natureza contínua deve levar em consideração a obtenção de melhor preço e de condições mais vantajosas para a administração e não a vigência dos respectivos créditos orçamentários.

198. Seguindo orientação do TCU, tem sido praxe a administração pública firmar a vigência desses contratos por 12 (doze) meses e prorrogá-los sucessivamente, por iguais períodos, até o máximo de 60 (sessenta) meses.

199. Porém, o Grupo de estudos comprehende que essa regra deve ser entendida de maneira que reste claro que o prazo de vigência fixado atende à sua finalidade, que é a obtenção do melhor preço e das condições mais vantajosas para a administração.

200. É pertinente concluir que, quanto maior o prazo de vigência desses contratos, maior é a segurança das empresas para oferecer seus preços, tendo em vista a estabilidade que lhes é oferecida no negócio. Com isso, é esperado um aumento da concorrência, com a expectativa de melhores preços e a participação de empresas melhor qualificadas para prestar os serviços.

201. Ademais, o prazo de vigência de 60 (sessenta) meses só traz benefícios à administração, visto que os procedimentos atualmente adotados para a prorrogação serão significativamente reduzidos.

202. É fato que é necessário avaliar periodicamente se o contrato ainda permanece vantajoso e se ainda há interesse da administração em sua manutenção, como tem sido exigência nas prorrogações sucessivas.

203. Não obstante a vigência do contrato ser firmada por 60 (sessenta) meses, não existe impedimento para que seja fixado que sua manutenção será avaliada a cada doze meses, tanto sob o ponto de vista econômico quanto à qualidade dos serviços prestados. Com a adoção desse procedimento, ficam mantidas as mesmas condições atualmente adotadas para prorrogar esses contratos.

204. Desse modo, inexistindo a obrigação de realizar pesquisa de mercado para a prorrogação contratual, a única condição restante seria a verificação da necessidade e da qualidade dos serviços prestados.

205. Diante do exposto, verificadas as peculiaridades de cada serviço, os contratos de natureza continuada podem ser firmados, desde o início, com prazos superiores a 12 meses. Contudo, a cada doze meses devem ser avaliadas a necessidade e a qualidade dos serviços e se os valores estão compatíveis com os praticados pelo mercado.

III.h – Percentuais mínimos aceitáveis para encargos sociais e LDI

206. Um grave problema enfrentado pela Administração é a dificuldade de recusar propostas dos licitantes, mesmo ante a convicção de que os preços apresentados são visivelmente inexequíveis. Esse fenômeno tem crescido a proporções alarmantes com o advento do pregão eletrônico, em que empresas de diversos estados têm participado de licitações, sem prévio conhecimento das obrigações que serão assumidas durante a execução do Contrato.

207. As empresas têm aviltado suas propostas ao apresentarem preços incompatíveis com os custos mínimos desses serviços. A exemplo do TCU, verifica-se que tem sido comum apresentarem LDI inferior a 8,5% e encargos sociais na ordem de 65%, quando o percentual mínimo esperado pela administração não é inferior a 23% e 72%, respectivamente, haja vista o manifesto conhecimento dos custos para a prestação de serviços.

208. Esse comportamento das empresas, somado à falta de qualificação, tem trazido sérios problemas para os trabalhadores e para a administração. É comum, por exemplo, não tolerarem qualquer tipo de falta de seus empregados, mesmo que seja por razões de saúde. Deixam de pagar salários, férias, décimo terceiro, previdência social, FGTS, e o contrato termina sendo rescindido.

209. Percebe-se, ademais, que esse percentual de LDI excessivamente baixo é oferecido por empresas optantes pelo Simples, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006. Ocorre que apenas os segmentos de limpeza e vigilância podem fazer opção por esse sistema de tributação, mesmo assim limitado a um determinado volume de receita.

210. No caso de limpeza e vigilância, deve-se estar atento ao volume de receita que será auferido com o contrato, pois, dependendo do valor, não mais poderá ser enquadrada no Simples. Já no caso dos demais serviços, com cessão de mão de obra, não é possível a empresa ser optante por esse regime tributário, qualquer que seja o volume de receita.

211. De acordo com a Receita Federal do Brasil, a empresa optante pelo Simples terá até o último dia útil do mês subsequente àquele em que tenha deixado de preencher as condições exigidas pela Lei Complementar nº 123/2006 para alterar o seu regime fiscal.

212. Diante disso, compreendemos como relevante que seja incluído no edital que será admitida a participação de empresa optante pelo Simples, contudo:

a) Considerando tratar-se de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra, conforme previsto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991 e alterações e nos arts. 112, 115, 117 e 118, da Instrução Normativa – RFB nº 971, de 13/11/2009 e alterações, o licitante Microempresa – ME ou Empresa de Pequeno Porte – EPP optante pelo Simples Nacional, que, porventura venha a ser contratado, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeito à retenção na fonte de tributos e contribuições sociais, na forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, art. 30, inciso II e art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

b) O licitante optante pelo Simples Nacional, que, porventura venha a ser contratado, após a assinatura do contrato, no prazo de 90 (noventa) dias, deverá apresentar cópia dos ofícios, com comprovantes de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção por tal regime tributário) às respectivas Secretarias de Fazenda Federal, Estadual, Distrital e/ou Municipal, no prazo previsto no inciso II do § 1º do artigo 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

c) Caso o licitante optante pelo Simples Nacional não efetue a comunicação no prazo assinalado acima, o próprio órgão contratante, em obediência ao princípio da probidade administrativa, efetuará a comunicação à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, para que esta efetue a exclusão de ofício, conforme disposto no inciso I do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

d) A vedação de realizar cessão ou locação de mão de obra não se aplica às atividades de que trata o art. 18, § 5º-C, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações, conforme dispõe o art. 18, § 5º-H, da mesma Lei Complementar.

213. Em nossa concepção, a avaliação da inexequibilidade da proposta deverá considerar se, em razão do valor ou da natureza do serviço:

- a) o contrato admite a apresentação de proposta com base no regime tributário da empresa optante pelo Simples, regulamentado pela Lei Complementar nº 123/2006;
- b) o contrato admite que a empresa seja optante pelo regime fiscal do lucro presumido;
- c) o contrato só admite que a empresa seja optante pelo regime fiscal pelo lucro real.

214. Com base nessas informações, o edital deverá consignar expressamente as condições mínimas para que a proposta seja considerada exequível, devendo, contudo, ser fixado prazo para que a licitante contradíte a decisão da administração.

215. Pretendemos com isso excluir as empresas que não têm justificativas razoáveis para reduzir o custo orçado pela Administração para o serviço, mas o fazem, na tentativa de burlar exigências legais, que na maioria das vezes, referem-se a direitos dos trabalhadores.

216. Independentemente do regime fiscal da contratada, comprehende-se que nenhuma proposta deverá ser aceita, caso não contemple o percentual mínimo das despesas obrigatórias previstas, tais como:

- a) contribuições à previdência social, Riscos ambientais, contribuições de terceiros;
- b) FGTS;
- c) Férias;
- d) 13º salário;
- e) multa sobre o FGTS.

217. No tocante ao LDI, cumpre mencionar que as despesas com tributos federais incorridas pelas empresas optantes pelo lucro presumido correspondem ao percentual de 11,33%, sendo 4,8% de IR, 2,88% de CSLL, 3% de COFINS e 0,65% de PIS.

218. É certo que o Tribunal de Contas da União já fixou orientação no sentido de que o IR e a CSLL não devem constar das planilhas de obra. Contudo, sendo despesas obrigatórias, incidentes inclusive sobre o total da receita, retidas antecipadamente pelo tomador do serviço, não há como se deixar de considerar esses tributos como despesas efetivas incorridas pelos contratados prestadores de serviços continuados e que impactam significativamente o valor do contrato.

219. A exemplo das empresas optantes pelo lucro presumido, a administração deve avaliar a exequibilidade da proposta, no que se refere ao LDI, à luz dos regimes fiscais advindos da contratação. Antecipe-se, contudo, que não devem ser aceitas, sem as devidas justificativas, propostas que não contemplem o pagamento de todos os tributos. Do mesmo modo, lucro, como se sabe, pode ser maximizado com uma boa gestão de mão de obra, mas não se deve abrir mão de um mínimo aceitável, pois não é crível que prestadores de serviços estejam dispostos a trabalharem de graça para o Erário. Não fixar lucro mínimo é um incentivo para que as empresas avancem sobre outras verbas, como direitos trabalhistas, tributos e contribuições compulsórias, como tem sido praxe.

220. Também as despesas administrativas, devem ser objeto de análise pela administração, pois não é razoável que a empresa não possua esse gasto. No entanto, é aceitável que existam justificativas para reduzi-lo ou eliminá-lo, por exemplo, que a empresa administre muitos contratos, ou que se trate de uma empresa familiar, mas para isso a empresa necessita apresentá-las.

221. Concluímos, portanto, que os editais deveriam consignar expressamente as condições mínimas para que as propostas sejam consideradas exequíveis, proibindo propostas com lucro e despesas administrativas iguais a zero, entre outros, em razão de esse percentual englobar os impostos e contribuições não repercutíveis (IR, CSLL). Registre-se que o grupo não determinou quais seriam as condições mínimas ideais, de modo que deverá ser realizado estudo para determiná-las e, assim, possibilitar a implementação dessa proposta.

III.i- Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços.

222. A exigência de possuir domicílio bancário em local estipulado no edital está amparada no parágrafo único do art. 464 da CLT, conforme abaixo transcrito, e tem caráter social, pois permite que os funcionários possam resolver eventuais problemas bancários com maior facilidade. É mais fácil resolver

um problema numa agência bancária na mesma localidade da prestação dos serviços do que numa agência localizada em outro estado da federação, situação bastante corriqueira no setor de terceirização.

"Art. 464 – O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo.

Parágrafo único. Terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho." (ênfase acrescida)

223. Embora existam as facilidades tecnológicas que permitem o acesso às contas bancárias por meio de internet e/ou de aparelhos celulares, a grande maioria dos empregados terceirizados não tem acesso a essas ferramentas, como os da área de limpeza e conservação, os quais, além de receberem baixa remuneração, normalmente são provenientes dos segmentos sociais menos favorecidos economicamente.

224. Dessa forma, o grupo de estudos propõe consignar nos editais a exigência de que o domicílio bancário dos empregados seja na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços.

III.j – Fixação de sanções

225. A legislação administrativa brasileira é omissa na tipificação das condutas lesivas ao interesse público nas licitações e contratos, cabendo ao gestor público a definição no edital e no contrato das sanções específicas para cada infração. Entretanto, essa definição, pelo gestor, das sanções aplicáveis, normalmente carece de uma sistematização, detalhamento e proporcionalidade, o que acaba por reduzir a eficácia dessas medidas, diminuindo o seu efeito intimidatório, e favorecendo as contestações judiciais.

226. Sendo assim, a elaboração de ato normativo infralegal que regulamente a aplicação de sanções nas licitações e contratos e que estabeleça um histórico de pontuação negativa aos fornecedores, de modo a permitir a identificação dos infratores contumazes e possibilitar a consideração do histórico de sanções do fornecedor como mais um critério para a majoração ou atenuação das sanções previstas no edital e no contrato, mostra-se como alternativa para minorar o problema.

227. A regulamentação, nesse caso, objetiva padronizar e garantir maior celeridade, transparência, racionalidade e proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas, de modo que possibilite à Administração considerar o histórico do fornecedor no momento da aplicação das sanções previstas no edital e no contrato.

228. Sendo assim, o Grupo de Estudos comprehende que a Legislação administrativa não impede que o gestor considere as falhas e irregularidades pregressas do fornecedor no momento da aplicação de uma nova sanção, entretanto, a fim de evitar possíveis excessos na dosimetria das penas, entende-se mais adequado, neste momento, o aprofundamento dos estudos para uma posterior decisão quanto à viabilidade legal ou não de ato normativo regulando o tema.

III.k – Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica

229. No tocante a essa questão é notório que não existe autorização expressa na legislação para que seja desconsiderada a pessoa jurídica quando declarado o impedimento ou a inidoneidade de uma empresa para licitar e contratar com a Administração Pública.

230. Todavia, essa questão precisa ser mais bem debatida em defesa do interesse público, pois percebe-se que a norma que objetiva retirar o mau fornecedor da vida pública por período de tempo determinado está, constantemente, sendo objeto de burla por pessoas físicas inescrupulosas que usam e abusam da criação de pessoas jurídicas para fraudar seus empregados, fornecedores, o erário e o fisco.

231. É notório que, de acordo com a lei, a pessoa jurídica tem capacidade, possui vontade própria, é titular de direitos e obrigações, responde civilmente pelos compromissos assumidos. Porém, não se pode desconsiderar que os atos que caracterizam as declarações de vontade são praticados pelas pessoas de seus sócios, seus legítimos representantes.

232. Sendo o erário apenas um consumidor com prerrogativas especiais, visto que administra recursos pertencentes à sociedade, não se vislumbra razão para que, sendo constantemente vítima da

prática de atos fraudulentos, se veja obrigado a continuar contratando com pessoas físicas inescrupulosas que se escondem atrás de pessoas jurídicas com o objetivo claro de obter vantagens ilícitas.

233. Não podem, desse modo, os atos praticados pela pessoa jurídica perante o poder público se tornar um dogma que não possa ser efetivamente combatido em nome do interesse público. Corrobora esse entendimento, por exemplo, o despacho do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo exarado nos autos 022.01.2007.000511-6/0000000-000, número de ordem 113/2007, cujo trecho de interesse foi publicado no caderno 4 do Diário da Justiça Eletrônico de São Paulo, Ano III, Edição 771, página 142, de 9 de Agosto de 2010, abaixo transrito.

"A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais a mesma foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica, vale dizer, é uma forma de reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial. 'O conceito será sustentado apenas enquanto seja invocado e empregado para propósitos legítimos. A perversão do conceito para usos impróprios e fins desonestos (e. g., para perpetuar fraudes, burlar a lei, para escapar de obrigações), por outro lado, não será tolerada. Entre essas são várias as situações onde as cortes podem desconsiderar a pessoa jurídica para atingir um justo resultado'".

234. Note-se que a aplicação do princípio da desconsideração da pessoa jurídica somente é possível quando restar claro que o ato praticado tem como objetivo perpetrar fraudes, burlar a lei, para escapar de obrigações. Sendo assim, esse princípio somente pode ser evocado quando estiver expressamente consignado na declaração de impedimento ou de inidoneidade que esta foi aplicada em razão de fraude ou burla a lei.

235. Desse modo, propõe-se o afastamento da licitação de empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida para licitar e contratar com a administração pública, em razão de fraude ou burla a lei, que compreendemos encontrar amparo legal no princípio da desconsideração da personalidade jurídica.

IV – CONCLUSÃO

IV.a – Experiência do TCU

236. As atividades do Grupo de Trabalho começaram em março/2010 e à medida que as ideias e propostas de melhoria foram se consolidando, fato que começou a ocorrer em 14/04/2010, a Administração do TCU passou a incluí-las nos seus editais. O 1º deles foi o Pregão 46/2010 destinado à contratação de serviços de manutenção do Sistema de Comunicação/Programação Visual do Conjunto Arquitetônico do Tribunal, culminando, por fim, na inclusão de todas as propostas no pregão nº 73/2010, destinado à contratação de serviços de arquivologia, de nível superior e técnico.

237. Ao todo, até 12/11/2010, em maior ou menor grau de implementação, 11 (onze) editais de pregões contaram com as novas exigências.

238. Desses 11 (onze), 4 (quatro) deles, os pregões de nº 51/2010, 58/2010, 64/2010 e 73/2010 merecem destaque pelo fato de terem contado com praticamente todas as novas regras. Sendo que, nenhum desses 4 (quatro), vale registrar, foi objeto de representação ao TCU ou de mandado de segurança.

Pregões realizados ..

Processo	Nº Pregão	Objeto	Nº Licitantes	Adjudic.	Valor Estimado(R\$)	Valor Homologado (R\$)	% Dif.
001.476/2010-6	46/2010	Serviços de manutenção do Sistema de Comunicação e Programação Visual do TCU/Sede.	05	2º	95.755,20	49.900,00	- 48%

006.979/2010-6	48/2010	Serviços continuados de operação e manutenção predial – TCU/Sede (preventiva e corretiva).	16	4 ^a	2.395.612,96	2.098.000	- 12%
008.606/2010-2	51/2010	Serviços continuados de limpeza, conservação e higienização – TCU/Sede.	44	8 ^a	5.141.567,78	4.350.000,00	- 15%
009.804/2010-2	55/2010	Serviços continuados de limpeza, conservação, higienização, copeiragem e serviços gerais – Secev/AM.	22	8 ^a	120.158,05	116.278,00	- 3%
010.328/2010-6	56/2010	Serviços de condução de veículos oficiais, copeiragem e recepção – TCU/Sede.	56	22 ^a	2.532.800,14	2.137.480,31	- 16%
003.302/2010-5	58/2010	Serviços continuados de manutenção e limpeza de jardins e espelho d'água – Sede/TCU.	12	7 ^a	471.597,99	436.200,00	- 8%
013.468/2010-3	64/2010	Serviços de limpeza, conservação e higienização – Secev/AC.	7	5 ^a	28.946,57	28.700,00	- 1%
005.707/2010-2	65/2010	Serviços de recepção, copeiragem, manutenção predial e jardinagem – Secev/RN.	26	4 ^a	171.092,16	171.084,00	0,0%
014.078/2010-4	67/2010	Serviços continuados de copeiragem – Secev/AP	10	7 ^a	18.520,56	19.500,00	+ 5%
012.826/2010-3	71/2010	Serviços de vigilância armada – Secev/AL	4	2 ^a	208.455,84	203.000,00	- 3%
022.681/2010-8	73/2010	Serviços continuados de arquivologia, nível superior e de técnico – TCU/Sede.	21	3 ^a	928.072,46	883.100,00	- 5%

239. Todavia, cabe consignar que em face do ineditismo das alterações, praticamente em todos os pregões ocorreram pedidos de esclarecimento, impugnações, recursos, duas representações ao TCU referentes aos Pregões 48/2010 e 56/2010 (pendente de julgamento cautelar e no mérito) e um mandado de segurança relativamente ao Pregão 71/2010 (pendente de julgamento no mérito).

240. Quanto à Representação a respeito do Pregão 48/2010, em que a licitante questionou o grau de exigências de qualificação técnico-profissional, técnico-operacional e a experiência de 3 (três) anos na prestação de serviços similares aos do objeto do edital, o TCU já se pronunciou por meio do Acórdão nº 2939/2010 – TCU – Plenário e, em síntese, assim constou do Voto:

“Em primeiro lugar, o requisito de quantitativos mínimos como critério de comprovação de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional coaduna-se com o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993, que

admite exigência de “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos”.

6. Ademais, no caso concreto, os valores fixados são inferiores a 50% dos quantitativos a serem executados, percentual máximo que a jurisprudência desta Corte tem considerado razoável e admitido (acórdãos 1.202/2010, 2.462/2007 e 492/2006, todos do Plenário).

7. Em segundo lugar, por se tratar de serviço de natureza contínua, que podem se estender por longo período, a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto.

8. Acrescente-se que, na situação em foco, o estipulado prazo de três anos de atuação no mercado, conforme reconheceu a Secex/3, é compatível, dada a natureza contínua dos serviços em questão, com o prazo máximo de 60 meses autorizado pelo inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993.

9. Finalmente, destaco que o simples fato de haverem sido habilitadas no certame quinze empresas já é suficiente para demonstrar que as regras inseridas no instrumento convocatório, ao contrário do alegado pela representante, não ferem nem a competitividade da licitação, nem a isonomia entre os interessados.”

241. Observa-se do excerto acima, que Tribunal entendeu ser compatível com o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/1993 a exigência de requisito temporal de atuação do licitante na área do serviço de natureza contínua licitado, desde que por período inferior ao prazo de 60 (sessenta) meses previsto no inciso II daquela Lei. Entendimento esse que reforça uma das principais propostas do Grupo e que diz respeito à exigência de experiência de 3 (três) anos na execução de serviços similares aos do objeto do edital.

242. Outro assunto que é fruto das discussões do Grupo, envolvendo a análise quanto à legitimidade da participação de Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP optantes pelo Simples Nacional em processos licitatórios destinados à contratação de serviços de cessão ou locação de mão de obra, também foi recentemente analisado pelo TCU por meio do Acórdão nº 2.798/2010- Plenário (Sessão 20/10/2010).

243. Na oportunidade o Tribunal concluiu que as vedações descritas no art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006 não constituem óbice à participação em licitação pública de empresa optante pelo Simples Nacional, desde que comprovada a não utilização dos benefícios do regime tributário diferenciado na proposta de preços e a solicitação de exclusão do referido regime, e determinou ao órgão: “...

9.3.1. faça incluir nos editais disposição no sentido de que a licitante, optante pelo Simples Nacional, que venha a ser contratada, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeita à exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, o art. 30, inciso II e o art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123;

9.3.2. faça incluir nos editais disposição no sentido de obrigar a contratada apresentar cópia do ofício, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção pelo Simples Nacional) à Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123, de 2006;”

244. Após as experiências obtidas nesses 11 (onze) pregões, apesar de os 1º contratos terem se iniciado há menos de 1 (um) mês, tem-se uma clara percepção de que se conseguiu fazer boas contratações.

245. Com isso, espera-se que no curto, médio e longo prazos, a grande quantidade de contratos de terceirização rescindidos por inexecução (lista abaixo), conforme se observou nos últimos anos, seja definitivamente suprimida:

Item	Contrato	Empresa	Objeto
1	34/2009	Higiterc Higienização e Terceirização Ltda.	Limpeza, higienização e conservação
2	28/2009	Seletiva Tecnologia de Serviços Ltda.- ME	Serviços auxiliares ao Berçário
3	10/2008	Higiterc Higienização e Terceirização Ltda.	Condução de veículos, Copeiragem e Protocolo
4	18/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Serviços de protocolo
5	27/2007	Madri Saneamento Ambiental Ltda.	Condução de veículos
6	28/2007	Proservice Terceirização de Serviços Ltda.	Serviços de recepção, mensageria e ascensorista
7	32/2007	Recris Empreendimentos e Serviços Ltda.	Copeiragem
8	33/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Serviços de fotocópia
9	34/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Serviços de expedição
10	35/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Serviços de almoxarifado
11	55/2007	Proservice Terceirização de Serviços Ltda.	Serviços de protocolo, fotocópia e almoxarife
12	39/2006	Seleção Serviços Especializados Ltda.	Serviços de Brigada de Incêndio
13	49/2005	ZL Ambiental Ltda.	Limpeza
14	13/2004	Executiva Serviços Profissionais Ltda.	Operação de Áudio, Operação de Vídeo, Serviços de Arquivo
15	54/2003	Evolux Power	Serviços de jardinagem
16	08/2008	Colossal do Brasil Serviços Ltda.	Serviços de almoxarifado

246. No mesmo sentido, também não se tem dúvidas de que, se as novas regras forem estendidas, por meio de ato normativo, a toda Administração Pública Federal, os ganhos em termos de redução de rescisões contratuais, de demandas trabalhistas e menor esforço e gasto na gestão contratual serão muito significativos.

IV.b – Resumo das propostas

247. Por todo o exposto o Grupo de Estudos propõe que:

I – os pagamentos às contratadas sejam condicionados, exclusivamente, à apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/93;

II – caso se entenda que a exigência da documentação relacionada na IN/SLTI/MP nº 02/2008 deve continuar sendo solicitada e examinada de forma exaustiva quando da realização dos pagamentos, propõe-se:

a) seja contratada empresa especializada na área contábil e administração, com a finalidade prestar assistência à fiscalização, nos termos do art. 67, da Lei nº 8.666/93; ou

b) seja solicitado à Caixa Econômica Federal que realize estudos com vistas a verificar a viabilidade econômica e financeira de os pagamentos de empregados terceirizados serem promovidos em uma única instituição financeira e como contrapartida esta deve verificar a pertinência de toda a documentação prevista na IN/SLTI/MP nº 02/2008;

III – conste dos contratos autorização expressa da contratada para que a administração retenha, cautelarmente, os valores das faturas devidas quando deixarem de ser pagos, salários, demais verbas rescisórias, previdência social e FGTS;

IV – conste dos contratos, de forma expressa, que a Administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;

V – os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;

VI – os representantes da AGU evidem esforços junto aos dirigentes do Órgão no sentido de fixar, em normativo, orientação quanto aos procedimentos que devem ser adotados pelos órgãos/entidades com vistas à formulação de acordo judicial ou extrajudicial para a realização dos pagamentos mencionados nos incisos V e VI retro;

VII – conste dos contratos cláusula de garantia nos termos abaixo transcritos:

“1. A CONTRATADA deverá apresentar à Administração da CONTRATANTE, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da data da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia correspondente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor anual atualizado do contrato, podendo essa optar por caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

2. A garantia assegurará, qualquer que seja a modalidade escolhida, o pagamento de:

- a) prejuízo advindo do não cumprimento do objeto do contrato e do não adimplemento das demais obrigações nele previstas;
- b) prejuízos causados à administração ou a terceiro, decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;
- c) as multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e
- d) obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias de qualquer natureza, não honradas pela contratada.

3. Não serão aceitas garantias em cujos temos não constem expressamente os eventos indicados nas alíneas a a d do item 2 imediatamente anterior.

4. A garantia em dinheiro deverá ser efetuada na Caixa Econômica Federal, com correção monetária, em favor do Tribunal de Contas da União.

5. A inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia acarretará a aplicação de multa de 0,07% (sete centésimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso, até o máximo de 2% (dois por cento).

6. O atraso superior a 30 (trinta) dias autoriza a Administração a promover a retenção dos pagamentos devidos à contratada, até o limite de 5% do valor anual do contrato a título de garantia, a serem depositados junto à Caixa Econômica Federal, com correção monetária, em favor da contratada.

7. O garantidor deverá declarar expressamente que tem plena ciência dos termos do edital e das cláusulas contratuais.

8. O garantidor não é parte interessada para figurar em processo administrativo instaurado pelo Tribunal de Contas da União com o objetivo de apurar prejuízos e/ou aplicar sanções à contratada.

9. Será considerada extinta a garantia:

- a) com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Administração, mediante termo circunstanciado, de que o contratado cumpriu todas as cláusulas do contrato;
- b) no prazo de 90 (noventa) após o término da vigência, caso a Administração não comunique a ocorrência de sinistros.

10. ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DA GARANTIA

10.1 O Tribunal de Contas da União não executará a garantia na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses:

- a) caso fortuito ou força maior;
- b) alteração, sem prévia anuência da seguradora ou do fiador, das obrigações contratuais;
- c) descumprimento das obrigações pelo contratado decorrentes de atos ou fatos praticados pela Administração;
- d) atos ilícitos dolosos praticados por servidores da Administração.

10.2 cabe à própria administração apurar a isenção da responsabilidade prevista nas alíneas c e d do item 10.1, não sendo a entidade garantidora parte no processo instaurado pelo Tribunal de Contas da União.

10.3 não serão aceitas garantias que incluam outras isenções de responsabilidade que não as previstas neste item.”

VIII – os representantes da AGU evidem esforços junto aos dirigentes do Órgão no sentido de fixar orientação (normativo) dispendendo sobre os procedimentos específicos a serem adotados com o objetivo de executar as garantias quando a contratada não cumprir com suas obrigações;

IX – a fiscalização dos contratos a ser realizada pela Administração com o objetivo de verificar o recolhimento das contribuições previdenciárias, observe os critérios abaixo transcritos:

“a) fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita do Brasil, com o objetivo de verificar se as suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;

b) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização dos contratos;

c) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e o impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

d) reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/93;

e) exigir certidão negativa de débitos para com a previdência – CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao Sicaf;

f) orientar aos fiscais dos contratos que solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano – sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez para um mesmo empregado, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;

g) comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias.”

X – a fiscalização dos contratos a ser realizada pela Administração com o objetivo de verificar o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, observe os critérios abaixo transcritos:

“a) fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

- b) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização dos contratos;
- c) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e o impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.
- d) fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;
- e) solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;
- f) orientar os fiscais dos contratos que solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos foram realizados pela contratada. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano – sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez em um mesmo empregado, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;
- g) comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados.”

XI – somente seja exigidos documentos comprobatórios da realização do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio alimentação, por amostragem e a critério da administração;

XII – seja fixado em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não pagamento do salário, vale-transporte e auxílio alimentação no dia fixado, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002;

XIII – a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, seja realizada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado;

XIV – sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados (item 102):

As licitantes deverão apresentar a seguinte documentação complementar:

Capital Circulante Líquido – CCL:

1.1. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da realização do processo licitatório, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;

Patrimônio Líquido – PL mínimo de 10%:

1.2. Comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura do processo licitatório;

Relação de Compromissos e Demonstração do Resultado do Exercício – DRE:

1.3. Comprovação, por meio de declaração, da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo X, de que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura do processo

licitatório, não é superior ao Patrimônio Líquido do licitante, podendo este ser atualizado na forma da subcondição anterior;

1.3.1. A declaração de que trata a subcondição 1.3 deverá estar acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social;

1.3.2. A declaração de que trata a subcondição 1.3 que apresentar divergência percentual superior a 10% (dez por cento), para cima ou para baixo, em relação à receita bruta discriminada na Demonstração do resultado do Exercício (DRE) deverá estar acompanhada das devidas justificativas.

Certidão Negativa de Falência:

1.4. Certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante;”

XV – seja fixada em contrato a obrigatoriedade de a contratada instalar, em prazo máximo de 60 dias, escritório em local (cidade/município) previamente definido pela Administração (item 105);

XVI – sempre que viável a concorrência, seja exigido, como qualificação técnico-operacional para a contratação de até 40 (quarenta) postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, além desse quantitativo, seja exigido um mínimo de 50% (item 120);

XVII – seja fixada em edital como qualificação técnico-operacional a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos. (item 124);

XVIII – seja fixado em edital que a contratada deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante, local em que foram prestados os serviços (item 131);

XIX – seja fixado em edital que somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior (item 132);

XX – a Administração evite o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, copeiragem, garçom, e parcele, exclusivamente, os serviços em que reste comprovado que as empresas atuam no mercado de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática, sempre que possível (item 168/175);

XXI – a prorrogação de serviços continuados, sempre que possível, observará os seguintes critérios (186/195):

a) a remuneração será definida com base em convenção coletiva da categoria ou, quando esta não existir, em pesquisa realizada perante o mercado;

b) os encargos provenientes de mão de obra, observarão legislação específica, convenção coletiva e, no caso dos serviços de vigilância, limpeza e conservação, aos limites fixados pela SLTI; e

c) os insumos atinentes a vale-transporte, auxílio alimentação e outras vantagens, deverão observar a legislação específica;

XXII – a repactuação dos contratos será realizada observando os seguintes critérios (itens 186/195):

a) aumento de salários concedido com base em convenção coletiva;

b) legislação específica ou índices setoriais para a correção dos insumos;

c) índices setoriais para a correção de materiais;

XXIII – a vantajosidade para fins de prorrogação de contratos de serviços continuados será avaliada com fundamento em orçamento elaborado nos termos do item XXII (186/195);

XXIV – seja fixada em edital exigência de que o domicílio bancário dos empregados terceirizados deverá ser na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços (itens 222/224);

XXV – seja aprofundado, pela SLTI, os estudos a respeito da consideração das falhas e irregularidades pregressas do fornecedor quando da aplicação de nova sanção para, então, decidir-se quanto à viabilidade legal de ato normativo regulando o tema (itens 225/228);

XXVI – seja elaborada proposta de Projeto de Lei que autorize a aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica nos processos licitatórios de contratação de serviços terceirizados, afastando da licitação empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida de licitar e contratar com a Administração Pública em razão de fraude ou burla à lei;

XXVII – sejam realizados estudos de modo a determinar os percentuais mínimos de lucro, LDI, despesas administrativas e outros, para que as propostas sejam consideradas exequíveis.

IV.c – Proposta de encaminhamento

248. Considerando as competências e atribuições do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP, mais especificamente da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, à qual compete planejar, coordenar, supervisionar e orientar normativamente as atividades do Sistema de Serviços Gerais (SISG) no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional, o Grupo entende, a fim de que toda a Administração Pública possa usufruir das propostas contidas neste relatório, que elas sejam incorporadas, no que couber, à Instrução Normativa nº 02/2008 – SLTI/MP. Encaminhamos, no anexo I a este relatório, a IN/SLTI/MP nº 02/2008 com as propostas a serem inseridas em seu texto. No anexo II, para facilitar o entendimento, segue modelo de IN já compilada com as propostas.

249. Encaminhar cópia do presente Relatório às autoridades abaixo elencadas, para conhecimento e providências pertinentes.

- Ministro Presidente do Tribunal de Contas da União;
- Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- Advogado-Geral da União;
- Ministro de Estado da Fazenda;
- Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União;
- Ministro de Estado da Previdência Social;
- Procurador-Geral da República;
- Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;
- Presidente da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil.

250. Encaminhar cópia do presente Relatório aos dirigentes abaixo elencados, para conhecimento e providências pertinentes.

- Secretário-executivo do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- Secretário de Logística e Tecnologia da Informação – MP;
- Secretário-Geral de Controle Externo – TCU;
- Secretário-Geral de Administração – TCU;
- Coordenador da Rede de Controle.”

6. Após produzido o relatório, a Adplan apresentou formalmente a representação ao TCU em 17/3/2011, contendo a seguinte classificação das propostas formuladas pelo grupo (peça 2):

“...

12.1 Propostas de melhorias que podem ser implantadas imediatamente, pois não contrariam nenhuma determinação legal e nem carecem de maiores estudos da SLTI ou normativos da AGU:

GESTÃO DE CONTRATOS:

- a) Documentação exigida na fiscalização contratual; (parágrafos 17 a 37 e 247- I e II)
- b) Controle de encargos previdenciários; (parágrafos 53 a 60 e 247- III a V e IX)
- c) Controle do recolhimento do FGTS; (parágrafos 61 a 64 e 247- III a V e X)
- d) Outros documentos. (parágrafos 65 a 67 e 247- XI a XIII)

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

- a) Qualificação econômico-financeira; (parágrafos 84 a 102 e 247- XIV)
- b) Qualificação técnico-operacional;
 - Local do escritório para contatos; (parágrafos 104 e 105 e 247- XV)
 - Atestados de capacidade técnica (Obs.: a depender das peculiaridades do local onde será realizada a licitação); (parágrafos 106 a 120 e 247- XVI)
 - Experiência mínima de 3 anos; (parágrafos 121 a 124 e 247-XVII)
 - Idoneidade dos atestados; (parágrafos 131 a 133 e 247- XVIII e XIX)
- c) Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana, instituída ou não, na qual serão prestados os serviços. (parágrafos 222 a 224 e 247- XXIV)

12.2 Propostas de melhorias que podem ser implantadas imediatamente, pois não contrariam nenhuma determinação legal, mas carecem da definição jurisprudencial do TCU:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

- a) Qualificação técnico-profissional; (parágrafos 134 a 163)
- b) Casos de parcelamento do objeto; (parágrafos 168 a 175 e 247- XX)
- c) Técnicas de orçamentação; (parágrafos 176 a 195 e 247- XXI a XXIII)
- d) Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviço de forma contínua. (parágrafos 196 a 205.)

12.3 Propostas de melhorias que podem ser implantadas imediatamente, pois não contrariam nenhuma determinação legal, mas carecem de normativos da AGU:

GESTÃO DE CONTRATOS:

- a) Retenção de valores próximo ao final da vigência; (parágrafos 38 a 47 e 247-VI)
- b) Validade das apólices de seguro. (parágrafos 48 a 52 e 247-VII e VIII)

12.4 Propostas de melhorias que podem ser implantadas imediatamente, pois não contrariam nenhuma determinação legal, mas carecem de maiores estudos da SLTI:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

- a) Percentuais de encargos sociais e LDI; (parágrafos 206 a 221 e 247- XXVII)
- b) Fixação de sanções. (parágrafos 225 a 228 e 247- XXV)

12.5 Proposta que necessita de alteração legislativa para que possa ser implementada:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. (parágrafos 229 a 235 e 247-XXVI)

13. É importante frisar ainda que três tópicos (Conta vincula, Garantia contratual e Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto) foram trabalhados pelo grupo e registrados no corpo do relatório final a título de colaboração para maiores estudos.

Propostas comentadas, mas não recomendadas pelo grupo de estudo:

GESTÃO DE CONTRATOS: Conta vinculada. (parágrafos 68 a 73)

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

- a) Garantia contratual; (parágrafos 164 a 167)
- b) Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto; (parágrafos 125 a 130)."

7. A Adplan, então, formulou a seguinte proposta de encaminhamento:

"3.1 encaminhar o presente processo à Secretaria das Sessões para sorteio do relator pelo Presidente, nos termos do art. 154, inciso IV do Regimento Interno do TCU;

3.2 que o relator sorteado conheça a presente Representação da Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimento, com fundamento no art. 237, VI, do Regimento Interno do Tribunal, c/c o art. 86, II da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992

3.3 que o Tribunal de Contas da União, considerando a conveniência e oportunidade dos assuntos tratados no relatório do grupo de estudo, analise as propostas de melhoria de contratação, gestão e término (rescisão ou fim de vigência) dos contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal, a fim de conferir a amplitude necessária e suficiente

aos temas, de modo que o toda Administração tenha um parâmetro de procedimentos no sentido da eficiência, a exemplo dos ganhos já alcançados pela Administração do TCU;

3.4 que o Tribunal de Contas da União formalize recomendação para Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, a qual compete planejar, coordenar, supervisionar e orientar normativamente as atividades do Sistema de Serviços Gerais (SISG) no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional, incorporar as propostas de melhoria, que o Plenário do Tribunal de Contas da União julgue necessárias, à Instrução Normativa nº 02/2008 – SLTI/MP;

3.5 que o Tribunal de Contas da União formalize recomendação para Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI desenvolva estudos sobre os percentuais de encargos sociais e LDI e fixação de sanções, conforme sugestão do grupo de estudos;

3.6 que o Tribunal de Contas da União formalize recomendação para Advocacia-Geral da União – AGU desenvolva normativos sobre retenção de valores próximo ao final da vigência do contrato e validade das apólices de seguro, conforme sugestão do grupo de estudos;

3.7 que encaminhe cópia do Acórdão e do relatório do grupo de estudos às autoridades elencadas, para conhecimento e providências pertinentes: Ministro Presidente do Tribunal de Contas da União; Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; Advogado-Geral da União; Ministro de Estado da Fazenda; Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União; Ministro de Estado da Previdência Social; Procurador-Geral da República; e Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

3.8 que encaminhe cópia do Acórdão e do relatório do grupo de estudo ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para avaliar a conveniência e oportunidade de alteração legislativa no sentido de que seja autorizada a aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica nos processos licitatórios de contratação de serviços terceirizados, afastando da licitação empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida de licitar e contratar com a Administração Pública em razão de fraude ou burla à lei.”

8. Tendo sido sorteado para relatar estes autos, enviei o processo à então 3ª Seccex em 7/4/2011, para que se pronunciasse acerca do encaminhamento proposto pela Adplan (peça 6).

9. Em 27/8/2012, aquela unidade se manifestou, nos seguintes termos (peça 10):

“...
III – ANÁLISE

6. Nos termos do comando constitucional insculpido no art. 37, XXI – CF/88, 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.

7. Também como norma-constitucional, inclusive em condição de cláusula pétreia, aflora o princípio de que ninguém, o que inclui, naturalmente, as pessoas jurídicas, é obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).

8. Já o artigo 84, IV da CF/88 estabelece que compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

9. Consoante o art. 1º, caput e parágrafo único da Lei 8.666/93, aquele normativo estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo, portanto, uma lei nacional, conforme conceituação de Hans Kelsen.

10. As condições relativas à habilitação dos interessados em participar de certames licitatórios da Administração Pública encontram-se declinadas, em rol taxativo, em vista da exclusividade assentada no caput do art. 27 da mencionada Lei nº 8.666/93, na Seção II, do Capítulo II, daquele normativo, explicitadas em minudência nos artigos 27 a 33 seguintes, da mesma lei:

11. Dentre as normas relativas à habilitação, acima mencionadas, notória se faz a vedação expressa no § 5º, do art. 30, da lei, litteris: '§5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.'

12. Assentado o arcabouço legal que interessa à presente análise, passamos ao exame das proposições à luz de tal assento, conforme a seguir.

13. No que tange ao tópico relacionado à gestão de contratos, por se tratar de providências atinentes à fase de execução, subsequente, portanto, ao processo licitatório, não divisamos óbices ao implemento das sugestões ali postas, quer por não contrariar preceitos da Lei nº 8.666/93, quer por atender aos princípios da racionalidade administrativa e da eficiência, dentre outros, na medida em que consubstanciam formas eficazes de controle do cumprimento dos contratos, bem como propiciem meios de resguardo da administração ante a possibilidade de demandas subsidiárias em face do inadimplemento de obrigações trabalhistas e/ou tributárias por parte da empresa contratada.

14. Já no que respeita aos procedimentos sugeridos quanto ao processo licitatório em si, vislumbramos em alguns itens propostos falta de amparo legal explícito ou em princípios gerais de direito administrativo para sua adoção, na medida em que impõem limitações ao direito de livre participação em processo licitatório a alguns administrados, sem o necessário supedâneo legal, o que malfere o princípio da legalidade estrita que junge o administrador.

15. Desse modo, entendemos que as proposições a seguir declinadas somente podem ser alteradas, ou por via legislativa, quando não expressamente prevista na lei, ou por via regulamentar decorrente da edição de decreto fulcrado no art. 84, IV da CF, a saber:

a) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da realização do processo licitatório, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação: não obstante as razoáveis justificativas de ordem prática assentadas pelo grupo de trabalho, cremos que os números arbitrados, por serem limitadores do direito de licitar dos administrados, não podem ser aleatoriamente fixados pela administração, visto que, segundo o art. 31, I Lei nº 8.666/93 a exigência em pugna limitar-se-á 'balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta'. Assim, a exigência legal é a de que se comprove a boa situação financeira da empresa, o que, sem dúvida, explana conceito aberto, mas nem por isso autorizador de limitações indevidas por parte do administrador, daí por que, mesmo razoáveis os valores e índices declinados na proposta, estes só podem ser adotados se estabelecidos por meio de decreto regulamentador, visto que este tipo de normativo existe justamente para explicitar a lei;

b) Certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante: tal limitação, a nosso juízo, é absolutamente ilegal, primeiro por não constar expressamente do texto da Lei nº 8.666/93, segundo, por contrariar expressamente o animus legem do art. 47 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, segundo o qual o Estado Brasileiro, pela vontade conjugada de seus órgãos constitucionalmente

imbuídos do poder de legislar, expôs textualmente que ‘Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica’. Assim, se a recuperação judicial visa justamente a propiciar condições a que a empresa claudicante possa se reerguer, prosseguindo em sua atividade produtiva, com todo o apoio do Estado para superar o momento difícil por que possa estar passando, como pode um órgão fracionário desse mesmo Estado, sem amparo legal, repita-se, impedir que essa empresa possa ter a chance de contratar com esse mesmo Estado e dele, mediante a retribuição prestativa de serviços, obviamente, possa auferir os recursos necessários a sua recuperação? Tal juízo se aplica também ao caso da recuperação extrajudicial. Assim, temos por ilegal a exigência em comento;

c) Exigência, como qualificação técnico-operacional para a contratação, sempre que viável a concorrência, de até 40 (quarenta) postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, além desse quantitativo, seja exigido um mínimo de 50%: o quantitativo e o percentual indicados não têm previsão legal de exigibilidade, razão pela qual não podem ser içados à condição de limitadores técnico-operacional. Ademais do que, a Lei nº 8.666/93 não prevê exigência de qualificação técnico-operacional, mas sim capacitação técnico-profissional (art. 30, § 1º, I), a qual se limita a, litteris: ‘I-capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;’ - grifamos; e,

d) fixação em edital como qualificação técnico-operacional da obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos: tal exigência fere o princípio da legalidade estrita, sendo, portanto, ilegal, vez que é restrição de direito não prevista em lei, portanto, defesa ao administrador sua imposição. Assim, a despeito das justificativas do grupo relativamente a estudos acerca de tempo de vida de empresas de pequeno porte e de que a o art. 30, II da Lei 8.666/93 autorizaria tal fixação, entendemos que tais argumentos não são suficientes ao suporte da restrição, a uma porque ao fincar na lei a faculdade de exigência de comprovação por parte do candidato à licitação de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, o legislador, de outro passo, não estabeleceu em contrapartida, no mesmo instrumento normativo, um marco temporal de experiência abaixo do qual os potenciais licitantes estariam impedidos de participar de licitações, como se pretende na sugestão ora em análise, a qual, desse modo, passa a configurar ilegalidade, vez que, claramente, o que se pretende é uma regulamentação do dispositivo legal, regulamentação essa que, no ordenamento jurídico brasileiro, como por demais cediço, apenas um decreto regulamentador poderia levar a cabo. A duas porque, tecnicamente, não se arrazoa a justificativa de que a experiência mínima de três anos se pauta em estrita lógica ante a possibilidade de os contratos da espécie se estenderem por até sessenta meses, isto porque, nos dizeres da lei, a compatibilidade deve ser observada em relação ao prazo de execução do objeto licitado, daí decorrendo o inevitável questionamento acerca de qual seria esse prazo. Por se tratar de serviço continuado, o grupo entendeu que o prazo de execução do objeto do contrato seria o máximo admitido em lei por meio da possibilidade de prorrogação da avença original. Ocorre que, em termos estritamente técnicos, o prazo de duração dos contratos administrativos é, em regra, adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57, caput da Lei nº 8.666/93), podendo, entretanto, nos casos de serviços continuados, serem prorrogados por iguais e sucessivos períodos por até sessenta meses (art. 57, II da Lei nº 8.666/93). Assim, no rigor técnico, a obrigação primeira dos licitantes, se vencedores da licitação, é a de contratar por um ano, por assim dizer, podendo não lhe interessar a prorrogação, por uma série

de razões, muito embora tal interesse raramente seja negativo. De igual modo, por se tratar de faculdade, a própria administração também não se obriga a prorrogações automáticas, dado que em determinados momentos pode ser que o mercado se mostre em viés de baixa e possa ser mais vantajoso nova licitação para nova contratação, independentemente de ainda não haver se esgotado período máximo de renovação contratual legalmente permitida. Assim, a prorrogação do contrato administrativo não é direito subjetivo, quer do contratado, quer da administração, decorrendo daí que, em rigor, o prazo de execução do objeto, o qual as partes se obrigam a respeitar é de um ano, não se mostrando, desse modo, razoável a exigência de experiência de 3 (três) anos como se pretende. Por último, também no universo da casuística, não se justifica a exigência dos 3 (três) anos de experiência como fator de garantia de que o contratado executará a contento as obrigações contratuais assumidas. Isto porque, não são raros os casos de empresas tradicionais que ‘se quebram’, deixando, em consequência de cumprir seus contratos, bem assim. Alter facie, pode-se dizer que a sugestão diz respeito à experiência das empresas e não dos empresários, não atentando para o aspecto de que aquelas são entes jurídicos, sem existência efetiva no mundo físico, personificando-se, em termos fenomênicos, apenas nas pessoas que as administra e que nelas trabalham. Assim, tomemos, por exemplo, o caso de um empresário que tenha executado durante muitos anos objeto semelhante ao que é licitado, porém, assim o fazendo por meio de empresa diversa daquela que agora encabeça com o fim de participar do certame licitatório. Pela proposição em comento, essa novel empresa, a despeito de todo o capital financeiro e intelectual de que possa dispor, comprovadamente capacitado a executar a avença que se segue ao processo licitatório, estaria impedida de ‘concorrer’, porque, juridicamente, não poderia demonstrar a experiência exigida, o que nos parece, s.m.j., absurdo!

IV- CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO.

16. Desse modo, em face do disposto no art. 237, VI do Regimento Interno do TCU, propomos que se conheça da presente Representação para, no mérito, julgá-la parcialmente procedente, acatando-se as propostas formuladas no relatório do grupo de trabalho (DE-1), nos termos da instrução consubstanciada no DE-2, destes autos, exceto, no que tange aos tópicos a seguir, por falta de expressa previsão legal:

- a) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da realização do processo licitatório, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;
- b) Certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante;
- c) exigência, como qualificação técnico-operacional para a contratação, sempre que viável a concorrência, de até 40 (quarenta) postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, além desse quantitativo, seja exigido um mínimo de 50%; e,
- d) fixação em edital como qualificação técnico-operacional da obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos.”

É o Relatório.

VOTO

O presente processo teve origem em iniciativa do Ministro Emérito desta Corte, Ubiratan Aguiar, à época do exercício da Presidência, tendo por objetivo fornecer contribuições para o aperfeiçoamento da contratação, gestão e encerramento de contratos de prestação de serviços de natureza contínua no âmbito da Administração Pública Federal.

2. Observou-se que a administração vem enfrentando diversas dificuldades na execução desse tipo de contrato, que estão levando a interrupções na prestação dos serviços, com prejuízos para a administração e para os trabalhadores, além de gerar potenciais danos financeiros para o erário, em decorrência da responsabilização subsidiária pelas verbas trabalhistas não pagas pelas empresas contratadas, conforme Enunciado de Súmula 331/TST.

3. Esta representação foi formulada com base em trabalho conduzido por um grupo de estudos composto por representantes de diversos órgãos da Administração Pública. Além do próprio TCU, participaram dos trabalhos servidores da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público Federal, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda, da Previdência Social e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

4. Entendo que a iniciativa foi bastante oportuna e o trabalho produzido tem condições de propiciar melhorias importantes nos procedimentos referentes à licitação, à gestão e à execução dos contratos de serviços de natureza contínua. Inegavelmente, foi muito importante para a qualidade do produto entregue pelo grupo de estudos o fato de ele ter sido integrado por representantes de diversos órgãos governamentais, com expertises e conhecimentos específicos, que certamente se complementaram em prol de um objetivo comum.

5. No âmbito do TCU, importante destacar a participação, ao lado de um representante da Segecex, de diversos servidores da Segedam. Isso, certamente, permitiu agregar a visão daqueles que militam no dia a dia das licitações e dos contratos, que conhecem as dificuldades e os problemas pertinentes aos contratos para a prestação de serviços de natureza contínua.

6. O grupo tratou de diversos aspectos, abaixo mencionados, referentes a dois grandes temas: Gestão de Contratos e Procedimentos Licitatórios.

I – Gestão de Contratos

- a) Documentação exigida na fiscalização contratual
- b) Retenção de valores em data próxima ao da final da vigência
- c) Validade das apólices de seguro
- d) Controle de encargos previdenciários
- e) Controle do recolhimento do FGTS
- f) Outros documentos
- g) Conta vinculada

II – Procedimentos Licitatórios

- a) Qualificação econômico-financeira
- b) Qualificação técnico-operacional
 - Local do escritório para contatos
 - Atestados de capacidade técnica
 - Experiência mínima de 3 anos
 - Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto
 - Idoneidade dos atestados
- c) Qualificação técnico-profissional
- d) Garantia contratual
- e) Casos de parcelamento do objeto

- f) Técnicas de orçamentação
- g) Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviço de forma contínua
- h) Percentuais de encargos sociais e LDI
- i) Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana, instituída ou não, na qual serão prestados os serviços
- j) Fixação de sanções
- l) Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica

7. Algumas das propostas formuladas pelo grupo não envolvem controvérsias jurídicas ou maiores complexidades de ordem prática. Em relação a elas, dada a consistência da contextualização e da análise dos temas feitas pelo grupo, conforme relatório precedente, entendo pertinente que as propostas formuladas façam parte de recomendações a serem exaradas pelo Tribunal nesta oportunidade, com exceção daquelas expressamente consignadas neste voto. São elas:

- documentação exigida na fiscalização contratual
- controle de encargos previdenciários;
- controle do recolhimento do FGTS
- outros documentos
- conta vinculada

8. Todos esses itens estão inseridos em um mesmo contexto – o de que a administração tem exigido das contratadas, por força da IN/MP 2/2008, uma extensa relação de documentos, que demandam considerável esforço dos setores dos órgãos que exercem a fiscalização contratual. Além de exigir uma grande estrutura de fiscalização, o exame desses documentos acaba afastando a fiscalização de sua atividade precípua, que é a de verificar a adequada execução do contrato. Tem-se constatado, ademais, que a exigência de toda essa gama de documentos não tem evitado a ocorrência de problemas em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, dados os subterfúgios que têm sido utilizados por algumas empresas para mascarar eventuais inadimplimentos dessas obrigações.

9. Propõe o grupo que os pagamentos às contratadas sejam realizados exclusivamente com base na documentação prevista no art. 29 da Lei 8.666/93, não mais se exigindo os diversos outros documentos hoje previstos na IN/MP 2/2008.

10. Alternativamente, caso se entenda que toda a documentação prevista na referida instrução normativa deve continuar sendo solicitada, a proposta do grupo é que se promova estudos para “viabilizar a ‘quarteirização’ de serviços, mediante a contratação de empresa especializada na área contábil e administrativa, com a finalidade de prestar assistência à fiscalização, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/93, dado o volume e a complexidade dos documentos e a incapacidade dos fiscais em realizar esse exame”.

11. Ainda como alternativa, propõe-se que o MP solicite à Caixa Econômica Federal “que realize estudos com o objetivo de verificar a viabilidade de os pagamentos de terceirizados serem promovidos em uma única instituição financeira, selecionada pela administração, a qual teria como obrigação verificar a pertinência de toda a documentação ora examinada por servidores e como contrapartida teria assegurado o depósito dos salários dos empregados”.

12. Importante destacar que o Tribunal editou a Portaria 297/2012, dispondo sobre a fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados de natureza continuada no âmbito da secretaria desta Corte, incorporando as sugestões feitas pelo grupo de estudos. Contatos realizados com a Segedam indicam que a aplicação desta portaria vem se dando a contento até o momento. Dessa forma, entendo que, como recomendação a ser feita ao Ministério do Planejamento, é suficiente aquela consignada no item 9 acima. Quanto às alternativas, elas podem ser melhor discutidas posteriormente, até porque talvez nem se façam mais necessárias, caso a implementação da citada recomendação surta o

efeito esperado, de diminuir o esforço de fiscalização documental por parte da administração, sem perda da qualidade nessa fiscalização.

13. A implementação de mecanismos de controle envolve uma avaliação de custo x benefício, uma vez que qualquer medida de controle implica em custos adicionais para a administração, que devem ser compensados pelos benefícios gerados por essa medida. E o relato apresentado pelo grupo evidencia que os eventuais benefícios da exigência de todos os documentos previstos na IN/MP 2/2008 não vêm compensando os seus custos.

14. Aliadas a essa medida “simplificadora”, o grupo propõe outras relacionadas ao controle do recolhimento de encargos previdenciários e de FGTS, que consistem fundamentalmente em criar mecanismos para que os próprios empregados das empresas contratadas verifiquem se elas estão promovendo os recolhimentos devidos. A administração continuaria fazendo o controle, não de todos os empregados, mas amostralmente. Teria também a obrigação de exigir as certidões necessárias, de fazer prever nos contratos como falta grave o não recolhimento do FGTS e da contribuição social e de comunicar aos Ministérios da Previdência Social e do Trabalho no caso de irregularidade nos recolhimentos.

15. Em relação ao controle de outros documentos, também previstos na IN/MP 2/2008, para que a administração possa verificar o pagamento de salários, vales-transporte e auxílio-alimentação, constata-se, na prática, que a fiscalização é rapidamente avisada pelos empregados quando esse tipo de problema acontece. Assim, revela-se pertinente a conclusão do grupo de que a administração só deve exigir os respectivos documentos quanto tomar ciência de alguma possível irregularidade no pagamento desses direitos aos empregados.

- retenção de valores próximo ao final da vigência
- validade das apólices de seguro

16. Os dois aspectos estão relacionados ao encerramento do contrato, tendo sido discutidas pelo grupo formas de garantir, ao final do ajuste, o pagamento de verbas rescisórias aos prestadores de serviço. Duas formas de se viabilizar esse pagamento são pela retenção de valores nas faturas a serem pagas e pela utilização das apólices de seguro. Em relação à primeira alternativa, o STJ tem várias decisões alegando não ser possível a adoção dessa medida (RMS 24.953, REsp 730080, AGRG no AI 1.030.498), posição agasalhada pelo Tribunal no Acórdão 2.197/2009-Plenário. Deve ser excluída, portanto, tal proposta. No que tange à utilização das apólices de seguro, observou-se que em geral as apólices utilizadas excluem expressamente os prejuízos causados ao erário decorrentes do não pagamento de verbas trabalhistas e previdenciárias. Daí a necessidade de fazer constar dos contratos que a garantia deverá cobrir esse tipo de inadimplemento por parte do empregador.

17. O grupo também propôs que os contratos devem prever que a garantia cubra: prejuízos decorrentes do descumprimento do contrato e do não adimplemento das demais obrigações nele previstas; prejuízos decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; multas moratórias e punitivas aplicadas pela administração e obrigações fiscais não honradas pela contratada.

18. Cabe ressaltar que, após concluído o trabalho do grupo de estudos, a Secretaria-Geral de Administração do TCU encaminhou o Ofício 86/2011 à Superintendência de Seguros Privados (Susep), com pedidos de esclarecimentos a respeito de riscos passíveis de serem cobertos por meio de seguro-garantia na modalidade garantia de obrigações contratuais do executor, do fornecedor e do prestador de serviços. Em sua resposta (Ofício 008/2012/SUSEP-SEGER, de 5/1/2012), a Susep esclareceu que a cobertura desse tipo de seguro não se aplicaria ao caso de multas moratórias, nem ao eventual inadimplemento de obrigações fiscais. Quanto aos ‘prejuízos decorrentes do não adimplemento das demais obrigações previstas no contrato’, a Susep informou que se tratava de expressão genérica e que a cobertura ou não dependeria do tipo de obrigação.

19. Diante disso, entendo necessário ajustar a proposta de encaminhamento do grupo, de forma a retirar as hipóteses não passíveis de cobertura, segundo a Susep. Esclareça-se que a Segedam vem incluindo nos contratos do Tribunal previsões compatíveis com as orientações prestadas pela Susep.

-- parcelamento do objeto

20. O art. 23, §1º, da Lei 8.666/93 estabelece que “As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.”.

21. Trata-se de dispositivo que não traz uma regra absoluta pelo parcelamento ou não do objeto. Há que se avaliar, para cada tipo de contratação, se o parcelamento é benéfico ou não para a administração, sob os pontos de vista técnico e econômico.

22. No caso dos serviços terceirizados, a partir da experiência relatada pelos agentes públicos que participaram do grupo de estudos, como regra, não se revela benéfico o parcelamento para a execução de serviços com menor nível de especialização, como aqueles prestados por garçom, mensageiro, motorista, recepcionista etc. Isso porque as empresas que atuam no mercado prestam todos esses tipos de serviço, sendo especializadas não em algum deles especificamente, mas na administração de mão de obra. Assim, um eventual parcelamento não ampliaria a competitividade das licitações e potencialmente aumentaria o custo da contratação, uma vez que se empresas diversas ganharem a prestação de diferentes serviços dessa natureza, o custo fixo por posto de trabalho será maior. Além disso, aumentaria a dificuldade de gerenciamento dos contratos por parte da administração, que teria de se relacionar com um maior número de empresas.

23. Situação diferente apontada pelo grupo ocorre no caso da prestação de serviços técnicos, com maior grau de especialização, como de manutenção predial, serviços de engenharia em geral, informática etc., cujas empresas prestadoras atuam de forma segmentada no mercado. Nesses casos, como regra, o parcelamento trará uma maior competitividade aos certames, com a tendência de obtenção de melhores preços e a possibilidade de contratações de empresas mais especializadas que, potencialmente, prestarão serviços de melhor qualidade.

24. Julgo adequada, portanto, a proposta de grupo de se estabelecer, como regra geral, que o parcelamento deve ser adotado na prestação de serviços de maior especialização técnica e não deve ser escolhido para a contratação de serviços de menor especialização, com a ressalva de que essa orientação constitui uma diretriz geral, mas sujeita a uma avaliação a ser feita caso a caso.

– domicílio bancário dos empregados

25. O grupo de estudos propõe que seja fixada no edital exigência de que o domicílio bancário dos empregados seja na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços, de forma que os empregados tenham mais facilidades para resolver qualquer problema relacionado ao recebimento de seus salários.

26. Tal proposta encontra guardada no art. 464 da CLT, não havendo óbices para que ela seja adotada.

– local de escritório para contatos

27. O grupo ressalta a importância de que a empresa contratada possua estrutura compatível no local onde são prestados os serviços, de forma que a administração e os próprios empregados possam discutir questões relacionadas à prestação dos serviços com a empresa contratada, sem maiores dificuldades. Registra o grupo de estudos que, com o pregão eletrônico, é cada vez mais comum empresas sediadas em determinados estados vencerem licitações para a prestação de serviços em outras unidades da federação. Se a contratada não tiver uma estrutura adequada no local de prestação dos serviços, a prática tem mostrado que isso causa dificuldades para a boa execução do serviço.

28. Não havendo impedimentos de caráter legal para tal exigência, que tem por objetivo diminuir potenciais problemas quanto à regular execução contratual, considero adequada a proposta do

grupo de que a administração requeira, no edital, que a empresa contratada possua ou se comprometa “a montar matriz, filial ou escritório em local previamente definido no edital, com pessoal qualificado e em quantidade suficiente para gerir o contrato”. Evidentemente, deve ser evitada a formulação de exigências desarrazoadas em termos de estrutura administrativa local, de forma a onerar desproporcionalmente as empresas, inibindo desnecessariamente a competitividade do certame, somente se exigindo que a contratada possua uma estrutura mínima que garanta a boa execução contratual.

– técnicas de orçamentação

29. O grupo de estudos argumenta que os itens que compõem o custo dos serviços de natureza continuada – remuneração, encargos sociais, insumos e LDI – variam, em grande medida, segundo parâmetros bem definidos, de forma que a realização de nova pesquisa de mercado, no caso de eventual prorrogação contratual, medida custosa e burocrática, segundo o grupo, não se revelaria necessária. A prática tem revelado poucos benefícios advindos dessa pesquisa, que não tem retratado verdadeiramente o mercado, uma vez que ela tem normalmente levado a preços superiores aos obtidos na licitação.

30. Para demonstrar a dificuldade e o custo administrativo envolvido nesse tipo de pesquisa, o grupo apresenta o exemplo de uma licitação do Tribunal de Contas da União para contratação de serviços de manutenção predial, que envolveu a pesquisa de mercado de cerca de 200 insumos e 800 materiais. Assevera o grupo de estudos que a relação custo x benefício desse tipo de pesquisa de mercado revela-se bastante desfavorável ao erário. Também a comparação dos valores de insumos e materiais com contratos firmados por outros órgãos da administração pública não se mostra simples, dadas as peculiaridades inerentes a cada contrato. Quanto a esses itens, defende o grupo que podem ser utilizados índices específicos para avaliar a adequação dos preços propostos pelas empresas por ocasião da prorrogação.

31. Diante disso, o grupo propõe que se entenda desnecessária a realização de pesquisa junto ao mercado e a outros órgãos/entidades da Administração Pública para a prorrogação de contratos de natureza continuada, desde que as seguintes condições estejam presentes, assegurando a vantajosidade da prorrogação:

“

a) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo a folha de salários serão efetuadas somente com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência de lei;

b) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei), quando houver, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos no contrato, correlacionados a cada insumo ou grupo de insumos a serem utilizados, ou, na falta de índices setoriais oficiais específicos, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os insumos ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE;

c) houver previsão contratual de que as repactuações envolvendo materiais, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos, correlacionados aos materiais a serem utilizados, ou, na falta de índice setorial oficial específico, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os materiais ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE.

d) nos casos dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, a vantajosidade econômica da contratação para a Administração, observado o disposto nos itens a até c, somente estará garantida se os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.

d.1) quando os valores resultantes da aplicação do disposto no item d forem superiores aos preços fixados pela SLTI/MP para os serviços de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato.”

32. Entendo que o relatório produzido pelo grupo de estudos, a partir da vivência prática dos agentes que o compuseram, logrou demonstrar a baixa eficiência e efetividade das pesquisas de mercado para subsidiarem as prorrogações de contrato de natureza continuada. Evidenciou-se o alto custo administrativo para a realização desse tipo de pesquisa, aliado aos benefícios limitados dela resultantes. Endosso, portanto, a proposta do grupo, ressaltando que não se está a propor que a prorrogação seja feita “às cegas”, uma vez que estão sendo estabelecidas diversas condicionantes para dispensar a realização da pesquisa, condicionantes mencionadas no item acima, com o objetivo de garantir que os itens que compõem os custos dos serviços estão sendo reajustados segundo parâmetros coerentes e bem definidos.

33. Ressalto que a redação sugerida pelo grupo na proposta de encaminhamento (item 247, XXI e XXII) é um tanto diversa daquela constante do corpo do relatório, transcrita no item 28 acima. Entendo mais adequada a redação acima, com alguns ajustes, na forma contida no acórdão que submeto a este colegiado (subitem 9.1.19).

Percentuais mínimos aceitáveis para encargos sociais e LDI

34. O grupo aponta que um dos grandes problemas enfrentados pela administração é a de ter parâmetros mais seguros para avaliar a exequibilidade das propostas apresentadas, tendo em vista que algumas empresas têm participado de certames licitatórios oferecendo preços incompatíveis com os custos mínimos desses serviços. Em especial com relação ao item LDI (Lucro e Despesas Indiretas), percentuais muito baixos têm sido apresentados por empresas optantes pelo Simples. Em relação a tais empresas, o grupo alerta que apenas os segmentos de limpeza e conservação podem optar por esse sistema de tributação (mesmo assim dependendo de um volume de receita) e que há norma da Receita Federal estabelecendo o prazo máximo para a empresa, que deixar de preencher as condições exigidas pela LC 123/2006, alterar seu regime fiscal.

35. Assim, propõe o grupo que os editais de licitação para a contratação desse tipo de serviço permitam a participação de empresa optante pelo Simples, desde que estabelecidas as seguintes salvaguardas no edital:

“a) Considerando tratar-se de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra, conforme previsto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991 e alterações e nos arts. 112, 115, 117 e 118, da Instrução Normativa – RFB nº 971, de 13/11/2009 e alterações, o licitante Microempresa – ME ou Empresa de Pequeno Porte – EPP optante pelo Simples Nacional, que, porventura venha a ser contratado, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeito à retenção na fonte de tributos e contribuições sociais, na forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, art. 30, inciso II e art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

b) O licitante optante pelo Simples Nacional, que, porventura venha a ser contratado, após a assinatura do contrato, no prazo de 90 (noventa) dias, deverá apresentar cópia dos ofícios, com comprovantes de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção por tal regime tributário) às respectivas Secretarias de Fazenda Federal, Estadual, Distrital e/ou Municipal, no prazo previsto no inciso II do § 1º do artigo 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

c) Caso o licitante optante pelo Simples Nacional não efetue a comunicação no prazo assinalado acima, o próprio órgão contratante, em obediência ao princípio da probidade

administrativa, efetuará a comunicação à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, para que esta efetue a exclusão de ofício, conforme disposto no inciso I do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

d) A vedação de realizar cessão ou locação de mão de obra não se aplica às atividades de que trata o art. 18, § 5º-C, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações, conforme dispõe o art. 18, § 5º-H, da mesma Lei Complementar.”

36. Com relação à avaliação da exequibilidade das propostas, apesar de fazer considerações sobre alguns dos parâmetros que devem ser levados em conta, o grupo não chegou a aprofundar os estudos suficientemente para chegar às condições mínimas que devem ser estabelecidas para que as propostas sejam consideradas exequíveis, de forma que a proposta final em relação a esse ponto foi a de que se deveriam aprofundar os estudos a respeito.

37. Dada a pertinência das considerações feitas pelo grupo, concordo com as propostas apresentadas.

Fixação de Sanções

38. Entende o grupo que seria importante a edição de ato normativo infralegal, regulamentando a aplicação de sanções nas licitações e nos contratos e estabelecendo um histórico de pontuação negativa aos fornecedores, que deve ser um elemento a ser considerado para a majoração ou atenuação das sanções a serem aplicadas durante a execução dos contratos.

39. O grupo, entretanto, não aprofundou a análise a respeito da matéria, propondo apenas “o aprofundamento dos estudos para uma posterior decisão quanto à viabilidade legal ou não de ato normativo regulando o tema”, medida que não vejo óbices para que seja formulada, a título de recomendação.

40. Algumas outras propostas do grupo dizem respeito a aspectos em que há certa dúvida em relação à interpretação legislativa ou em que a jurisprudência do Tribunal acerca do assunto parece não ser tão clara. Em relação a alguns desses pontos, inclusive, a então 3ª Secex considerou não haver amparo legal para sua formulação. Passo agora a tratar dessas questões.

Possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica na aplicação da sanção de inidoneidade para licitar

41. Em breves considerações, o grupo defende que, apesar de não haver previsão legal explícita para que seja desconsiderada a pessoa jurídica na hipótese de declaração de inidoneidade de uma empresa para licitar e contratar com a Administração Pública, a utilização desse princípio seria viável juridicamente, quando caracterizada a prática de ato por parte dos sócios com o objetivo de perpetrar fraudes, burlar a lei, para escapar de suas obrigações. Assim, no corpo do relatório, o grupo propõe:

“o afastamento da licitação de empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida para licitar e contratar com a administração pública, em razão de fraude ou burla a lei, que compreendemos encontrar amparo legal no princípio da desconsideração da personalidade jurídica.”

42. Na proposta de encaminhamento, ao final do relatório, entretanto, o grupo sugere que:

“seja elaborada proposta de Projeto de Lei que autorize a aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica nos processos licitatórios de contratação de serviços terceirizados, afastando da licitação empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro

societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida de licitar e contratar com a Administração Pública em razão de fraude ou burla à lei”

43. Essa questão já foi objeto de atenção por parte do TCU em algumas oportunidades, tendo sido negada a possibilidade de aplicação da sanção de inidoneidade para licitar com a administração aos sócios da pessoa jurídica (Acórdãos 991/2006-Plenário, 1.209/2009-Plenário). Ainda que o Tribunal possa eventualmente no futuro se debruçar de novo a respeito dessa questão, entendo que a complexidade do tema, com todas as suas implicações, indica a necessidade se fazer uma avaliação bem mais aprofundada, não realizada no âmbito deste processo. Quanto à proposta de elaboração de projeto de lei prevendo expressamente tal possibilidade, mencione-se que já existe projeto com tal conteúdo (PL 4003/2012 – Câmara dos Deputados), sendo desnecessária a formulação da proposta sugerida pelo grupo.

Qualificação econômico-financeira

44. O grupo de estudos registrou que as exigências de qualificação econômico-financeira previstas na maioria dos editais não estão sendo capazes de evitar a contratação de empresas sem a devida capacidade econômico-financeira para honrar os compromissos pertinentes à prestação dos serviços.

45. O grupo entende que deve ser sempre exigido que a empresa tenha patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado da contratação, independentemente dos índices de liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral. O grupo ressalta que empresas de prestação de serviço são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo para honrar seus compromissos, sendo necessário que elas tenham recursos suficientes para honrar no mínimo dois meses de contratação sem depender do pagamento por parte do contratante. Assim, propõe que se exija dos licitantes que eles tenham capital circulante líquido de no mínimo 16,66% (equivalente a 2/12) do valor estimado para a contratação (período de um ano).

46. Alerta também o grupo que é importante verificar se a licitante tem patrimônio suficiente para suportar compromissos já assumidos com outros contratos sem comprometer a nova contratação, o que pode ser feito por meio da análise da relação de compromissos assumidos. A correção das informações contidas nessa relação poderá ser objeto de avaliação a partir do cotejamento dos valores apresentados com os da receita bruta discriminada no Demonstrativo de Resultado do Exercício, uma vez que grande parte da receita de empresas de terceirização é derivada de contratos. Assim, o grupo propõe que o valor do patrimônio líquido da contratada não poderá ser inferior a 1/12 do montante total constante da relação de compromissos.

47. A então 3^a Secex, ao analisar esse ponto, entendeu que não haveria autorização legal para a exigência de capital circulante líquido mínimo de 16,66% do valor estimado da contratação. Assevera que tais números “por serem limitadores do direito de licitar dos administrados, não podem ser aleatoriamente fixados pela administração”. Aduz aquela unidade técnica que o art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93 diz que as demonstrações contábeis têm por objetivo comprovar a ‘boa situação financeira’ da empresa, “o que, sem dúvida, explana conceito aberto, mas nem por isso autorizador de limitações indevidas por parte do administrador, daí por que, mesmo razoáveis os valores e índices declinados na proposta, estes só podem ser adotados se estabelecidos por meio de decreto regulamentador, visto que este tipo de normativo existe justamente para explicitar a lei” (grifos do original).

48. Entendo não assistir razão à unidade técnica nesse aspecto. A prevalecer o entendimento defendido pela então 3^a Secex, só poderiam ser adotados critérios e índices expressamente estabelecidos na própria Lei 8.666/93 ou em decreto regulamentador. Nessa hipótese, as únicas exigências numéricas possíveis, na ausência de decreto regulamentador sobre a matéria, seriam o capital social ou patrimônio líquido de até 10% do valor estimado da contratação (expressamente previsto no art. 31, §3º da Lei 8.666/93) e a garantia, limitada a 1% do valor estimado (art. 31, inciso III). Nem mesmo o estabelecimento de valores mínimos de índices poderia ser feito, uma vez que não há previsão normativa expressa a respeito desses valores.

49. A leitura do art. 31 da Lei de Licitações indica que o legislador não estabeleceu de forma precisa quais critérios, índices e valores a serem requeridos. E nem deveria fazê-lo, julgo eu, diante da diversidade de tipos e complexidades de objetos, que podem requerer exigências distintas. A lei estabeleceu sim, determinados limites para as exigências a serem feitas pela administração, como valor máximo de patrimônio líquido, vedação da imposição de faturamento anterior ou índices de rentabilidade ou lucratividade, proibição da exigência de índices e valores não usualmente adotados. A lei também requer, de forma explícita, que a comprovação da boa situação financeira seja feita de forma objetiva por meio de índices devidamente justificados no processo administrativo da licitação.

50. Assim, se os critérios previstos pela administração estiverem dentro desses parâmetros, entendo que é perfeitamente legal exigí-los. E os critérios sugeridos pelo grupo de estudos situam-se nos limites estabelecidos em lei, tendo-se apresentado justificativas técnicas pertinentes que motivam sua adoção.

51. Cabe ainda destacar que a própria 3ª Sece, na análise de outro processo, TC 016.363/2011-6, havia se manifestado a favor da inserção de tais exigências referentes à qualificação econômico-financeira em edital de licitação realizado pelo TCU, com base no trabalho realizado pelo grupo de estudos, conforme se verifica em trecho do voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, Relator daquele processo (Acórdão 2.247/2011-Plenário):

"No presente caso, os requisitos de qualificação econômico-financeira foram definidos nos itens 33.1, 33.2, 33.3 e 33.4 do edital do pregão eletrônico 26/2011 e reproduzem as propostas de melhoria ofertadas pelo Grupo de Estudos. Para melhor esclarecimento do assunto, copio os itens mencionados (peça 9, p. 8-9):

33.1. Balanço patrimonial do exercício anterior ao da licitação, comprovando, cumulativamente, que possui os seguintes índices:

a) Liquidez Geral, Líquidez Corrente e Solvência Geral superiores a 1 (um); (...)

b) Capital Circulante Líquido – CCL ou Capital de Giro (ativo circulante – passivo circulante) no valor mínimo de 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social.

33.2. comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio do balanço patrimonial e das demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados, na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizado por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura deste Pregão;

33.3. declaração, conforme modelo constante do Anexo IX, que contenha relação de compromissos assumidos, demonstrando que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a administração pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data prevista para apresentação da proposta, não é superior a 100% (cem por cento) do patrimônio líquido, podendo este ser atualizado na forma da subcondição 33.2;

33.3.1. Com o objetivo de demonstrar a veracidade das informações prestadas na subcondição anterior, o licitante classificado, provisoriamente, em primeiro lugar, deverá apresentar a Demonstração de Resultado do Exercício (DRE) referente ao último exercício social.

33.3.2. Caso seja detectada divergência no valor total dos contratos firmados com a administração pública e/ou com a iniciativa privada, informada na declaração de que trata a subcondição 33.3, de 10% (para mais ou para menos) em relação à receita bruta discriminada na Demonstração de Resultado do Exercício (DRE), o licitante deverá apresentar os devidos esclarecimentos juntamente com a documentação referente à QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA – Art. 31 da Lei nº 8.666/93.

33.4. certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante;’

Os itens 33.1 e 33.3 retrocitados são idênticos aos itens 31.1 e 31.3 do edital do pregão eletrônico 58/2010 deste TCU, para contratação de serviço continuado de manutenção e limpeza de jardins e espelho d’água, os quais foram objeto de representação no âmbito do TC 031.163/2010-6.

Pela importância da matéria e considerando o percutiente exame efetuado pela 3^a Secex, entendo pertinente transcrever excerto da instrução (TC 031.163/2010-6, peça 11) que serviu de base para o Acórdão 2.523/2011-2C, submetido ao Colegiado mediante relação:

‘4.16 A exigência da relação de compromissos assumidos (item 31.3 do edital) também encontra amparo no art. 31, § 4º da Lei 8.666/93, e tem por finalidade avaliar a real capacidade da empresa de cumprir satisfatoriamente o objeto licitado, considerando os compromissos já assumidos em outros contratos. Ressalte-se que a Lei estabelece que a diminuição da capacidade operativa ou da disponibilidade financeira decorrentes de outros compromissos assumidos deve ser avaliada em relação ao patrimônio líquido da empresa.

4.17 Sobre a questão, Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12^a Edição, 2008, pag. 449) apresenta os esclarecimentos a seguir:

A exigência de relação dos compromissos apenas adquire utilidade quando tenha sido previsto patrimônio líquido mínimo. Objetiva verificar se os dados contábeis não estão prejudicados em função de fatos supervenientes. (...)

A relação de compromissos apenas poderá referir-se a eventos posteriores à data de apuração do balanço. Ora, a empresa pode ter ampliado o montante de seus compromissos após o balanço tanto quanto pode ter ampliado sua disponibilidade de recursos. Logo, deve ser assegurado ao licitante demonstrar que os compromissos supervenientes não reduziram o montante do patrimônio líquido, de modo a continuar a preencher os requisitos do edital.

4.18 No caso concreto, diante do disposto na Lei e das justificativas apresentadas, não identificamos irregularidade no edital ao exigir que o valor do patrimônio líquido da licitante não seja inferior a 1/12 do valor total anual constante da relação de compromissos. Segundo os responsáveis, tal exigência tem por finalidade garantir que, numa eventual falência, a empresa tenha condições econômicas de honrar o passivo trabalhista com seus empregados, o que resguardaria a Administração Pública de possíveis prejuízos decorrentes de demandas trabalhistas.’

Vale registrar que, além da análise supra, a 3^a Secex também se desdobrou com bastante propriedade acerca da necessidade de comprovar índice de CCL no valor mínimo de 16,66% do valor estimado para a contratação (idem ao item 33.1.b do edital do pregão eletrônico 26/2011), concluindo pela validade da exigência. Todavia, como tal condição não foi questionada pela representante, encontra-se fora do escopo deste processo.

No que interessa à apuração do requisito contra o qual se insurge a representante, verifico que a apresentação da relação dos compromissos assumidos, calculada em função

do patrimônio líquido atualizado (item 33.3), está literalmente autorizada pelo art. 31, § 4º, da Lei 8.666/93. A exigência para apresentar meros esclarecimentos (item 33.3.2) não implica, de forma alguma, em restrição à competitividade. Ademais, tal explicação se justifica na medida em que permite inferir a veracidade das informações prestadas pelos licitantes em caso de divergência, de 10% para mais ou para menos, no valor total dos contratos firmados em relação à receita bruta discriminada na Demonstração de Resultado do Exercício.

Portanto, anuo ao entendimento do Grupo de Estudos e da Unidade Técnica, uma vez que tais requisitos de qualificação econômico-financeira têm o propósito de salvaguardar a Administração de futuras complicações com as empresas de terceirização contratadas que, no curto, médio e longo prazos, não conseguem honrar os compromissos assumidos com os contratantes.”

52. Mencione-se, ainda, o Acórdão 47/2013-Plenário, em que o Tribunal, ao examinar representação contra edital que continha exigências simultâneas de capital circulante líquido de no mínimo 16,66% e de patrimônio líquido não inferior a 10% do valor estimado da contratação, entendeu que não havia irregularidades em tais exigências, tendo considerado a representação improcedente.

53. Recentemente, a Justiça Federal indeferiu o pedido de medida liminar para que fosse desconsiderada a exigência contida no edital do Pregão Eletrônico 21/2013-TCU, para contratação de serviços de vigilância e segurança privada, de que as licitantes demonstrassem possuir patrimônio líquido de pelo menos 1/12 do montante de seus contratos. O magistrado que indeferiu o pedido fundamentou sua decisão afirmando:

“Entendo ser plenamente razoável a Administração exigir que as empresas licitantes, a título de demonstração de sua capacidade econômico-financeira comprovem possuir um patrimônio líquido capaz de suportar débitos gerados por contratos por ela firmados.

Na verdade, tal exigência decorre do aumento constante da inadimplência e do descumprimento de contratos públicos, o que decorre da incapacidade das empresas de executarem o objeto contratual com os preços avençados nos procedimentos licitatórios, como ocorreu recentemente nesta Seção Judiciária.

...

... a exigência em debate não viola o princípio da isonomia nem tampouco restringe a competitividade entre os licitantes, traduzindo-se apenas como zelo do gestor ao patrimônio público”

54. Ainda em relação à qualificação econômico-financeira, o grupo de estudos propôs também que a administração exija que os licitantes apresentem “certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante”. A então 3ª Secex entende que essa exigência não é cabível, pois extrapola o que prevê a Lei 8.666/93, cujo art. 31, inciso II, tem a seguinte redação: “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física”.

55. A esse respeito, o Tribunal já analisou situação semelhante no âmbito do TC 025.770/2009-7. Naquela oportunidade questionou-se exigência de certidão negativa de recuperação judicial e de recuperação extrajudicial. O Tribunal entendeu legítima essa exigência, pois conforme apontado pelo Ministro André Luis de Carvalho, relator daquele processo, tal certidão “substitui a certidão negativa da antiga concordata em situações surgidas após a edição da lei” (item 24 do voto). Ressalte-se, ainda, que em outras situações o Tribunal se deparou com requisito semelhante e não fez qualquer restrição a respeito (Acórdãos 1.979/2006, 601/2011, 2.247/2011, 2.956/2011, todos do Plenário). Portanto, não vejo óbices para que tal exigência seja feita.

– qualificação técnico-profissional

56. O dispositivo da Lei 8.666/93 que trata especificamente da capacitação técnico-profissional é o art. 30, §1º, inciso I, que assim dispõe:

"I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos"

57. O cerne da discussão travada pelo grupo de estudos está relacionado à interpretação que se deve dar à parte final do dispositivo – "vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos". Duas interpretações seriam possíveis: a primeira de que não se poderia requerer quantidades mínimas ou prazos máximos relativamente aos serviços objeto dos atestados e a segunda, de que não se admitiria exigir quantidades mínimas de atestados.

58. O grupo afirma que a primeira interpretação não é a que mais se coaduna com o interesse da administração de se resguardar quanto à real capacidade técnica do licitante em prestar adequadamente os serviços contratados. Especialmente em serviços de maior complexidade técnica, como manutenção predial, serviços de engenharia em geral, informática, seria imprescindível exigir atestados de capacidade técnico-profissional com exigências de quantitativos mínimos e/ou prazos máximos, sob pena de a administração entregar a responsabilidade pela prestação dos serviços a profissionais que não têm capacidade técnica demonstrada na execução de serviços de porte semelhante aos que estão sendo contratados.

59. Por isso, o grupo entende que a interpretação mais apropriada acerca do art. 30, §1º, inciso I, in fine, é a de que é possível "e até mesmo imprescindível à garantia da contratação, delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior a ser comprovada – compatíveis com o objeto a ser executado – através de exigências de quantitativos mínimos concernentes ao objeto que se pretende contratar, tais como ter fiscalizado ou acompanhado obra de determinada ou semelhante dimensão, ter executado determinado porte de serviço".

60. A interpretação literal do dispositivo em tela nos levaria a concluir que não seria permitido fazer exigências de quantidades mínimas ou prazos mínimos em relação aos serviços que estão sendo contratados, no que se refere à capacidade técnico-profissional. No entanto, sabe-se que apesar de a interpretação literal ser aquela que mais facilmente se extraí da lei, ela nem sempre é a que se revela mais adequada ao atendimento do interesse público.

61. Antes de entrar no mérito da questão da capacidade técnico-profissional em si, é preciso falar um pouco da qualificação técnica em geral. Trata-se de uma das questões mais intrincadas e que causa mais controvérsias na interpretação da Lei 8.666/93. É inegável que a administração deve procurar contratar empresas e profissionais que detenham condições técnicas para realizar os serviços a contento. Consequentemente, é preciso fazer exigências para que os licitantes demonstrem possuir tal capacidade. Por outro lado, é sempre uma preocupação, principalmente dos órgãos de controle, evitar que a busca desse objetivo proporcione a aposição de exigências desarrazoadas nos editais, restringindo excessivamente a competitividade dos certames, dando margens a favorecimentos, etc. Deve-se, portanto, buscar a ampliação da competitividade, minimizando, no entanto, a exposição da administração ao risco de contratar uma empresa que não tem as condições técnicas necessárias para prestar os serviços adequadamente.

62. A busca desse equilíbrio nem sempre é simples nos casos concretos. Isso se complica ainda mais ante as dificuldades de interpretação do art. 30 da Lei 8.666/93, que trata da matéria. A esse respeito,

oportuno transcrever trecho da obra de Marçal Justen Filho – “Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (Editora Dialética, 12. ed., fls. 404/405):

“Antes de tudo, deve ressaltar-se a dificuldade em interpretar o art. 30. Por um lado, trata-se de tema dos mais problemáticos, especialmente por ser impossível à lei minudar limites precisos para as exigências que a Administração adotará. Por outro lado, houve vetos presidenciais que desnaturam a sistemática adotada pelo legislador. O art. 30 teve sua racionalidade comprometida em virtude desses vetos. Logo, é impossível afirmar com certeza que determinada interpretação é a única (ou melhor) comportada peça regra. Trata-se de uma daquelas hipóteses em que a evolução social (inclusive e especialmente em face da jurisprudência) determinará o conteúdo da disciplina para o tema...”.

63. Já antes da Lei 8.666/93, o ordenamento jurídico brasileiro contemplava os dois tipos de qualificação, a chamada técnico-operacional, que diz respeito à qualificação da empresa a ser contratada, e a qualificação técnico-profissional, que se refere à capacitação dos profissionais daquela empresa. Compreende-se que a capacidade técnica representa uma conjugação das duas modalidades de qualificação.

64. Quando se trata de qualificação técnico-operacional, a jurisprudência e a doutrina são pacíficas em admitir que se exija dos licitantes que tenham executado quantidades mínimas do serviço, de forma a assegurar que elas terão condições de prestar os serviços que estão sendo contratados. Isso porque se entende não ser suficiente para uma empresa demonstrar a capacidade para administrar 100 postos de trabalho, por exemplo, que ela tenha prestado um serviço com apenas 10 postos de trabalho, dada a clara diferença de dimensão entre as duas situações, que envolvem um know-how distinto. Entende-se que avaliação do porte dos serviços que já foram prestados por uma determinada empresa é importante para que a administração se certifique das condições técnicas da empresa para a execução dos serviços que estão sendo contratados.

65. A pergunta que se deve fazer é a seguinte: a dimensão dos serviços também é um aspecto relevante quando se refere à demonstração da capacidade técnica dos profissionais envolvidos na execução dos serviços? Julgo que sim, especialmente quando se trata da prestação de serviços que envolvem maior grau de complexidade. Imagine-se, por exemplo, a contratação de serviços de manutenção predial em um determinado órgão, que possui instalações com determinadas dimensões e características. Seria suficiente solicitar que o profissional responsável demonstrasse ter executado serviços da mesma natureza, independentemente do porte e das características do prédio de que tratava o contrato pretérito? Ou seria importante, ou mesmo imprescindível, que se exija do profissional demonstrar ter executado serviços de porte e características minimalemente semelhantes? Parece-me que a segunda opção é a mais adequada, sob pena de fragilizar a exigência de capacidade-profissional.

66. Dessa forma, parece-me mais consentânea com o interesse público a interpretação conferida pelo grupo de estudos ao dispositivo em questão, de que a vedação a quantidades mínimas se refere ao número de atestados e não ao seu conteúdo. Ou seja, não seria possível exigir mais de um atestado de capacidade técnico-profissional, pois a demonstração da execução daqueles serviços uma única vez seria suficiente.

67. A interpretação aqui defendida tem amparo na doutrina, conforme se verifica dos excertos abaixo reproduzidos (grifos meus):

“Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que soamente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (art. 30, §5º). Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei nº 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas. É claro que a vedação examinada não exclui o dimensionamento numérico da experiência anterior, para fins de fixação da equivalência ao objeto licitado. Ou seja, admite-se exigência na experiência anterior na execução de obras ou serviços similares. Isso envolve uma certa dificuldade, pois a similaridade tanto envolve questões “qualitativas” como “quantitativas”.

Pode-se avaliar a experiência anterior quer tendo em vista a natureza (qualitativa) da atividade como também em função das quantidades mínimas ou dos prazos máximos na execução de prestações similares. Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, mesmo para fins de qualificação técnica profissional. Por isso, deve-se interpretar razoavelmente a própria vedação que o §1º, inc. I, estabelece a propósito de qualificação técnica profissional. Somente se aplica quando a identificação da experiência anterior não envolver a existência de um dado quantitativo ou a explicitação de um local peculiar. Se a complexidade do objeto licitado consistir precisamente nesses pontos (extensão, dificuldade de acesso e assim por diante), é perfeitamente possível exigir comprovação de experiência anterior abrangendo requisitos dessa ordem". ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Editora Dialética, Marçal Justen Filho - 12ª edição, fls. 430/431).

"O art. 30, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, veda a exigência de quantidades mínimas. De fato, atestado que comprove a responsabilidade por obra de características compatíveis já evidencia a capacidade técnica.

O texto do inciso II do art. 30 menciona a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. O que está em exame é a aptidão do licitante para executar objeto semelhante ao da licitação e não quantas vezes já executou objetos semelhantes. Em tese, a empresa que apresentar somente um atestado está tão apta quanto aquele que apresentar dois atestados" (Curso de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Forum, Lucas Rocha Furtado - 2. ed., fl. 240).

68. Quanto à jurisprudência deste Tribunal, ela não é uniforme. Há diversas deliberações no sentido de não permitir a fixação de quantidades mínimas no que se refere à capacidade técnico-profissional. Citem-se os Acórdãos 1.706/2007, 2.081/2007, 2.036/2008, 2.304/2009, todos do Plenário. Em todos esses processos, no entanto, verifica-se que a questão não foi amplamente discutida, tendo o Tribunal simplesmente adotado a interpretação literal do dispositivo.

69. De forma diversa, no âmbito do TC 019.452/2005-4, a questão foi debatida com maior profundidade pelo Relator, Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, em seu voto, aprovado por unanimidade pelo Pleno naquela oportunidade. Transcrevo trecho do voto proferido por Sua Excelência:

"6. A respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida capacitação técnico-profissional, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraíndo-lhe sua verdadeira mens legis e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto, conforme o fez a Unidade Técnica, às fls. 54/55 do v.p..

7. Para valer-se do mencionado dispositivo legal, e exigir que as licitantes comprovem ter seu corpo técnico executado obra ou serviço de características semelhantes a que será contratada, as comissões de licitação, eventualmente, não disporão de outro meio tão eficiente e objetivo quanto a análise quantitativa de obras ou serviços outrora executados por esses profissionais, quanto mais no Certame em foco, cujo objeto – prestação de serviços de consultoria e apoio à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento estratégico para o ciclo 2006/2010 – é de natureza predominantemente intelectual.

8. Em respaldo ao entendimento que ora defendo, transcrevo abaixo a lição de Marçal Justen Filho, que, ao comentar o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, assim se posiciona:

"Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, mesmo para fins de qualificação técnica-profissional. Por isso, deve-se interpretar razoavelmente a própria vedação que o § 1º, inciso I, estabelece a propósito de qualificação técnica profissional. Somente se aplica quando a identificação da experiência anterior não envolver a existência de um dado quantitativo ou a explicitação de um local peculiar. Se a complexidade do objeto licitado consistir precisamente

nesses pontos (extensão, dificuldade de acesso e assim por diante), é perfeitamente possível exigir comprovação de experiência anterior abrangendo requisitos dessa ordem." (in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 10ª edição, 2004, p. 330)

9. Nessa linha de raciocínio, considero que a exigência contida no subitem 9.8.4, alínea c, do Edital do Pregão PR-GSG-5.2113 – atestados técnicos ou currículo comprovando a atuação dos profissionais em atividades de planejamento em, pelo menos, 2 (duas) empresas com mais de 1.000 (um mil) empregados (fls. 16 do anexo I e 43 do anexo II) – não esbarra na vedação do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que a interpretação razoável desse dispositivo não alcança os quantitativos intrínsecos a cada contrato anteriormente executado, como no caso em exame, mas apenas a quantitativos referentes, entre outros, ao conjunto de experiências ou ao tempo de prática em cada uma delas, a exemplo do que ocorreria se a Eletronorte houvesse exigido das licitantes a comprovação de experiência mínima de dois anos no ramo de consultoria ou da execução de, pelo menos, dois contratos de consultoria em entidades cujas características, medidas em número de funcionários, faturamento anual, área de atuação etc., fossem semelhantes, em cada um desses entes, às encontradas na Eletronorte."

70. O Tribunal fez constar o seguinte conteúdo da ementa daquele acórdão:

"2. Não afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, quando este quantitativo reflita características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados e quando o objeto licitado for de natureza predominantemente intelectual, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação.”.

71. No mesmo sentido foi proferido o Acórdão 3.390/2011-2ª Câmara, em que o Tribunal acolheu as justificativas apresentadas pelos responsáveis no tocante à exigência de quantidades mínimas em atestados de capacidade técnico-profissional. Também no Acórdão 2.939/2010-Plenário, de minha relatoria, o Tribunal considerou improcedente representação movida por empresa que questionava, dentre outros aspectos, a exigência de quantitativos mínimos em atestados de capacidade técnico-profissional.

72. O grupo de estudos fez constar de seu relatório entendimento do STJ nessa mesma linha (REsp 466.286/SP, Relator Ministro João Otávio Noronha, Segunda Turma, DJ de 20/10/2003):

"a melhor inteligência da norma insita no art. 30, §1º, inc. I (parte final) da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos quanto, vinculadas ou objeto do contrato, estiverem assentadas em critérios razoáveis".

73. Diante de tudo o que foi exposto, considero que a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo é a que permite a exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos relativamente à comprovação de qualificação técnico-profissional. Evidentemente, em cada caso concreto, diante da natureza do objeto a ser contratado, a administração avaliará se o estabelecimento dessas quantidades mínimas ou prazos máximos é necessário e, em caso positivo, em que termos essas exigências serão estabelecidas, sempre no intuito de preservar a competitividade da licitação ao máximo possível, mas sem deixar de resguardar o interesse da administração em contratar empresa que tenha efetivamente condições técnicas de executar os serviços a contento.

– qualificação técnico-operacional

74. O grupo de estudos também tratou de diversos aspectos ligados à qualificação técnico-operacional das empresas, ante a constatação de que a administração vem se balizando por orientações destinadas à contratação de obras, que se têm mostrado inapropriadas para selecionar empresas para

prestação de serviços terceirizados. Além da questão do local do escritório, tratada nos itens 24 e 25 deste voto, foram abordados diversos aspectos relacionados à forma como se deve exigir a comprovação de experiência anterior, com o propósito de minimizar o risco de a administração contratar empresa inapta a bem executar o objeto do contrato.

75. O grupo menciona que é usualmente requerido pela administração apenas que a empresa comprove ter prestado serviço equivalente a no mínimo 50% do que está sendo contratado, o que pode não ser suficiente quando se trata de prestação de serviços terceirizados. Em regra, nesse tipo de serviço, as empresas não são especializadas no serviço em si, mas na administração de mão de obra. Tem-se constatado que os maiores problemas enfrentados na execução desse tipo de serviço estão relacionados à incapacidade gerencial das empresas, não à incapacidade técnica para a prestação dos serviços, em geral de baixa complexidade. Sugere o grupo que se exija das licitantes capacidade técnica para gerir pessoal, mediante a comprovação de que já adMinistrou no mínimo 20 (vinte) postos de trabalho, até o limite de quarenta postos. Após esse limite, em contratos de maior vulto, seriam requeridos 50% dos postos de trabalho necessários.

76. Outro aspecto considerado relevante pelo grupo é requerer que as empresas evidenciem experiência mínima de 3 anos na prestação dos serviços, de forma a evitar a contratação de empresas inexperientes, novas de mercado. Essa exigência objetiva minimizar os riscos de a administração contratar empresas que acabem não conseguindo cumprir o contrato durante todo o seu período, o que vem acontecendo com frequência.

77. O grupo também ressalta que deve ser objeto de preocupação da administração certificar-se a respeito da fidedignidade das informações constantes nos atestados. Dois tipos de situação ocorreriam com relativa frequência: a primeira, a apresentação de atestados antigos, fornecidos por empresas privadas que muitas vezes nem mais existem ou que não são localizadas nos endereços de origem e a segunda, o fornecimento de atestados em datas muito próximas às das contratações, em que não se teve tempo para efetivamente se certificar a respeito da qualidade do serviço prestado.

78. Para tentar contornar esse tipo de problema, o grupo propõe que a administração exija das empresas a disponibilização de todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados e que somente apresente atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior.

79. A então 3^a Secex se manifesta contrariamente à possibilidade das exigências dos 20 postos e do mínimo de 3 anos de experiência, entendendo não haver amparo legal para elas. Até mesmo em relação ao percentual de 50% dos serviços a ser contratados a unidade entende não ser legal o estabelecimento dessa exigência.

80. Mais uma vez, com as devidas vêniás, discordo da unidade técnica. Tal como fez na análise das questões relacionadas à qualificação econômico-financeira, a unidade adotou uma visão bastante restritiva, basicamente argumentando que tais exigências (20 postos e experiência mínima de 3 anos) não estão previstas em lei e, portanto, sua exigência nos editais seria indevida. Particularmente em relação à experiência mínima, ressalta que seria necessária a expedição de decreto regulamentador para possibilitar a inserção de tal requisito nos editais.

81. Na mesma linha que defendi anteriormente, também nesse caso entendo de forma diferente. A lei possui caráter geral, pois se destina a regular todas as situações. Em razão disso, dada a diversidade de possíveis objetos, seria difícil e até temerário a legislação entrar em um nível de detalhe tal a especificar quantidades e percentuais a serem requeridos. O art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93 estabelece que a administração deve exigir que a licitante comprove a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto. Os parágrafos do citado artigo estabelecem algumas regras para tentar evitar abusos ou exigências desarrazoadas, no sentido de garantir a observância do art. 37, inciso XXI, in fine da Constituição Federal, que só permite as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Algumas das restrições feitas pela Lei 8.666/93 relativas às exigências que podem ser estabelecidas são as seguintes: vedação da exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou

em locais específicos, proibição de exigências de propriedade e de localização prévia de equipamentos e pessoal.

82. Estando as exigências dentro dos limites autorizados pela lei, não há porque a priori, considerá-las indevidas. O que se deve verificar é sua pertinência para garantir a cumprimento (ou ao menos diminuir o risco de descumprimento) das obrigações das contratadas, sem restringir indevidamente a competitividade das licitações. Entendo que os argumentos utilizados pelo grupo demonstram a adequabilidade dessas exigências, que já foram consideradas legais pelo Tribunal em algumas ocasiões, conforme registrado abaixo. Mencione-se que nos processos abaixo mencionados, a própria 3^a Secex manifestou-se pela legalidade dessas exigências:

– TC 019.549/2010-5 – uma das exigências de qualificação técnica contida no edital foi a de o licitante comprovar experiência mínima de três anos na área dos serviços a serem contratados.

. ementa do Acórdão 2.939/2010-Plenário:

“É compatível com o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993 a exigência de requisito temporal de atuação do licitante na área do serviço de natureza contínua licitado, desde que por período inferior ao prazo de 60 (sessenta) meses previsto no inciso II do art. 57 daquela Lei”

. trecho do relatório:

“4.5 Ademais do acima exposto concluímos, alinhados aos argumentos da Administração, que as exigências postas no edital coadunam-se com os termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, que autoriza a exigência de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, vez que a experiência exigida para habilitação ao certame, inclusive no que se refere a prazo, mostram-se razoáveis e compatíveis com os serviços que serão executados e na área em que serão executados, conforme demonstrado no arrazoado técnico de fls. 69/82.”

. trecho do voto:

“7. Em segundo lugar, por se tratar de serviço de natureza contínua, que podem se estender por longo período, a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto.

8. Acrescente-se que, na situação em foco, o estipulado prazo de três anos de atuação no mercado, conforme reconheceu a Secex/3, é compatível, dada a natureza contínua dos serviços em questão, com o prazo máximo de 60 meses autorizado pelo inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993.

9. Finalmente, destaco que o simples fato de haverem sido habilitadas no certame quinze empresas já é suficiente para demonstrar que as regras inseridas no instrumento convocatório, ao contrário do alegado pela representante, não ferem nem a competitividade da licitação, nem a isonomia entre os interessados.”

– TC 028.029/2010-0 – exigiu-se no edital que o licitante comprovasse o gerenciamento de 20 postos de trabalho, em licitação que tinha por objetivo a contratação de 8 postos, e demonstrasse experiência mínima de 3 anos.

. ementa do Acórdão 8.364/2012-2^a Câmara:

“Em processos licitatórios que se destinem a contratar quantitativo de terceirizados inferiores a 40 (quarenta) postos de trabalho, é válida a exigência de habilitação técnico-operacional de a licitante comprovar que gerencia, na data de publicação do edital, o mínimo de 20 (vinte) empregados terceirizados no âmbito de sua atividade econômica principal e/ou secundária, especificada no seu contrato social registrado na junta comercial competente, bem como no Cadastro de Pessoas Jurídicas da Receita Federal do Brasil”

. trecho do voto:

“4. Com efeito, também entendo que as exigências de experiência mínima de 3 (três) anos no mercado do objeto licitado e de estar gerindo 20 postos, apesar de serem complementares, não se sobrepõem nem são excludentes, tendo em vista que buscam avaliar competências distintas. A primeira atenta para a experiência e a estabilidade da empresa no mercado ao passo que a segunda busca aferir a sua capacidade de gestão de pessoas e a de suportar os custos mínimos de administração inerentes à prestação dos serviços, independentemente do número de postos.

“7. Consoante estimativas criteriosas feitas pela Segedam e cujos cálculos estão detalhados no relatório que antecede este voto, são precisos pelo menos 20 postos de trabalho para que seja gerada renda suficiente para manter em funcionamento uma empresa que atue na área de prestação de serviços de natureza continuada.

8. Sobre as dificuldades relativas a contratos celebrados com empresas que não conseguem manter seus custos mínimos relatou a Segedam a seguinte situação:

27. Há diversas experiências no TCU, especialmente nas Secretarias de Controle Externo nos Estados, demonstrando que empresas que gerenciam pequenos quantitativos de postos de trabalho não se sustentam ao longo do tempo, logo vão à falência e, não raro, são abandonadas pelos responsáveis/proprietários, que fogem de suas responsabilidades contratuais, deixando os empregados entregues à própria sorte.

28. Nesses casos, a Administração é obrigada a intervir no contrato e buscar soluções tendentes a minimizar os prejuízos a que os empregados ficam sujeitos, efetuando, por exemplo, o pagamento direto dos salários, dos benefícios e das obrigações patronais relativamente às questões trabalhistas e previdenciárias.

29. Quando a Administração contrata determinada empresa com capacidades técnico-operacional, profissional e econômico-financeira frágeis, o prejuízo social, econômico e administrativo é certo e enorme. E é justamente desses prejuízos que a Administração do TCU deseja esquivar-se mediante a aplicação, dentre outras regras, da exigência editalícia aqui debatida e defendida.”

83. Por fim, ressalto as informações apresentadas pela Segedam no âmbito do processo acima referido – TC 028.029/2010-0, registrando que após o trabalho do grupo de estudos o TCU passou a fazer as exigências de qualificação apresentadas no presente trabalho, tendo obtido o seguinte resultado:

“31. Desde então, em maior ou menor grau, as novas medidas foram implementadas em 17 (dezessete) editais de pregões eletrônicos do TCU, sem que tivesse havido restrição à competitividade dos certames, conforme tabela de fls. 6-8, anexo 1.

32. Observa-se que nesses 17 procedimentos não houve nenhuma licitação deserta. Ao contrário, a grande maioria das licitações teve número significativo de concorrentes. Destarte, à exceção de uma das licitações, cujo preço global ficou exatamente igual ao estimado pela Administração, as demais tiveram preços cotados abaixo dos estimados.

33. Registre-se, ainda, que o mercado tem aceitado com bastante tranquilidade as exigências fixadas, pois apesar do grande número de concorrentes e de desclassificações por não

preencherem os requisitos, um número reduzido de empresas questionaram as qualificações exigidas. Desse modo, entende-se como razoáveis as qualificações atualmente adotadas, inclusive a que trata do quantitativo de postos.”

84. Diante do exposto, considero não haver óbices para que sejam adotadas as propostas sugeridas pelo grupo de estudos no tocante à qualificação técnico-operacional.

Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviços de forma contínua

85. O grupo afirma que a praxe na administração pública, por orientação do TCU, tem sido firmar esses contratos por 12 meses, possibilitando sua prorrogação por até 60 meses, conforme autorizado pelo art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93. Defende o grupo, entretanto, que se deva permitir que esses contratos sejam firmados desde o início por 60 meses, entendendo que “quanto maior o prazo de vigência desses contratos, maior é a segurança das empresas para oferecer seus preços, tendo em vista a estabilidade que lhes é oferecida no negócio. Com isso, é esperado um aumento da concorrência, com a expectativa de melhores preços e a participação de empresas melhor qualificadas para prestar os serviços.”

86. O grupo assevera, também, que ainda que o contrato seja assinado com prazo de 60 meses, a administração pode avaliar se ele deve ser mantido, a cada 12 meses, sob os pontos de vista econômico e de qualidade dos serviços. Propõe, então, que “verificadas as peculiaridades de cada serviço, os contratos de natureza continuada podem ser firmados, desde o início, com prazos superiores a 12 meses. Contudo, a cada doze meses devem ser avaliadas a necessidade e a qualidade dos serviços e se os valores estão compatíveis com os praticados pelo mercado”.

87. O art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93 não impede que contratos referentes a serviços de natureza continuada tenham seu prazo de vigência dimensionado em prazos superiores a 12 meses. A leitura de alguns julgados do Tribunal que trataram dessa questão indica que a principal preocupação desta Corte é evitar que a celebração de contratos por prazos muito longos (60 meses seria o caso extremo) possa colocar a administração em situação de fragilidade caso se verifiquem problemas durante a execução do contrato, notadamente em termos de qualidade na prestação dos serviços. A prorrogação a cada 12 meses seria um momento em que a administração avaliaria a vantajosidade em se manter aquele contrato (Decisão 148/96-Plenário, Acórdãos 1.467/2004-1ª Câmara, 490/2012-Plenário 525/2012-Plenário).

88. Por outro lado, é bastante razoável o argumento trazido pelo grupo de que a contratação já por prazo mais alongado poderia permitir a obtenção de preços mais vantajosos, uma vez que as empresas teriam uma maior estabilidade na relação contratual. Essa segurança, entretanto, seria relativa, uma vez que o próprio grupo defende a possibilidade de a administração verificar periodicamente a necessidade, a qualidade e o preço dos serviços.

89. O que se verifica é a necessidade de equilíbrio entre dois aspectos: de um lado possibilitar à administração obter melhores preços ao firmar contratos com prazos de vigência superiores (e ainda reduzir custos administrativos para fazer eventuais prorrogações de 12 em 12 meses) e de outro possibilitar à administração avaliar periodicamente a qualidade e as condições econômicas daquela contratação e eventualmente não mais continuar a prestação dos serviços naquelas condições.

90. Com relação ao segundo aspecto, por mais que o grupo afirme que a vigência inicial de 60 meses não impede uma avaliação periódica do contrato por parte da administração, não se pode negar que é muito mais simples para a administração não prorrogar um contrato (até porque a prorrogação não se constitui direito do contratado) do que rescindir um contrato durante seu prazo de execução, medida que pode ser custosa e inclusive gerar ações judiciais.

91. Considerando que a legislação não determina expressamente que esse tipo de contrato deve ter prazo inicial de vigência de 12 meses, levando em conta os aspectos mencionados nos parágrafos anteriores, entendo que não se deva fixar uma orientação geral de que a administração deve ou não fazer

contratos para prestação de serviços continuados com prazo de 12, 24 ou 60 meses. É uma avaliação que deve ser feita a cada caso concreto, tendo em conta as características específicas daquela contratação. Cabe à administração justificar no procedimento administrativo o porquê da escolha de um ou outro prazo, levando-se em conta os aspectos aqui discutidos e outros porventura pertinentes para aquele tipo de serviço.

92. No processo que culminou com a prolação do Acórdão 490/2012-Plenário, por exemplo, o Tribunal entendeu legítima a fixação de um prazo inicial de 24 meses, para a contratação de serviços especializados de prevenção e de combate a incêndio e pânico, tendo em vista o argumento apresentado pela entidade contratante de que, para aquele tipo de serviço, não era conveniente uma alta rotatividade de empresas na prestação dos serviços.

93. Ao final do relatório, o grupo informa que, à medida que as ideias do grupo de estudos foram se cristalizando, o TCU passou a adotar em suas licitações algumas das propostas formuladas pelo grupo. Até a época de elaboração do relatório final, já tinham sido realizados onze pregões contendo algumas dessas propostas, com bons resultados – as licitações foram competitivas, com baixo volume de reclamações por parte dos interessados.

94. No âmbito do TC 028.029/2010-0, o relatório do Ministro Raimundo Carreiro, relator daquele processo, trouxe informações mais novas prestadas pela Secretaria-Geral de Administração do Tribunal a respeito da incorporação dessas propostas em licitações do próprio TCU. Conforme apontado no item 83 deste voto, naquela oportunidade, 17 pregões já tinham sido realizados, sem nenhuma licitação deserta ou com baixa competitividade, tendo o preço global em todas elas sido igual ou inferior ao estimado pela administração em todos os casos. Asseverou a Segedam “que o mercado tem aceitado com bastante tranquilidade as exigências fixadas, pois apesar do grande número de concorrentes e de desclassificações por não preencherem os requisitos, um número reduzido de empresas questionaram as qualificações exigidas”.

95. Contato recente feito por meu Gabinete com a Segedam indicou que o panorama continua o mesmo. A realização das licitações incorporando as propostas do grupo de fato tem propiciado melhores contratações para o TCU, que não tem mais enfrentado problemas vividos no passado, em que empresas sem qualificação técnica ou econômica eram contratadas e não conseguiam executar os serviços a contento.

96. Reputo que esses elementos de caráter prático fornecem elementos adicionais de convicção de que as propostas sugeridas pelo grupo, com os pequenos ajustes por mim realizados, podem efetivamente gerar benefícios para a administração pública em geral.

97. A proposta da extinta Adplan, a partir das sugestões do grupo de estudos, é que o Tribunal recomende à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI que incorpore as propostas de melhoria formuladas, bem como que realize os estudos referentes às questões tratadas nos itens 34 a 37 deste voto (percentuais de encargos sociais e LDI e fixação de sanções). Propõe a unidade técnica também que sejam feitas recomendações à AGU no que se refere às medidas que carecem de normatização por parte daquele órgão, para a operacionalização de procedimentos referentes à retenção de valores próximo ao final da vigência e à validade das apólices de seguro (item 16 deste voto).

98. Concordo que esse é o encaminhamento mais adequado para o processo, considerando a competência da SLTI em planejar, coordenar, supervisionar e orientar normativamente as atividades do Sistema de Serviços Gerais (SISG) no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional.

99. Conforme apontado no item 12 deste voto, o Tribunal já normatizou, para aplicação em seus contratos, as questões relacionadas à fiscalização contratual (Portaria 297/2012). Entendo oportuno que se recomende à Segedam, também, que avalie a conveniência e a oportunidade de propor a normatização de outros aspectos abordados neste processo, de tal forma que os procedimentos aqui tratados façam parte da rotina administrativa desta Casa, no que tange às contratações de serviços de natureza contínua.

Sala das Sessões, em 22 de maio de 2013.

AROLDO CEDRAZ
Relator

(À Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle)