

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 90610/2025

TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 34.801.398/0001-87, com sede na Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, Vila Lenzi, na cidade de Jaraguá do Sul – SC, CEP 89252-360, telefone (47) 9.9648-6333, doravante denominada exclusivamente como recorrida, vem respeitosamente apresentar as suas CONTRARRAZÕES ao Recurso Administrativo interposto por João Raphael Tavares Neto, já devidamente qualificado, e doravante denominado exclusivamente como recorrente.

I – BREVE SÍNTESE

A recorrente insurge-se contra a habilitação da recorrida, afirmando que não houve robusta comprovação de capacidade técnica, levantando de forma infundada e temerária questionamentos quanto a idoneidade documental carreada ao processo licitatório.

II – PRELIMINARMENTE: DA LEGISLAÇÃO E DAS REGRAS DO EDITAL

A Lei 14.133/21, também conhecida como a nova Lei de Licitações, entrou em vigor alterando a antiga Lei 8.666/93, representando um marco regulatório na gestão de contratos e licitações públicas no Brasil.

É vital compreender o contexto em que a nova lei foi inserida. A Lei 14.133/21 buscou modernizar e tornar mais eficiente o processo de licitações e contratos administrativos.



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

As alterações incluíram, entre outras coisas, novas modalidades de licitação, critérios de julgamento e formas de disputa, além de introduzir mecanismos para garantir a execução contratual e promover a transparência.

Nesse contexto, as atualizações quanto aos atestados de capacidade técnica surgiram como uma ferramenta de qualificação e seleção de fornecedores.

O atestado de capacidade técnica é um documento emitido por uma pessoa jurídica de direito público ou privado **que comprova** a exigência técnica de uma empresa para a execução de determinado objeto.

Ou seja, o atestado é a prova cabal de que a empresa já prestou serviços ou entregou produtos semelhantes aos que estão sendo licitados, atestando sua experiência e competência na área.

Logo, pela lei aplicável, **o atestado é a prova de capacidade técnica operacional**.

O inciso II, do artigo 67, da Lei 14.133/21 é cristalino ao afirmar que a documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a certidões ou atestados que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares.

Além disso, o edital desta licitação estabelece em seu regramento, em relação aos atestados de capacidade técnica, exatamente o que consta na legislação aplicável, quase *ipsis litteris*, uma vez que:

9.31. Comprovação de aptidão para execução de serviço similar, de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior à do objeto desta contratação, ou do item pertinente, por meio da



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

apresentação de certidões ou atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou pelo conselho profissional competente, quando for o caso.

Ou seja, tanto a Lei quanto o edital exigem o atestado de capacidade técnica, e nada para além disso. Não exige registro do atestado no conselho, não exige nota fiscal, recibo, ou outro documento, não exige que na data dos serviços atestados se tenha comprovação de vinculação com entidade de classe.

Para além disso, para comprovar a veracidade do fornecimento que fora atestado, a licitante que ora apresenta contrarrazões apresentou no momento oportuno, por sua exclusiva boa-fé e sem qualquer necessidade prévia, o contrato de fornecimento que dá guarida e base ao atestado apresentado, indo inclusive em direção de diligência que poderia ser realizada pelo pregoeiro, como estipulado no item 9.32.4 do edital.

A exigência é tal qual consta no item 9.31 do edital, e artigo 67 da Lei 14.133/21. O que fora integralmente cumprido pela recorrida e, assim, de antemão já motiva a improcedência do recurso que ora se responde.

III – INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA FORMALIDADE E DO PRINCÍPIO DA DIALECTICIDADE

Como sabido, a licitação é um procedimento administrativo que deve observar não apenas a legalidade formal, mas também os princípios constitucionais aplicados a Administração Pública.

Sendo, portanto, um procedimento regulado em lei, a licitação deve se desenvolver por meio de uma sequência de atos jurídicos vinculados, que não podem se afastar da finalidade pública que os rege, nem da formalidade específica exigida em lei.



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

No caso, é plenamente perceptível que o recurso se reveste de mero inconformismo, desprovido de qualquer base legal que fundamente a pretensão da licitante recorrente.

Isto porque, do exame do texto combativo, percebe-se que o mesmo se presta a impugnar o ato de habilitação, apenas, e tão somente, com a alegação de ofensa a princípios pela suposta falta de capacidade técnica, sem prova contundente desse suposto fato.

Como sabido, o processo licitatório é, na verdade, processo administrativo submetido a requisitos formais, visto que após o seu transcurso normal, pode criar ou impor obrigações contra terceiros. Assim, tanto a formalidade, quanto a dialeticidade, são princípios essenciais.

Sobre o prisma da dialeticidade, inclusive, tem-se que o recurso deve apresentar de forma expressa as razões, não só fáticas, mas sobretudo jurídicas, pelas quais a decisão de habilitação deve ser revisitada.

No caso em concreto, como já dito, o recurso padece de tais requisitos e se propõem a ser peça de mera lamentação pela perda do processo de disputa. **Requer-se, assim, de pronto, o desprovimento do recurso.**

IV – DA AUSÊNCIA DE REGISTRO NO CRR

Afirma o recorrente que há inconsistência documental, pois, o atestado de capacidade técnica relaciona-se ao período iniciado em 01.07.2024, quando o registro da empresa no CRN se deu em 28.07.2025.



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

Sem qualquer razão ao recorrente.

O fato do registro no CRN ser posterior a data de início do fornecimento atestado não o torna ilegítimo, pois, não era, o registro no CRN *conditio sine qua non* para a contratação entre a empresa que atestou os serviços, e a empresa que fora atestada, ora recorrida.

Ademais, conforme consta no cotejo probatório da licitação, a empresa recorrida foi constituída em 09.09.2019 e sempre atuou no mesmo ramo de atividade.

Logo, prestou serviço de alimentação continuada desde a sua constituição (09.09.2019), sem o registro no CRN, por não ser obrigação legal, quando o fez em 28.07.2025.

Ressalta-se que o registro junto ao CRN se deu, eminentemente, por exigências editalícias de empresas públicas – e nunca de empresas privadas –, tal qual ao certame em questão, que exigem das participantes o registro no CRN.

Por fim, de bom alvitre destacamos que tanto a Lei quanto o presente edital não exigem que o atestado de capacidade técnica seja registrado junto ao CRN, bem como não exigem que a licitante comprove o seu próprio registro pretérito no respectivo CRN.

Logo, hígido é o atestado apresentado, devendo ser ele mantido *in totum* e, com isso, deverá ser julgado improcedente o recurso que ora se responde, mantendo-se a habilitação da empresa recorrida.



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

V – DA EFETIVA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DA RECORRIDA – TEMPERO VERDE REFEIÇÕES

O edital da presente licitação estabelece em seu regramento, em relação aos atestados de capacidade técnica, exatamente o que consta na legislação aplicável, quase *ipsis litteris*, uma vez que:

9.31. Comprovação de aptidão para execução de serviço similar, de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior à do objeto desta contratação, ou do item pertinente, por meio da apresentação de certidões ou atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou pelo conselho profissional competente, quando for o caso.

Vejamos que o dispositivo previsto no edital, apenas replica o previsto em Lei. Daí, portanto, sua conformidade legal.

Da leitura do referido certame, em cotejo com os documentos anexos ao processo licitatório pela licitante vencedora, ora recorrida, verifica-se que os dois itens necessários de comprovação foram perfeitamente cumpridos, de modo que sua habilitação deve ser mantida.

Isto porque, os atestados juntados dão plena demonstração de que a licitante vencedora, ora recorrida, tem capacidade para cumprir com o objeto da licitação, não só no que diz respeito a confecção do alimento, mas, também, no que diz respeito disposição operacional, técnica e logística para cumprir com a totalidade do objeto.

Ora, a licitante, aqui recorrida e vencedora demonstrou que detém de plena capacidade técnica e operacional para cumprir integralmente o objeto do certame, uma vez que o cotejo probante indica claramente e inquestionavelmente este norte.



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

No que diz respeito aos quantitativos, fica claro e cristalino, que os atestados demonstram a grandeza da operação comercial da licitante recorrida que já forneceu milhares de unidades de refeição para diversas entidades, tanto públicas quanto privadas.

Os atestados de capacidade técnica apresentados pela licitante atendem aos requisitos legais e editalícios para fins de comprovação de aptidão técnica, não se mostrando minimamente razoável a interpretação excessivamente fantasiosa adotada pela recorrente, que busca sem qualquer razão invalidar documento idôneo.

Nos termos do art. 67 da Lei nº 14.133/2021, a comprovação de capacidade técnica deve se dar por meio de atestados que demonstrem a execução de serviços compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto licitado, não se exigindo quaisquer outros meios de registros ou de provas anexas aos atestados.

Quanto à alegação de ausência de documentação complementar, cumpre destacar que a lei não impõe a obrigatoriedade de apresentação de contratos, notas fiscais ou empenhos juntamente com os atestados, bastando que estes sejam emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado e contenham descrição suficiente do serviço executado.

Diante disso, conclui-se que os atestados apresentados – juntamente com o contrato de serviço – são suficientes e juridicamente idôneos para comprovar a capacidade técnica da licitante ora recorrida, impondo-se o indeferimento do recurso ora respondido e, conseqüentemente o reconhecimento de habilitação da empresa Tempero Verde Refeições, aqui recorrida, com o regular prosseguimento do certame.



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

VI – DA NÃO VINCULAÇÃO DOS ACÓRDÃOS APRESENTADOS

O recorrente, para dar “razão” às infundadas alegações, apresentou três acórdãos do TCU que, supostamente teriam relação com o seu requerimento. Seriam os acórdãos 1.214/2013, 2.622/2015 e 775/2020.

Em relação ao acórdão 2.622/2015, conforme integralidade do voto que segue como anexo dessa contrarrazão, ele não menciona, em momento algum, atestado de capacidade técnica, em momento algum ele trata sobre atestado de capacidade técnica. Basta analisar o voto. Logo, imperioso destacarmos que não há qualquer relação entre o acórdão e as infundadas alegações do recorrente.

Em relação ao acórdão 775/2020, ele faz parte integrante do acórdão 1.824/2017. Esse, tal qual o anterior, conforme integralidade dos votos que seguem anexos dessas contrarrazões, não menciona, em momento algum, atestado de capacidade técnica, em momento algum ele trata sobre atestado de capacidade técnica. Basta analisar o voto. Logo, imperioso destacarmos que não há qualquer relação entre o acórdão e as infundadas alegações da recorrente.

Já sobre o acórdão 1.214/2013, que consta a integralidade no anexo dessas contrarrazões, no seu item III.b.2, ele menciona itens relacionados sobre atestados de capacidade técnica, mas, fala somente sobre o regramento aplicável pela antiga lei 8.666/93, não apresentando em momento algum qualquer relação com as infundadas alegações do recorrente. Não diz, o acórdão, tal qual a legislação, sobre quaisquer necessidades de registro ou documentos anexos aos atestados.

Logo, a jurisprudência apresentada pelo recorrente, tal qual como era esperado, em momento algum dá razão às suas infundadas alegações. Aliás, o único acórdão que trata sobre o tema recursal, de nº 1.214/2013 dá razão à



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

robusta documentação já apresentada pela própria recorrida, validando, pelo seu entendimento, tudo o já apresentado.

Diante disso, conclui-se que os atestados – juntamente com o contrato de serviço – apresentados são suficientes e juridicamente idôneos para comprovar a capacidade técnica da licitante ora recorrida, impondo-se o indeferimento do recurso ora respondido e, conseqüentemente o reconhecimento de habilitação da empresa Tempero Verde Refeições, aqui recorrida, com o regular prosseguimento do certame.

VII – DO FORMALISMO EXACERBADO, DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS LEGAIS E DA MELHOR PROPOSTA

Como sabido, a licitação é um procedimento administrativo que deve observar não apenas a legalidade formal, mas também os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, competitividade e busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Sendo, portanto, um procedimento regulado em lei, a licitação deve se desenvolver por meio de uma sequência de atos jurídicos vinculados, que não podem se afastar da finalidade pública que os rege.

É amplamente consabido que a Administração, por força do princípio da legalidade, deve observar fielmente o texto da lei. Todavia, não se pode admitir que tal princípio seja utilizado para respaldar exigências desproporcionais, sobretudo quando não há demonstração de efetivo prejuízo à aferição da capacidade econômico-financeira da licitante.



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

Dentre os inúmeros objetivos dessa sequência de atos ordenados, temos aqueles taxativamente dispostos no artigo 11 da Lei Federal nº 14.133/2021, que assim dispõe:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - **Assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;**
- II - Assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - Incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

No presente caso, a exigência formulada pelo recorrente no sentido de que a recorrida apresente qualquer documentação complementar, fora das exigidas no edital, configura manifesta restrição desnecessária à competitividade do certame.

A documentação apresentada pela recorrida composta por tabela detalhada de custos, declaração formal de exequibilidade, atestados e demais documentos foi declarada pelo Pregoeiro como suficiente e idônea para comprovar sua capacidade técnica, operacional e econômica para a execução do objeto licitado, inexistindo qualquer previsão editalícia que imponha a apresentação de qualquer documentação complementar, além daquelas já apresentadas.

A pretensão do recorrente, portanto, busca criar exigência não prevista no instrumento convocatório, em flagrante violação ao princípio do julgamento objetivo, além de caracterizar típico formalismo exacerbado, vedado pela Lei nº 14.133/2021, que orienta a Administração Pública a privilegiar a seleção da proposta mais vantajosa, afastando exigências meramente formais que não acarretam prejuízo à execução contratual.



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

A ausência dos documentos adicionais, sequer exigidos no edital, por si só, não é capaz de infirmar a capacidade da recorrida de prestar os serviços, sobretudo quando inexistente qualquer indício concreto de inexecutabilidade ou risco ao cumprimento do contrato.

Importa ressaltar que nos artigos 5º¹ e 12² a Lei nº 14.133/2021, se estabelece a necessidade de interpretação das normas licitatórias em conformidade com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, vedando exigências meramente formais que restrinjam a competição sem justificativa plausível.

Tal entendimento, inclusive, encontra sólido amparo na jurisprudência pátria, que vem reiteradamente afastando inabilitações fundadas em rigorismos meramente formais, quando demonstrada a capacidade técnica e operacional do licitante.

Nesse sentido, colaciona-se julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 276/2021, PROMOVIDA PELA SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO DE SANTA CATARINA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS DE ENGENHARIA, PARA EXECUÇÃO DE MANUTENÇÃO PREDIAL, CONTEMPLANDO SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO ELÉTRICA, CIVIL, HIDRÁULICA E DO SISTEMA PREVENTIVO CONTRA INCÊNDIO. OBJETIVADA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE INABILITOU A IMPETRANTE ROCHA EMPREENDIMENTOS LTDA. ELOCUÇÃO CONGRUENTE. VINDICAÇÃO EXITOSA. CAPACIDADE TÉCNICA DA

¹ Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

² Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

[...]

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

LICITANTE DEVIDAMENTE DEMONSTRADA, MEDIANTE CERTIDÕES DE EXECUÇÃO DE ATIVIDADES SIMILARES E DE COMPLEXIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL SUPERIOR ÀS CONTIDAS NO EDITAL DO CERTAME. INABILITAÇÃO DESPIDA DE SUFICIENTE JUSTIFICATIVA TÉCNICA E MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA, REVELANDO VERDADEIRO FORMALISMO EXACERBADO. PREVALÊNCIA DA AMPLA COMPETITIVIDADE E DA SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES. "Não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o 'princípio da isonomia' imporia tratamento de extremo rigor. A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional (Marçal Justen Filho). Não se pode perder de vista que a finalidade precípua da licitação é a escolha da contratação mais vantajosa para a Administração Pública e, para atingi-la, não pode o administrador ater-se a rigorismos formais exacerbados, a ponto de afastar possíveis interessados do certame, o que limitaria a competição e, por conseguinte, reduziria as oportunidades de escolha para a contratação (Des. Sérgio Roberto Baasch Luz)" (TJSC, Apelação n. 0008590-72.2014.8.24.0020, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 27/06/2023). DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. ORDEM CONCEDIDA. (TJSC, Mandado de Segurança Cível n. 5037538-81.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 15-08-2023).

O entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina aplica-se integralmente ao caso em exame, uma vez que a recorrida teve sua documentação considerada suficiente pela Administração, inexistindo qualquer justificativa técnica ou motivação idônea para a imposição de exigências adicionais não previstas no edital.

Assim como no precedente citado, a tentativa de afastar a licitante habilitada ampara-se em rigorismos formais desarrazoados, dissociados da finalidade do certame e incompatíveis com a busca da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Dessa forma, ao pretender a inabilitação da recorrida com base em exigência excessivamente rigorosa e desprovida de amparo editalício, o recorrente incorre em interpretação restritiva e dissociada dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e competitividade, não merecendo acolhida sua



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA
 CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
 Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
 Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
 Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
 E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

insurgência recursal.

Diante disso, deve ser rejeitado o recurso interposto, reconhecendo-se a validade da documentação apresentada pela recorrida, assegurando-se a manutenção de sua habilitação no certame.

VIII – DOS REQUERIMENTOS

Requer-se o recebimento da presente contrarrazão, uma vez que tempestiva e revestida das formas extrínsecas e intrínsecas legais exigidas.

Requer-se o indeferimento do recurso ora respondido, pelos fatos e fundamentos que acompanham essa contrarrazão.

Requer-se, com isso, a declaração de validade de todo o cotejo probatório apresentado pela recorrida e, conseqüentemente, o reconhecimento de habilitação da empresa Tempero Verde Refeições, aqui recorrida, com o regular prosseguimento do certame.

Termos em que pede e espera deferimento.

Jaraguá do Sul – SC, 02 de fevereiro de 2026.

Documento assinado digitalmente
gov.br WILLIAN LEONARDO DA SILVA
Data: 02/02/2026 14:32:52-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA

CNPJ nº 34.801.398/0001-87

Willian Leonardo da Silva – Sócio Administrador



TEMPERO VERDE REFEIÇÕES LTDA

CNPJ nº 34.801.398/0001-87 – I.E. nº 260.241.059
Rua Max Nicolau Wilhelm Schmidt, nº 210, CEP 89.252-360
Bairro Vila Lenzi – Jaraguá do Sul / SC
Telefones: (47) 9.9228-2983 / (47) 9.9189-6333
E-mail: contato@temperoverderefeicoes.com.br



@temperoverderefeicoes

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC 025.068/2013-0

Natureza: Relatório de Levantamento

Órgãos/Entidades: Ministério da Fazenda (vinculador); Advocacia-Geral da União; e outros.

Interessado: Tribunal de Contas da União.

Representação legal: Jacir Scartezini (7323/SC-OAB) e outros, representando Banco da Amazônia S.A.; Nelson Antonio de Souza e outros, representando Banco do Nordeste do Brasil S.A.; Maria Fernanda Nascimento Silva Castellani (115.366/RJ-OAB) e outros, representando Casa da Moeda do Brasil; Alcione Soares Menezes Filho e outros, representando Companhia Brasileira de Trens Urbanos; Andre Ribeiro Mignani e outros, representando Eletrobrás Termonuclear S.A.; Guilherme Rodrigues Dias (58476/RJ-OAB) e outros, representando Petrobras Distribuidora S.A. - MME; Nilton Antônio de Almeida Maia (67460/RJ-OAB) e outros, representando Petróleo Brasileiro S.A.

SUMÁRIO: LEVANTAMENTO. GOVERNANÇA E GESTÃO DAS AQUISIÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. ANÁLISE SISTÊMICA DAS OPORTUNIDADES DE MELHORIA. RECOMENDAÇÕES AOS ÓRGÃOS GOVERNANTES SUPERIORES.

RELATÓRIO

Em exame levantamento realizado com o objetivo de sistematizar informações sobre o estágio da governança e da gestão das aquisições em amostra de organizações da Administração Pública Federal (APF), a fim de identificar os pontos vulneráveis e induzir melhorias nessa área, aprovado pelo Acórdão 2.404/2013-TCU-Plenário.

2. Transcrevo, a seguir, o relatório de fiscalização elaborado pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), que integra a peça 1.428 destes autos, que contou com a anuência do corpo dirigente da unidade técnica (peça 1.429):

“1. Introdução

1.1 Deliberação

8. *Esta fiscalização decorre do Acórdão 2.404/2013-Plenário, proferido no TC 022.979/2013-1 (sigiloso), na sessão extraordinária de caráter reservado, realizada em 4/9/2013.*

1.2 Objetivo e escopo

9. *O objetivo deste levantamento foi obter e sistematizar informações sobre a situação da governança e da gestão das aquisições em amostra de organizações da Administração Pública Federal (APF), com o intuito de identificar os pontos mais vulneráveis e induzir melhorias nessa área.*

10. *As informações coletadas auxiliarão no planejamento das ações de controle do TCU, orientando a sua atuação como indutor do processo de aperfeiçoamento da governança e da gestão de aquisições da APF. Além disso, este trabalho facilitará a identificação de bons exemplos e modelos a serem disseminados para as unidades jurisdicionadas.*

11. *Ao final deste trabalho, sugere-se que cada organização receba relatório individualizado com o resultado da avaliação, o qual também servirá como indutor de melhorias. Por meio desse relatório, as organizações poderão comparar os seus resultados com o resultado geral da avaliação e com o resultado dos seus respectivos segmentos de negócio. Espera-se que o presente relatório e os relatórios individuais sejam utilizados pelas organizações como subsídio na definição de objetivos e na estruturação de ações de melhoria em governança e gestão das aquisições.*

12. *Registre-se que este é o quinto levantamento realizado pelo TCU para obter informações relativas à governança na Administração Pública Federal. Foram realizados, até o momento, três levantamentos de governança de tecnologia da informação, denominados perfilGovTI, nos anos de 2007, 2010 e 2012 (Acórdãos 1.603/2008, 2.308/2010 e 2.585/2012, todos do Plenário) e um levantamento de governança de pessoas, denominado perfilGovPessoas, em 2013 (Acórdão 3.023/2013-Plenário).*

1.3 *Visão geral sobre governança de organizações e das aquisições no setor público*

13. *O termo aquisições, na abordagem deste trabalho, se refere à compra de bens, à contratação de obras ou serviços, ou esses em conjunto, com ou sem licitação, com ou sem a formalização de contrato.*

14. *Ainda que já tenham ocorrido quatro levantamentos de governança semelhantes, este é o primeiro trabalho dessa natureza na função aquisição. Assim, entende-se oportuno colecionar o excerto a seguir, do relatório do Acórdão 3.023/2013-Plenário, que traz alguns conceitos de governança aplicados ao setor público, com o objetivo de nivelar tais conceitos com os administradores públicos que integram parte dos leitores deste relatório:*

12. *A finalidade da boa governança no setor público é garantir que as suas organizações atuem sempre conforme o interesse público. Com base nessa premissa, a Federação Internacional de Contadores – IFAC entende que governança compreende a estrutura (administrativa, política, econômica, social, ambiental, legal e outras) posta em prática para garantir que os resultados pretendidos pelas partes interessadas sejam definidos e alcançados (IFAC, 2013).*

13. *Com o mesmo objetivo, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC define governança como sendo o modo de dirigir, monitorar e incentivar uma organização, ressaltando que os seus princípios são aplicáveis ao setor público (IBGC, 2009).*

14. *Nos termos da IFAC (2001), as práticas de governança devem ser norteadas pelos seguintes princípios:*

- *Transparência: necessidade de os altos dirigentes das organizações públicas exporem toda informação relevante aos interessados e se colocarem à disposição para esclarecimentos, de forma que os interessados confiem nos processos de tomada de decisão, na gestão e nos agentes públicos.*
- *Integridade: necessidade de os altos dirigentes serem honestos e objetivos, adotando voluntariamente altos padrões de comportamento que conduzam os interessados ao reconhecimento de que seu comportamento é probo e apropriado. O cumprimento deste princípio depende da efetividade do modelo de controle e do profissionalismo dos agentes públicos.*
- *Prestação de contas: necessidade de que os altos dirigentes assumam integralmente a responsabilidade por decisões e ações de sua alçada e prestem contas por elas, inclusive pelos resultados alcançados. Para que esse princípio seja cumprido, é essencial haver uma clara definição de papéis e responsabilidades dos agentes públicos.*

15. *Na legislação brasileira também estão presentes vários princípios relacionados à governança, tais como (BRANCO; CRUZ, 2013):*

- *planejamento e controle (DL200/1997, art. 6º);*
- *transparência e publicidade (CF, art. 37 e LRF);*
- *moralidade (CF, art. 37);*

- *impressoalidade* (CF, art. 37);
- *economicidade* (CF, art. 70);
- *legalidade* (CF, arts. 37 e 70);
- *legitimidade* (CF, art. 70);
- *eficiência* (CF, art. 37);
- *eficácia e efetividade* (L10180/2001, arts. 7º, III, 20, II) e outros.

16. *Estão previstos, ainda, diversos mecanismos de governança para que as organizações públicas coloquem em prática esses princípios. Abaixo seguem os principais exemplos (BRANCO; CRUZ, 2013):*

16.1 *Conselhos representantes da sociedade civil: aumentam a possibilidade de participação da sociedade na gestão da coisa pública, como principal interessada;*

16.2 *Planejamento organizacional: contribui para a alocação ótima dos recursos disponíveis e dá maior transparência, permitindo o controle pelos interessados;*

16.3 *Comitês internos: facilitam o alinhamento dos vários gestores quanto a assuntos complexos e evitam conflitos;*

16.4 *Excelência de pessoal e descentralização administrativa: são metas legais e são a base para que, por meio de flexibilidade, as organizações sejam eficazes e eficientes;*

16.5 *Gestão de riscos: serve para reduzir o impacto negativo dos riscos sobre as metas organizacionais, por meio da adoção de controles internos, concebidos e implementados pelo próprio gestor;*

16.6 *Publicação de planos, portfólios e resultados: as divulgações de planos (como o PPA e os Planos de Ação Global), portfólios (como a Carta de Serviços ao Cidadão) e resultados (como no caso do Relatório de Gestão) são instrumentos de transparência para a sociedade;*

16.7 *Avaliações de desempenho individual e organizacional: são práticas fundamentais para a melhoria contínua da eficiência e da eficácia das organizações;*

16.8 *Auditoria interna: é essencial para detectar precocemente riscos ainda não adequadamente tratados e fornecer à sociedade a certeza de que os controles internos são efetivos;*

16.9 *Controle Externo: exercido pelo Congresso Nacional com apoio do TCU, é o meio pelo qual a sociedade poderá saber se aqueles que administram o Estado em seu nome estão de fato cumprindo as normas de conduta (legalidade), agindo no estrito interesse do povo brasileiro (legitimidade) e utilizando os recursos públicos nas alternativas que dão o melhor retorno à sociedade (economicidade).*

17. *Esses e outros mecanismos são úteis para aumentar o valor obtido da aplicação dos recursos, conferir maior transparência, assegurar a conformidade com as normas, mitigar riscos de não alcance de metas e melhorar a prestação de serviços à sociedade. Assim, a sociedade se beneficia e as organizações públicas amadurecem, tornando-se mais sustentáveis. Ademais, os gestores e altos administradores podem ser reconhecidos pelo seu valor agregado e pela sua atuação responsável, beneficiando-se também pelo menor risco jurídico (BRANCO; CRUZ, 2013).*

15. *A governança das aquisições é a aplicação desses princípios e práticas com enfoque na função aquisição das organizações. Nesse sentido, com base no art. 2º, II, da Resolução-TCU 247/2011, pode-se entender governança das aquisições como o conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle que visam a assegurar que as decisões e as ações relativas à gestão das aquisições estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas.*

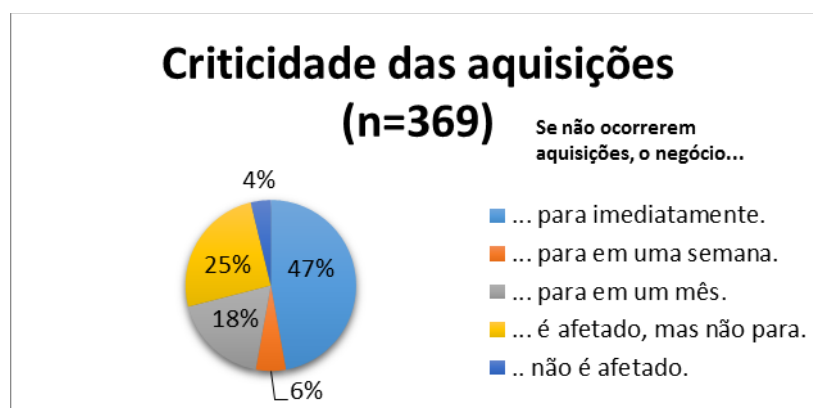


Figura 1 - Criticidade das aquisições para o negócio

16. *A necessidade de se aperfeiçoar continuamente os sistemas de governança e de gestão das aquisições no setor público decorre da sua forte relação com a geração de resultados para a sociedade e da elevada materialidade dos gastos associados.*

17. *Com respeito à importância para a produção de resultados, na Figura 1 apresenta-se a distribuição dos dados informados pelas organizações com respeito à criticidade das aquisições para as suas três ações orçamentárias consideradas mais relevantes (questão H.1). Observa-se que somente 4% das organizações afirmaram não ter suas atividades relevantes afetadas pelas aquisições, ao passo que praticamente metade das organizações para imediatamente suas ações relevantes se não ocorrerem aquisições.*

18. *Com respeito à materialidade envolvida, a governança e gestão das aquisições impacta o montante das despesas licitáveis das organizações.*

19. *Com base no método apresentado no trabalho contido no TC 009.671/2013-7, levantamento de auditoria com objetivo de obter informações acerca do orçamento e dos gastos realizados com a aquisição de bens e serviços de logística realizados pela Administração Pública Federal, o total das despesas licitáveis das organizações participantes deste levantamento alcançou R\$ 13 bilhões em 2013.*

20. *A governança das organizações aplicada ao setor público é um tema em pauta, e o TCU está empreendendo esforços para estruturar conhecimento sobre o assunto, a fim de contribuir para o aperfeiçoamento da Administração Pública Federal, como evidência a publicação do final de 2013, intitulada 'Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública'.*

21. *Segundo esse documento, 'Governança no setor público compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade'.*

22. *Embora 'governança das aquisições' seja um conceito em construção, com base no exposto acima e em outras referências utilizadas no presente trabalho, esta Unidade Técnica elaborou a seguinte definição, a qual será utilizada no presente relatório: governança das aquisições compreende essencialmente o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições, com objetivo de que as aquisições agreguem valor ao negócio da organização, com riscos aceitáveis.*

23. *De forma mais detalhada, a governança das aquisições tem por objetivo:*

- 23.1. *alinhar as políticas e as estratégias de gestão das aquisições às prioridades do negócio da organização em prol de resultados;*
- 23.2. *assegurar a utilização eficiente de recursos;*
- 23.3. *otimizar a disponibilidade e o desempenho dos objetos adquiridos;*
- 23.4. *mitigar riscos nas aquisições;*
- 23.5. *auxiliar a tomada de decisão sobre aquisições;*
- 23.6. *assegurar o cumprimento dos papéis e das responsabilidades, e a transparência dos resultados na função aquisição.*

24. *Com respeito à distinção entre governança e gestão das aquisições, cabe frisar: não são sinônimos, embora sejam complementares e interdependentes. Governança refere-se à definição do que deve ser executado (direção), e gestão refere-se à forma como se executa. Por exemplo, diversas organizações (e.g., IBGC, GAO e OCDE) preconizam que uma boa prática de governança é estabelecer política (diretrizes) para a gestão de riscos (inclusive das aquisições). Entretanto, a implementação dessa política não é função da governança, e sim da gestão. Já o controle da gestão é função da governança, ou seja, a gestão deve ser monitorada quanto ao cumprimento das diretrizes estabelecidas e quanto aos resultados obtidos.*

25. *Ressalte-se, por fim, que a responsabilidade pela gestão dos recursos organizacionais pode ser delegada, mas não a responsabilidade pela prestação de contas. Por isso, os atos de avaliar, direcionar e monitorar a gestão das aquisições são de responsabilidade primária da alta administração das organizações e não podem ser delegados. Obviamente, não se está afirmando que os membros da alta administração devam assumir a execução das atividades de gestão das aquisições, mas sim que é responsabilidade deles prover a estrutura e garantir uma boa governança das aquisições.*

26. *Por alta administração entende-se aqueles que dirigem a organização em nível estratégico, como, por exemplo:*

- 26.1. *no caso dos ministérios, pode tratar-se do ministro de estado e de seus secretários diretamente subordinados;*
- 26.2. *nas autarquias e agências, os diretores-presidentes e os diretores (ou equivalentes);*
- 26.3. *nas universidades, os reitores e os pró-reitores;*
- 26.4. *nas empresas públicas e sociedade de economia mista, seus presidentes e diretores;*
- 26.5. *nos tribunais do poder judiciário, o presidente do tribunal e os diretores-gerais (ou equivalentes).*

27. *Este trabalho abarcou tanto aspectos de governança quanto aspectos de controles da gestão das aquisições.*

1.4 Estratégia metodológica e limitações

28. *Durante a fase de planejamento, não foi identificado um modelo preconizado para governança das aquisições que fosse amplamente reconhecido, nacional ou internacionalmente. Assim, a equipe de planejamento se valeu de diferentes fontes, internas e externas, para formular uma proposta de modelo.*

29. *Dentre as fontes internas, destacam-se os diversos levantamentos de governança realizados (perfilGovTI e perfilGovPessoas) e o documento do grupo de trabalho de governança existente à época no TCU (responsável técnico pela produção do texto do 'Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública').*

30. *Quanto às fontes externas, destacam-se o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GestPublica), e modelos internacionais aplicáveis à governança e à gestão de*

aquisições, tais como o publicado pela Federação Internacional de Contadores (**Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective**) e o utilizado pelo **Government Accountability Office** (GAO), Entidade de Fiscalização Superior dos EUA (**Framework for Assessing the Acquisition Function at Federal Agencies**).

31. Outras referências utilizadas são mencionadas ao final do presente relatório.
32. Com base nas fontes identificadas, foram elaboradas as perguntas do instrumento de autoavaliação que seria aplicado, tomando-se o cuidado de identificar, para cada pergunta proposta, as fontes que lhe davam fundamento. Nessa etapa, foi gerado o documento de apoio 'Fundamentação das perguntas' (apêndice III) – documento no formato de hipertexto contendo as perguntas do instrumento de autoavaliação e os excertos dos documentos que lhe fundamentavam (critérios que informam as boas práticas avaliadas).
33. As perguntas elaboradas foram agrupadas por afinidade e foi esboçado um modelo com duas macrodimensões e oito dimensões (Figura 2).
34. A versão final do questionário (apêndice I) resultou de um amplo processo de revisão e validação, envolvendo a realização de dois painéis de referência. Um foi realizado em 23/10/2014, com auditores especialistas do TCU; e outro, em 24/10/2013, com gestores públicos das seguintes organizações: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG), Advocacia-Geral da União (AGU), Controladoria-Geral da União (CGU), Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), Ministério da Fazenda (SPOA/MF), Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Dest), Caixa Econômica Federal (CEF), Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Tribunal de Contas da União (TCU). Assessores da senadora Kátia Abreu, à época relatora na Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (CTLICON), também foram convidados e participaram do segundo painel.
35. Com o intuito de auxiliar os respondentes no correto preenchimento do questionário, foram elaborados e publicados os seguintes materiais de apoio: instruções de preenchimento, respostas para as dúvidas mais frequentes (FAQ) e fundamentação das perguntas (apêndice III).
36. Inicialmente, foram selecionadas 419 organizações da APF para responder ao questionário. Para compor essa amostra, buscaram-se selecionar as mesmas 350 avaliadas no último levantamento de governança de TI, realizado em 2012 (TC 007.887/2012-4; Acórdão 2.585/2012-Plenário), incluídas as organizações que desempenham função de órgão setorial nos Comandos Militares (identificadas no levantamento de pessoal de TI, em curso à época do planejamento deste trabalho) e o chamado 'Sistema S', além dos conselhos federais de fiscalização das profissões regulamentadas.
37. Durante a execução do levantamento, foi identificado que 33 organizações poderiam não possuir autonomia em governança das aquisições, motivo pelo qual foram excluídas do presente levantamento (apêndice IV).
38. É importante destacar que há órgãos de segundo escalão com autonomia em governança das aquisições – como, por exemplo, Receita Federal do Brasil, Polícia Federal e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional –, que foram avaliados em separado dos ministérios aos quais se subordinam.
39. Os produtos da fase de planejamento foram:
 - 39.1. o questionário, revisado e validado, implementado em uma ferramenta de coleta de dados;
 - 39.2. os documentos de apoio aos respondentes (instruções de preenchimento, FAQ etc.);
 - 39.3. as comunicações que seriam enviadas aos jurisdicionados que deveriam responder ao questionário.

40. Na fase de execução, foram encaminhadas às organizações selecionadas comunicações (da presidência do TCU ou do secretário da Selog, a depender da autoridade máxima da organização), todas com aviso de recebimento, dando ciência da realização do levantamento, informando o código de acesso individual e endereço eletrônico onde se encontrava o questionário, assim como solicitando o preenchimento do questionário no prazo de trinta dias a contar da ciência da comunicação (diversas peças, como, por exemplo, a peça 4).

41. Juntamente à solicitação de preenchimento, foi informando que o questionário respondido deveria ser enviado ao TCU na forma eletrônica e na forma impressa, com a assinatura da autoridade máxima da organização.

42. Para esclarecimento de dúvidas e outras comunicações, foram divulgados dois endereços eletrônicos: perfilgov.aquisicoes.2013@tcu.gov.br e governanca.aquisicoes.2013@tcu.gov.br.

43. Para construir a infraestrutura de coleta de dados, utilizou-se a ferramenta livre de pesquisa **LimeSurvey**[®], a qual foi instalada na infraestrutura tecnológica do TCU, para coleta das respostas do questionário. As informações recebidas foram, inicialmente, importadas e tratadas em planilha Excel, da Microsoft.

44. Após o recebimento de cerca de 30% das respostas, a equipe de auditoria realizou uma análise prévia das respostas enviadas, e teve a percepção de que poderiam haver interpretações distintas das pretendidas para algumas questões.

45. A equipe, então, realizou contatos com alguns gestores que já haviam enviado suas respostas e confirmou tais percepções, motivo pelo qual, em 9/1/2014, foram enviadas mensagens de correio eletrônico a todos os interlocutores cadastrados, divulgando um comunicado com esclarecimentos sobre a correta forma de interpretar algumas questões, as evidências que eram esperadas para cada resposta naqueles casos, e concedendo prorrogação de prazo para que todos os respondentes pudessem realizar uma reavaliação e, se necessário, reenviassem suas respostas até 24/1/2014. Com esse procedimento, a equipe pretendeu que cada uma das organizações realizasse uma autoavaliação mais próxima de sua realidade. Diversas autoavaliações foram reenviadas.

46. Ao fim da coleta de dados, foram utilizados os **softwares Microsoft Access e SPSS** para realizar as análises e calcular as capacidades e os índices de governança das aquisições (iGovAquisicoes; apêndice VIII).

47. Como fatores de limitação à execução dos trabalhos, identificaram-se os seguintes: ausência de modelo reconhecido para governança das aquisições; dificuldade para identificar organizações que deveriam fazer parte do levantamento, tendo em vista a grande quantidade de órgãos da APF e a ausência de informações que permitissem aferir os seus respectivos graus de autonomia de governança das aquisições; dificuldades operacionais para o envio e controle das comunicações, ante as deficiências já informadas à Secretaria de Gestão de Sistemas e de Informação para o Controle (Seginf) do TCU para fins de avaliação referente a manutenções evolutivas nos sistemas corporativos atualmente disponíveis.

1.5 Estrutura do questionário e modelo de avaliação

48. Conforme exposto nos itens 0 a 0, não foi identificado modelo reconhecido de governança de aquisições. Assim, durante o processo descrito para elaboração do instrumento de autoavaliação, a equipe propôs agrupar as questões da forma sintetizada na Figura 2.

Agrupamento das questões do levantamento

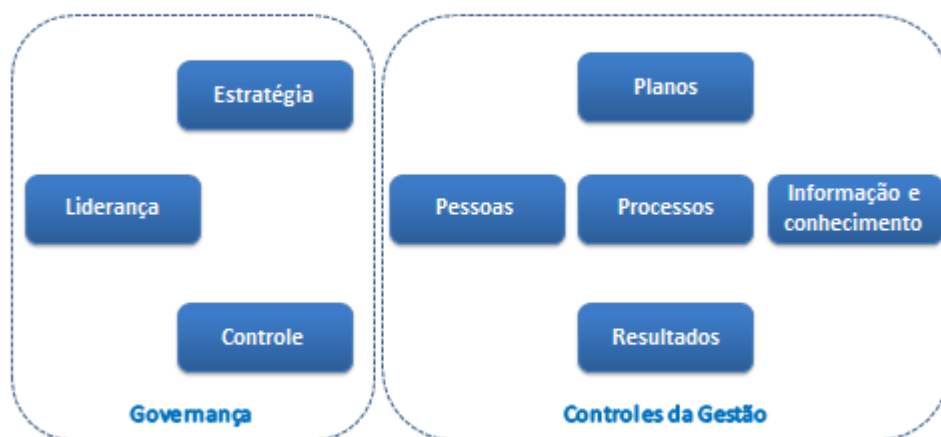


Figura 2 – Agrupamento das questões do levantamento

Fonte: Elaborado pela equipe de auditoria

49. O esquema obtido considera duas macrodimensões: de governança e de controles da gestão. A macrodimensão da governança contém três mecanismos (liderança, estratégia e controle), e é inspirada no modelo proposto para governança corporativa pelo TCU, contido no documento 'Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública'. A macrodimensão de controles da gestão foi inspirada no modelo contido no Referencial do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPublica).

50. A redação das perguntas do instrumento de autoavaliação pode ser consultada no apêndice I.



Figura 3 - Componentes do referencial básico de governança

Fonte: Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública (TCU)

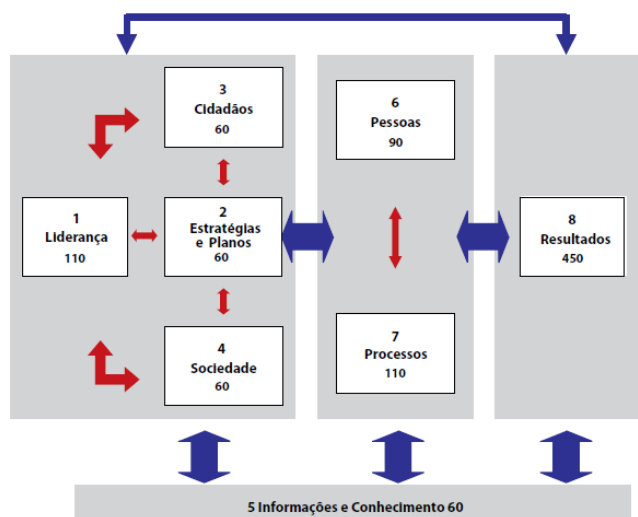


Figura 4 - Representação do modelo de excelência em gestão pública

Fonte: Instrumento para avaliação da gestão pública - ciclo 2010 (GesPublica)

51. O questionário foi composto por 59 questões objetivas, distribuídas nas dimensões conforme descrito no

Quadro 1, em cinco tipos:

51.1. 'binária', onde as respostas possíveis são 'sim' ou 'não', devendo ser assinalada apenas uma das duas opções;

51.2. 'múltiplas opções', nas quais os itens de resposta são precedidos com uma caixa de marcação, que admitem qualquer combinação de escolhas;

51.3. 'única escolha', sinalizada com uma lista de alternativas mutuamente exclusivas que permite ao usuário a escolha de apenas um valor;

51.4. 'informação numérica', que pode ser fechada (restrita à alternativa indicada) ou aberta (com um campo onde podem ser registrados quaisquer números considerados adequados);

51.5. 'texto aberto', para entrada de texto livre, sucinto, objetivo e claro.

52. As explicações sobre as escalas utilizadas, incluindo as definições associadas a cada categoria de resposta, encontram-se nas instruções de preenchimento disponibilizadas aos respondentes (apêndice II).

Quadro 1 - Distribuição das questões pelas dimensões do questionário

Parte	Nº questões
A - Liderança	9
B - Estratégia	7
C - Controle	6
D - Planos	4
E - Pessoas	10
F - Processos	11
G - Informações e conhecimento	7
H - Resultados	5
Total	59

53. Também se utilizou do recurso de inclusão de 'questões condicionadas', que só ficam disponíveis aos respondentes em função da resposta atribuída a uma questão anterior. Por exemplo, na questão A.7 pergunta-se sobre a existência de código de ética aplicável à organização. Se o respondente assinala a resposta 'sim', outras questões que tratam do controle 'código de ética' surgem no questionário (e.g., existência de comitê de ética), que só fazem sentido para organizações que responderam 'sim' à pergunta condicionante. Essas questões condicionadas foram utilizadas com os seguintes objetivos:

53.1. melhorar a precisão das respostas, uma vez que o detalhamento do que se espera com a prática/controle faz com que os respondentes reflitam melhor sobre suas respostas;

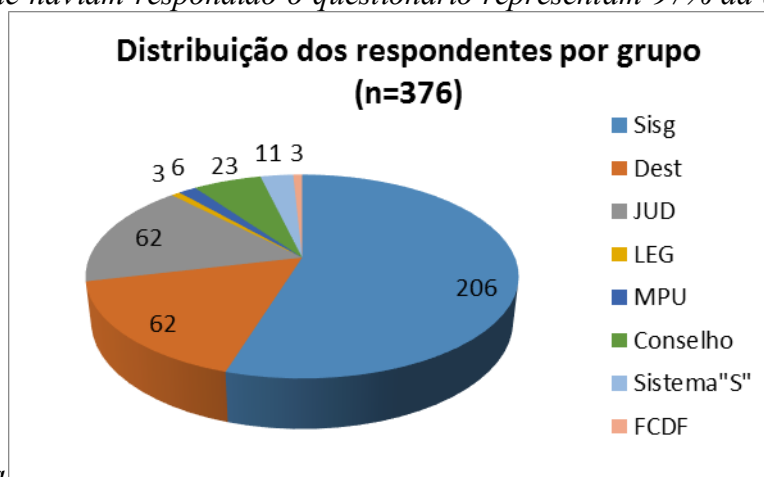
53.2. aumentar o espectro de respostas possíveis, o que facilitaria a adoção da análise fatorial como método para o cálculo do índice de governança e gestão das aquisições (iGovAquisicoes), de forma análoga ao que foi feito para o cálculo do iGovPessoas no levantamento de governança de pessoas (Acórdão 3.023/2013-Plenário).

2. Perfil de Governança e Gestão das Aquisições

54. Os resultados apresentados nesta seção referem-se às respostas de 376 organizações listadas no apêndice V. Das 419 organizações inicialmente elencadas na fase de execução do levantamento, foram excluídas 33 (apêndice IV), uma vez que informaram não possuir autonomia de governança das aquisições. As justificativas foram registradas e devem ser reavaliadas por ocasião do próximo levantamento. Assim, o universo deste trabalho passou a ser de 386 organizações.

55. Até a conclusão do presente relatório, restavam 10 organizações inadimplentes (apêndice VI), motivo pelo qual se propõe determinar à Selog que notifique às organizações que não responderam ao questionário do levantamento, que possuem novo prazo de trinta dias para essa finalidade, alertando-as que o desatendimento injustificado da diligência sujeita o responsável à multa prevista no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992.

56. As 376 organizações que haviam respondido o questionário representam 97% da amostra



selecionada (386 organizações). Na

Figura 5, apresenta-se a distribuição dos respondentes por grupo:

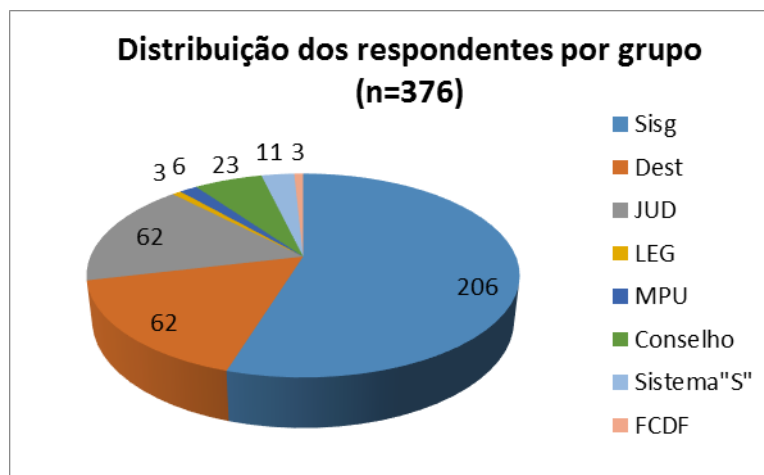


Figura 5 - Distribuição dos respondentes por grupo

57. Foram calculados valores que representam a capacidade das organizações em cada componente do modelo de avaliação. Em síntese, esses valores (capacidades) variam de 0 a 100% e são calculados a partir da média aritmética ponderada dos valores apurados nas respectivas questões, considerando como pesos os mesmos utilizados no cálculo do índice de governança das aquisições.

58. Os valores atribuídos a cada categoria de resposta do questionário, bem como a forma de cálculo dos valores de cada uma das questões, constam do apêndice VII, e a forma de cálculo dos pesos consta do apêndice VIII.

59. A fim de facilitar a análise das informações geradas, as organizações foram agrupadas segundo estágios de capacidade: Inicial, de 0 a 39,99%; Intermediária, de 40 a 70%; e Aprimorada, de 70,01 a 100%. Esses intervalos foram definidos utilizando-se a mesma lógica do levantamento de governança de pessoas (Acórdão 3.023/2013-Plenário), a qual está descrita em maiores detalhes no apêndice VIII.

60. A seguir, são apresentados os resultados do levantamento por dimensão. Para cada prática incluída no questionário do levantamento, pode-se consultar, no documento 'Fundamentação das perguntas', disponível no site do levantamento (<http://www.tcu.gov.br/perfilgovaquisicoes>), excertos dos referenciais de boas práticas em governança e gestão que as inspiraram, de forma a obter maior compreensão de o porquê implantar ditas práticas.

61. Registre-se que as propostas de encaminhamento feitas ao longo desta seção do relatório serão endereçadas aos OGS de todas as organizações que participaram do levantamento. Entretanto, para maior elegância na redação, nesta seção, as propostas estão endereçadas apenas aos OGS do poder executivo federal, sendo que, na seção final do relatório, serão propostos encaminhamentos análogos aos demais OGS.

2.1. Liderança

62. A Figura 6 apresenta a distribuição das organizações por estágio de capacidade no componente 'Liderança'.

63. Com base nos dados declarados e na forma de cálculo exposta no item 0, quase três quartos (72,9%) das organizações encontram-se em estágio de capacidade inicial em 'Liderança'. Esse resultado sugere que a alta administração da maioria das organizações não se responsabiliza ou se responsabiliza de forma inadequada pelos instrumentos de governança das aquisições, comprometendo a avaliação, o direcionamento e a monitoração da gestão das aquisições.

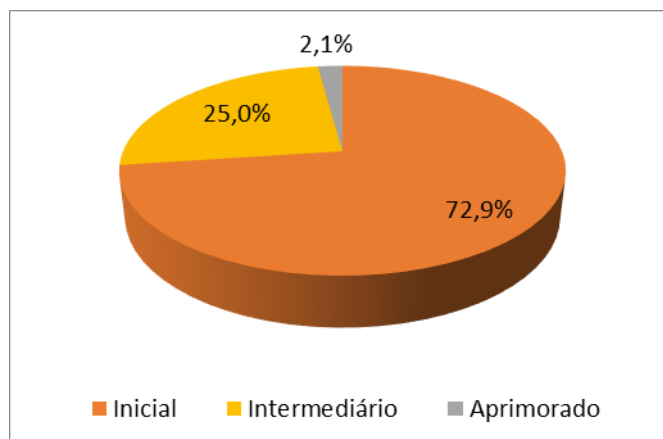


Figura 6 - Capacidade em Liderança

64. A seguir, são analisadas as principais deficiências identificadas.

2.1.1 Deficiências na seleção dos ocupantes das funções-chave

65. A gestão de pessoas por competências é diretriz na APF, tanto no poder executivo (Decreto 5.707/2006, art. 1º, III e art. 5º, III) quanto no poder judiciário (Lei 11.416/2010, art. 10 c/c art. 1º do anexo III da portaria conjunta STF/CNJ/STJ/CJF/TST/CSJT/STM/TJDFT 3/2007).

66. De acordo com as respostas à questão A.1, 60% das organizações declararam não selecionar os ocupantes das funções-chave na área das aquisições por meio de processo formal, transparente e baseado em competências. Esse tema já havia sido abordado de forma mais ampla no levantamento de governança de pessoas, que identificou (item 2.1.3 daquele relatório) que apenas 34% das organizações da APF declararam publicar modelo de competências como base para a gestão de pessoas, condição necessária para que se proceda a alocação de pessoas com base em competências.

67. Em especial nas organizações que declararam que a função de aquisição é crítica para a prestação dos serviços aos cidadãos (ver Figura 1), a atribuição de encargo em funções-chave nos processos ligados às aquisições a pessoas sem as competências necessárias constitui-se em risco que deve ser gerido.

68. Informações adicionais foram coletadas sobre o principal dirigente responsável pelas aquisições, assim considerada a pessoa que recebe delegação da alta administração para planejar, coordenar, supervisionar e controlar as aquisições da organização. Por exemplo, nos ministérios, pode ser o subsecretário de planejamento, orçamento e gestão (ou equivalente), enquanto nos tribunais do poder judiciário pode ser o secretário de administração e finanças (ou equivalente).

69. De acordo com os dados informados nas questões A.4, A.5 e A.6, tem-se o que segue:

69.1. em 80% das organizações, o principal dirigente responsável pelas aquisições não foi selecionado por meio de processo transparente e formalizado que teve como base a avaliação de competências;

69.2. 39% desses dirigentes não participou de qualquer ação para desenvolvimento de competências na área nos últimos dois anos;

69.3. 5% desses dirigentes estão na posição há mais de dez anos;

69.4. 12% das organizações tiveram cinco ou mais pessoas distintas nessa posição nos últimos cinco anos.

70. Os dados acima sugerem riscos que impactam os processos ligados à aquisição, haja visto tratar-se, em princípio, da mais alta liderança dedicada exclusivamente às aquisições.

71. *Registre-se que, mais importante que a formalização do processo de escolha das pessoas para a ocupação dos cargos, é que esta escolha se dê em função das competências necessárias para a execução dos encargos.*

72. *A política e as diretrizes para o desenvolvimento de pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (Decreto 5.707/2006) estabelecem:*

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal, a ser implementada pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com as seguintes finalidades:

...

III - adequação das competências requeridas dos servidores aos objetivos das instituições, tendo como referência o plano plurianual;

Art. 5º ...

§ 2º Compete ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão disciplinar os instrumentos da Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal.

73. *Ante o exposto, propõe-se recomendar ao MPOG que, em atenção ao Decreto 5.707/2006, art. 5º, § 2º, c/c art. 1º, III, discipline, para as organizações sob sua jurisdição, a forma de acesso às funções-chave dos setores de aquisições, incluindo às funções de liderança, em especial à função de principal dirigente responsável pelas aquisições, considerando as competências multidisciplinares, técnicas e gerenciais, necessárias para estas funções (item 2.1.1).*

2.1.2 Deficiências na avaliação da estrutura de recursos humanos

74. *De acordo com as respostas à questão A.2 e seus subitens, 56% das organizações declararam não avaliar periodicamente a estrutura de recursos humanos da área de aquisições e, entre as que declararam avaliá-la, 40% o faz com algum critério técnico (e.g., mapeamento de processos, informações sobre produtividade média), de forma que se pode concluir que 22% das organizações declararam realizar avaliações com critérios técnicos.*

75. *Ainda assim, 70% das organizações informou que o quantitativo de pessoal não é adequado, enquanto 37% informou que a qualificação do pessoal não é adequada às atribuições do setor de aquisições.*

76. *Do relatório do Acórdão 1.233/2012-Plenário, extraíram-se dois casos que evidenciam o tipo de risco a que a organização fica exposta ante a deficiência de pessoal na função de aquisições:*

111.1 fundamentação de contratação produzida (e assinada) por funcionário de empresa contratada (anexo 2, fl. 38v), isto é, um particular justificando a execução de despesa com recursos públicos;

111.2 funcionário de empresa contratada mantendo relação de subordinação direta com servidor público e executando atividade de fiscalização do contrato no qual a empresa contratada é seu próprio empregador (anexo 2, fl. 141).

77. *A mitigação desses riscos passa pelo preenchimento das funções sensíveis dos setores de aquisições com servidores públicos, o que não prescinde de prévia avaliação formal da adequação (quantitativa e qualitativa) do quadro de pessoal desses setores, de forma que se propõe recomendar à SLTI/MP que oriente as organizações sob sua jurisdição a realizar avaliação quantitativa e qualitativa do pessoal do setor de aquisições, de forma a delimitar as necessidades de recursos humanos para que esses setores realizem a gestão das atividades de aquisições da organização (item 2.1.2).*

2.1.3. Deficiências na implantação de código de ética

78. *Dados da questão A.7 e seus subitens informam que, das 281 organizações que informaram adotar código de ética, 102 não promoveram qualquer ação de disseminação,*

capacitação ou treinamento sobre as normas contidas no código de ética nos últimos dois anos. Das 179 organizações que promoveram alguma ação, 150 instituíram comissão de ética, sendo que somente 112 dessas comissões produziram alguma manifestação nos últimos dois anos. Assim, pode-se considerar que, apesar de 75% das organizações declararem adotar código de ética, apenas 30% das organizações (112) declararam possuir evidências de que esse controle interno pode estar efetivamente implantado.

79. Conforme ressaltado no relatório que fundamentou o Acórdão 3.023/2013-Plenário:

66. Agir no interesse público requer forte comprometimento com integridade e valores éticos, de modo que a sociedade confie que os recursos públicos estejam sendo geridos no seu exclusivo interesse. Para isso, é essencial que as organizações públicas demonstrem estar sempre agindo estritamente no interesse público, assim como estabeleçam mecanismos para encorajar e reforçar esse comprometimento em todos os níveis (IFAC, 2013).

67. Nesse sentido, é prática-chave adotar código de ética que estabeleça valores e elevados padrões de comportamento, aplicáveis tanto aos membros da alta administração quanto às demais pessoas da organização (IFAC, 2001). Estratégias de comunicação e treinamento devem ser definidas, com o intuito de promover a disseminação e internalização dos valores e padrões estabelecidos. Também é importante haver supervisão e sanção para evitar que preconceitos, vieses ou conflitos de interesse influenciem as decisões e as ações dos agentes públicos.

68 Ressalte-se que comportamentos, reais ou percebidos, em conflito com o interesse público podem causar severo impacto na credibilidade da organização, entre outras consequências, como:

- . redução da capacidade de atrair e manter uma força de trabalho efetiva;
- . redução da capacidade de cumprir suas metas, em função do tempo demandado para lidar com problemas de conduta; e
- . indução de corrupção e descumprimento de normas.

80. Ante as deficiências descritas e o impacto que a conduta ética tem sobre as aquisições públicas, propõe-se recomendar à Comissão de Ética Pública que, em atenção ao Decreto 6.029/2007, art. 4º, IV, oriente as organizações sob sua jurisdição sobre a importância da implantação do código de ética, em especial a necessidade de (item 2.1.3):

- 78.1. adotar código de ética formalmente, inclusive avaliando a necessidade de complementar o código de ética do servidor público federal ante as suas atividades específicas;
- 78.2. promover ações de disseminação, capacitação ou treinamento do código de ética;
- 78.3. constituir comissão de ética ou outro mecanismo de controle e monitoramento do cumprimento do código de ética instituído.

2.1.4 Deficiências na liderança organizacional

81. O item de avaliação 1.3 do programa GesPublica (Decreto 5.378/2005), destinado à análise do desempenho da organização, tem por objetivo avaliar a 'implementação de processos gerenciais os quais têm por objetivo assegurar o cumprimento do desempenho operacional planejado e o alcance dos objetivos estratégicos da organização'.

82. Sobre o tema, segundo as respostas à questão A.9, temos que:

- 82.1. 52% não estabeleceram objetivos para a gestão das aquisições;
- 82.2. 72% não estabeleceram pelo menos um indicador para cada objetivo da gestão das aquisições;
- 82.3. 72% não estabeleceram metas de desempenho para os objetivos da gestão das aquisições;
- 82.4. 90% não estabeleceram mecanismos de gestão dos riscos relacionados aos objetivos;

- 82.5. 78% não estabeleceram mecanismos de controle do cumprimento das metas da gestão das aquisições;
- 82.6. 58% não aprovaram plano de auditoria contemplando trabalhos de avaliação de controles internos na área de aquisições;
- 82.7. 53% não avaliam os resultados das atividades de controle e dos trabalhos de auditoria na área de aquisições e garantem que sejam adotadas as providências cabíveis.
83. Esta questão trata de aspectos que estão na essência da governança das aquisições, quais sejam, o direcionamento, por meio do estabelecimento de objetivos, indicadores e metas para a gestão das aquisições; e o controle, por meio do sistema de gestão de riscos e da auditoria interna.
84. Registre-se que os objetivos das aquisições não podem ser concebidos de forma autônoma, mas, sim, alinhados aos objetivos da organização, uma vez que as aquisições são meios para a implementação das políticas públicas, razão da existência das organizações públicas.
85. Mais ainda, ampliando a visão em nível governamental, tem-se que as políticas de governo devem ter seus objetivos definidos (o que é feito em nível de governança de políticas públicas, que é outra perspectiva da governança), e esses objetivos são as diretrizes para a construção dos objetivos das organizações públicas, que, por sua vez, são as diretrizes para a construção dos objetivos para a gestão das aquisições.
86. Da publicação 'Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira - Gerenciando Riscos por uma Administração Pública Íntegra', extraiu-se excerto que demonstra esse tipo de preocupação (p. 40):
- Para desenvolver boas práticas de gestão de processos licitatórios no Brasil, o Governo Federal poderia considerar as ações propostas abaixo, a serem desempenhadas pela Controladoria- Geral da União e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:*
- ...
- . Desenvolver indicadores de desempenho dos órgãos públicos para ajudar administradores e servidores a aprimorarem seu desempenho em relação aos processos licitatórios. Os indicadores devem ser apoiados por uma justificativa bem explicada, uma metodologia claramente definida e uma fonte de dados identificada. Exemplos de indicadores-chave de desempenho seriam: o número de recursos registrados, o tempo de demora entre a abertura de propostas e a assinatura do contrato, o número de alterações nos contratos, aumentos de preço etc.*
87. Os dados coletados sugerem, de forma geral, falta de preocupação da alta administração com o tema, motivo pelo qual, na mesma linha dos Acórdãos 2.308/2012 e 3.023/2013, ambos do Plenário, propõe-se recomendar à Câmara de Políticas de Gestão, Desempenho e Competitividade (CGDC), do Conselho de Governo, que, com fulcro no art. 2º, II, do Decreto 7.478/2011 (item 2.1.4):
- 87.1. oriente as organizações sob sua jurisdição sobre a necessidade de a respectiva alta administração estabelecer formalmente:
- 87.1.1. objetivos organizacionais para a gestão das aquisições, alinhados às estratégias de negócio;
- 87.1.2. pelo menos um indicador para cada objetivo definido na forma acima, preferencialmente em termos de benefícios para o negócio da organização;
- 87.1.3. metas para cada indicador definido na forma acima;
- 87.1.4. mecanismos que a alta administração adotará para acompanhar o desempenho da gestão das aquisições.
- 87.2. promova, mediante orientação normativa, a obrigatoriedade de que a alta administração de cada organização sob sua jurisdição estabeleça os itens acima.

88. A alta administração das organizações deve realizar esse direcionamento a partir de avaliação consistente das suas respectivas necessidades, atuais e futuras, envolvendo as partes interessadas. Nesse sentido, a fim de subsidiar o referido processo de avaliação das necessidades, é oportuno determinar à Selog que encaminhe relatório individualizado para as organizações participantes do presente levantamento, discriminando os seus respectivos resultados e comparações com os resultados médios das organizações dos seus segmentos de negócio e de toda a APF (item 2.1.4).

89. Além disso, a fim de atentar ao princípio da transparência, cabe ainda determinar à Selog que inclua no relatório individualizado a ser encaminhado orientação para que as organizações, em atenção ao art. 6º da Lei 12.527/2011, avaliem a divulgação, preferencialmente na internet, das informações constantes do relatório encaminhado, com exceção daquelas classificadas como não públicas nos termos da lei (item 2.1.4).

2.2 Estratégia

90.

A

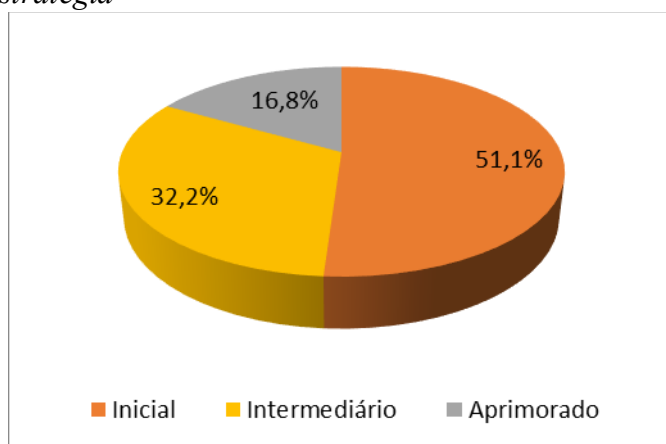


Figura 7 apresenta a distribuição das organizações por estágio de capacidade no componente 'Estratégia'.

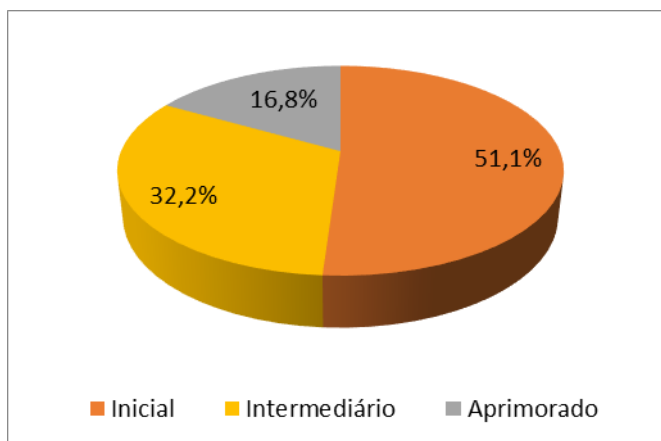


Figura 7. Capacidade em Estratégia

91. Com base nos dados declarados e na forma de cálculo exposta no item 0, cerca da metade (51,1%) das organizações encontram-se em estágio de capacidade inicial em 'Estratégia'. Esse resultado indica que praticamente metade da alta administração não estabelecem ou estabelecem de forma inadequada diretrizes que devem ser seguidas pela gestão para o alcance dos objetivos definidos.

92. A seguir, são analisadas as principais deficiências identificadas.

2.2.1 Deficiências no estabelecimento de diretrizes para as aquisições

93.

Pela

observação

da

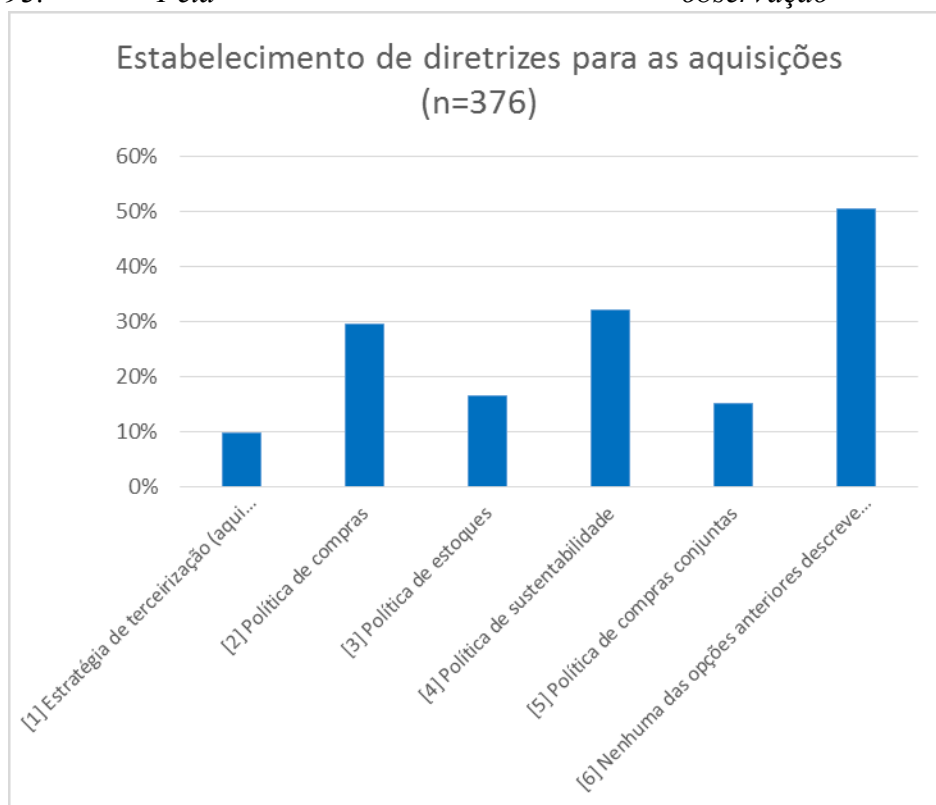


Figura 8, que apresenta o percentual de organizações que declararam aprovar e publicar diretrizes para a gestão das aquisições (questão B.1), observa-se que o estabelecimento de diretrizes não é uma prática frequente na amostra pesquisada.

94. Uma estratégia de terceirização contempla a definição de diretrizes que antecedem as contratações de serviço como um todo, abarcando, por exemplo, aspectos como o escopo das atividades a serem terceirizadas, o tipo e o número de prestadores de serviço que poderão vir a ser contratados e o modelo de execução do objeto que deve ser utilizado em cada tipo de contrato (e.g., com ou sem cessão de mão-de-obra).

95. As diretrizes de uma política de compras, por sua vez, podem direcionar, por exemplo, aspectos como centralização ou descentralização das compras, o tipo e número de fornecedores que poderão vir a ser contratados, preferência por modelos de execução do objeto (por exemplo, equipamentos de TI, sempre que possível, devem ser adquiridos em conjunto com serviços de suporte de 3º nível), durabilidade esperada dos bens (por exemplo, copiadoras têm vida útil, na organização, de quatro anos) e diretrizes sobre padronização.

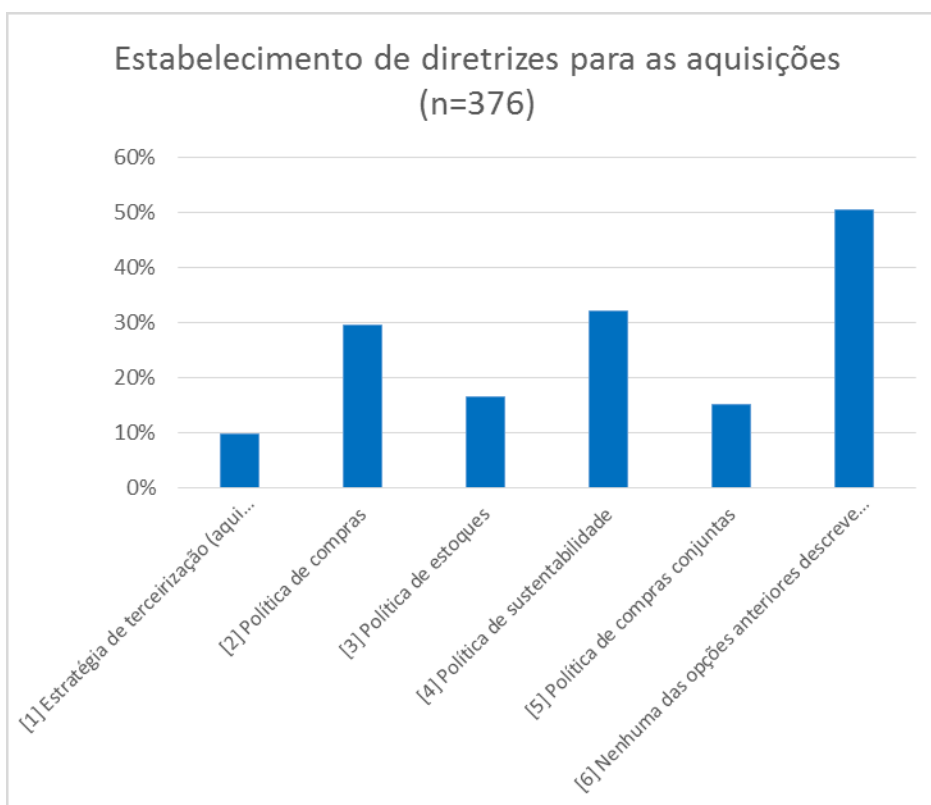


Figura 8 - Estabelecimento de diretrizes para as aquisições

96. *A política de estoque, a seu turno, trata de diretrizes como, por exemplo, o que deve ser estocado, se haverá ou não centralização dos estoques, qual nível de flutuação e rotatividade dos estoques são aceitáveis.*

97. *Uma política de sustentabilidade pode contemplar aspectos nos seus três eixos: sustentabilidade econômica, ambiental e social. Por exemplo, no eixo ambiental, podem ser estabelecidos os tipos de produtos 'verdes' que a organização irá adquirir.*

98. *Uma política de compras conjuntas pode trazer diretrizes sobre o que comprar em conjunto e com quais organizações (por exemplo, para formação de atas de registro de preços ou contratações por meio de consórcios públicos).*

99. *Observa-se que se trata de conjunto de diretrizes que orientam escolhas nos processos de aquisição, potencialmente fundamentando decisões na operacionalização dos procedimentos licitatórios das organizações.*

100. *A ausência de tais diretrizes implica que os agentes que operacionalizam cada um dos processos de aquisição tomam suas decisões com critérios individuais e não organizacionais, aumentando o risco de uma decisão ser tomada sem visão estratégica – uma aquisição que é bem vista de forma isolada, por exemplo, por atingir um preço bem abaixo do estimado, mas ruim do ponto de vista da estratégia da organização, por exemplo, por não contribuir com uma boa imagem da organização por não atender requisitos de sustentabilidade ambiental ou por não observar os aspectos de durabilidade que a organização entende adequados, resultando em nova licitação em breve período de tempo.*

101. *Em outro sentido, a presença de tais diretrizes facilita a tomada de decisões no nível operacional, que devem alinhar-se às diretrizes pré-estabelecidas, diminuindo o risco para todos os agentes envolvidos no processo de aquisição.*

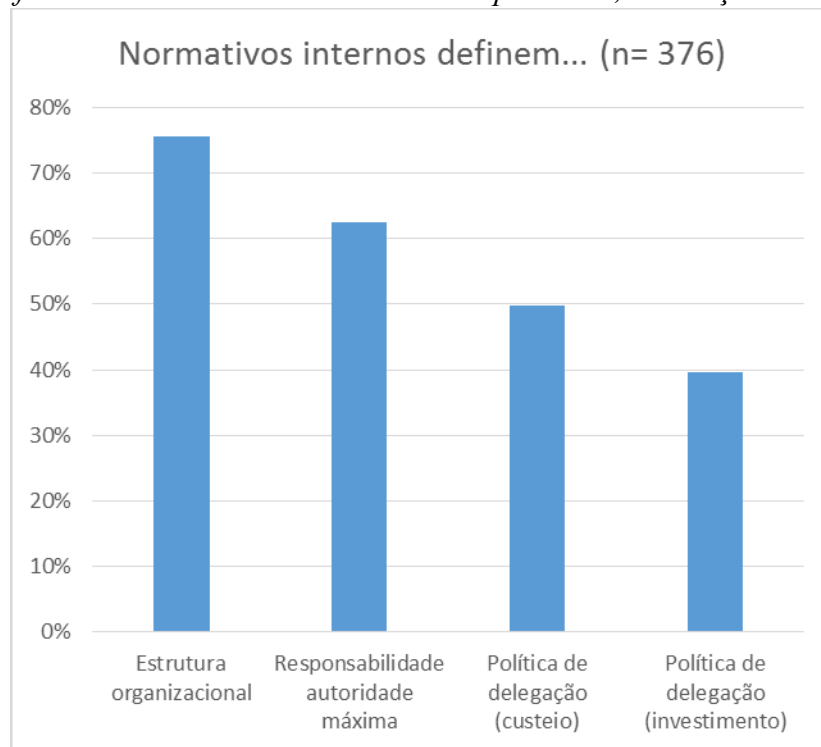
102. Em um ambiente sem diretrizes estabelecidas, aumenta-se o risco de que os servidores mais capacitados da organização evitem assumir as funções críticas ligadas às aquisições (por exemplo, elaboração dos termos de referência e editais), pois os riscos de suas decisões serem questionadas é maior. A consequência pode ser a não alocação dos recursos humanos mais capacitados na atividade e todos os riscos decorrentes de um planejamento da contratação deficiente.

103. Ao contrário, o estabelecimento das multicitadas diretrizes favorece um ambiente mais seguro aos atores que exercem as atividades mais críticas no processo de aquisição.

104. Ante a incipiência das organizações no tema, propõe-se recomendar à SLTI/MP que oriente as organizações sob sua jurisdição que estabeleçam diretrizes para as suas aquisições, incluindo diretrizes sobre terceirização (execução de serviços de forma generalizada, com ou sem cessão de mão-de-obra), compras, estoques, sustentabilidade e compras conjuntas (item 2.2.1).

105. Posteriormente, em momento oportuno, há que se verificar a necessidade de orientação, no sentido da inclusão desse tema nos programas de capacitação para os gestores e governantes das aquisições públicas, o que não foi objeto deste trabalho.

2.2.2 Deficiências no estabelecimento de competências, atribuições e responsabilidades



106. A

Figura 9 sintetiza a situação declarada pelas organizações quanto ao estabelecimento de competências, atribuições e responsabilidades.

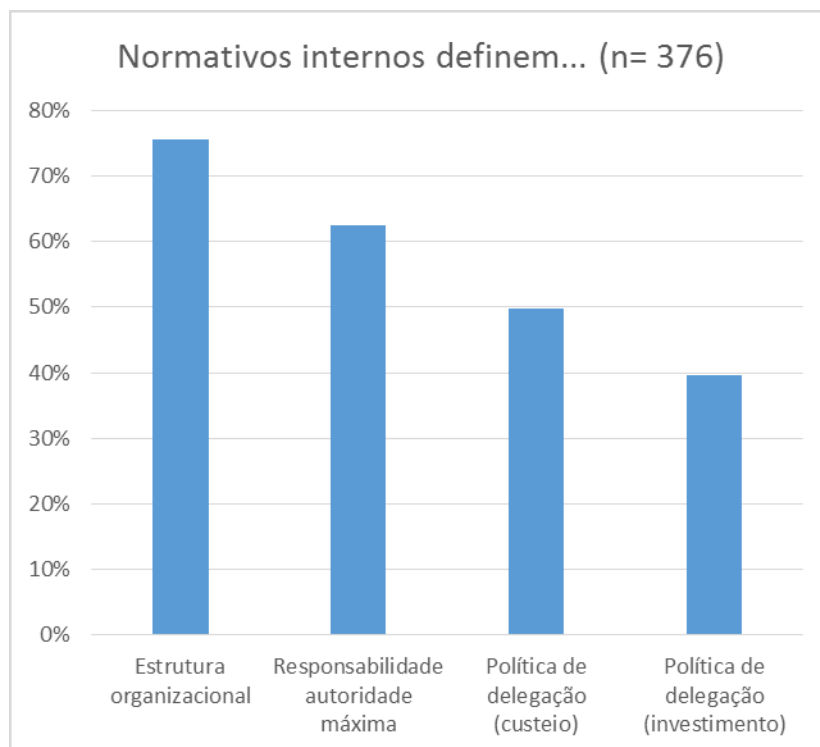


Figura 9 - Estabelecimento de competências, atribuições e responsabilidades

107. Um primeiro aspecto que causa estranheza é que 24% das organizações declararam que não implantaram o controle mais básico de segregação de funções, que consiste em definir competências, atribuições e responsabilidades das áreas e dos cargos efetivos e comissionados dentro do setor de aquisições (questão B.2).

108. Já em 38% das organizações, os normativos internos não estabelecem as competências, atribuições e responsabilidades, quanto às aquisições, da autoridade máxima da organização, responsável maior pela execução do orçamento da organização (questão B.3). Registre-se que não é esperado que ocorra a execução de procedimentos operacionais por parte da alta administração das organizações, mas que haja definição, pelo menos, quanto à responsabilidade pelo estabelecimento de políticas e procedimentos de controles internos necessários para mitigar os riscos nas aquisições. Sobre a responsabilidade pelos controles internos, trazemos à baila excerto do relatório do Acórdão 1.233/2012-Plenário:

201. Com respeito ao tema da responsabilidade da alta administração quanto ao estabelecimento de controles internos (e.g., políticas e procedimentos internos), o Acórdão 1.732/2009-TCU-Plenário trouxe a seguinte deliberação em processo de fiscalização na Petrobras:

9.15. determinar à Segecex que oriente as unidades técnicas deste Tribunal no sentido de que observem, em fiscalizações realizadas na Petrobrás ou em alguma de suas subsidiárias/controladas, a estrutura organizacional da empresa, seus procedimentos internos, a tomada de decisões e outras variáveis que possam influenciar a definição dos responsáveis por irregularidades porventura detectadas, a fim de verificar se a ocorrência origina-se da omissão de dirigentes ocupantes de cargos de alto escalão da companhia, ao deixarem de exigir a elaboração de normativos internos ou a implementação de procedimentos que reflitam o cumprimento das determinações do Tribunal, ou dos próprios gestores no que se refere à sua margem de atuação e poder decisório, segundo suas competências funcionais. (sublinhou-se).

202. O excerto acima corrobora o entendimento de que a alta administração da APF é responsável pelas atividades de controle de mais alto nível, como o estabelecimento de políticas e definição de atividades de controle que devem ser executadas nos diversos níveis da organização.

203. Ainda no sentido de que é da alta administração das organizações a responsabilidade pelo estabelecimento de uma estrutura efetiva e consistente de controles internos, traz-se à baila trecho da Resolução - Bacen 2.554/1998, que dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos nas instituições financeiras que operam no Brasil:

Art. 1º Determinar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil a implantação e a implementação de controles internos voltados para as atividades por elas desenvolvidas, seus sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais e o cumprimento das normas legais e regulamentares a elas aplicáveis.

Parágrafo 1º Os controles internos, independentemente do porte da instituição, devem ser efetivos e consistentes com a natureza, complexidade e risco das operações por ela realizadas.

Parágrafo 2º São de responsabilidade da diretoria da instituição:

I - a implantação e a implementação de uma estrutura de controles internos efetiva mediante a definição de atividades de controle para todos os níveis de negócios da instituição;

II - o estabelecimento dos objetivos e procedimentos pertinentes aos mesmos;

III - a verificação sistemática da adoção e do cumprimento dos procedimentos definidos em função do disposto no inciso II. (sublinhou-se)

204. Faz-se necessário, portanto, que a alta administração das organizações públicas estabeleça uma estrutura de controles internos para suas organizações, consistindo em um conjunto de atividades de controle que deve ser executado pelos gestores nos diversos níveis da organização, e que pode ou não estar acompanhado da criação de uma unidade organizacional (setor dentro da organização) encarregado dessas atividades, o que é conhecido na iniciativa privada por setor de compliance (o termo é originário do verbo, em inglês, to comply, e significa estar em conformidade com regras, normas e procedimentos).

205. Relevante relembrar que as atividades de controle, conforme já foi mencionado no item 0 deste relatório, são de responsabilidade dos donos dos processos de negócio, não sendo, portanto, atividades da unidade de auditoria interna, a qual tem como um de seus objetivos avaliar a eficácia dos controles internos implantados pelos gestores.

206. A título de exemplo, o modelo Coso (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) apresenta as seguintes atividades de controle passíveis de implantação para mitigação de riscos nos processos de negócio: aprovação, autorização, verificação, reconciliação e revisão do desempenho operacional, da segurança dos bens e da segregação de funções.

109. Com respeito à delegação de competência para autorização de contratações (questões B.4, B.5 e seus subitens), temos o que segue:

114.1. 50% das organizações possuem política de delegação de competência para autorização de contratações em atividades de custeio, sendo que, dessas, apenas 36% realizaram avaliação de necessidades e riscos antes de fazê-lo, e apenas 55% estabeleceram controles internos para monitorar os atos delegados;

114.2. 40% das organizações possuem política de delegação de competência para autorização de contratações em atividades de investimento, sendo que, dessas, apenas 38% realizaram avaliação de necessidades e riscos antes de fazê-lo, e apenas 60% estabeleceram controles internos para monitorar os atos delegados.

110. Segundo o documento *Governance in the public sector: a governing body perspective* (Ifac 2001):

• 081 Para garantir que a direção e o controle da organização estão firmemente nas suas mãos, o corpo governante das organizações públicas deve estabelecer e manter um esquema atualizado de delegação e reservas de poderes que incluem um escalonamento formal daqueles problemas cuja decisão foi especificamente reservada para uma decisão colegiada do corpo governante (tradução livre)

111. A ausência no estabelecimento das competências, atribuições e responsabilidades, ou deficiências nesse estabelecimento, contribuem para riscos que levam à ineficiência da máquina administrativa, ou tomada de decisões por agente que não disponha de todas informações necessárias para tanto, motivo pelo qual se propõe recomendar à SLTI/MP que oriente às organizações sob sua jurisdição acerca da necessidade de avaliar se os normativos internos estabelecem (item 2.2.2):

111.1. definição da estrutura organizacional da área de aquisições, e as competências, atribuições e responsabilidades das áreas e dos cargos efetivos e comissionados, de forma a atender os objetivos a ela designados;

111.2. competências, atribuições e responsabilidades, com respeito às aquisições, da autoridade máxima da organização, nesses incluídos, mas não limitados, a responsabilidade pelo estabelecimento de políticas e procedimentos de controles internos necessários para mitigar os riscos nas aquisições;

111.3. política de delegação e reserva de competência para autorização de todos os tipos de contratações (atividades de custeio ou de investimento), que deve ser elaborada após a avaliação das necessidades e riscos da organização, e acompanhada do estabelecimento de controles internos para monitorar os atos delegados.

2.2.3 Deficiências na instituição de instâncias colegiadas

112. Todos os modelos de governança pesquisados propõem, como mecanismo de controle da atuação da alta administração, uma instância colegiada, normalmente chamada conselho de administração ou equivalente. Segundo o IBGC:

O Conselho de Administração, órgão colegiado encarregado do processo de decisão de uma organização em relação ao seu direcionamento estratégico, é o principal componente do sistema de governança. Seu papel é ser o elo entre a propriedade e a gestão para orientar e supervisionar a relação desta última com as demais partes interessadas. O Conselho recebe poderes dos sócios e presta contas a eles. O Conselho de Administração é o órgão colegiado encarregado do processo de decisão de uma organização em relação ao seu direcionamento estratégico, e o principal componente do sistema de governança. (IBGC, 2009, p. 29).

113. Conforme respostas obtidas neste levantamento (questão B.6), 58% das organizações pesquisadas não dispõem desse componente referente ao sistema de governança.

114. Considerando que tal mecanismo de controle comporta implicações profundas, que em muito extrapolam a forma como as organizações governam suas aquisições, e considerando a necessidade de avaliar a extensão da aplicação desse mecanismo de governança no setor público, deixa-se de fazer qualquer proposta de encaminhamento sobre este ponto nesta oportunidade, relatando-se que esses dados serão repassados à SecexAdministração, unidade técnica do TCU com competência para atuar especificamente neste tema.

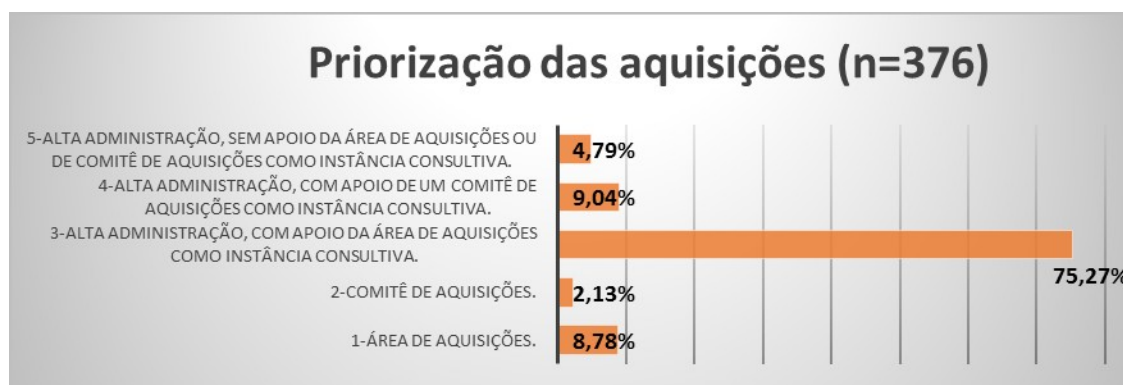


Figura 10 - Decisões acerca da priorização das aquisições

115. Em outro eixo de análise, segundo as respostas à questão B.7, 65% das organizações não possuem um corpo colegiado (ex. comitê, conselho) responsável por auxiliá-las nas decisões relativas às aquisições.

116. Com relação às decisões sobre a priorização das aquisições, a

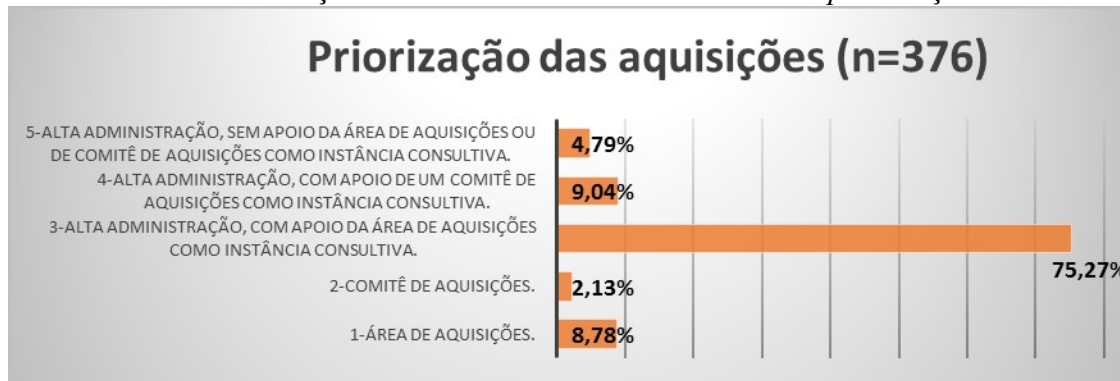


Figura 10 mostra que mais de 75% das organizações declararam que a alta administração toma tais decisões com apoio da área de aquisições como instância consultiva (questão D.3), portanto, sem ouvir os diversos setores da organização.

117. A finalidade do estabelecimento de comitês internos é facilitar o alinhamento dos gestores das diversas áreas quanto a assuntos complexos, com vistas a evitar conflitos e obter decisões que maximizem os resultados da organização como um todo.

118. As contratações devem ser vistas como meios para atingir os objetivos estratégicos das organizações. Esse conceito já se encontra positivado pelos normativos infralegais que tratam de contratações de TI:

Art. 4º As contratações de que trata esta Instrução Normativa deverão ser precedidas de planejamento, elaborado em harmonia com o PDTI, alinhado ao planejamento estratégico do órgão ou entidade. (IN-SLTI 4/2010)

Art. 6º As contratações deverão ser precedidas de planejamento elaborado em harmonia com o Planejamento Estratégico Institucional (PEI) ou Planejamento Estratégico de Tecnologia da Informação e Comunicação (PETIC) do órgão, alinhados com o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário. (Resolução-CNJ 182/2013)

Art. 1º Na contratação de soluções de Tecnologia da Informação (TI), devem ser observados o Planejamento Estratégico, o Plano Diretor de Tecnologia da Informação – PDTI e os procedimentos previstos nesta Resolução. (Resolução-CNMP 102/2013)

119. Nas organizações em que as aquisições públicas são meio para a implementação das políticas públicas – e aqui se concentra a grande maioria das organizações pesquisadas – a priorização das aquisições com o aconselhamento somente do representante da área de aquisições (que também tem interesse próprio em priorizar aquisições, no caso da área meio) expõe a organização ao risco de que essa priorização seja realizada com viés e busque o melhor resultado para um setor, mas não necessariamente traga o melhor resultado para a organização como um todo.

120. Um mecanismo de controle para mitigar riscos de decisões com vieses é o acometimento dessas decisões a instâncias colegiadas, com representantes dos diversos setores interessados, como declararam fazer 31% das organizações pesquisadas (89% das 35% que declararam possuir comitê).

121. Por oportuno, registre-se que o modelo de governança de tecnologia da informação Cobit traz proposta de controle neste sentido, conforme atividade da prática-chave APO01.01 – Definir a

estrutura organizacional: ‘determinar prioridades para os investimentos de TI, de forma alinhada com a estratégia organizacional, acompanhar a situação dos projetos, resolver conflitos de recursos e monitorar os níveis de serviço’ (Isaca, 2012, tradução livre).

121.1.1. Ante o exposto, propõe-se recomendar à SLTI/MP que oriente as organizações sob sua jurisdição a avaliar a necessidade de atribuir a um comitê, integrado por representantes de diferentes setores da organização (área finalística e área meio), a responsabilidade por auxiliar a alta administração nas decisões relativas às aquisições, com o objetivo de buscar o melhor resultado para a organização como um todo (item 2.2.3).

2.3. Controle

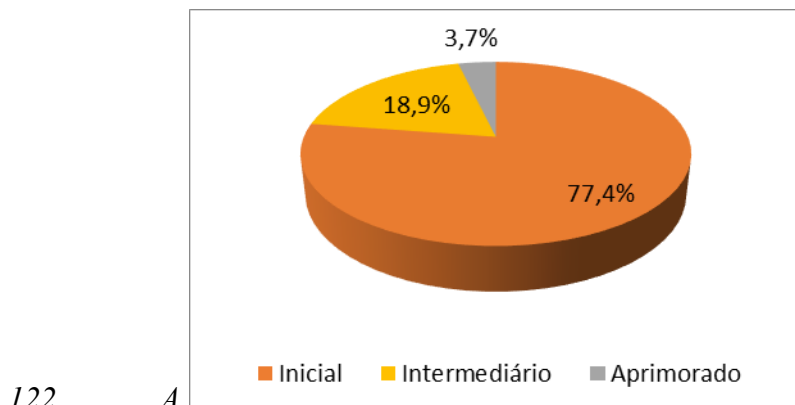


Figura 11 apresenta a distribuição das organizações por estágio de capacidade no componente ‘Controle’.

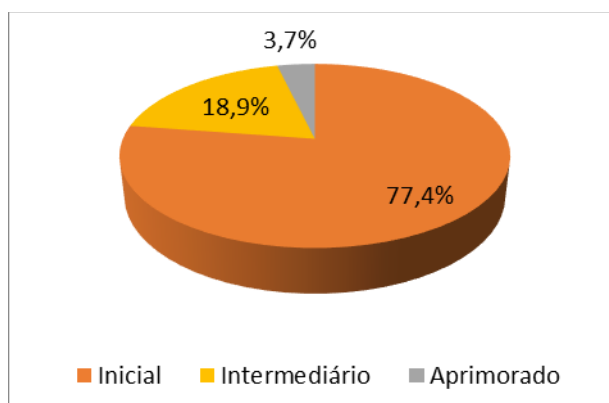


Figura 11 - Capacidade em Controle

123. Com base nos dados declarados e na forma de cálculo exposta no item 0, mais de três quartos (77,4%) das organizações encontram-se em estágio de capacidade inicial em ‘Controle’. Esse resultado indica que a alta administração da maioria das organizações não monitora ou monitora de forma inadequada a gestão das aquisições, o que dificulta a adoção de medidas corretivas em casos de desvios em relação às diretrizes por ela estabelecidas.

124. Conforme consta do relatório do Acórdão 2.023/2013-Plenário:

80. Para haver boa governança, deve haver supervisão da gestão em termos de conformidade e desempenho (IFAC, 2013). Quando isso não ocorre, corre-se o risco de que políticas e diretrizes não sejam cumpridas ou que os seus efeitos não sejam os desejados.

81. A alta administração é a responsável por essa monitoração, devendo verificar regularmente se as necessidades das partes interessadas estão sendo atendidas, as metas estão sendo alcançadas e boas

práticas estão sendo adotadas (ISACA, 2012). Tal atividade permite a identificação e a correção precoces de desvios, garantindo que a organização caminhe na direção definida

125. A seguir, são analisadas as principais deficiências identificadas.

2.3.1 Deficiências na gestão de riscos

126. De acordo com as respostas às questões C1, C.2 e C3 (

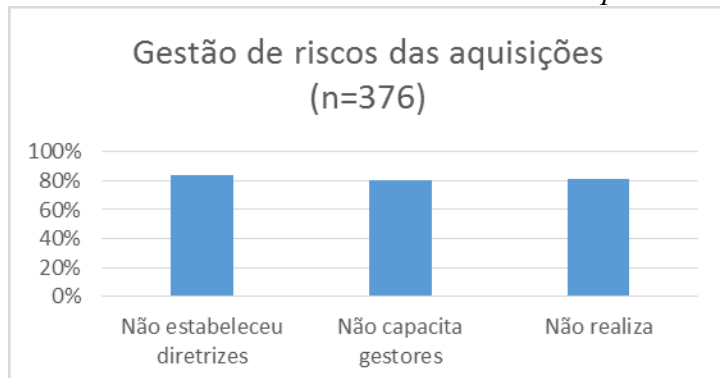


Figura 12), temos que 84% das organizações declararam que não estabeleceram diretrizes para o gerenciamento de riscos das aquisições, 81% das organizações não capacitam os gestores da área de aquisições em gestão de riscos, enquanto 82% não realizam gestão de riscos nas aquisições.

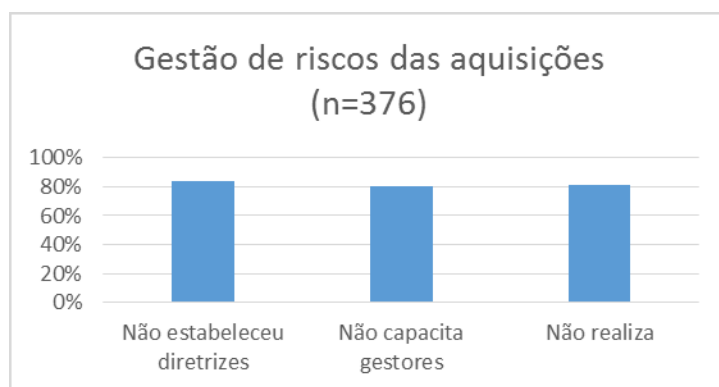


Figura 12 - Gestão de riscos das aquisições

127. Esses percentuais indicam que a cultura de gestão de riscos na APF ainda está em fase inicial de desenvolvimento, resultados que se alinham aos obtidos pelo TCU nos outros trabalhos de levantamento de governança de TI e de pessoas.

128. Risco refere-se à probabilidade de determinado evento ocorrer e impactar o alcance de objetivos estabelecidos, e é medido em termos da probabilidade de o evento ocorrer e do impacto (ou consequência) que surge caso o evento ocorra (ABNT NBR ISO 31000).

129. Complementando, cita-se o trecho a seguir do relatório do Acórdão 3.023/2013-Plenário:

78. Cabe mencionar que a gestão de riscos e a auditoria interna são mecanismos essenciais para implementar a estratégia, tomar decisões e realizar os objetivos da organização (IFAC, 2001). A gestão de riscos serve para reduzir o impacto negativo dos riscos sobre as metas organizacionais, por meio da adoção de controles internos, concebidos e implementados pelo próprio gestor. Já a auditoria interna é importante para detectar tempestivamente riscos ainda não adequadamente tratados e fornecer à sociedade a certeza de que os controles internos são eficazes e apoiam o desempenho organizacional.

130. Cabe mencionar que os normativos infralegais regulamentadores das contratações de tecnologia da informação (IN-SLTI 04/2010, Resolução-CNMP 102/2013, Resolução-CNJ 182/2013) introduziram a obrigatoriedade de realizar análise de riscos no planejamento de cada uma das contratações, como exemplificado a seguir com trecho da IN-SLTI 04/2010:

Art. 16. A Análise de Riscos será elaborada pela Equipe de Planejamento da Contratação contendo os seguintes itens:

I - identificação dos principais riscos que possam comprometer o sucesso dos processos de contratação e de gestão contratual;

II - identificação dos principais riscos que possam fazer com que a Solução de Tecnologia da Informação não alcance os resultados que atendam às necessidades da contratação;

III - identificação dos principais riscos que possam fazer com que os serviços prestados ou bens entregues não atendam às necessidades da contratante;

IV - mensuração das probabilidades de ocorrência e dos danos potenciais relacionados a cada risco identificado;

V - definição das ações previstas a serem tomadas para reduzir ou eliminar as chances de ocorrência dos eventos relacionado a cada risco;

VI - definição das ações de contingência a serem tomadas caso os eventos correspondentes aos riscos se concretizem; e

VII - definição dos responsáveis pelas ações de prevenção dos riscos e dos procedimentos de contingência.

§ 1º A análise de riscos permeia todas as etapas da fase de Planejamento da Contratação e será consolidada no documento final Análise de Riscos.

§ 2º A Análise de Riscos será aprovada e assinada pela Equipe de Planejamento da Contratação.

131. É imperativo, portanto, que a alta administração das organizações públicas fomente a cultura de gerenciamento de riscos nas aquisições, motivo pelo qual se propõe recomendar à SLTI/MP que oriente as organizações sob sua jurisdição, para que:

131.1. estabeleçam diretrizes gestão de riscos nas aquisições (item 2.3.1);

131.2. capacitem os gestores da área de aquisições em gestão de riscos (item 2.3.1);

131.3. realizem gestão de riscos nas aquisições (item 2.3.1).

2.3.2 Índícios de deficiências nos canais de denúncia

132. Conforme consta de (IBGC, 2009):

2.32 Ouvidoria e Canal de Denúncias

É importante que existam meios próprios — tais como um canal de denúncias formal ou ouvidoria — para acolher opiniões, críticas, reclamações e denúncias das partes interessadas, garantindo sempre a confidencialidade de seus usuários e promovendo as apurações e providências necessárias. Tais canais devem ser direcionados ao Conselho de Administração. Seu propósito é conferir maior transparência ao relacionamento da organização com as partes interessadas.

133. De acordo com as respostas à questão C.4, 78% das organizações (294) mantêm canais diretos com a própria alta administração para o recebimento de eventuais denúncias sobre desvios de conduta referentes a servidores e colaboradores da própria organização, o que sinaliza que a maioria das organizações declarou implementar esse controle.

134. Entretanto, mais de 75% dessas organizações (223) informaram, também, que não receberam qualquer denúncia afeta ao processo de aquisições por esse canal de comunicação. Considerando o número de contratações públicas na esfera federal, a frequência com que aparecem na mídia notícias dando conta de desvios de conduta nas contratações públicas além da quantidade de denúncias e representações que chegam a este Tribunal, a ausência de manifestação em grande parte dos canais de comunicação são indícios de que esses canais podem não estar funcionando de forma adequada.

135. Ante a falta de mais elementos que permitam entender melhor o que pode estar ocorrendo, registra-se a necessidade de aprofundar análise deste tema em momento oportuno, sem que seja necessário, por ora, realizar proposta de encaminhamento neste ponto.

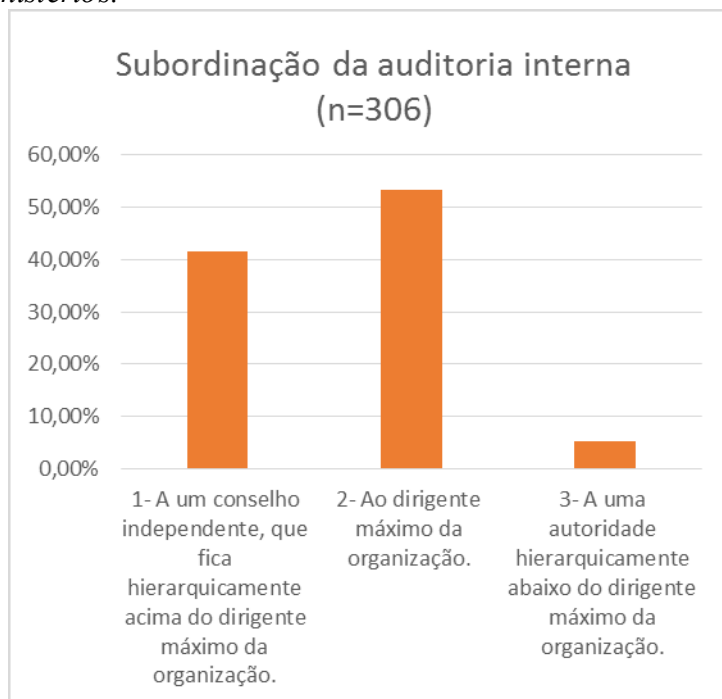
2.3.3 Deficiências na função de auditoria interna

136. O Instituto de Auditores Internos (The Institute of Internal Auditors – IIA) é uma associação mundial de profissionais de auditoria interna que conceitua a auditoria interna da seguinte forma (IIA, 2011):

A auditoria interna é uma atividade independente e objetiva que presta serviços de avaliação e de consultoria com o objetivo de adicionar valor e melhorar as operações de uma organização. A auditoria auxilia a organização a alcançar seus objetivos através de uma abordagem sistemática e disciplinada para a avaliação e melhoria da eficácia dos processos de gerenciamento de risco, controle e governança corporativa.

137. De acordo com as respostas à questão C.5: em 19% das organizações, a alta administração não dispõe de uma unidade na sua estrutura organizacional para realizar trabalhos de auditoria interna, o que significa que essa alta administração não tem a sua disposição importante mecanismo para detectar tempestivamente riscos ainda não adequadamente tratados, e nem fornecer-lhe razoável garantia de que os controles internos são eficazes e contribuem para o desempenho organizacional. Incluem-se nos números acima os dezenove ministérios que são impedidos de ter unidade auditoria interna por força da Lei 10.180/2001, que acomete à CGU a auditoria governamental desses órgãos.

138. Ainda que se tenha registrado a necessidade de uma avaliação mais profunda dos sistemas de controle interno dos poderes (ver item 0), ao considerar que as prioridades das avaliações realizadas pela CGU nos ministérios não são estabelecidas pelos ministérios, mas sim pela própria CGU, entende-se que os Ministros de Estado, autoridades máximas dos ministérios, podem até contar com fundamental mecanismo de controle que é a auditoria interna, mas não dispõem desse mecanismo, motivo pelo qual se entende que as análises que seguem devem ser mantidas também para os ministérios.



139. A

Figura 13 mostra que pouco mais de 40% das unidades de auditoria interna estão em posição de avaliar os controles internos de toda a organização, pois, em quase 60% das organizações a

auditoria interna, as unidades de auditoria interna estão subordinadas à autoridade máxima da organização ou a uma autoridade abaixo dela, o que lhe limita a avaliação dos controles internos àqueles implantados nos níveis abaixo dessa autoridade. Essa, provavelmente, é uma das causas dos controles pesquisados neste trabalho – nas dimensões liderança, estratégia e controle, de responsabilidade direta da alta administração – estarem nos mais baixos níveis de capacidade na maioria das organizações.

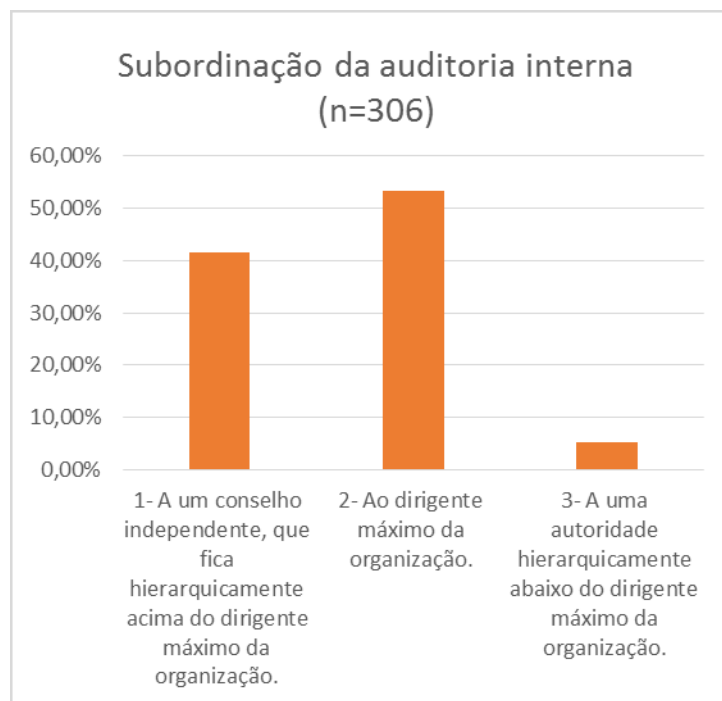


Figura 13 - Subordinação da auditoria interna

140. *Registre-se que, no caso do poder judiciário, o art. 2º da Resolução-CNJ 86/2010 determina que a auditoria interna fique subordinada ao presidente dos tribunais, enquanto, pelas boas práticas sobre o tema, deveria estar subordinada a uma estrutura que possa exercer a função de conselho, nos termos dos parágrafos 0 a 0 deste relatório. O plenário parece ser a estrutura que mais se aproxima de um conselho para um tribunal.*

141. *Observa-se que (IBGC, 2009):*

2.34.5 Relacionamento com a Auditoria Interna

A Auditoria Interna deve reportar-se ao Comitê de Auditoria ou, na falta deste, ao Conselho de Administração. Nas empresas em que não houver Conselho de Administração, a Auditoria Interna deve reportar-se aos sócios, de forma a garantir independência em relação à gestão.

142. *Baseado no levantamento do que são consideradas pelas partes interessadas as melhores práticas mundiais, o IIA estabeleceu um marco de referência denominado Estrutura Internacional de Práticas Profissionais (International Professional Practices Framework – IPPF) contendo orientações para que a atividade de auditoria interna nas organizações, públicas ou privadas, seja efetiva.*

143. A pergunta C.5.2, redigida com base no IPPF, buscou reconhecer as práticas adotadas nas auditorias internas das organizações pesquisadas, e o resultado encontra-se sintetizado na

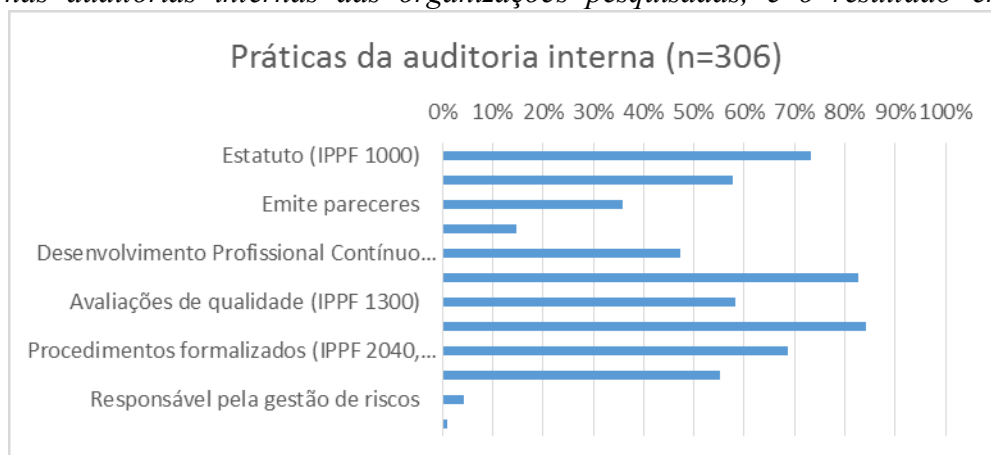


Figura 14.

144. Registre-se que há três práticas perguntadas que não se constituem em boas práticas, quais sejam: a emissão de pareceres em processos de contratações específicos como parte de sua rotina ou mesmo de forma esporádica (presente em 36% das organizações); a prestação de serviços específicos aos gestores da organização, caracterizando cogestão (em 15% das organizações); e a responsabilidade pelos processos de gestão de riscos (em 4% das organizações).

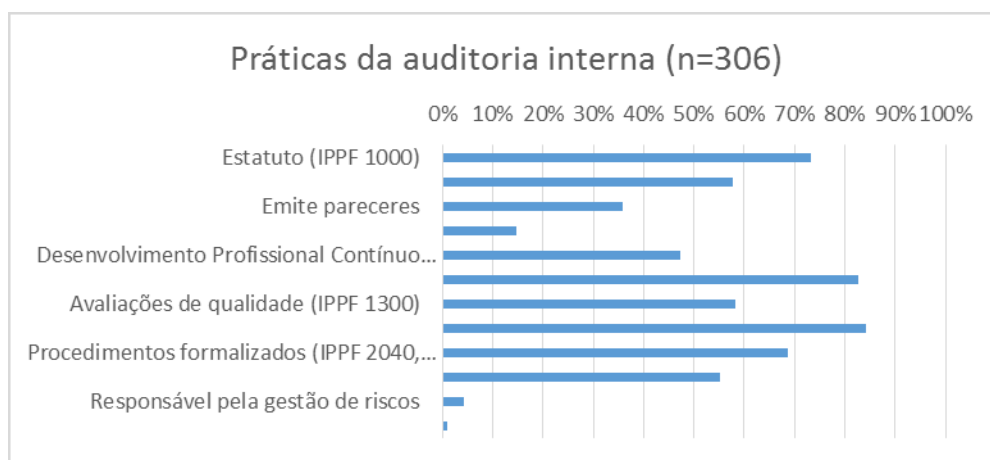


Figura 14 - Práticas das auditorias internas

145. Observa-se que há bastante espaço para melhorias, em especial pela constatação de que a maior aderência às boas práticas de auditoria interna (ou menor aderência às três práticas citadas no item 0) ocorre nas empresas públicas e sociedades de economia mista, organizações do segmento do

Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais - Dest (

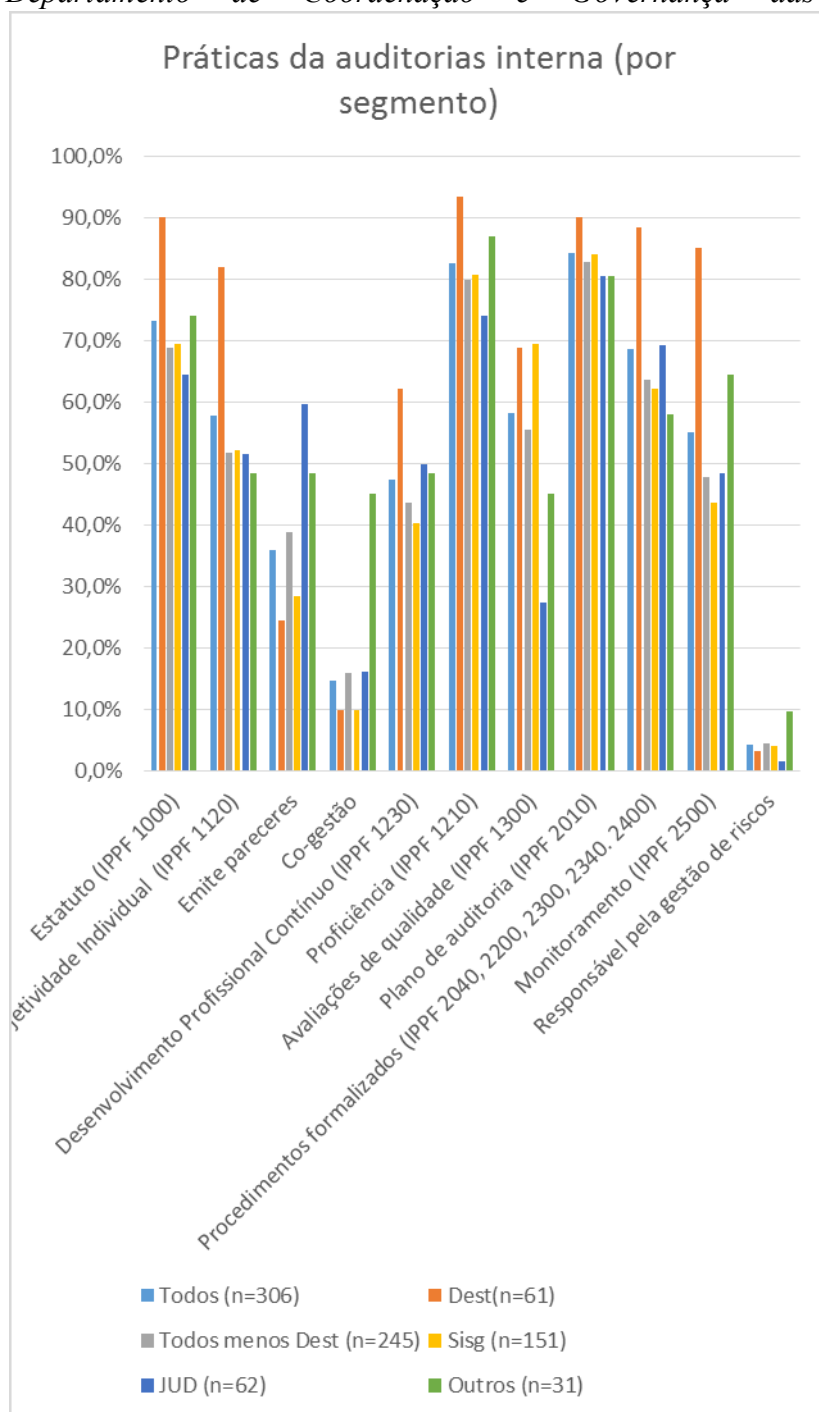


Figura 15).

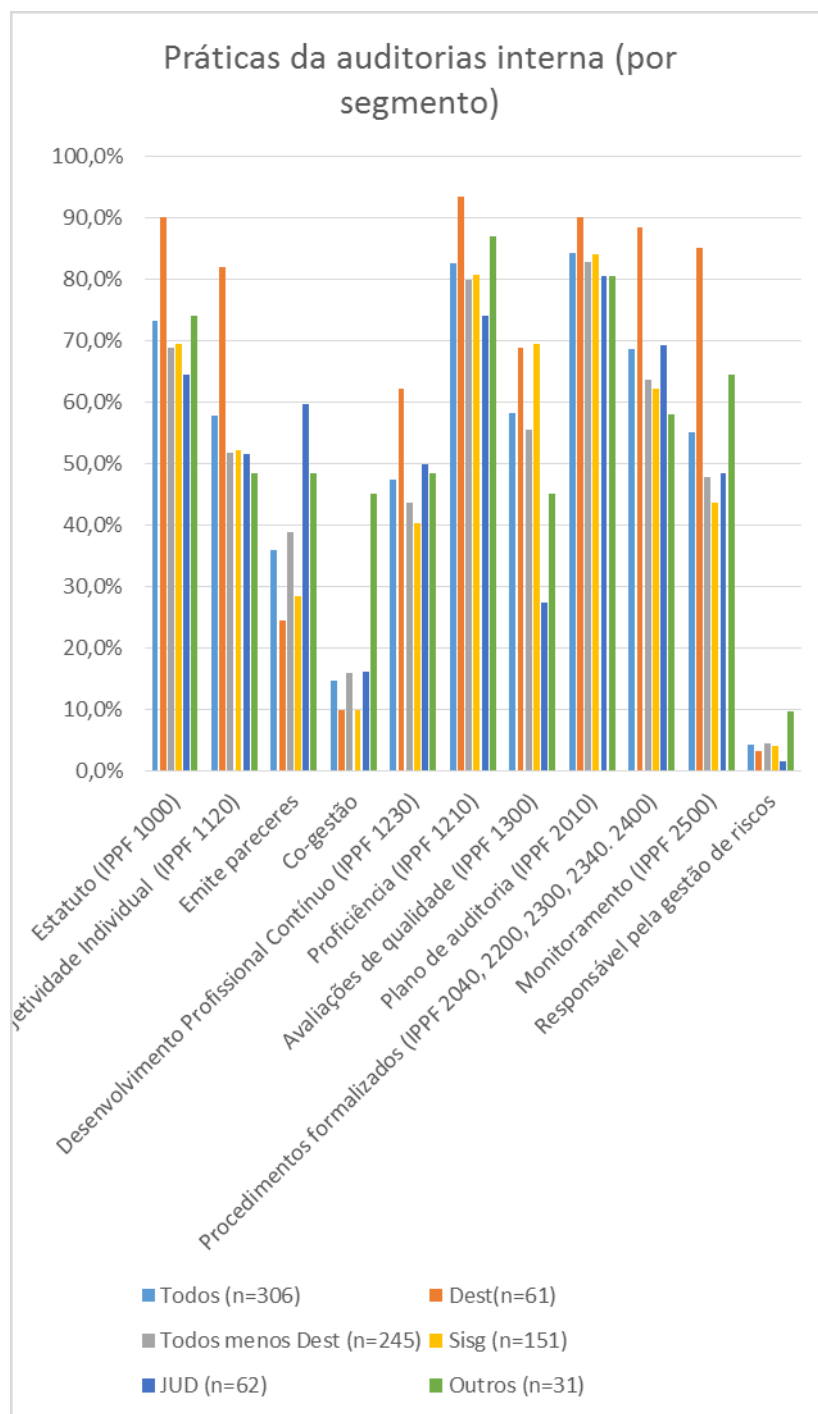


Figura 15 -Práticas das auditorias interna (por segmento)

146. Por oportuno, cite-se que, por vezes, as atividades de cogestão das unidades de auditoria interna estão previstas em normativos, como, por exemplo, ocorre na Resolução-CNJ 114/2010, que, em diversos dispositivos, prevê a participação da auditoria interna como partícipe do processo de contratação e gestão contratual de obras, o que, como já foi dito, é condenado pelas boas práticas sobre o tema:

Art. 4º As obras, com a indicação do grau de prioridade e agrupadas pelo custo total, comporão o plano de obras do tribunal, o qual deverá ser aprovado pelo seu pleno ou corte especial, bem como suas atualizações ou alterações, quando necessárias.

Parágrafo único. As obras emergenciais e aquelas abrangidas pelo Grupo 1 poderão ser realizadas sem a aprovação prevista no caput, fiscalizadas pela unidade de controle interno.

Art. 5º.

...

§ 5º Para a avaliação, aprovação e priorização das obras será emitido parecer técnico pelas unidades de planejamento, orçamento e finanças e pela unidade de controle interno, a que se refere o art. 8º desta Resolução, tendo em vista o planejamento estratégico e as necessidades sistêmicas do ramo da justiça, a finalidade, o padrão de construção, o custo estimado da obra e demais aspectos, observados os critérios e referenciais fixados pelo Conselho Nacional de Justiça.

...

Art. 7º Para subsidiar as decisões do Presidente, dos colegiados dos tribunais e dos conselhos, as unidades de controle interno produzirão notas técnicas/pareceres, ou se socorrerão de pareceres técnicos especializados

...

Art. 12 Deverão ser realizadas licitações separadas para a aquisição de equipamentos e mobiliário para o início da utilização da obra.

Parágrafo único. Os equipamentos que fizerem parte da estrutura ou composição necessária para obra poderão fazer parte da licitação, desde que justificados pela área técnica, analisados pela unidade de controle interno e aprovados pelo Presidente ou Órgão Colegiado do Poder Judiciário.

...

Art. 21 As alterações de projeto, especificações técnicas, cronograma físico-financeiro e planilhas orçamentárias deverão ser justificadas por escrito, analisadas pela unidade de controle interno e previamente autorizadas pela autoridade competente.

...

Art. 26 Somente poderão ser considerados para efeito de medição e pagamento os serviços e obras efetivamente executados pelo contratado e aprovados pela fiscalização, respeitada a rigorosa correspondência com o projeto e as modificações expressa e previamente aprovadas pelo contratante, após a análise da unidade de controle interno.

Parágrafo único. As diferenças e irregularidades verificadas durante as medições pela área de controle interno deverão ser comunicadas à autoridade competente, que imediatamente as comunicará ao Conselho Nacional de Justiça.

147. A causa provável para envolver a unidade de auditoria interna em atividades de cogestão pode ser a ausência de distinção entre as atividades de controle interno e de auditoria interna, já evidenciada em auditoria de TI, como consta do excerto do relatório do Acórdão 1.233/2012-Plenário:

15. Dentre os trabalhos realizados na condução deste TMS, citam-se catorze auditorias para avaliação de controles gerais de TI (ver item I.6 adiante). Considerando que, nas reuniões de encerramento dessas auditorias, por vezes não restava cristalina aos gestores a diferença entre controle interno e auditoria interna, entende-se oportuno trazer à baila as definições a seguir, constantes da IN - TCU 63/2010:

(...)

16. A título de complemento, transcrevem-se ainda dois excertos das normas contidas na Estrutura Internacional de Práticas Profissionais (International Professional Practices Framework – IPPF), marco de referência do Instituto de Auditores Internos (The Institute of Internal Auditors – IIA), que contém orientações para que a atividade de auditoria interna (AI) seja efetiva:

(...)

17. Pelos excertos transcritos, observa-se que a atividade de controle interno tem por objetivo mitigar os riscos de que a organização não alcance seus objetivos e a responsabilidade pela sua implantação (ou não) é inerente ao gestor responsável pelo processo que recebe o controle.

18. Por sua vez, a auditoria interna é uma atividade, exercida de forma independente da gestão, que tem como um dos objetivos a avaliação dos controles internos.

148. Contribuem para a ausência de distinção citada acima:

148.1. a nomenclatura utilizada na Lei 10.180/2001, que contém as expressões 'controle interno' e 'sistema de controle interno' para se referir, respectivamente, às unidades e ao conjunto de unidades que compõe a auditoria interna governamental no poder executivo (a constituição federal, no art. 74, também utiliza a expressão 'sistema de controle interno');

148.2. o nome dado a essas unidades nas organizações, que são comumente identificadas por 'secretaria de controle interno' (quando deveriam chamar-se secretaria de auditoria interna).

149. Ante o exposto, registra-se, novamente, a necessidade de uma avaliação mais aprofundada relativa ao funcionamento dos sistemas de controles internos dos poderes da União, em especial como as unidades de auditoria interna atuam, nos termos já expostos no Acórdão 1.233/2012-Plenário:

9.43. recomendar à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) que avalie a oportunidade e conveniência de incluir em futuros planos de fiscalização do TCU Tema de Maior Significância (TMS) com objetivo de avaliar a eficiência e eficácia dos sistemas de controles internos dos poderes da União, em especial como as unidades de auditoria interna atuam na avaliação da eficácia dos processos de gerenciamento de riscos, controle e governança dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, levando em consideração, inclusive, as boas práticas internacionais sobre o tema como o IPPF (International Professional Practices Framework) do Instituto de Auditores Internos;

150. Sem prejuízo da avaliação proposta acima, entende-se necessário, desde já, expedir algumas orientações com vista a contribuir para o alinhamento da atuação das auditorias internas às boas práticas sobre o tema, de forma que se propõe recomendar à Controladoria-Geral da União que (item 2.3.3):

150.1. oriente as organizações sob sua jurisdição a:

150.1.1. observar as diferenças conceituais entre controle interno (a cargo dos gestores responsáveis pelos processos que recebem o controle) e auditoria interna, de forma a não atribuir atividades de cogestão à unidade de auditoria interna;

150.1.2. em decorrência da distinção conceitual acima, avaliar a necessidade de segregar as atribuições e competências das atuais secretarias de controle interno (ou equivalentes), de forma que a mesma unidade organizacional não possua concomitantemente atribuições e competências relativas a atividades de controle interno e a atividades de auditoria interna;

150.1.3. caso exista um conselho superior que supervisione a autoridade máxima da organização, avaliem a possibilidade de que a unidade de auditoria interna fique subordinada a esse conselho, como preconizam as boas práticas sobre o tema, à semelhança das orientações contidas no IPPF 1000 e no item 2.34.5 do código de melhores práticas de governança corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa;

150.1.4. promovam uma autoavaliação da unidade de auditoria interna, confrontando suas práticas com as boas práticas sobre o tema, como, por exemplo, aquelas contidas no IPPF, e utilizem o resultado para promover as melhorias consideradas adequadas em cada caso;

150.2. avalie a conveniência e oportunidade de propor revisão dos marcos normativos e manuais de procedimentos que tratam de controle interno e auditoria interna de forma a adequá-los às boas práticas sobre o tema, como o Coso II e o IPPF.

2.3.4 Deficiências em accountability

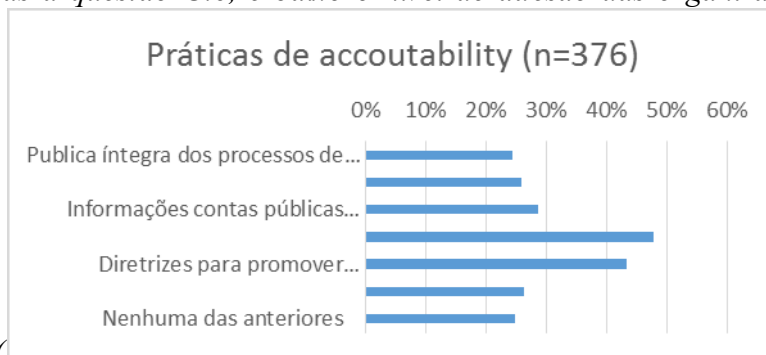
151. Do documento publicado pelo TCU intitulado 'Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública', extraímos (p. 48):

As normas de auditoria da Intosai conceituam accountability como a obrigação que têm as pessoas ou entidades às quais se tenham confiado recursos, incluídas as empresas e organizações públicas, de assumir as responsabilidades de ordem fiscal, gerencial e programática que lhes foram conferidas, e de informar a quem lhes delegou essas responsabilidades (BRASIL, 2011). Espera-se que os agentes de governança prestem contas de sua atuação de forma voluntária, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões (IBGC, 2010).

152. Em especial no setor público, onde a sociedade exerce o papel de 'principal' da teoria da agência, as práticas de accountability estão intimamente ligadas às práticas de transparência.

153. Na medida em que a organização implementa os controles relacionados à transparência e à accountability, mais ela legitima as aquisições sob os princípios constitucionais (legalidade, moralidade, eficiência, eficácia etc.).

154. De acordo com as respostas à questão C.6, é baixo o nível de adesão das organizações



pesquisadas às práticas questionadas (

Figura 16).

155. Observa-se que apenas 24% das organizações declararam que publicam a íntegra dos processos de aquisição na Internet, isto é, publicam todos os documentos integrantes dos processos de aquisição (e.g., solicitação de aquisição, estudos técnicos preliminares, estimativas de preços, pareceres técnicos e jurídicos etc.) na Internet.

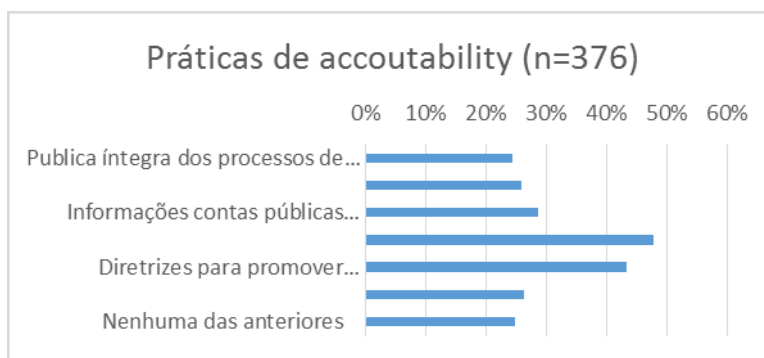


Figura 16 - Práticas de accountability

156. Exemplifica-se a implementação dessa prática na Figura 17, com uma tela de consulta pública na internet, onde se podem acessar todos os documentos de um processo de aquisição realizado pelo TRT da 13ª região (como exemplo, tem-se os dados central=000, protocolo=15391, ano=2012, inseridos para pesquisa na URL <https://www.trt13.jus.br/protocolo-online/pages/ConsultarProtocolo/consultarProtocolo.seam>).

157. Sobre esse tema, a Lei 12.527/2011 (LAI - Lei de Acesso à Informação), nos dispositivos a seguir transcritos, orienta no sentido da implementação da prática arguida:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública. (...)

Art. 5º É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. (...)

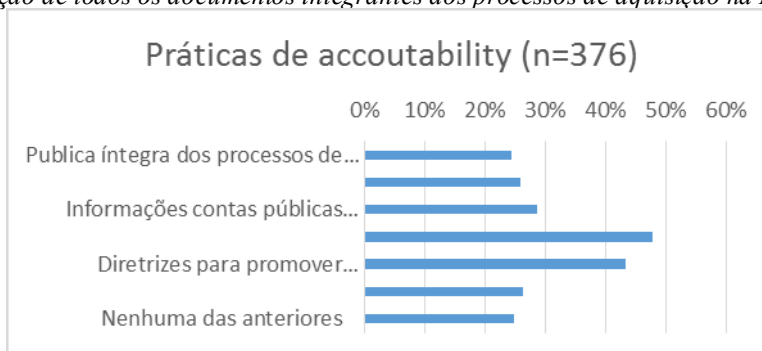
Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: (...) VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e (...)

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. § 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo: (...) IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; § 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

158. Assim, propõe-se recomendar à SLTI/MP que oriente as organizações sob sua jurisdição a, em atenção aos arts. 3º, I a V, 5º, 7º, VI e 8º, §1º, IV e §2º da Lei 12.527/2011, publicar todos os documentos que integram os processos de aquisição (e.g., solicitação de aquisição, estudos técnicos preliminares, estimativas de preços, pareceres técnicos e jurídicos etc.) na internet, a menos dos considerados sigilosos nos termos da lei (item 2.3.4).

28/08/12 16:31	GDG-Gabinete da Direção Geral	Despacho	AJUP	21
28/08/12 15:30	SCI-Secretaria de Controle Interno	Despacho		20
28/08/12 13:19	EJUD-Escola Judicial	Informação		19
20/08/12 14:40	GDG-Gabinete da Direção Geral	Despacho		18
20/08/12 13:05	SCI-Secretaria de Controle Interno	Despacho		17
15/08/12 15:45	SADM-Secretaria Administrativa	Despacho	SCI	16
14/08/12 16:53	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Despacho	à SADM	15
14/08/12 16:32	SADM-Secretaria Administrativa	Despacho	SETIC	14
14/08/12 15:18	SPF-Secretaria de Planejamento e Finanças	Despacho	disponibilidade	13
14/08/12 12:48	SPF-Secretaria de Planejamento e Finanças	Documento Anexo Digitalizado	PRÉ-EMEPNHO	12
13/08/12 16:21	SADM-Secretaria Administrativa	Despacho	SPF	11
13/08/12 14:59	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Despacho	à SADM	10
13/08/12 14:58	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Documento Anexo Digitalizado	Termo de Referência	9
13/08/12 14:58	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Documento Anexo Digitalizado	Proposta comercial	8
13/08/12 14:57	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Documento Anexo Digitalizado	Proposta comercial	7
13/08/12 14:57	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Documento Anexo Digitalizado	Proposta comercial	6
13/08/12 14:56	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Documento Anexo Digitalizado	Proposta comercial	5
13/08/12 14:55	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Documento Anexo Digitalizado	Proposta comercial	4
13/08/12 14:53	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Documento Anexo Digitalizado	Proposta comercial	3
13/08/12 14:53	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Documento Anexo Digitalizado	Solicitação da EJUD	2
17/07/12 11:20	SETIC-Secretaria de Tecnologia Informação e Comunicação	Documento Principal Digitalizado	Documento Anexo	1

Figura 17 - Exemplo de publicação de todos os documentos integrantes dos processos de aquisição na Internet



159. Observa-se, ainda da

Figura 16, que 26% das organizações declararam ter estabelecido mecanismos para garantir que a URL cadastrada pela organização no sítio www.contaspublicas.gov.br esteja sempre atualizada, enquanto 29% estabeleceram mecanismos para garantir que as informações acessíveis pelo site Contas Públicas (Lei 9.755/1998, art. 1º) estejam atualizadas, sugerindo alto risco de que a publicidade prevista na Lei 9.755/1998 não esteja sendo cumprida.

160. *Em análise perfunctória, verifica-se que a IN-TCU 28/1999, regulamentação promovida, à época, pelo TCU, para a Lei 9.755/1998, utilizou um modelo tecnológico de difícil sustentabilidade ante o dinamismo das informações que deve concentrar (despesas e receitas de organizações públicas das três esferas de governo). O modelo tecnológico induziu a necessidade de retrabalho pelos gestores, que devem alimentar diversos sistemas de informações estruturantes (e.g., Siasg) e ainda manter a página cadastrada no sítio Contas Públicas com essas informações, o que pode ser a causa da dificuldade em estabelecer mecanismos que garantam a atualidade dessas informações.*

161. *Atualmente, há soluções tecnológicas mais robustas, como a utilização de webservices, que permitiriam aliar diversas facilidades tanto para os gestores quanto para outras partes interessadas, de forma que:*

161.1. *Os gestores poderiam cadastrar as informações uma só vez nos sistemas estruturantes;*

161.2. *Os sistemas estruturantes poderiam gerar as informações requeridas pela Lei 9.755/1998 no formato XML/XLS para os gestores que, como proprietários da informação, seriam responsáveis por publicar essas páginas em uma URL pública na Internet, para acesso de qualquer cidadão (é importante que a publicação da informação se dê pelo dono dessa, de forma a aumentar a sua fidedignidade e possibilitar o controle de erros e omissões de cadastramento de informações nos sistemas estruturantes);*

161.3. *Uma vez que a URL fosse cadastrada no sítio Contas Públicas, uma aplicação (à semelhança de um robô), no TCU, faria a coleta dessas informações periodicamente, de forma automática, construindo uma base de dados que pode ser disponibilizada para que a sociedade realize consultas estruturadas ou acesse toda a base para manipulação local, o que está alinhado com o conceito de dados abertos.*

162. *Registre-se que, hoje, o Tribunal já domina essa tecnologia, que é a utilizada no sistema Cadicon, sistema pelo qual os Tribunais de Contas publicam em seus sites a relação dos responsáveis com contas julgadas irregulares, e no sítio do Cadicon (<https://contas.tcu.gov.br/cadicon/procura>) é possível consultar essas relações por meio de uma única interface.*

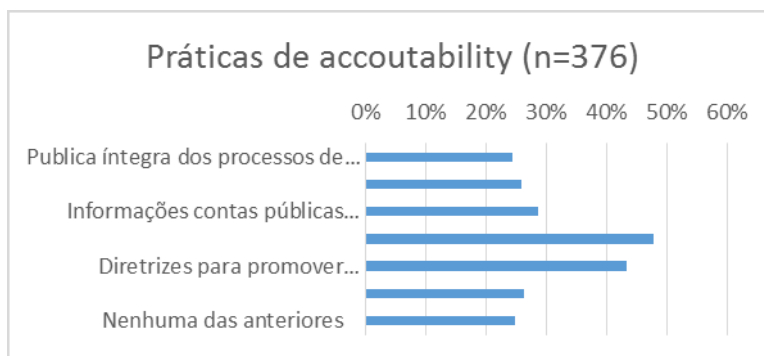
163. *A solução no molde descrito nos itens anteriores traria os seguintes benefícios:*

163.1. *gestores poderiam dar cumprimento à lei cadastrando as informações uma só vez nos sistemas estruturantes;*

163.2. *gestores, que são os proprietários da informação, fariam a publicação, de forma a aumentar a fidedignidade dos dados e permitir correções de erros e omissões;*

163.3. *haveria publicidade das informações, tanto de forma isolada, quanto de forma consolidada, em linha com os princípios de dados abertos, com o mínimo de intervenção manual.*

164. *Nesse sentido, de forma a permitir a implementação de solução para dar melhor cumprimento à Lei 9.755/1998, faz-se necessário reformular sua regulamentação, de forma que se propõe recomendar à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU que avalie a conveniência e oportunidade de empreender estudos para rever a IN-TCU 28/1999, com vistas a implementar modelo de negócio para o sítio Contas Públicas de forma a, simultaneamente, facilitar a publicação e manutenção de informação atualizada pelos gestores públicos e permitir a consolidação e disponibilização dessas informações preferencialmente em dados abertos, podendo valer-se da avaliação de soluções tecnológicas baseadas em webservices (item 2.3.4).*



165. Ainda com base na

Figura 16, observa-se que 48% das organizações declararam que determinam a publicação, na sua página na internet, da decisão quanto à regularidade das contas proferida pelo órgão de controle externo; 43% estabeleceram diretrizes para garantir que, de ofício, sejam apurados os fatos com indício de irregularidade ou contrários à política de governança, promovendo a responsabilização em caso de comprovação; e 26% determinam a publicação da agenda de compromissos públicos da autoridade máxima da organização e do principal gestor responsável pelas aquisições.

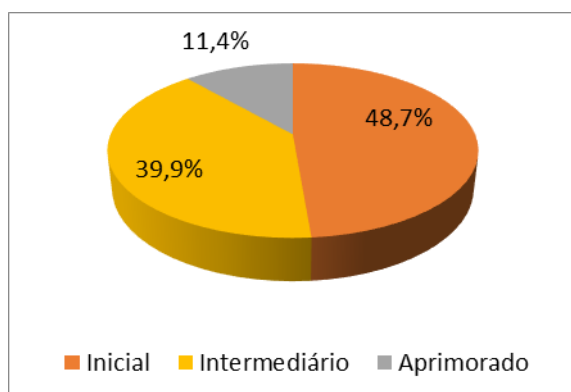
166. Com respeito à publicação da agenda de autoridades, cabe ressaltar que é expressivo o percentual de organizações do poder executivo que não estão dando cumprimento ao previsto no art. 11 da Lei 12.813/2011. Ante a baixa adesão às práticas mencionadas no item 0, propõe-se recomendar à SLTI/MP que oriente as organizações sob sua jurisdição a:

166.1.1. determinar a publicação, na sua página na internet, da decisão quanto à regularidade das contas proferida pelo órgão de controle externo (item 2.3.4);

166.1.2. estabelecer diretrizes para garantir que, de ofício, sejam apurados os fatos com indício de irregularidade ou contrários à política de governança, promovendo a responsabilização em caso de comprovação (item 2.3.4);

166.1.3. determinar a publicação da agenda de compromissos públicos da autoridade máxima da organização e do principal gestor responsável pelas aquisições (item 2.3.4).

2.4. Planos



167. A

Figura 18 apresenta a distribuição das organizações por estágio de capacidade no componente 'Planos'.

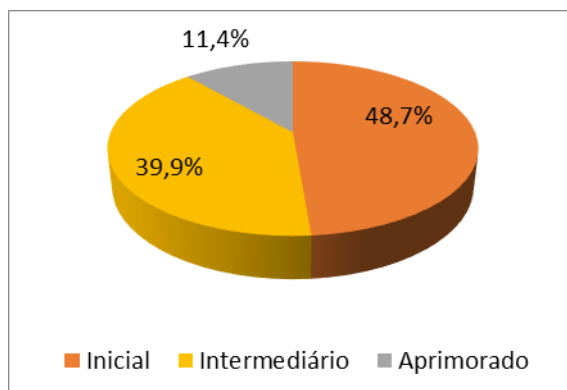


Figura 18 - Capacidade em Planos

168. Com base nos dados declarados e na forma de cálculo exposta no item 0, quase metade (48,7%) das organizações encontram-se em estágio de capacidade inicial em 'Planos'. Esse resultado indica que cerca da metade das organizações não possui controles que materializem o direcionamento (objetivos, diretrizes) dado pela alta administração, levando ao risco de que a organização não siga um direcionamento que lhe leve a atingir seus propósitos.

169. A seguir, são analisadas as principais deficiências identificadas.

2.4.1 Deficiências no processo de planejamento estratégico

170. De acordo com as respostas à questão D.1, 24% das organizações ainda não executam processo de planejamento estratégico, a despeito do preconizado na literatura e na pacífica jurisprudência do TCU acerca do tema (Acórdãos 1.521/2003, 1.558/2003, 2.094/2004, 786/2006, 1.603/2008 e 2.585/2012, todos do Plenário). Nesse sentido, cita-se trecho do Acórdão 1.233/2012-Plenário:

9.1.1 em atenção Decreto-Lei 200/1967, art. 6º, inciso I, e art. 7º, normatize a obrigatoriedade de que todos os entes sob sua jurisdição estabeleçam processo de planejamento estratégico institucional, observando as boas práticas sobre o tema, a exemplo do critério de avaliação 2 do GesPublica, contemplando, pelo menos (subitem II.1):

9.1.1.1. elaboração, com participação de representantes dos diversos setores da organização, de um documento que materialize o plano estratégico institucional de longo prazo, contemplando, pelo menos, objetivos, indicadores e metas para a organização;

9.1.1.2. aprovação, pela mais alta autoridade da organização, do plano estratégico institucional;

9.1.1.3. desdobramento do plano estratégico pelas unidades executoras;'

171. Cabe ainda registrar que, das 284 organizações que declararam executar o processo de planejamento estratégico, 35 não realizaram qualquer reunião para avaliação do plano estratégico em 2013, o que pode significar que o plano não está sendo utilizado como instrumento de orientação estratégica.

172. A estratégia de gestão das aquisições deve ser definida em harmonia com os instrumentos que derivam dos processos de planejamento organizacional, especialmente com o plano estratégico da organização. A falta desses instrumentos dificulta o alinhamento desejado e o estabelecimento de diretrizes para a gestão das aquisições.

173. Considerando que as aquisições são instrumentos de realização das políticas, devem ser criados critérios para compatibilizar, de um lado, a determinação do Decreto-Lei 200/1967, para que seja assegurada a liberação oportuna dos recursos necessários à execução dos programas, e de outro, o mandamento da Lei de Responsabilidade Fiscal, que determina o contingenciamento da execução orçamentária em caso de risco de desequilíbrio fiscal:

Decreto-Lei 200/1963

Art. 17. Para ajustar o ritmo de execução do orçamento-programa ao fluxo provável de recursos, o Ministério do Planejamento e Coordenação Geral e o Ministério da Fazenda elaborarão, em conjunto, a programação financeira de desembolso, de modo a assegurar a liberação automática e oportuna dos recursos necessários à execução dos programas anuais de trabalho.

Lei Complementar 101/2001

Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

174. Uma potencial solução para a dicotomia acima consiste em privilegiar a liberação da execução orçamentária nas organizações com maior probabilidade de converter os recursos em benefícios pretendidos, o que só é possível naquelas que definem, num plano estratégico (objetivos, indicadores e metas), quais são os benefícios que pretendem entregar à sociedade.

175. Considerando que, em diversas oportunidades, esta Corte proferiu recomendações aos OGS para que orientassem as organizações sob sua jurisdição sobre a importância do tema (Acórdãos 1.521/2003, 1.558/2003, 2.094/2004, 786/2006, 1.603/2008, 1.233/2012 e 2.585/2012, todos do Plenário) e considerando que a ausência do planejamento estratégico aumenta o risco de aquisições desalinhadas com as estratégias da organização, propõe-se recomendar à Secretaria do Tesouro Nacional que, com base no art. 11, I, da Lei 10.180/2001, defina critérios para, no caso de necessidade de limitações de empenho e de movimentação financeira para atender ao art. 9º da Lei Complementar 101/2001, priorizar a liberação de recursos públicos que não estão atrelados a despesas obrigatórias segundo a capacidade das organizações de converter tais recursos nos benefícios pretendidos, utilizando como subsídio métricas de risco, que incluem a inexistência de plano estratégico da organização como fator de alto risco (item 2.4.1).

2.4.2 Deficiências no processo de planejamento das aquisições

176. De acordo com as respostas à questão D.2, 46% das organizações executam processo de planejamento das aquisições, aprovando um plano de aquisições (ou documento similar) para o período mínimo de um ano, e apenas 27% dos planos elaborados são publicados na Internet. A

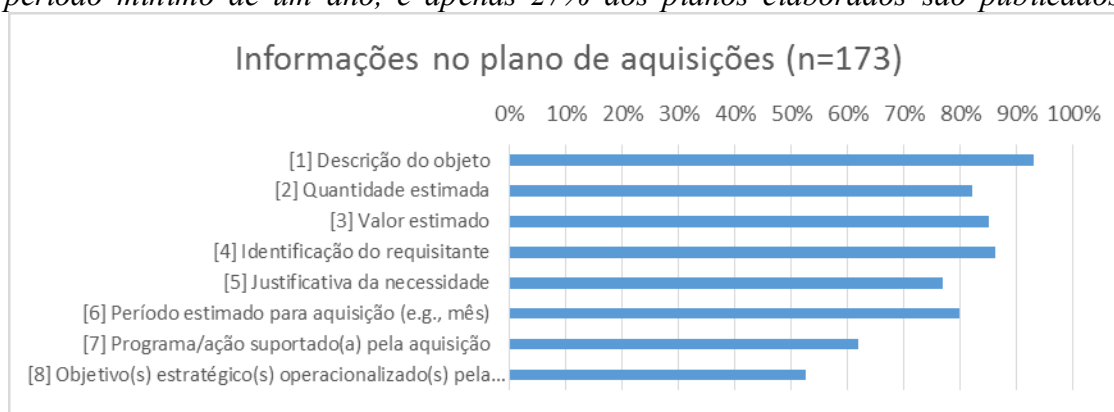


Figura 19 apresenta as informações que, segundo as organizações, constam desses planos.

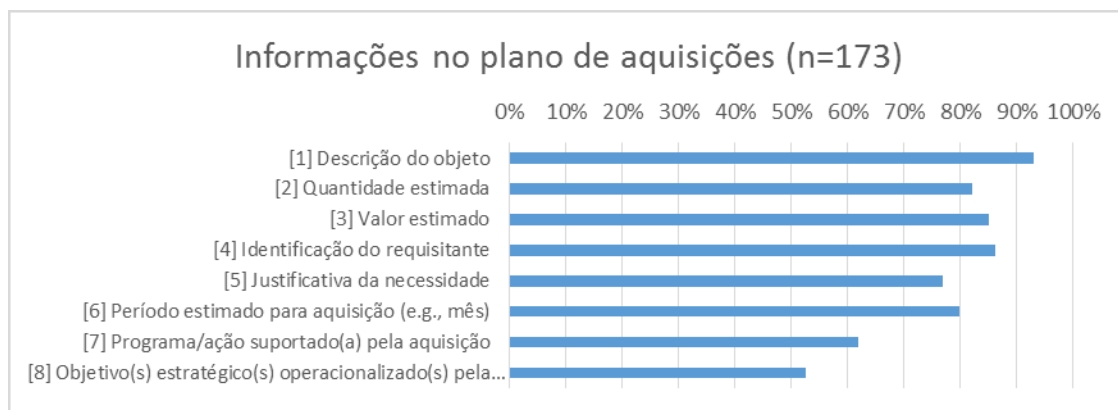


Figura 19 - Informações constantes dos planos de aquisição

177. *A elaboração e a publicação dos planos de aquisições das organizações públicas federais já foram objetos de sugestão ao MPOG no documento ‘Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira - Gerenciando Riscos por uma Administração Pública Íntegra’ (p. 38):*

Introduzir a transparência na fase anterior à publicação de editais e avisos de licitação por meio da preparação e publicação de planos de compras públicas e processos licitatórios de cada órgão público. Essa informação facilitaria a otimização do poder de compra dos órgãos federais e ao mesmo tempo possibilitaria o monitoramento e controle sobre os processos.

178. *Registre-se que, por meio da Resolução-CNJ 182/2013, as organizações do Poder Judiciário estão obrigadas, a partir de outubro de 2014, a implementar esse controle, mas somente para as aquisições de tecnologia da informação, nos termos a seguir:*

Art. 7º O Plano de Contratações de STIC do órgão deverá ser elaborado no exercício anterior ao ano de sua execução, pela Área de Tecnologia da Informação e Comunicação, em harmonia com o seu Plano Diretor de Tecnologia da Informação e Comunicação (PDTIC), de modo a incluir todas as contratações necessárias ao alcance dos objetivos estabelecidos nos planejamentos do órgão e de TIC.

§ 1º O Plano de Contratações de STIC deverá ser submetido até o dia 30 (trinta) de novembro de cada ano à autoridade competente do órgão que deliberará sobre as ações e os investimentos em Tecnologia da Informação e Comunicação a serem realizados.

§ 2º O Plano de Contratações de STIC deverá ser revisado periodicamente e compreender as novas contratações pretendidas.

§ 3º O acompanhamento e o controle da execução do Plano de Contratações de STIC ficarão sob a responsabilidade da Área de Tecnologia da Informação e Comunicação e da Área Administrativa do órgão, que deverão instrumentalizar tal procedimento.

§ 4º O Plano de Contratações de STIC deverá conter, no mínimo:

I – indicação das unidades demandantes por Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação para o ano vindouro;

II – prazos de entrega dos Estudos Preliminares da STIC e dos Projetos Básicos ou Termos de Referência de cada uma das contratações pretendidas;

III – indicação da fonte de recurso de acordo com a proposta orçamentária do órgão.

179. *Registre-se que, em virtude de o ciclo orçamentário impor a elaboração da proposta orçamentária pelas organizações no primeiro semestre, pode haver necessidade de o CNJ ajustar os prazos contidos na resolução supra.*

180. *Como mencionado no relatório da OCDE citado acima, a prática de elaboração dos planos de aquisição facilitaria, ainda, às organizações executarem com maior eficiência compras*

conjuntas, pois haveria possibilidade de confrontar com antecedência o que cada organização pretende adquirir no decorrer do ano.

181. Ampliar as compras conjuntas, inclusive, deve ser diretriz nas organizações públicas, visto que a Lei 8.666/1993 estabelece como preferencial a aquisição por meio do Sistema de Registro de Preços:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

182. Ante o exposto, propõe-se recomendar à SLTI/MP que oriente as organizações sob sua jurisdição a executar processo de planejamento das aquisições, contemplando, pelo menos (item 2.4.2):

182.1. elaboração, com participação de representantes dos diversos setores da organização, de um documento que materialize o plano de aquisições, contemplando, para cada contratação pretendida, informações como: descrição do objeto, quantidade estimada para a contratação, valor estimado, identificação do requisitante, justificativa da necessidade, período estimado para executar a aquisição (e.g., mês), programa/ação suportado(a) pela aquisição, e objetivo(s) estratégico(s) apoiado(s) pela aquisição;

182.2. aprovação, pela mais alta autoridade da organização, do plano de aquisições;

182.3. divulgação do plano de aquisições na Internet;

182.4. acompanhamento periódico da execução do plano, para correção de desvios.

2.5 Pessoas

183. A

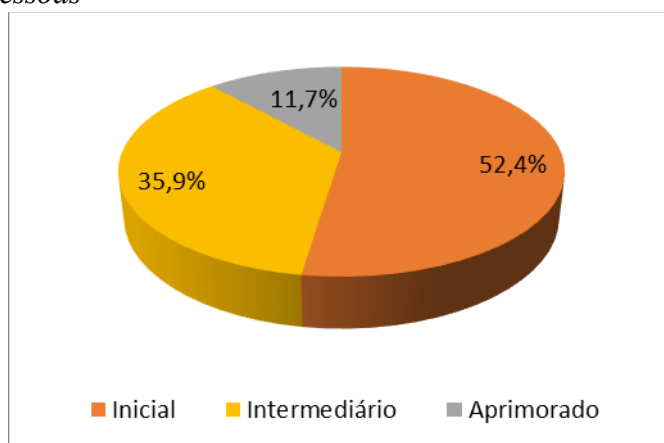


Figura 20 apresenta a distribuição das organizações por estágio de capacidade no componente 'Pessoas'.

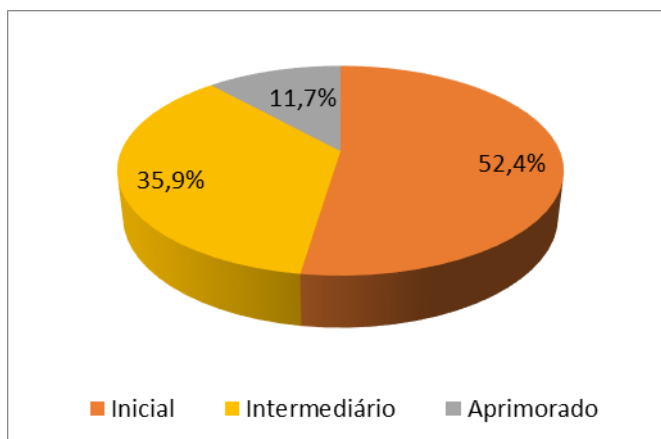


Figura 20 - Capacidade em Pessoas

184. Com base nos dados declarados e na forma de cálculo exposta no item 0, mais da metade (52,4%) das organizações encontram-se em estágio de capacidade inicial em 'Pessoas'. Esse resultado, alinhado àqueles apresentados no levantamento de governança de pessoas (Acórdão 2.023/2013-Plenário), indica que cerca de metade das organizações declararam não ter capacidade de atrair, desenvolver e reter talentos necessários para a boa gestão das aquisições.

185. A seguir, são analisadas as principais deficiências identificadas.

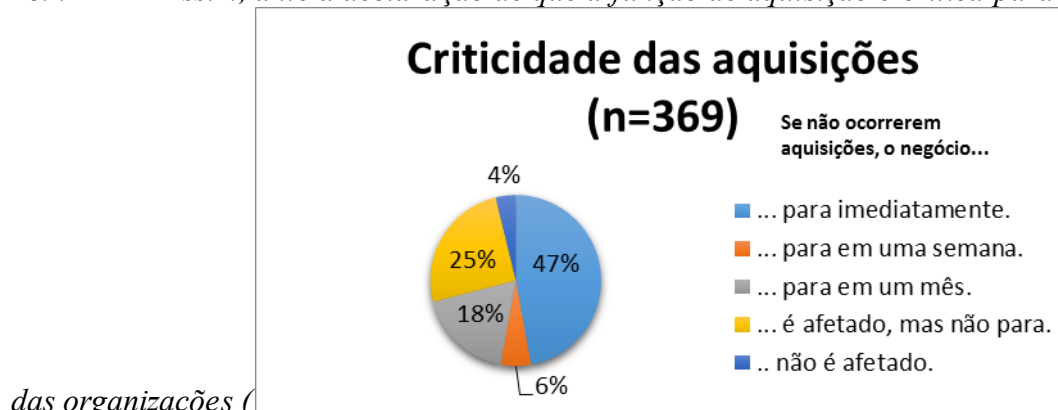
2.5.1 Deficiências no mapeamento de competências

186. De acordo com as respostas à questão E.1, 44% das organizações não identificam e definem competências necessárias para o desempenho das funções-chave na função de aquisição, sendo que apenas 68% das organizações que identificam e definem essas competências utilizam tal informação para indicar, selecionar e nomear pessoas para as funções-chave nas aquisições.

187. O modelo de competências consiste na descrição dos atributos (conhecimentos, habilidades e atitudes) necessários para o bom desempenho dos papéis relativos aos processos ligados às aquisições. Na função de aquisição, verifica-se que as competências necessárias incluem, mas extrapolam, o conhecimento da legislação aplicável. Cite-se, como exemplo, a competência relacionada à negociação, que contribui para o bom desempenho de pregoeiros e gestores de contrato.

188. Por meio do levantamento de governança de pessoas (Acórdão 2.023/2013-Plenário), o TCU já havia identificado essa deficiência de forma mais ampla, concluindo que '75. ... a gestão por competências na APF ainda está em estágio de desenvolvimento inicial. E é normal que o seu desenvolvimento seja lento, uma vez que estão envolvidas grandes mudanças culturais. '.

189. Assim, ante a declaração de que a função de aquisição é crítica para praticamente metade



das organizações (

Figura 1), que é transversal e que atinge à totalidade das organizações, sugere-se que a mudança se inicie por essa função, de forma que se propõe recomendar à Secretaria de Gestão Pública (Segep/MPOG) que, em atenção ao art. 5º, I e §1º, do Decreto 5.707/2006, estabeleça, após consulta à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MPOG), um modelo de competências para os atores da função aquisição, em especial daqueles que desempenham papéis ligados à governança e à gestão das aquisições (item 2.5.1).

2.5.2 Deficiências na capacitação

190. Após a definição das competências necessárias aos atores dos processos ligados às aquisições, deve-se prover a adequada capacitação, a fim de mitigar o risco de atividades críticas serem executadas por pessoas sem competência para tal. Esse risco é sugerido pelas respostas às questões F.8.5, e F.10.2 e F.11.2, por meio das quais um percentual de organizações (25%, 21% e 18%, respectivamente) declararam que não é sistemática a participação de especialistas com conhecimentos técnicos do objeto que está sendo contratado no planejamento da contratação; no julgamento das propostas durante a licitação; nem na fiscalização dos contratos, respectivamente.

191. Registre-se que respostas à questão E.4, sintetizadas na

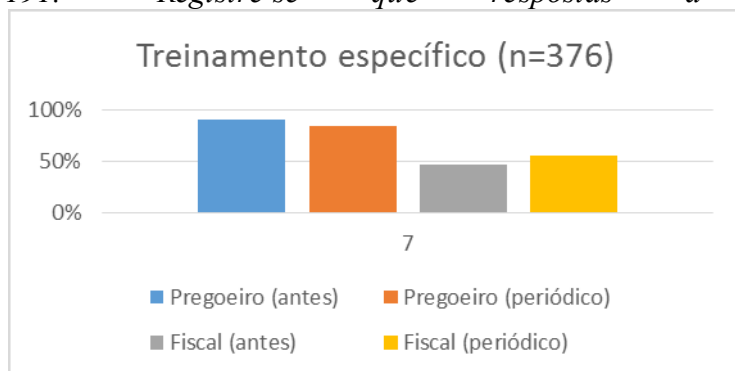


Figura 21, sinalizam deficiências de capacitação que afetam as aquisições públicas. Observa-se que 10% das organizações não capacitaram seus pregoeiros antes que assumissem o encargo pela primeira vez, o que, inclusive, afronta a legislação (Decreto 3.555/2000, art. 7º, parágrafo único), sendo que 17% das organizações não os submete a treinamento periódico. A situação dos fiscais e gestores de contrato tende a proporcionar maior risco, visto que, em cerca de metade das organizações, eles não recebem treinamento, antes do encargo, ou periodicamente.

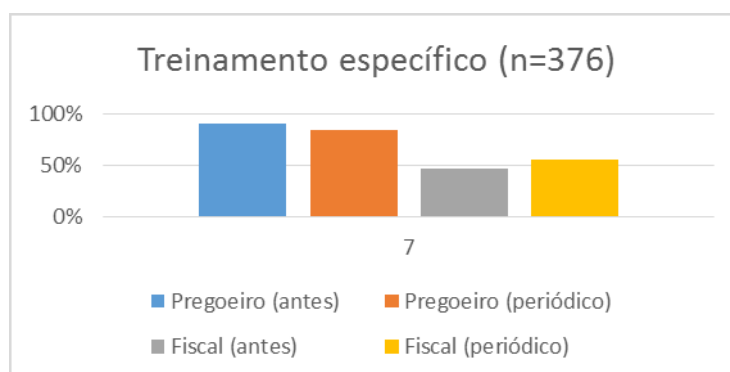
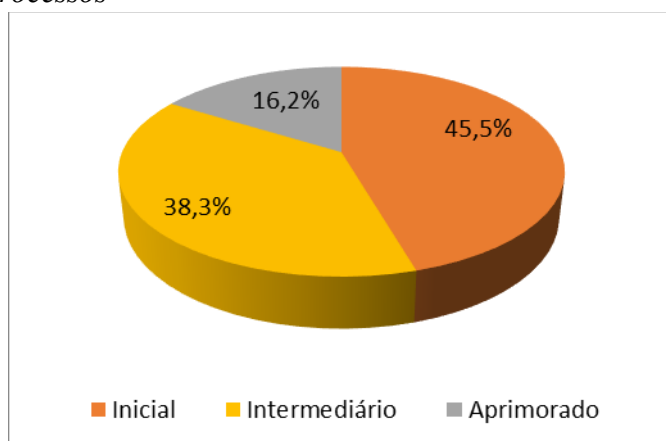


Figura 21 - Treinamento específico para algumas funções-chave (antes de exercer a função pela primeira vez, e periodicamente)

192. Ante o exposto, propõe-se recomendar ao Comitê Gestor da Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal que, em atenção ao art. 7º, II e IV, do Decreto 5.707/2006, estabeleça, após consulta à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, um programa de capacitação em governança e em gestão das aquisições (item 2.5.2).

2.6 Processos



193. A

Figura 22 apresenta a distribuição das organizações por estágio de capacidade no componente 'Processos'.

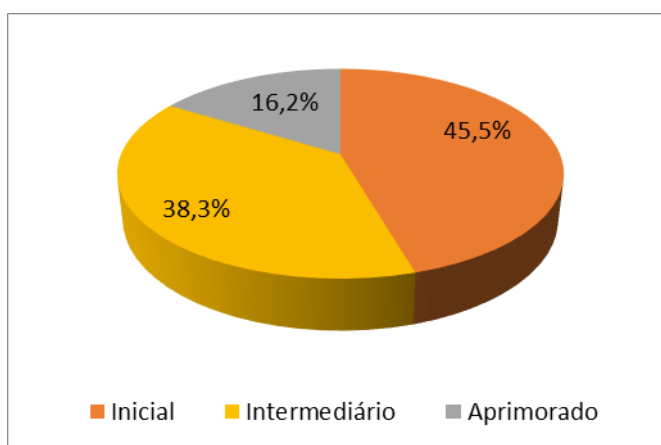


Figura 22 - Capacidade em Processos

194. Esta é a dimensão onde as organizações encontram-se com menor deficiência de capacidade, resultado esperado, uma vez que o processo de aquisição deve funcionar para que as aquisições ocorram. Entretanto, ainda que os processos ocorram, o baixo nível de capacidade em 'processos' aumenta o risco de que os processos ligados à aquisição não estejam entregando produtos de qualidade.

195. A seguir, são analisadas as principais deficiências identificadas.

2.6.1 Deficiências na formalização de processos de trabalho

196. Direcionando à busca da qualidade total, a ISO 9001 preconiza o que segue:

Para uma organização funcionar de maneira eficaz, ela tem que identificar e gerenciar diversas atividades interligadas. Uma atividade que usa recursos e que é gerenciada de forma a possibilitar a transformação de entradas em saídas pode ser considerada um processo. Frequentemente a saída de um processo é a entrada para o processo seguinte. A aplicação de um sistema de processos em uma organização, junto com a identificação, interações desses processos e sua gestão, pode ser considerada como 'abordagem de processo'.

197. Sobre contratação como processo de trabalho, o relatório do Acórdão 2.471/2008-Plenário consignou que:

b) um processo de contratação e gestão de contratos é formado basicamente pela definição de etapas ou atividades que devem ser executadas, dentro e fora do setor de TI, seu fluxo (sequência em que são executadas), os insumos de cada etapa (informações necessárias à execução da atividade) e os produtos

gerados em cada etapa (informações produzidas na etapa). Um processo se torna formal quando está documentado e publicado no âmbito do ente. Mapeado o processo é possível avaliar riscos, implantar controles para mitigá-los e monitorar estes controles para verificar sua eficácia.

198. Assumindo a premissa contida na ISO 9001, pode-se concluir que a busca da qualidade nas contratações – inclusive objeto de debates para a reformulação da Lei Geral de Licitações na Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos do Senado Federal no ano de 2013 – envolve abordar as contratações nas organizações como processo de trabalho.

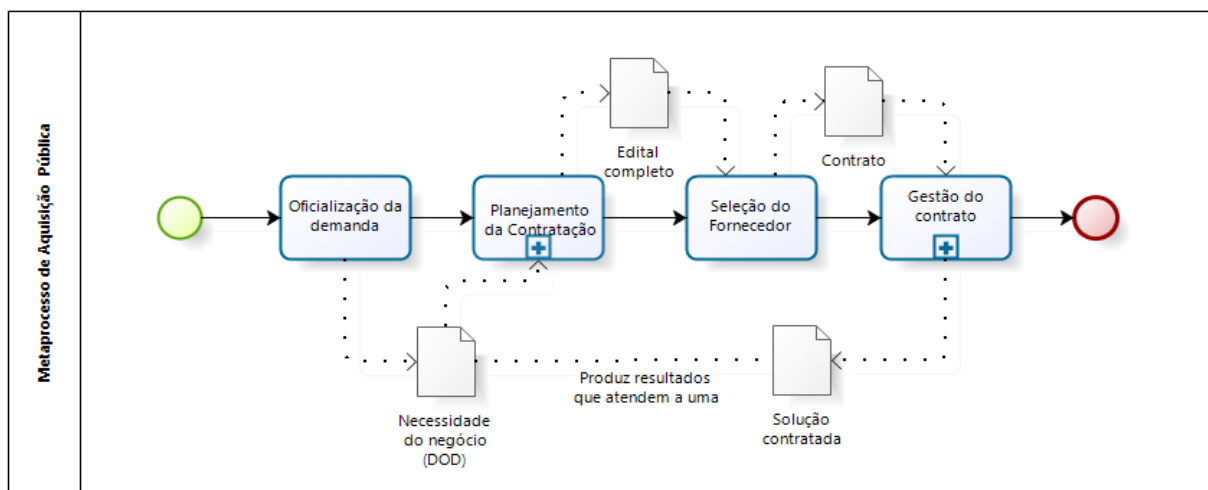


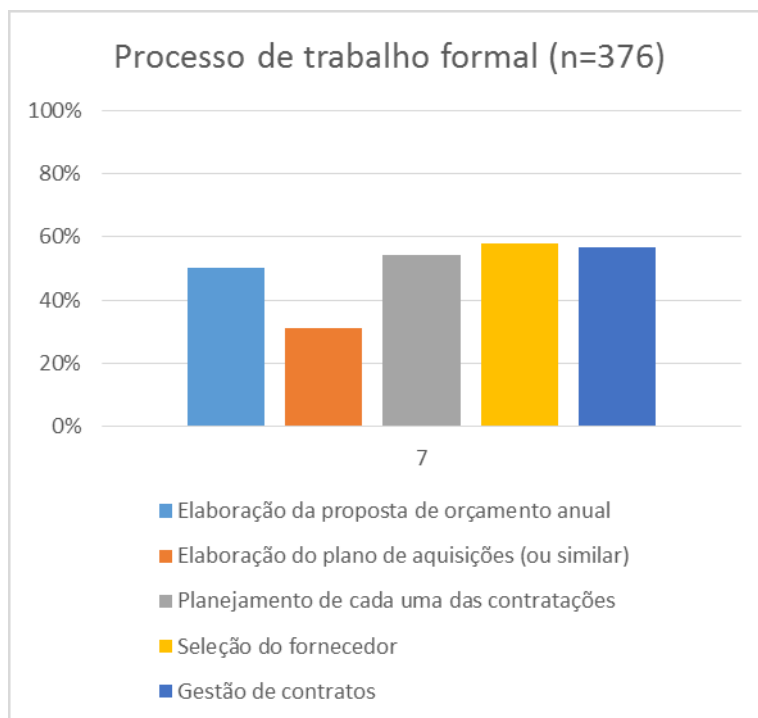
Figura 23 - Metaprocesso para aquisições públicas

199. Um metaprocesso para aquisições públicas pode ser visto como tendo três fases (Figura 23):

199.1. Planejamento da contratação, que recebe como insumo uma necessidade de negócio, e gera como saída um edital completo, incluindo o Termo de Referência (TR) ou Projeto Básico (PB) para a contratação;

199.2. Seleção do fornecedor, que recebe como insumo o edital completo, e gera como saída o contrato; e

199.3. Gestão do contrato, que recebe como insumo o contrato, e gera como saída uma solução, que produz resultados, os quais atendem à necessidade que desencadeou a contratação.



200. A

Figura 24 apresenta uma síntese da situação das organizações quanto à aprovação e à publicação de processos de trabalho formais ligados às aquisições. Observa-se que, para cada processo de trabalho questionado, mais de 40% das organizações não o formalizaram.

201. *A ausência de formalização de um processo aumenta o risco de que o processo seja executado de forma não padronizada na organização. Assim, eventuais sucessos em sua execução nem sempre podem ser repetidos, sendo que execuções com falhas podem vir a ser repetidas, por desconhecimento dos pontos de falha pelos executores.*

202. *A legislação de aquisições (Lei 8.666/1993 e Lei 10.520/2005) não contempla modelagem de processos.*

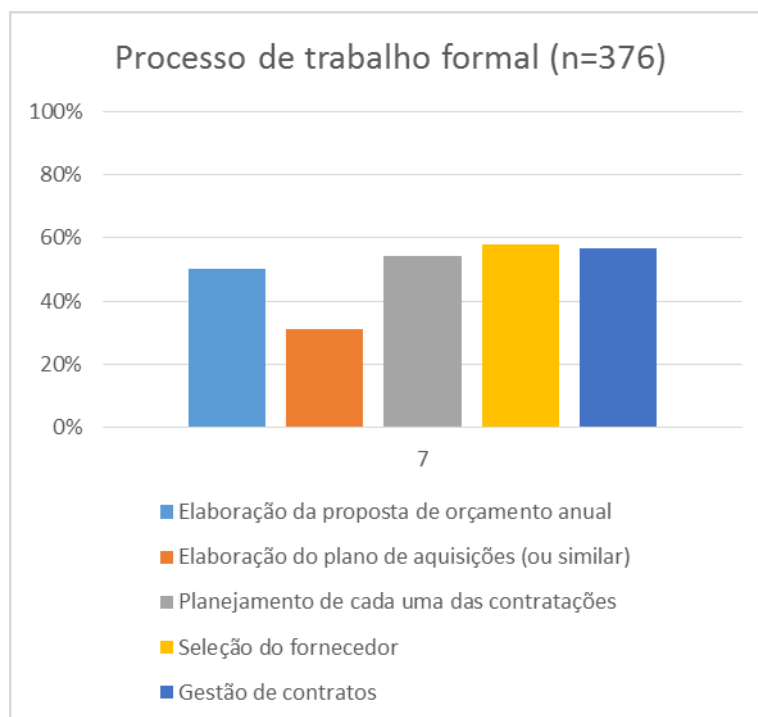


Figura 24 - Organizações que aprovaram e publicaram processos de trabalho formais

203. Para melhor sustentação da proposta que será feita, preliminarmente será feito um pequeno histórico acerca da evolução das contratações referentes a objetos de tecnologia da informação (TI) na APF.

204. Após identificar que as irregularidades nos contratos de TI na Administração Pública Federal eram praticamente recorrentes, esta Corte expediu conjunto de diretrizes (e.g., Acórdãos 786/2006, 1.480/2008, 1.999/2008, 1.915/2009, todos do Plenário do TCU) que foi conhecido como 'novo modelo de contratação de TI' da APF. Em atendimento às recomendações do TCU, os OGS publicaram normativos infralegais (IN-SLTI 04/2010, Resolução-CNMP 102/2013, Resolução-CNJ 182/2013) contendo metaprocessos de aquisições para os objetos de TI.

205. Ressalte-se que esse 'novo modelo' não surgiu de alteração legal, mas de nova interpretação dos dispositivos existentes (Leis 8.666/93 e 10.520/05, Decreto 2.271/97 etc.), de forma que os normativos infralegais que surgiram apenas esclareceram os conceitos já contidos nas leis.

206. O Acórdão 2.535/2012-Plenário foi resultado da apreciação de relatório de fiscalização, no âmbito da Administração Pública Federal, com a finalidade de compilar evidências de que os principais parâmetros definidos pelo TCU quanto às contratações de tecnologia da informação seriam viáveis e produziram bons resultados quando corretamente aplicados. No voto condutor do acórdão supra, ficou registrado que:

5. Mais importante ainda é o resultado obtido, demonstrando que o novo modelo de contratação é reconhecido pelos gestores entrevistados como sendo capaz de produzir resultados superiores às práticas encontradas no início dos anos 2000 e possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração

207. Ocorre que as leis e decretos, a menos dos critérios de desempate (direito de preferência devido à lei de informática e margem de preferência para produtos nacionais), não fazem distinção entre objetos de TI e outros objetos para fins de contratação, de forma que esses novos conceitos podem (e devem) ser aplicados a contratações de qualquer tipo de objeto, na medida de sua necessidade, o que tenderá a levar a execução de contratações com menores riscos, tanto no aspecto da legalidade, quanto da eficiência.

208. O conjunto das principais diretrizes recomendadas pelo TCU para a construção do 'novo modelo de contratações de TI' encontra-se no Acórdão 786/2006 - Plenário (item 9.4 e seus subitens) e no Acórdão 1.480/2007-Plenário (item 9.1 e seus subitens), das quais destacamos:

208.1. mensuração da prestação de serviços por bens e serviços efetivamente entregues segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão-de-obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, utilizando-se de metodologia expressamente definida no edital (9.4.3 do Acórdão 786/2006 - Plenário);

208.2. modelagem básica dos processos de trabalho de contratação de serviços de tecnologia da informação e de gestão de contratos decorrentes (item 9.1.2.1 do Acórdão 1.480/2007-Plenário);

208.3. definição de papéis e responsabilidades nos processos de contratação e de gestão dos contratos (item 9.1.2.2 do Acórdão 1.480/2007-Plenário);

208.4. elaboração de modelos para artefatos a serem produzidos no processo de contratação e de gestão contratual, como a estimativa de preço da contratação (item 9.1.2.4 do Acórdão 1.480/2007-Plenário);

208.5. utilização de estudo de modelos já existentes, como subsídio para formulação de seu próprio modelo, a exemplo dos seguintes (válidos para contratações de TI): MPS.BR (Guia de Aquisição), ISO/IEC 12207:1995 e 15504, IEEE STD 1062:1998, eSCM-CL, Cobit, Itil, PrATIco, CMMI-AM e PMBoK, atentando para o fato de que o MPS.BR e o PrATIco são modelos que foram

elaborados com investimento de recursos públicos brasileiros (item 9.1.2.6 do Acórdão 1.480/2007-Plenário);

208.6. planejamento das contratações, iniciando-se pelo planejamento de soluções completas, que atendam às necessidades (item 9.1.2.7 do Acórdão 1.480/2007-Plenário);

208.7. definição de conceitos e referências à legislação e à jurisprudência (item 9.1.2.8 do Acórdão 1.480/2007-Plenário).

209. Posteriormente à elaboração da IN-SLTI 4/2008, o TCU proferiu o Acórdão 1.915/2010-Plenário, por meio do qual sugeriu aperfeiçoamentos à norma da SLTI, sendo que vários já foram incorporados à versão atualmente em vigor (IN-SLTI 4/2010).

210. Ante o exposto, e considerando ainda os resultados que serão apresentados no item 2.6.2 deste relatório, apontando deficiências nos controles internos em nível de atividade no processo de aquisição, propõe-se recomendar à SLTI/MP que (item 2.6.1):

210.1. Elabore um modelo de processo de aquisições para a Administração Pública, para a contratação de bens e serviços, e a gestão dos contratos decorrentes, considerando as diretrizes constantes dos Acórdãos 786/2006, 1480/2008 e 1.915/2010, todos do Plenário do TCU, em especial (item 2.6.1):

210.1.1. modelagem básica dos processos de trabalho de aquisição, incluindo o planejamento da contratação, a seleção do fornecedor e a gestão dos contratos decorrentes;

definição de papéis e responsabilidades dos agentes envolvidos em cada fase;

210.1.2. elaboração de modelos de artefatos a serem produzidos.

210.1.3. utilização de estudo de modelos já existentes como subsídio para formulação de seu próprio modelo;

210.1.4. planejamento das contratações, iniciando-se pela oficialização das demandas, o que permitirá o planejamento de soluções completas, que atendam às necessidades expressas nas demandas;

210.1.5. definição de conceitos e referências à legislação e à jurisprudência;

210.1.6. mensuração da prestação de serviços por bens e serviços efetivamente entregues segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão-de-obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, utilizando-se de metodologia expressamente definida no edital;

210.1.7. a necessidade de adaptar as diretrizes fornecidas nos três acórdãos acima, que foram concebidas para objetos de tecnologia da informação, à aquisição de objetos de todos os tipos.

203.2. Promova a implementação do modelo de processo de aquisições, elaborado nas organizações sob sua jurisdição mediante orientação normativa única, consolidando, se necessário, as orientações normativas atualmente em vigor (item 2.6.1).

2.6.2 Deficiências nos controles internos em nível de atividade no processo de aquisição

211. Considerando que o objetivo do gestor de aquisições é realizar uma aquisição que atenda a uma necessidade da organização seguindo os preceitos legais, eventos de risco podem ocorrer que impeçam (ou dificultem) o atingimento de seu objetivo.

212. Conforme citado no item 0, é responsabilidade do gestor implantar (ou não) controles internos para mitigar os riscos identificados.

213. Os controles internos podem ser classificados em nível de atividade e em nível de entidade.

214. Controles internos em nível de entidade consistem em procedimentos e instrumentos corporativos não ligados diretamente a operações específicas, mas que dão o escopo e sugerem o

tom das ações na organização, estabelecendo critérios e diretrizes de atuação, tais como políticas, regimentos, códigos de conduta, normas e manuais abrangentes, processo de planejamento estratégico, de gestão de riscos, conselhos de administração e fiscal, comitês de auditoria e outros, auditoria interna, ouvidoria (canal de denúncia) etc.

215. Como se pode observar ao longo deste relatório, os controles internos relatados até este momento são controle em nível de entidade.

216. Define-se controle interno em nível de atividade como aquele que mitiga os riscos da execução de atividades durante o fluxo de operação de um processo.

217. Exemplificando, um possível risco pode ser descrito como:

Ausência da formalização da demanda que origina a contratação, levando a contratação que não atende a uma necessidade da organização, com consequente desperdício de recursos públicos.

218. Para esse risco, um possível controle interno em nível de atividade pode ser o que segue:

Equipe de planejamento da contratação elabora o Documento de Oficialização da Demanda (DOD) e o submete à aprovação do beneficiário (representante do setor que se beneficia ou utiliza o produto ou serviço do contrato) para sua ratificação formal da necessidade antes de iniciar o planejamento da contratação.

219. Outro possível controle interno para o mesmo risco pode ser:

Alta administração publica normativo criando obrigatoriedade de que todas as contratações da organização sejam iniciadas com a formalização da demanda por meio de documento assinado pelo beneficiário.

220. Por meio de levantamento de auditoria (Acórdão 1.321/2014-TCU-Plenário), a Selog mapeou 117 riscos no metaprocesso de aquisição proposto, identificando 150 sugestões de controles internos para esses riscos. O documento gerado no levantamento, chamado Riscos e Controles nas Aquisições (RCA), está exemplificado na Figura 25.

221. Nesse levantamento, foram definidos cinco níveis de capacidade de mitigação dos riscos pelas organizações (consciência e implementação) para os controles internos em nível de atividade, quais sejam: não reconhecido (1), ad hoc (2), repetível (3), formalizado (4) e avaliado (5). Foram então pesquisados os níveis de capacidade de 48 controles internos em nível de atividade (questões F.8 a F.11).

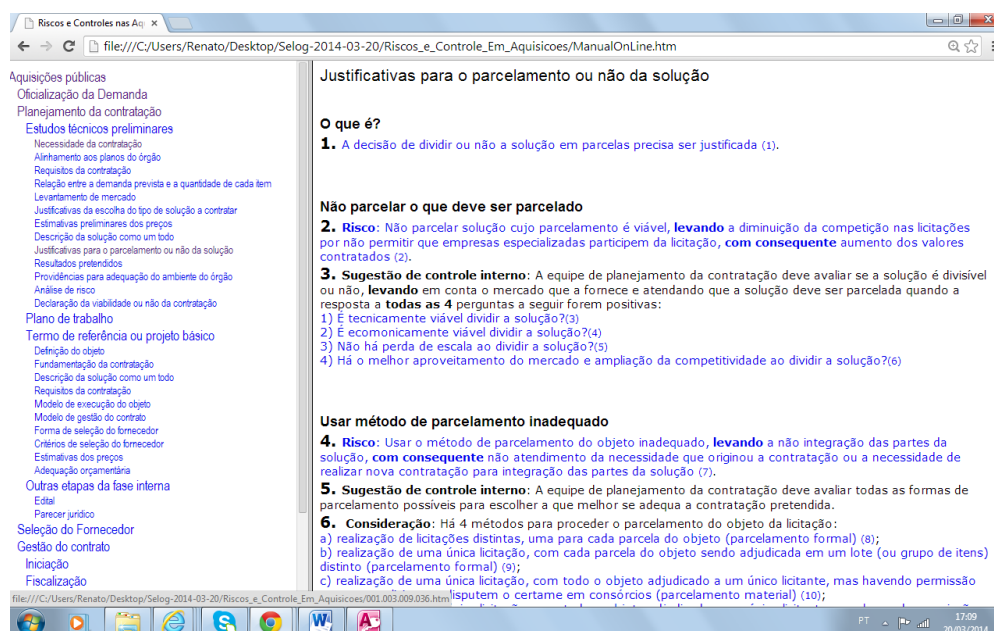


Figura 25 – RCA visto no navegador

222. *Para uma explicação detalhada e exemplificada do significado dos níveis de capacidade acima, transcreve-se o excerto a seguir (ver item 0):*

8. Questões F.8, F.9, F.10 e F.11

Texto: ... avaliar a capacidade dos possíveis controles internos listados a seguir: (Consulte o item 13 das instruções de preenchimento para esclarecimentos sobre os níveis de capacidade dos controles internos que serão assinalados nesta pergunta.)...

Considerações: Preliminarmente registramos que os controles internos são possíveis de serem implementados, e nem todos precisam ou devem ser implementados em todas as organizações nem em todas as contratações. Considerando ainda que o conceito de nível de capacidade de controles internos em nível de atividades, em geral, não faz parte da rotina dos gestores, faz-se necessário consultar o item 13 das instruções de preenchimento para responder aos itens das questões F.8 a F.11. A maior incidência de respostas inconsistentes foi ocasionada pela ausência da leitura do significado de cada nível de capacidade, de forma que recomendamos que a organização reavalie os controles destas questões à luz das definições e evidências esperadas para cada nível, conforme consta do item 13 das instruções de preenchimento. Passamos a detalhar cada um dos níveis de capacidade, parafraseando o item 13 das instruções de preenchimento:

Não reconhecido: Controle não é reconhecido pelos executores do processo. Não há evidência.

Ad hoc: Controle é reconhecido pelos executores do processo, e é executado de forma assistemática na organização, pois depende da pessoa que executa a atividade. Evidência: há contratações da organização onde se pode evidenciar o funcionamento do controle.

Repetível: Controle é reconhecido pelos executores do processo, e é executado de forma sistemática na organização, pois já faz parte da cultura organizacional. Evidência: Com frequência (em 85% ou mais das vezes) se pode evidenciar o funcionamento do controle nas contratações da organização.

Definido: Controle está positivado em algum normativo interno, e é executado de forma sistemática na organização. Evidência: Normativo interno e com frequência (em 85% ou mais das vezes) se pode evidenciar o funcionamento do controle nas contratações da organização.

Avaliado: Controle foi avaliado pela auditoria interna e considerado satisfatório. Evidência: Relatório de avaliação do controle elaborado pela auditoria interna o considera satisfatório.

Tomemos como exemplo o possível controle contido no item F.8.1. A contratação é iniciada por um documento no qual consta explicitamente a necessidade da contratação e o demandante do objeto do contrato. Ele estará no nível 'Ad hoc' se a organização possuir alguns processos de aquisição os quais tenham sido iniciados por um documento com as características apresentadas ('consta explicitamente a necessidade da contratação e o demandante'). Estará no nível repetível se 85% ou mais dos processos de aquisição da organização iniciam-se com um documento como o descrito. Estará em nível definido se houver normativo interno onde conste que os processos de aquisição devem iniciar-se com um documento como o descrito e, além disso, 85% ou mais dos processos de aquisição iniciam-se com o documento multicitado. Por fim estará em nível avaliado se a auditoria interna realizou trabalho de avaliação do controle e verificou que ele funciona (necessita haver evidências de que a auditoria interna avaliou o controle).

Evidências esperadas: Deve-se avaliar se, controle a controle perguntado, há evidência que suporte o nível de capacidade respondido. O conjunto de controles considerado em nível avaliado deve ter sido objeto de avaliação por parte da auditoria interna. Assim, por exemplo, se organização respondeu que 10 controles estão no nível avaliado significa que deve ter como evidências relatórios da auditoria interna que cobrem a avaliação destes 10 controles e o consideram eficazes. Já se ela responde que possui 10 controles em nível definido, deve possuir um ou mais normativos INTERNOS que juntos definem

os 10 controles (e além disso, em 85% ou mais das contratações o normativo é seguido). Para o nível repetido, 85% ou mais das aquisições implementam o controle (ele não consta em normativo interno, mas em geral está sendo cumprido)

Perguntas no arquivo 'Dúvidas mais frequentes': 15, 16, 17 e 18.

223. Observa-se que o conceito de capacidade desses controles em nível de atividade está relacionado à sua menor ou maior capacidade de mitigar os riscos associados. Por exemplo, um controle em nível ad hoc, que é executado dependendo de quem desenvolve a atividade, mitiga os riscos caso essa pessoa se lembre ou mantenha o hábito de executar o controle. Já no nível definido, uma vez que há uma regra estabelecida em normativo interno, as chances de que qualquer pessoa que execute a atividade, execute o controle, aumentam. Assim, o controle em nível formalizado tem maior capacidade de mitigar os riscos que o controle em nível ad hoc.

224. Controles em nível de capacidade 3 (repetível), 4 (formalizado) e 5 (avaliado) são controles que tendem a funcionar de forma sistemática, e, portanto, ao darem razoável segurança de que estão funcionando de forma eficaz, indicam que os riscos associados foram mitigados adequadamente.

225. Controles em nível de capacidade 1 (não reconhecido) ou 2 (ad hoc), por sua vez, tendem a não mitigar os riscos de forma adequada, aumentando a chance de que as consequências desses riscos se materializem (o que implica o não atingimento ou atingimento de forma inadequada do objetivo).

226.

A

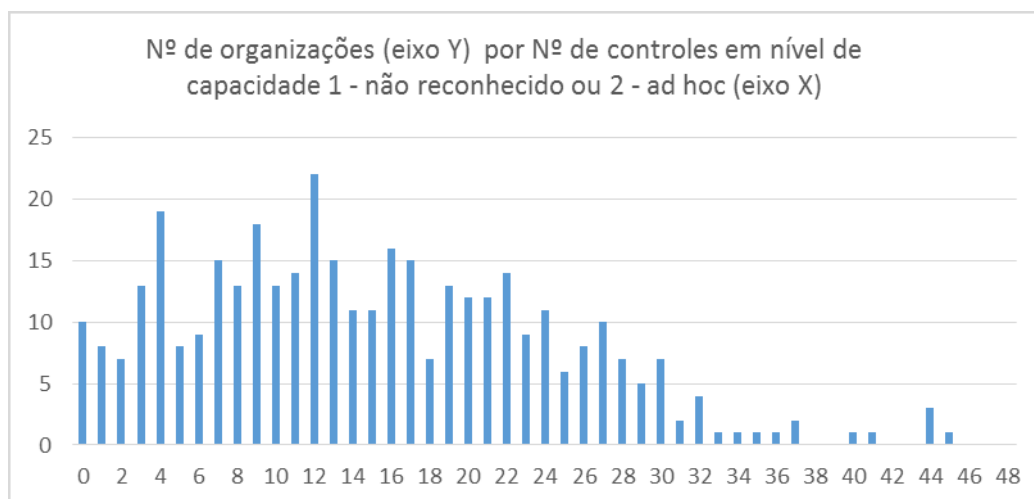


Figura 26 apresenta uma síntese da avaliação de capacidade declarada pelas organizações. O gráfico apresenta a quantidade de organização no eixo vertical e a quantidade de controles em nível de capacidade 1 ou 2 que elas declararam.

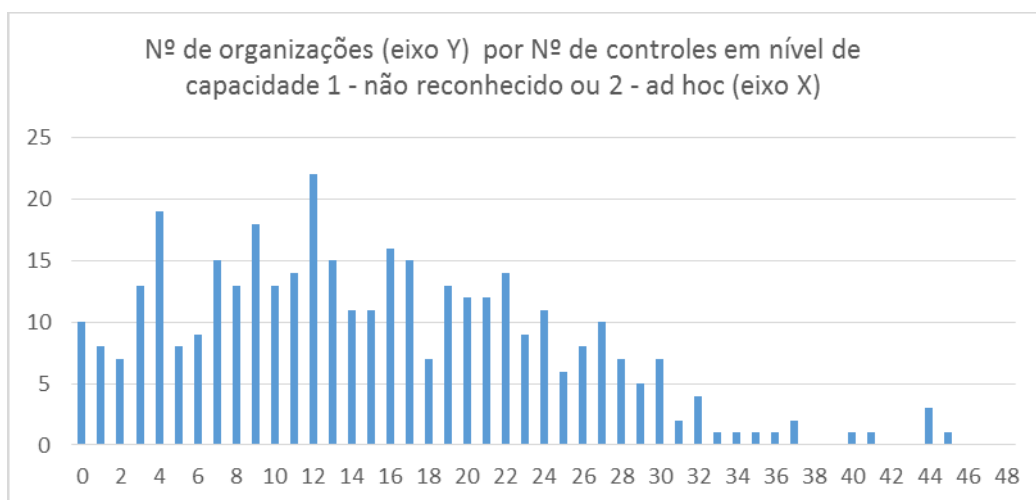


Figura 26 - Quantidade de organizações com controles em nível de capacidade 1 (não reconhecido) ou 2 (ad hoc) na

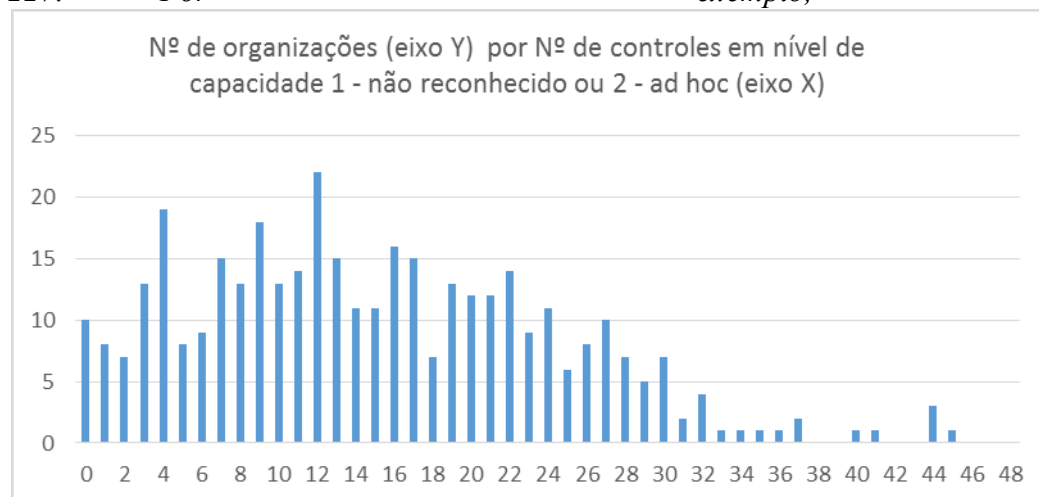


Figura 26, como o dado na posição doze no eixo X corresponde ao valor 22 no eixo Y, temos que 22 organizações declararam possuir doze controles em nível de capacidade 1 ou 2.

228. De forma análoga, observa-se que apenas dez organizações não possuem controles nesses níveis de capacidade (ver posição 0 no eixo X), logo, declaram que, sistematicamente, os 48 controles pesquisados estão funcionando na organização.

229. Derivada dos dados que geraram a

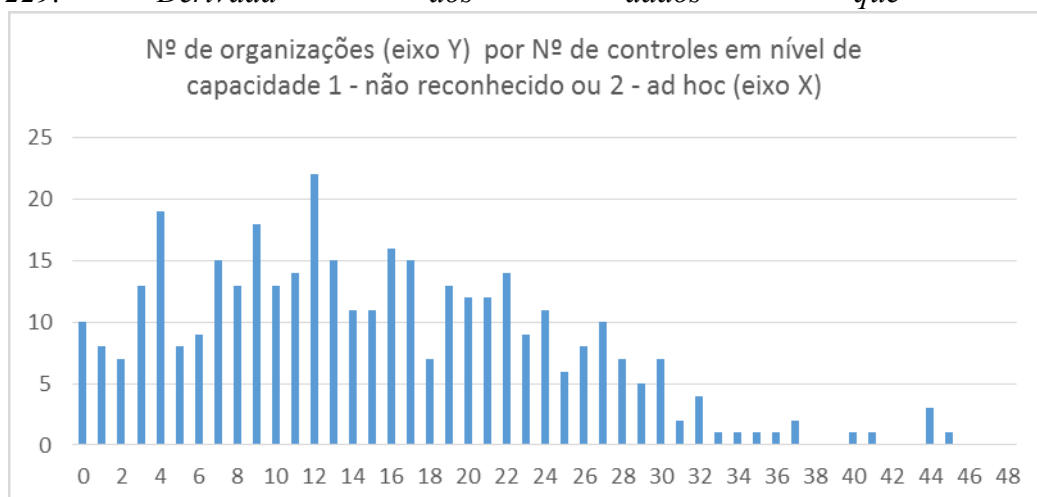


Figura 26, foi gerada a

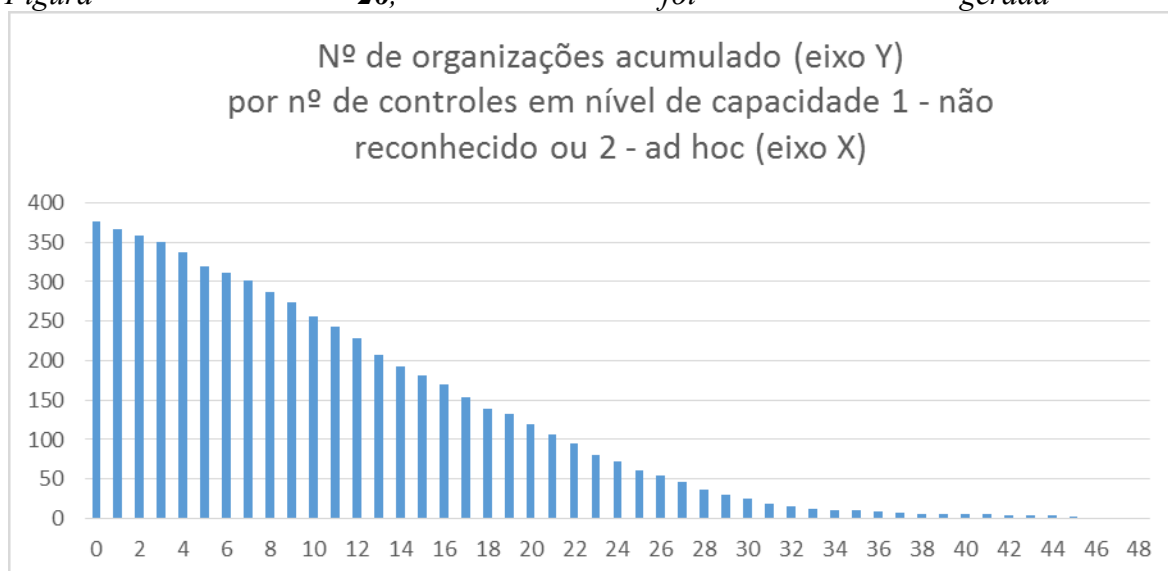


Figura 27, com a acumulação do número de organizações com controles em nível de capacidade 1 ou 2.

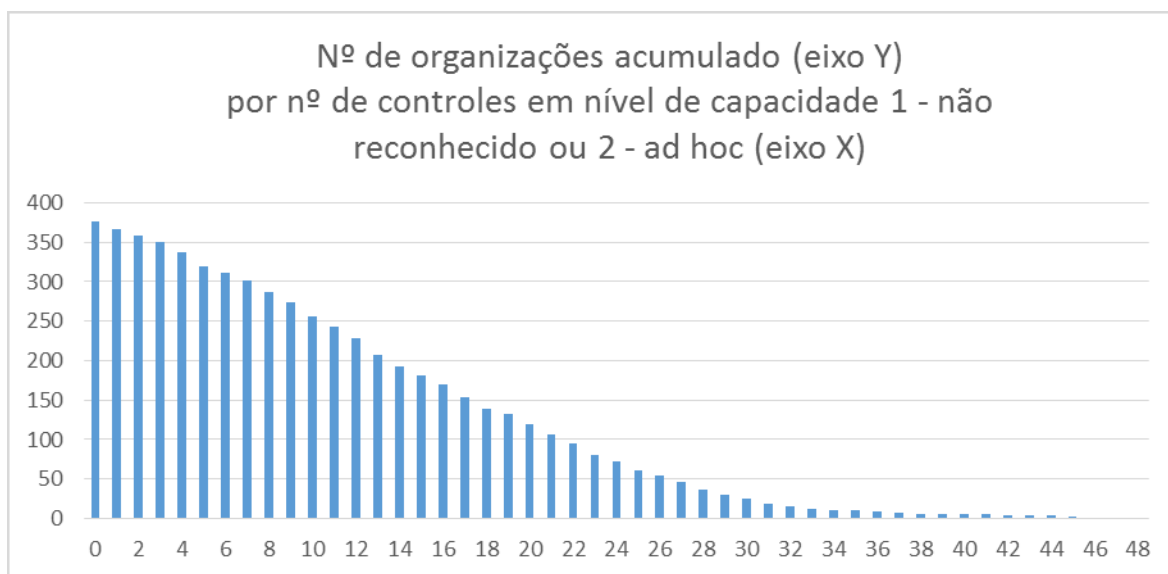


Figura 27 - Quantidade de organizações (acumulado) com controles em nível de capacidade 1 (não reconhecido) ou 2 (ad hoc)

230. Por exemplo, na

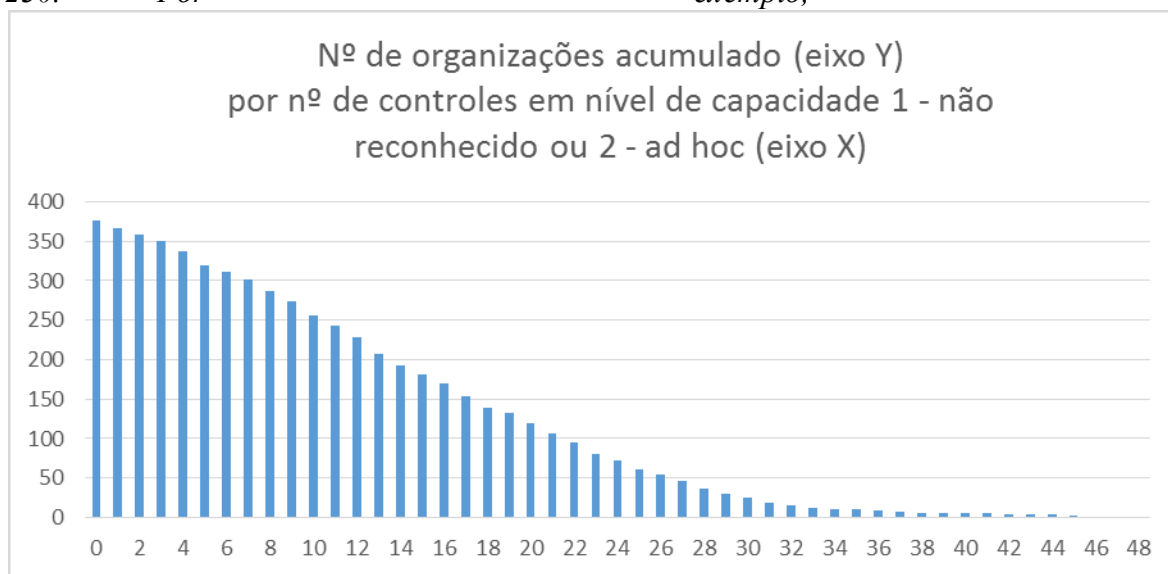


Figura 27, como o dado na posição 24 no eixo X corresponde ao valor 72 no eixo Y, temos que 72 organizações declararam possuir 24 ou mais (ou seja, pelo menos 24) controles em nível de capacidade 1 ou 2. Analogamente, 287 organizações possuem pelo menos oito controles em nível de capacidade 1 ou 2.

231. Parafraseando o parágrafo anterior, temos que 20% (72/376) das organizações declararam que, pelo menos, metade dos 48 controles pesquisados não funcionam de forma sistemática, e 76% (287/376) das organizações declararam que oito ou mais (isto é, 25% ou mais) desses controles não funcionam de forma sistemática.

232. Conclui-se, por esses números, que grande percentual das organizações declarou estar exposta a uma quantidade significativa de riscos.

233. O relatório do Acórdão 1.215/2009-Plenário registro o que segue:
Contribuições para a elaboração da Instrução Normativa SLTI nº 4/2008

(...)

35. A SLTI, buscando atender a recomendação supra, elaborou a IN SLTI nº 04/2008. Com o objetivo de contribuir com o processo de elaboração dessa instrução normativa, a Sefti interagiu com a SLTI pelos meios a seguir.

35.1. Conversas informais entre as equipes de ambas as secretarias, nas instalações da Sefti, com o objetivo de alinhar as percepções sobre a instrução normativa a ser gerada.

35.2. Análise das versões preliminares da instrução normativa, que resultaram nos Acórdãos 1.480 e nº 1.999/2007-Plenário.

35.3. Apresentação do QRN à SLTI, conforme autorizado pela Segepres em atendimento a convites da SLTI (fls. 134/135, Anexo 2).

35.4. Sugestões de aperfeiçoamento à SLTI na fase de consulta pública da instrução normativa encaminhadas por meio do Ofício 77/2008-TCU/Sefti (fls. 57/63, Anexo 2). Ainda que tais contribuições tivessem o mesmo peso que as oferecidas pelos demais interessados no processo de consulta pública, a SLTI agradeceu as sugestões encaminhadas pela Sefti e informou que 'praticamente todas as contribuições foram aceitas' (Ofício 893/DSR/SLTI-MP, à fl. 64, Anexo 2).

(...)

Conclusão

46. Considerando o conteúdo da determinação contida no item 9.7 do Acórdão 1.558/2003 ¿ TCU-Plenário (fl. 03), temos o que segue.

(...)

c) A colaboração efetiva na criação da IN SLTI nº 4/2008 propiciou a incorporação de jurisprudência do TCU ao normativo, o que permitirá a condução de contratações mais eficientes e efetivas.

234. Ante a recomendação para a elaboração de modelo de aquisição para a Administração Pública, proposta no item 0, e o precedente exitoso de parceria entre a SLTI e o TCU (mencionado no item 0), propõe-se recomendar à SLTI/MP que, no modelo de processo de aquisições para a contratação de bens e serviços, e a gestão dos contratos decorrentes que vierem a ser elaborados para a Administração Pública, considere, ainda, como diretriz, a inclusão dos controles internos em nível de atividade constantes das questões F.8 a F.11 deste levantamento, podendo ainda avaliar a inclusão dos demais controles sugeridos no documento Riscos e Controles nas Aquisições – RCA, que pode ser acessado em <http://www.tcu.gov.br/selog> (item 2.6.2).

2.6.3 Indícios de deficiências no estabelecimento e adesão a padrões

235. Como regra, devem-se utilizar padrões nos processos de aquisições públicas, conforme se depreende dos seguintes dispositivos da Lei 8.666/1993:

Art. 11. As obras e serviços destinados aos mesmos fins terão projetos padronizados por tipos, categorias ou classes, exceto quando o projeto-padrão não atender às condições peculiares do local ou às exigências específicas do empreendimento.

(...)

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

236. Outro ponto de sustentação da necessidade de padronizar as aquisições para a APF é o princípio da eficiência, uma vez que a contratação por padrões favorece a constituição de atas de registros de preços para contratações conduzidas por meio de planejamentos conjuntos (art. 3º, III, do Decreto 7.892/2013), o que favorece a racionalização do esforço administrativo nas contratações, além da economia de escala.

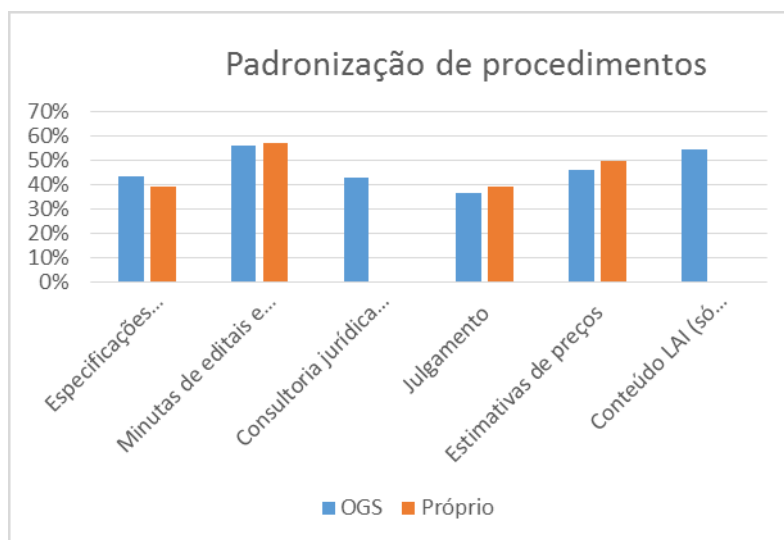
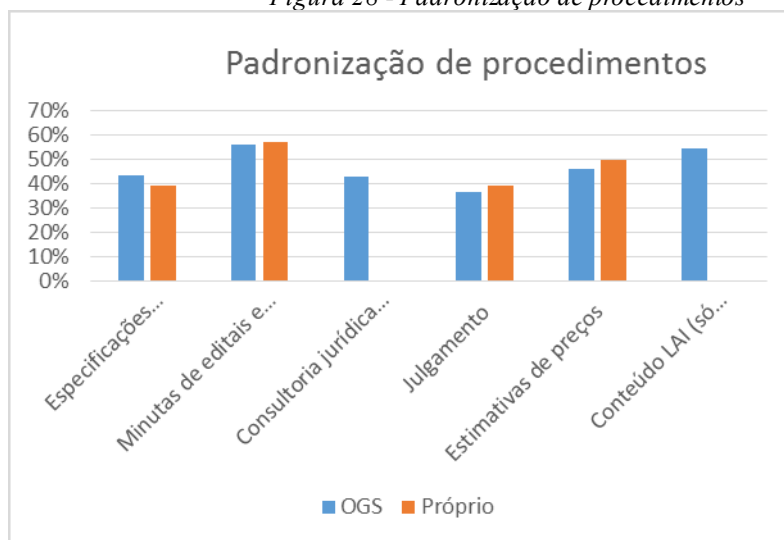


Figura 28 - Padronização de procedimentos



237. A

Figura 28 sintetiza a situação da padronização de procedimentos afetos às aquisições, declarada pelas organizações pesquisadas, nas questões F.6 e F.7, e dos seus dados observa-se que:

237.1. 44% das organizações reconhecem que seus OGS padronizaram especificações técnicas;

237.2. 56% reconheceram o oferecimento de padrões para minutas de editais e contratos;

237.3. 43% reconheceram a padronização de listas de verificação para a atuação da consultoria jurídica quando da emissão dos pareceres jurídicos de que trata o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993;

237.4. 36% reconheceram a padronização de listas de verificação para os procedimentos que devem ser executados durante a fase de julgamento das licitações;

237.5. 46% reconheceram procedimentos para a elaboração das estimativas de preços das contratações;

237.6. 54% reconheceram a padronização de conteúdo e formato das informações que devem ser publicadas na internet, em atenção ao art. 8º, § 1º, IV, da Lei 12.527/2011 ('informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados').

238. Ainda que haja percentuais em torno de 45% das organizações que reconheçam padrões de seus OGS, os mesmos percentuais, aproximadamente, declararam que definem seus próprios padrões. Isso pode significar que, ainda que os OGS ofereçam padrões, eles não atendem às necessidades das organizações, que acabam por definir seus próprios padrões.

239. Não está no escopo deste trabalho identificar quais são os padrões estabelecidos pelos OGS, mas, em análise perfunctória, esta equipe identificou os seguintes:

239.1. a SLTI publicou especificações técnicas padrão apenas para alguns objetos de tecnologia da informação (estações de trabalho, notebooks, equipamentos de rede);

239.2. padrões para minutas de editais e contratos foram publicados pela AGU em seu sítio;

239.3. padrões de listas de verificação para a atuação da consultoria jurídica foram publicadas pela AGU em seu sítio.

240. Ante a falta de mais elementos que permitam entender melhor o que pode estar ocorrendo, registra-se a necessidade de aprofundar análise deste tema em momento oportuno, sem realizar proposta de encaminhamento neste ponto.

2.7 Informação e conhecimento

241.

A

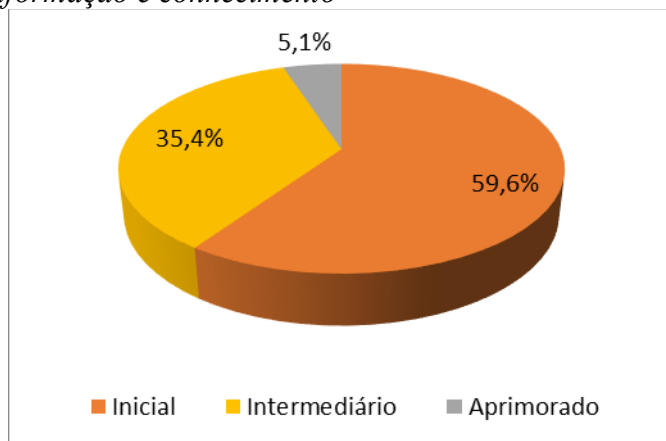


Figura 29 apresenta a distribuição das organizações por estágio de capacidade no componente 'Informação e conhecimento'.

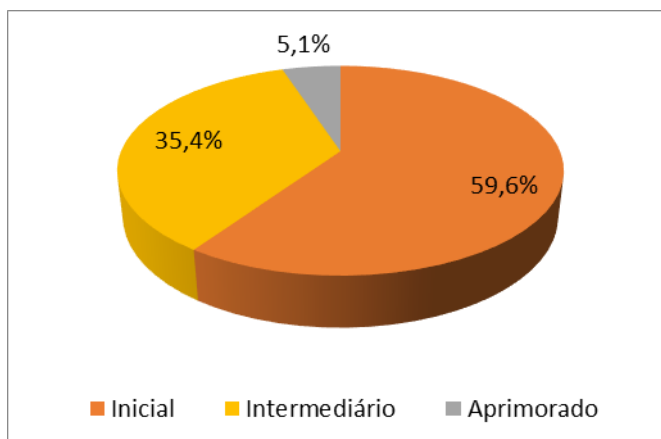


Figura 29 - Capacidade em Informação e conhecimento

242. Com base nos dados declarados e na forma de cálculo exposta no item 0, cerca de 60% das organizações encontram-se em estágio de capacidade inicial em 'Informação e conhecimento'.

243. A seguir, são analisadas as principais deficiências identificadas.

2.7.1 Deficiências nas iniciativas de gestão do conhecimento promovidas pelos OGS

244. Com respeito à gestão do conhecimento promovida pelos Órgãos Governantes Superiores (questão G.5):

244.1. 45% das organizações declararam que os OGS disponibilizam bases de dados e mecanismos que permitem a realização de pesquisas para apoiar as estimativas de preço das aquisições;

244.2. 54% das organizações declararam que os OGS mantêm e disponibilizam uma base de dados estruturada contendo as normas e a jurisprudência relativas à aquisição de bens e serviços; e

244.3. 20% das organizações declararam que os OGS disponibilizam comunidades de práticas para o desenvolvimento de competências relacionadas aos processos vinculados a aquisição.

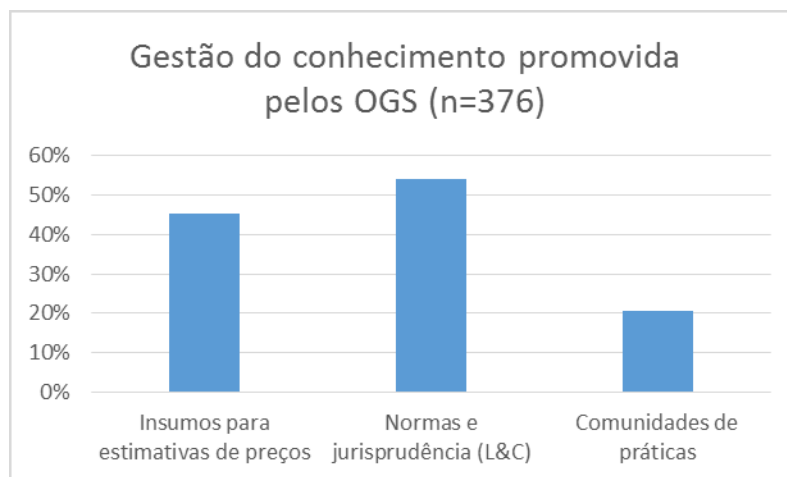


Figura 30 – Gestão do conhecimento promovida pelos OGS

245. Os dois primeiros pontos serão objeto de verificação posterior por esta Secretaria, a fim de ampliar a divulgação das práticas, caso se confirmem.

246. Com respeito à utilização de comunidades de práticas para o amadurecimento em conjunto das organizações, observa-se que é baixo o percentual de organizações que reconhecem a existência dessas comunidades.

247. Segundo consta da Wikipédia (http://pt.wikipedia.org/wiki/Comunidade_de_pr%C3%A1tica):

Uma comunidade de prática designa um grupo de pessoas que se unem em torno de um mesmo tópico ou interesse. Essas pessoas trabalham juntas para achar meios de melhorar o que fazem, ou seja, na resolução de um problema na comunidade ou no aprendizado diário, através da interação regular.

248. Por oportuno, citamos, como exemplo, duas comunidades de prática que vêm ajudando os gestores a melhorarem suas práticas de gestão:

248.1. Comunidade TIControlle (www.ticontrolle.gov.br), formada pelos principais gestores dos setores de tecnologia da informação das organizações federais que exercem atividade de controle (TCU, CGU, STF, CNJ, CNMP e diversos outros).

248.2. *Comunidade Sisp (www.sisp.gov.br), formada pelos gestores de tecnologia da informação das organizações integrantes do Sisp - Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação, que também está aberta a gestores dos três poderes nas três esferas do serviço público.*

249. *Conforme consta no art. 2º, inciso I, do Decreto 1.094/1994, o órgão central do Sisg (SLTI) 'é responsável pela formulação de diretrizes, orientação, planejamento e coordenação, supervisão e controle dos assuntos relativos a Serviços Gerais' (sublinhamos).*

250. *Assim, considerando a oportunidade de criar uma maior sinergia que contribua para o amadurecimento do tema nas organizações, propõe-se recomendar à SLTI que implante e disponibilize comunidade de prática do tema governança e da gestão das aquisições para os seus jurisdicionados (item 2.7.1).*

3. Índice de governança e gestão das aquisições (iGovAquisicoes)

3.1. Definição

251. *A fim de orientar o TCU e as organizações avaliadas no seu esforço de melhoria da governança e da gestão das aquisições, a Selog propõe o índice iGovAquisicoes. Ele foi calculado por meio de média aritmética ponderada, ponderando o valor atribuído a variável resposta obtida nas questões (Apêndice VII) com o peso da variável (Error! Reference source not found. Quadro 16, p. Error! Bookmark not defined.132).*

252. *As questões A.1, D.4, E.5 e E.6 foram excluídas da fórmula, e as justificativas para isso constam no Quadro 11). Também foi excluída a questão A.1 por ser muito semelhante à E.1.1, a qual é mais abrangente e consistente. Para decidir quais questões seriam incluídas na fórmula e quais seriam os respectivos pesos, a equipe utilizou técnica estatística de análise fatorial. No apêndice VII, o método de cálculo do índice é apresentado de forma detalhada.*

253. *O iGovAquisicoes não deve ser percebido como uma medida precisa da governança e gestão das aquisições de uma dada organização, devendo ser entendido apenas como uma referência e um instrumento de autoavaliação da sua capacidade nessa área. Isso porque os índices calculados para as organizações avaliadas baseiam-se, exclusivamente, nas respostas fornecidas por elas a um questionário.*

254. *Embora abrangente, o questionário utilizado obviamente não é capaz de contemplar todas as variáveis que interferem na capacidade das organizações de governarem e gerirem as aquisições. Assim, se fossem incluídos no questionário outros indicadores relevantes de boa governança e boa gestão, o valor do índice poderia ser diferente.*

255. *Além disso, a equipe do TCU não pode verificar, ainda, a real confiabilidade das respostas. Portanto, as respostas de algumas organizações podem não estar representando adequadamente a realidade, em função de erros no processo de autoavaliação, problemas na interpretação de questões, entre outros fatores que podem tornar os dados imprecisos.*

256. *Há também a possibilidade de que certas práticas constantes do questionário não sejam perfeitamente aplicáveis à realidade de algumas organizações. Ainda, a relação custo-benefício de certas práticas pode ser ruim em determinados contextos, sendo razoável não as implementar.*

257. *Nesse sentido, é muito importante compreender que não é obrigatório almejar o valor máximo no iGovAquisicoes. Entretanto, à semelhança das orientações da ABNT NBR ISO/IEC 31000, é responsabilidade da autoridade máxima decidir – por meio de análise crítica dos riscos relevantes e das necessidades da organização – qual a meta mais adequada a ser alcançada em cada questão do instrumento de autoavaliação. O conjunto de metas deve ser formalizado como parte de um plano, atentando-se para as metas legais de cumprimento obrigatório.*

258. Por fim, dever-se registrar que, a despeito de o índice não ser preciso, ele traz uma síntese da situação para a alta administração.

3.2 Resultados da avaliação com base no iGovAquisicoes

259. A distribuição de frequência das organizações com base no iGovAquisicoes é apresentada

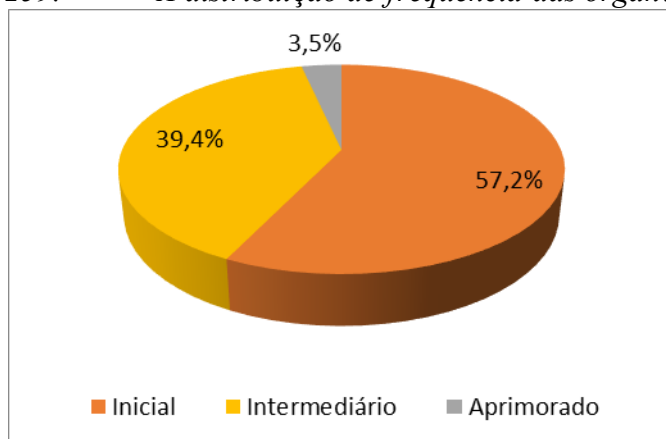


Figura 31. A maioria delas (57,2%) encontra-se em estágio inicial de capacidade em governança e gestão das aquisições (menor que 40%), 39,4% encontram-se em nível intermediário, e somente 3,5% estão em estágio de capacidade aprimorada (maior que 70%). Observa-se, na Figura 32, que a maior concentração está na faixa de iGovAquisicoes compreendida entre 30% e 39,9%.

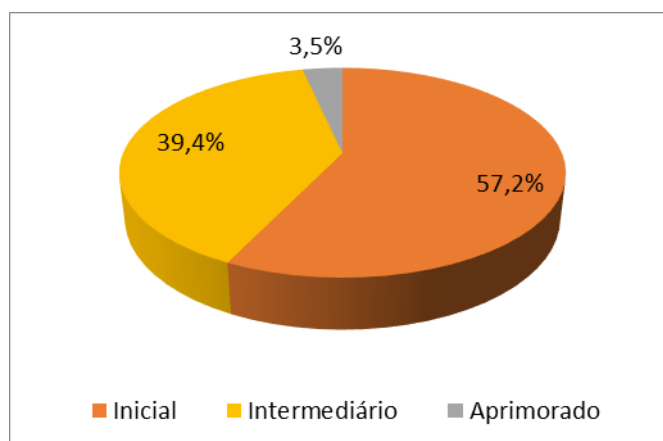


Figura 31 - Distribuição de frequência do iGovAquisicoes na APF (por estágio)

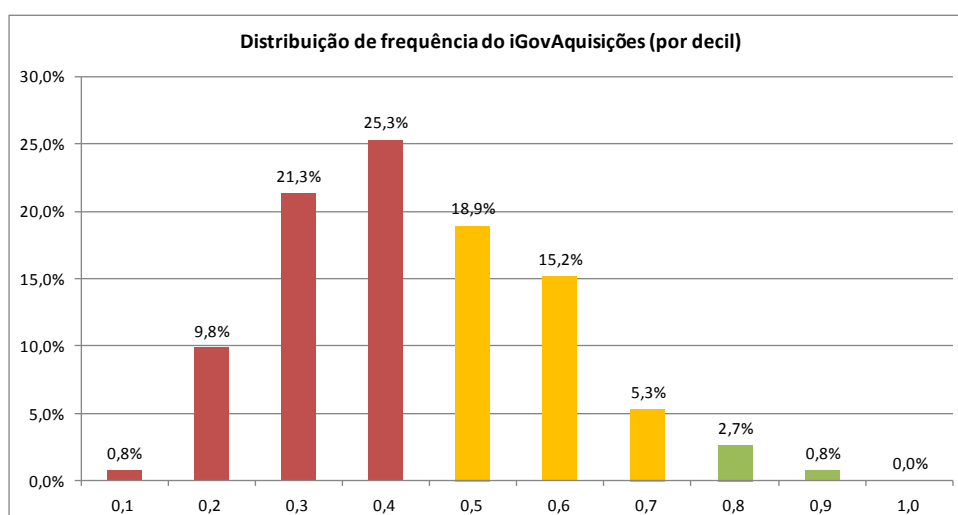


Figura 32 - Distribuição de frequência do iGovAquisicoes na APF (por decil)

260. Foi feita uma análise de correlação entre as dimensões utilizadas no cálculo do índice de governança, que resultou nos dados apresentados no Quadro 2.

Quadro 2 - Análise de correlação entre as dimensões avaliadas

Dimensão	Liderança	Estratégia	Controle	Planos	Pessoas	Processos	Infor/Conh..	Produto das correlações
Liderança	1,0000	0,5256	0,5604	0,3119	0,5212	0,4833	0,4288	0,0099
Estratégia	0,5256	1,0000	0,5375	0,3249	0,4010	0,4513	0,3753	0,0062
Controle	0,5604	0,5375	1,0000	0,3305	0,4746	0,4806	0,3759	0,0085
Planos	0,3119	0,3249	0,3305	1,0000	0,3027	0,3114	0,3099	0,0010
Pessoas	0,5212	0,4010	0,4746	0,3027	1,0000	0,4828	0,3734	0,0054
Processos	0,4833	0,4513	0,4806	0,3114	0,4828	1,0000	0,4876	0,0077
Infor/Conh.	0,4288	0,3753	0,3759	0,3099	0,3734	0,4876	1,0000	0,0034

261. Pode-se observar que todas as correlações são positivas e significativas (acima de 0,3), sendo que a dimensão que mais se correlaciona com as demais é a de liderança.

262. Isso sugere que o esforço de controle deve focalizar, principalmente, o mecanismo de liderança, porque ele parece ter maior efeito sobre todas as demais dimensões de governança e gestão das aquisições. Essa conclusão alinha-se às conclusões dos demais levantamentos de governança realizados pelo TCU, onde os dados também sugerem ser a liderança o mecanismo que mais impacta os demais.

263. A Figura 33 traz a análise de correlação das capacidades em duas dimensões, informando que onde a capacidade em Liderança é maior, a capacidade em Processos também tende a ser, e vice-versa, o que ilustra o efeito que a dimensão Liderança pode estar tendo sobre a dimensão processos.

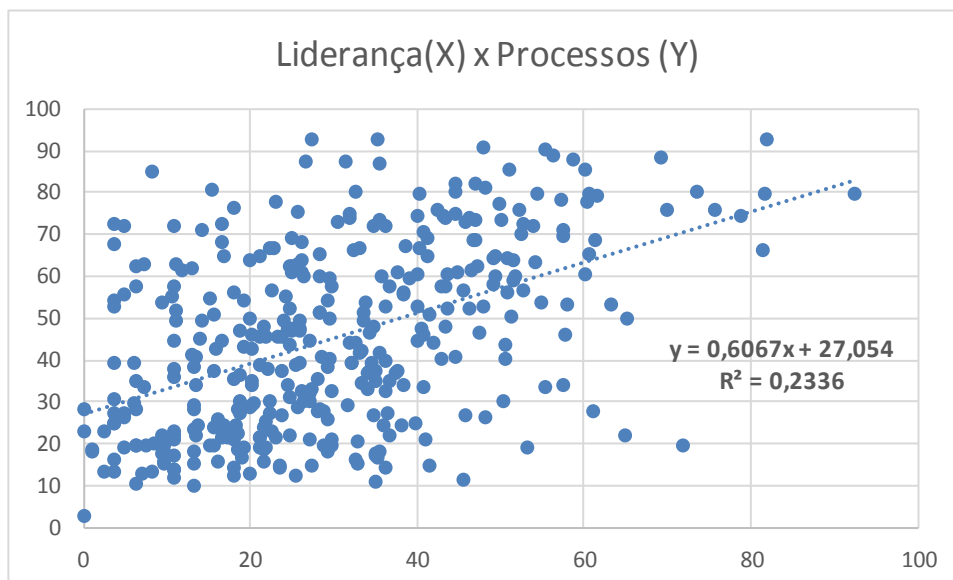


Figura 33 - Correlação entre as dimensões liderança e processos

4. Mapeamento de riscos

264. A partir do relacionamento das despesas licitáveis (item 0) com o iGovAquisicoes das organizações avaliadas, pode-se obter uma distribuição indicativa de risco, como visto na

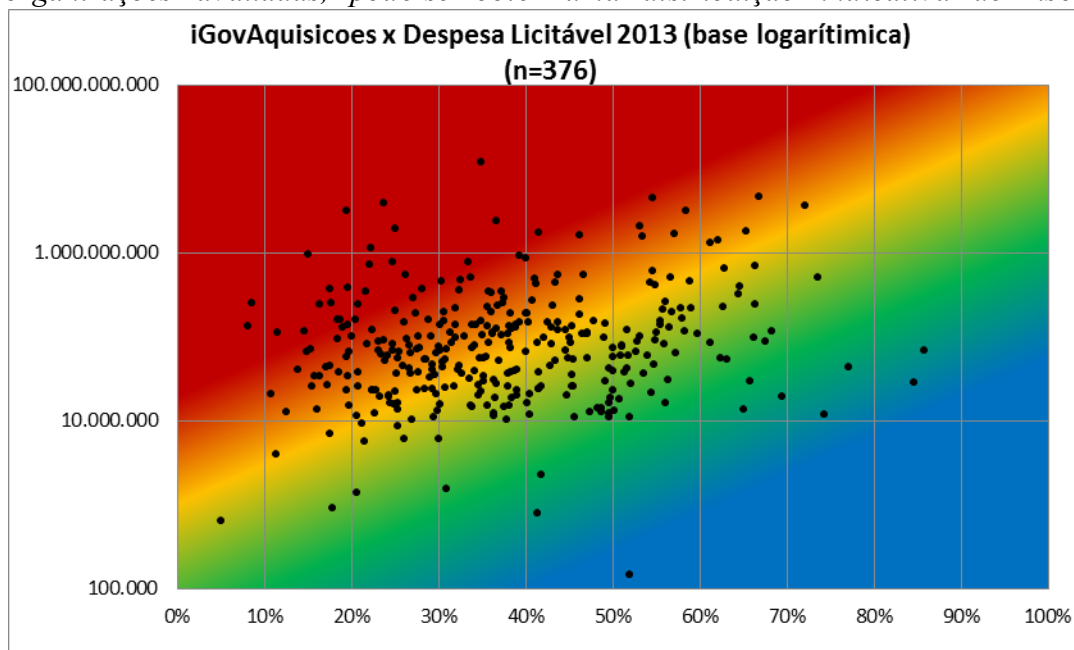


Figura 34 a seguir, o que permite sugerir alguns agrupamentos relacionados ao risco e à necessidade de controlar:

264.1. Em vermelho e laranja, as organizações que despendem quantias vultosas em aquisições e não dispõem de boa capacidade de governar e gerir bem essas aquisições. Nesses casos, o risco de mau uso do dinheiro público é provavelmente maior, sugerindo a necessidade de auditorias específicas e aprofundadas.

264.2. Em amarelo, as organizações que têm boa governança e administram grande despesa em aquisições. Nesses casos, os riscos provavelmente estão mitigados, sugerindo a necessidade de auditoria interna (e possibilidade de auditoria externa) para ratificar que os riscos estão em níveis aceitáveis.

264.3. Também em amarelo, as organizações que têm governança inicial, mas não despendem grandes somas em aquisições. Nesses casos, o principal risco pode ser justamente a incapacidade de as aquisições contribuírem para o alcance dos resultados organizacionais, sugerindo a necessidade de auditorias que busquem induzir maior agregação de valor das aquisições ao negócio com os recursos disponíveis.

264.4. Em verde e azul, as organizações que têm razoável governança e administram despesas medianas. Nesses casos, os controles possivelmente são suficientes, sendo possível auditar remotamente com baixos risco e custo.

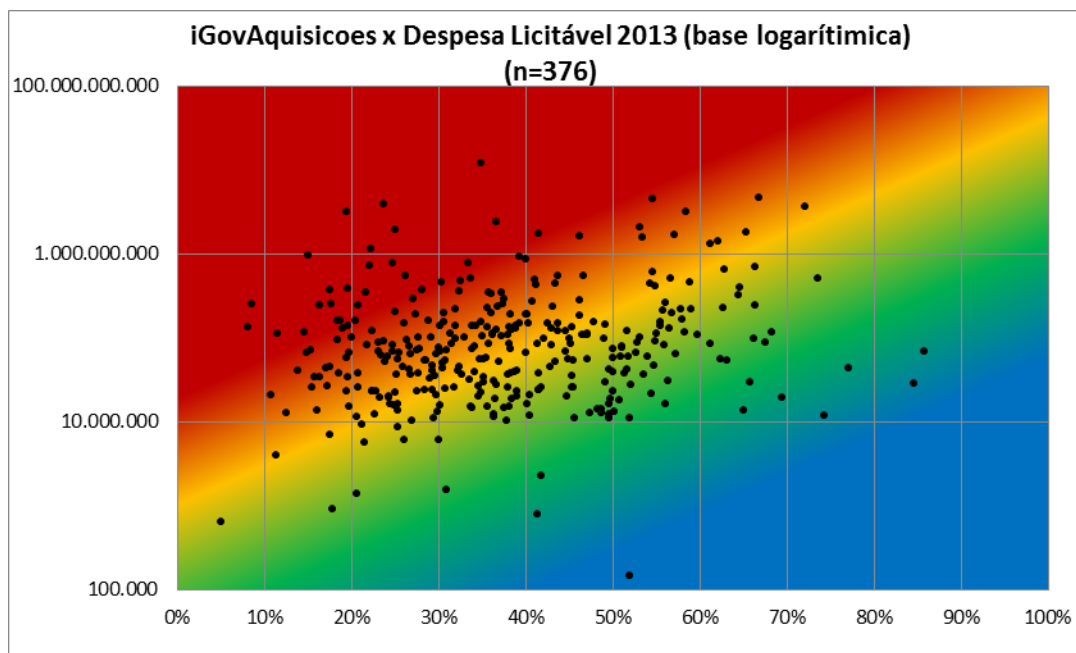


Figura 34 – Despesas licitáveis e iGovAquisicoes

265. A busca da boa governança tem como um dos fatores a busca por melhor desempenho. Neste sentido, registre-se que, no caso do setor privado, já há evidência de que a adoção de boas práticas de governança corporativa está associada com a obtenção de resultados superiores de desempenho, em termos de retorno sobre o ativo, conforme excerto abaixo:

Os resultados da análise de painel indicam que menos de 4% das firmas brasileiras possuem ‘boas’ práticas de governança corporativa e que as firmas com melhor governança corporativa tem um desempenho (retorno sobre o ativo) significativamente superior. (Fonte: SILVA, André Luiz Carvalhal da; LEAL, Ricardo Pereira Câmara. Corporate governance index, firm valuation and performance in Brazil. Revista Brasileira de Finanças. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbfin/article/viewFile/1143/306>. Acesso em: 10/03/2014)

266. Assim, quanto menor a capacidade de governar de uma organização pública, maior o risco de que ela não converta os recursos públicos em benefício real para a sociedade, atentando contra os princípios da eficiência e da legitimidade. Nesse sentido, faz-se necessário atuar em três frentes:

266.1. criar condições para que as organizações aumentem suas capacidades em governança e gestão das aquisições;

266.2. priorizar a alocação de recursos públicos segundo a capacidade de as organizações converterem tais recursos nos benefícios pretendidos, utilizando como subsídio métricas de risco e os planos de melhoria da governança e da gestão das aquisições das organizações com maiores riscos; e

266.3. priorizar a liberação de recursos, em caso de contingenciamento, também segundo o critério acima.

267. Espera-se que a primeira frente acima seja contemplada por meio das ações dos OGS em resposta às diversas recomendações constantes deste trabalho.

268. A terceira frente também já foi considerada por ocasião da recomendação proposta à STN no item 2.4.1 deste relatório.

269. Quanto à segunda frente cabe, à semelhança das deliberações proferidas por ocasião da apreciação dos levantamentos de governança de TI e de pessoas (Acórdão 2.585/2012-Plenário, item 9.5; Acórdão 3.023/2013-Plenário, item 9.1.3), propor recomendação à SOF para que, com base no art. 7º, III, da Lei 10.180/2001, defina critérios de alocação de recursos públicos que serão utilizados em aquisições segundo a capacidade das organizações de converter tais recursos nos benefícios pretendidos, utilizando como subsídio métricas de risco e os planos de melhoria da governança e da gestão das aquisições das organizações com maiores riscos (item 4). Por óbvio, tais critérios não podem levar em consideração as despesas de caráter obrigatório.

270. Também é importante que o TCU realize, em uma segunda fase do presente trabalho, fiscalização com o propósito de aferir a qualidade das informações prestadas pelas organizações no presente levantamento, de forma a aumentar a sua confiabilidade.

5. Comentários do Gestor

271. Nos termos do disposto nos parágrafos 144-146 das 'Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União', aprovadas pela Portaria - TCU 168/2011, o relatório preliminar deste levantamento (peça 1317) foi submetido aos comentários, opcionais, dos gestores dos OGS - Órgãos Governantes Superiores.

272. As comunicações processuais e respostas foram acostadas aos autos da forma a seguir:

OGS	Item(*)	Comunicação e AR	Resposta
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	282	Ofício 2104/2014-TCU/Selog, de 18/9/2014 (peça 1325), AR à peça 1389	Não enviou resposta, porém houve manifestação sobre este ponto no Ofício 2603/DELOG/SLTI-MP, itens 27-31 (fl. 8, peça 1394)
Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP)	283	Ofício 2105/2014-TCU/Selog, de 18/9/2014 (1324), AR à peça 1380	Ofício 2603/DELOG/SLTI-MP (itens 22-26 à fl. 7 e itens 32-34 à fl. 9, peça 1394)
Comissão de Ética Pública	284	Ofício 2554/2014-TCU/Selog, de 4/11/2014 (peça 1396); AR à peça 1401	Não se manifestou
Câmara de Políticas de Gestão, Desempenho e Competitividade (CGDC) do Conselho de Governo	285	Aviso 1.828-GP/TCU, de 5/11/2014 (peça 1397)	Não se manifestou
Controladoria-Geral da União (CGU/PR)	286	Ofício 2106/2014-TCU/Selog, de 18/9/2014 (peça 1323), AR à peça 1386	Ofício 31.648/2014/DC/SFC/CGU-PR (peça 1413)
Secretaria do Tesouro Nacional (STN/MF)	287	Ofício 2107/2014-TCU/Selog, de 18/9/2014 (peça 1322), AR à peça 1384	Não se manifestou
Secretaria de Orçamento Federal (SOF/MPOG)	288	Ofício 2108/2014-TCU/Selog, de 18/9/2014 (peça 1321), AR à peça 1385	Ofício 34/SOF/MP (1395)
Secretaria de Gestão Pública (Segep/MPOG)	289	Ofício 2109/2014-TCU/Selog, de 18/9/2014 (peça 1320), AR à peça 1381	Ofício 2603/DELOG/SLTI-MP, itens 35-42 (fl.10, peça 1394)
Comitê Gestor da Política Nacional de	290	Ofício 2558/2014-TCU/Selog, de 5/11/2014	Não enviou resposta à comunicação, porém houve manifestação sobre este

<i>Desenvolvimento de Pessoal</i>		<i>(1399), AR à peça 1402</i>	<i>ponto no Ofício 2603/DELOG/SLTI-MP, itens 43-45 (fl.12, peça 1394)</i>
<i>Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR)</i>	<i>291, combinado com 282 a 290</i>	<i>Ofício 2557/2014-TCU/Selog, de 5/11/2014 (peça 1400), AR à peça 1403</i>	<i>Ofício 002/GE/CGPAFt/DEST-MP (peça 1409)</i>
<i>Conselho Nacional de Justiça</i>	<i>292, combinado com 282 a 290</i>	<i>Aviso 1.105-GP/TCU, de 9/10/2014 (peça 1393)</i>	<i>Não se manifestou</i>
<i>Conselho Nacional do Ministério Público</i>	<i>293, combinado com 282 a 290</i>	<i>Aviso 1.104-GP/TCU, de 9/10/2014 (peça 1393)</i>	<i>Não se manifestou</i>

(*) Item da proposta de encaminhamento que o relatório preliminar endereça ao OGS (peça 1317)

273. A seguir serão analisadas as manifestações, agrupadas por documento encaminhado.

5.1 Ofício 2603/DELOG/SLTI-MP (peça 1394)

274. O ofício supra (peça 1394, p. 1) encaminhou a Nota Técnica Conjunta 198/SLTI/SEGEP-MP (peça 1394, p. 2-14), a qual discorreu sobre o trabalho realizado pelo TCU, as competências da SLTI e da Segep, a autonomia administrativa da qual gozam as organizações do poder executivo, cabendo à SLTI e à Segep, enquanto órgãos centrais dos sistemas de atividades auxiliares, apenas a coordenação dos sistemas, e algumas considerações sobre os pontos do relatório sobre o qual foram convidadas a ser manifestar, sem apontar qualquer óbice à conveniência e oportunidade de implementar as medidas propostas no relatório preliminar.

275. Registre-se que, por fim, a nota técnica consigna que:

46. Dessa forma, em não mais havendo apontamentos pertinentes sugerimos uma agenda cronogramada entre esta Pasta e essa Corte de Contas, uma vez que necessitam de amadurecimento, já que são ações estruturais no processo de aquisições e necessitam de estudos complementares e balizamento das normas já existentes, bem como emissão de novos normativos, a depender do tema, dentre eles destaco: modelo de processo de aquisições para a Administração Pública, para a aquisição de bens e serviços; gestão dos contratos; modelagem básica dos processos de trabalho de aquisição, incluindo o planejamento da contratação, a seleção do fornecedor e a gestão dos contratos; implementação do modelo de processo de aquisições, elaborado nas organizações sob sua jurisdição mediante orientação normativa única, consolidando, se necessário, as orientações normativas atualmente em vigor; diretrizes para gestão de riscos; plano de aquisições, dentre outros.

276. Entende-se que a proposta de encaminhamento formulada no item **Error! Reference source not found.**296, para realização de evento com os OGS, contempla as expectativas supra.

5.2 Ofício 34/SOF/MP (peça 1395)

277. O ofício supra (peça 1395, p. 1) encaminhou a Nota Técnica 11/SEAGE/SOF-MP (peça 1394, p. 2-6), por meio da qual a SOF se manifestou no sentido de que 'a recomendação proposta não se apresenta compatível com as competências desta SOF, definidas nos arts. 72 e 82 dessa Lei, motivo pelo qual solicitamos sua não consideração' (peça 1394, p. 2, item 2).

278. A proposta de recomendação sobre a qual a SOF se insurge é a que segue:

Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Secretaria de Orçamento Federal (SOF/MPOG) que, com base no art. 7º, III, da Lei 10.180/2001, defina critérios de alocação de recursos públicos que serão utilizados em aquisições segundo a capacidade das organizações

de converter tais recursos nos benefícios pretendidos, utilizando como subsídio métricas de risco e os planos de melhoria da governança e da gestão das aquisições das organizações com maiores riscos (item 4).

279. *A recomendação toma como fundamentação o art. 7º, III, da Lei 10.180/2001:*

Art. 72 Compete as unidades responsáveis pelas atividades de planejamento:

(...)

III - acompanhar física e financeiramente os planos e programas referidos nos incisos I e II deste artigo, bem como avalia-los, quanto à eficácia e efetividade, com vistas a subsidiar o processo de alocação de recursos públicos, a política de gastos e a coordenação das ações do governo;

280. *A SOF argumenta que:*

280.1. *O dispositivo supra mencionaria planos e programas no contexto do planejamento governamental – por exemplo plano plurianual, planos setoriais - e não se referindo a plano de aquisições das organizações públicas (peça 1394, p. 3, item 5);*

280.2. *Não se incluiria nas atribuições do sistema orçamentário federal a análise dos planos de aquisição formulados pelas organizações públicas federais e transcreve suas competências contidas no Decreto 8.189/2014, art. 20 (peça 1394, p. 3-4, itens 6-7);*

280.3. *Cada organização seria responsável pelas suas aquisições e que, com base nas suas (da SOF) competências (de coordenar e estabelecer diretrizes para o processo orçamentário), a SOF não poderia interferir no planejamento das organizações, nem fixar critérios para a alocação de recursos (peça 1394, p. 4, item 8);*

280.4. *A LDO 2013/2014 menciona a necessidade do atendimento das despesas de funcionamento dos órgãos e entidades.*

281. *Do exposto acima, conclui-se que a linha argumentativa da SOF é a de que não pode interferir no planejamento das aquisições das organizações, em especial na elaboração do plano de aquisições das organizações.*

282. *Ocorre que não foi esse o sentido da recomendação, mas, sim, que o órgão central do sistema de planejamento utilize critérios de risco para alocar recursos orçamentários às organizações. Não se pretende que a SOF interfira na formulação do que as organizações entendam que devem adquirir, mas, sim, que a SOF somente proponha a alocação de orçamento às organizações que tenham condições de executá-lo, com base em métricas de risco.*

283. *O exposto encontra amparo nas competências da SOF, senão vejamos o Decreto 8.189/2014:*

Art. 20. A Secretaria de Orçamento Federal compete.

(...)

II - estabelecer as normas necessárias a elaboração e a implementação dos orçamentos federais sob sua responsabilidade,

284. *As normas que devem ser estabelecidas de acordo com o dispositivo acima contemplam processos operacionais (como os descritos no manual técnico do orçamento), mas também critérios para alocação de recursos, a fim de atender ao previsto no art. 7º, III, da Lei 10.180/2001.*

285. *Observe-se que, caso não coubesse à SOF criar critérios de alocação de recursos e consolidar a proposta do poder executivo com base nesses critérios, não haveria mecanismos para mitigar o risco de alocar recursos a organizações que não teriam condições de reverter esses recursos em benefício da sociedade.*

286. Assim, conclui-se pela manutenção da recomendação, realizando ajustes de redação, a fim de torna-la mais clara, na forma abaixo:

Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Secretaria de Orçamento Federal (SOF/MPOG) que (item 5):

- a) *Com base no art. 20, II, do decreto 8.189/2014, inclua nas normas de elaboração do orçamento federal a obrigatoriedade de as organizações encaminharem, juntamente com as propostas orçamentárias, documento que materialize a gestão de riscos das aquisições relevantes, contendo identificação, análise, avaliação e tratamento dos riscos;*
- b) *Com base no art. 7º, III, da lei 10.180/2001, defina critérios para a alocação de recursos orçamentários segundo a capacidade das organizações de converter tais recursos nos benefícios pretendidos (eficácia e efetividade), utilizando como subsídio os documentos sobre gestão dos riscos das aquisições relevantes encaminhados juntamente com as propostas orçamentárias na forma acima.*

5.3 Ofício 002/GE/CGPAFt/DEST-MP (peça 1409)

287. Em sua manifestação, a CGPAR tece considerações acerca do seu papel, que inclui o estabelecimento de diretrizes para as estatais (peça 1409, p. 1 item 2), mas que não contempla o estabelecimento de práticas administrativas para as mesmas (peça 1409, p. 2 item 3), mencionando que suas diretrizes devem conter propostas de caráter geral, sem imiscuir-se na gestão das empresas (peça 1409, p. 2 item 6), arrematando com a sugestão de que o acórdão contemple proposta para que a Comissão avalie a adoção das medidas propostas (peça 1409, p. 2 item 7).

288. Ocorre que as todas as propostas contidas neste relatório não dizem respeito a aspectos operacionais da gestão das organizações, mas sim o estabelecimento de controles de governança e gestão. Além disso, a proposta está redigida nos termos sugeridos pela CGPAR, isto é, 'que avalie as orientações contidas no acórdão que vier a ser proferido e adote as medidas necessárias à implementação na sua jurisdição'.

5.4 Ofício 31.648/2014/DC/SFC/CGU-PR (peça 1413)

289. Por meio da comunicação em epígrafe, a CGU formalizou seus comentários, inclusive com o registro de reunião, realizada em 14/10/14, entre seus técnicos e os da Selog (peça 1413, p. 1, item 2).

290. O documento da CGU inicia registrando a utilidade do trabalho, nos seguintes termos (peça 1413, p. 1, item 4):

Antes da primeira seção, convém ressaltar que boa parte das 140 questões do instrumento de coleta de dados, por ser fundada diretamente na legislação e tratar de controles administrativos recomendáveis à gestão de aquisições, tem indiscutível utilidade para o controle externo, para as unidades respondentes e, caso suas respostas sejam disponibilizadas em detalhe, para subsidiar a atuação da CGU.

291. Com respeito à possibilidade de a CGU utilizar as informações do levantamento para subsidiar sua atuação, em que pese as informações individualizadas dos respondentes estar classificada como sigilosa no âmbito deste processo, ante as competências daquele órgão, não se vislumbram óbices em repassar-lhe as informações dos seus jurisdicionados, mantida a classificação da informação na cadeia de custódia, motivo pelo qual se proporá a determinação a seguir:

Autorizar que a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog/TCU) encaminhe, caso solicitado, para cada OGS os dados individualizados dos seus jurisdicionados, alertando-os para a classificação da informação (item 5).

292. Os comentários da CGU foram organizados em três blocos (peça 1413, p. 2, item 3).

293. Do primeiro bloco, destacamos os seguintes, acompanhados de nossas análises.

294. *A CGU cita sua preocupação contra a autonomização da área de aquisições (peça 1413, p. 3-5), o que levou à inclusão do parágrafo 0 nesta instrução, explicitando que os objetivos da área de aquisições não devem ser concebidos de forma autônoma, mas sim alinhados aos objetivos das organizações.*

295. *Alguns trechos do relatório poderiam indicar a desvalorização dos instrumentos constitucionais de planejamento governamental ou sugeriria que cada unidade deveria ter estratégia própria desvinculada do governo (peça 1413, p. 6-7, concluído no item 21), o que conduziu a inclusão do parágrafo 0 neste relatório, apresentando uma visão hierárquica entre os objetivos das políticas públicas, das organizações e para a gestão das aquisições.*

296. *Haveria necessidades de ajustes nos trechos do relatório que tratam das instâncias de governança normalmente denominadas 'conselhos' a fim de explicitar se se aplicariam ou não aos ministérios (peça 1413, p. 7, itens 22-23), o que não gerou nenhum ajuste no relatório, visto que, ao concluir pela necessidade de aprofundamento no tema, este tópico não originou proposta de encaminhamento (item 0).*

297. *Haveria inconveniência da defesa da gestão de risco como critério para a distribuição dos recursos, pois se deveria cobrar a imediata melhoria na gestão de riscos das unidades que gerenciam políticas públicas prioritárias, e não se deveria incentivar uma revisão das prioridades do governo por conta das limitações das organizações encarregadas de executar as políticas (peça 1413, p. 7-8, itens 24-26). Sobre esse aspecto:*

297.1. *Observa-se que o estímulo a melhoria da gestão de riscos nas organizações foi contemplado na subseção 2.3.1, que concluiu por três recomendações com o objetivo de fomentar a gestão de riscos nas organizações públicas.*

297.2. *Os mecanismos combatidos pela CGU, de utilizar métricas de risco para alocação e liberação de recursos, é complementar, visto que somente atingiriam as organizações que não implementassem gestão de riscos de forma adequada.*

297.3. *Ao mesmo tempo que é complementar, o mecanismo é necessário, visto que não seria concebível continuamente investir recursos por meio de organizações que têm alto risco de não converter os recursos em benefícios para a sociedade.*

297.4. *Decerto que a implantação desses mecanismos de alocação e liberação de recursos deve ser feito paulatinamente, primeiramente informando os critérios para que as organizações tenham tempo de adequar-se e somente posteriormente limitando os recursos para as organizações que insistirem em não gerenciar os riscos de forma adequada.*

297.5. *Destarte, com estes esclarecimentos, entende-se que as propostas devem ser mantidas e nenhum ajuste no relatório se faz necessário.*

298. *Haveria imprecisão nos argumentos que sustentam a proposta de encaminhamento da subseção 2.5.1 do relatório (peça 1413, p. 8-10, itens 27-36), o que conduziu a ajustes, para maior precisão, nos parágrafos 66 e 69.1 neste relatório, e a inclusão do parágrafo 0, indicando que o mais importante no processo de alocação de pessoas não é a formalização do processo, mas que a escolha se dê com base nas competências.*

299. *Haveria inconveniência na inclusão dos ministérios na discussão sobre a autonomia das auditorias internas (peça 1413, p. 10-12, itens 37-44). Sobre este aspecto:*

299.1. *A equipe de auditoria, mesmo com conhecimento da peculiaridade da estruturação do sistema de controle interno do poder executivo (Lei 10.180/2001), optou por manter os ministérios na discussão sobre a existência de auditoria interna à disposição das organizações por entender que, ainda que os ministérios possam contar com a CGU para a função de auditoria interna, não dispõem da CGU para auditoria interna.*

299.2. *Cumpra registrar que não houve manifestações em contrário a esta avaliação durante os painéis de referência realizados.*

299.3. *Entretanto em face às considerações apresentadas, ajustou-se a redação do parágrafo 0 e incluiu-se o parágrafo 0 neste relatório.*

300. *Haveria conveniência do reconhecimento das diferentes situações relacionadas a riscos (peça 1413, p. 12-15, itens 45-54), havendo necessidade de ajustar o texto do item 283.2.9 do relatório preliminar, que trata de recomendação sobre gestão de riscos (peça 1413, itens 45, 52 e 54). Sobre este aspecto:*

300.1. *Reconhece-se a existência e importância das três situações elencadas pela CGU (peça 1413, p. 14-15, item 52) como situações distintas para fins de análise de risco.*

300.2. *Entretanto, a recomendação que foi proposta busca somente mitigar as deficiências na gestão de riscos nas aquisições, e não a gestão de riscos nas políticas públicas, motivo pelo qual se entende que não há retificações a fazer neste ponto.*

301. *No segundo bloco de comentários, foram apresentadas sugestões de natureza metodológica (peça 1413, p. 15-18), com objetivo de contribuir com futuras iniciativas da mesma natureza. Deste trecho, destacam-se alguns pontos para comentários:*

301.1. *As observações do item 61 (peça 1413, p.16) conduziram a alterações de redação, para maior precisão, nos seis parágrafos que cita (atuais itens 0, 0, 0, 0, 0 e 0).*

301.2. *Entende-se que a afirmação da CGU no sentido de que a utilidade do ‘modelo’ para a administração direta seria bastante limitada (peça 1413, p. 17, item 62) é contraditória com o mencionado na sua própria manifestação (peça 1413, p. 2, item 4).*

301.3. *Quanto à suposta inconveniência de criação, neste momento, de um índice e ‘rankings’ (peça 1413, p. 17-19, itens 64-69), inclusive com tendência a alarmismo infundado nos leitores leigos e recusa de credibilidade pelos leitores mais especializados (peça 1413, p. 19, item 68), entende-se que a argumentação colecionada na seção que descreve o cálculo do índice iGovAquisicoes (seção 3 do relatório) é suficiente para apontar as limitações encontradas e ressalta a utilidade de se ter um número que sintetize a situação da organização para a alta administração decidir a prioridade que deve dar ao tema. Ademais, não há divulgação de ‘ranking’ por parte do TCU, que mantém as informações individuais dos respondentes (inclusive o valor do seu índice) classificadas no processo.*

302. *No seu terceiro bloco de comentários (peça 1413, p. 19-20, itens 70-78), a CGU traz, em síntese, duas sugestões, as quais também se passa a analisar.*

303. *Quanto às deliberações que recomendam que a CGU oriente as organizações sob sua jurisdição (peça 1413, p. 19-20, itens 70-74), a CGU sugere que o TCU identifique as organizações onde os problemas estariam ocorrendo e lhe encaminhe as informações a fim de que haja atuação específica. Como a forma de implementar a recomendação cabe à CGU, não vemos óbices ao envio de tais informações, como inclusive já mencionamos no início desta seção (item 0), de forma que não há ajustes a serem feitos.*

304. *A segunda sugestão diz respeito aos riscos decorrentes de as recomendações citarem normas internacionais específicas (peça 1413, p. 20, itens 75-78), o que consideramos procedente, de forma que se adequou a redação das recomendações que faziam referência ao IPPF (itens 150.1.3, 150.1.4, 150.2 e seus correspondentes na seção que contém a proposta de encaminhamento).*

305. *Na seção de conclusão (peça 1413, p. 20-21, itens 79-82), a CGU traz algumas considerações para concluir com a sugestão de que o TCU avalie a possibilidade de o relatório*

não ser concluído com recomendações, mas apenas utilizado como insumo para direcionamento de seus futuros trabalhos (peça 1413, p. 21, item 82).

306. *Com respeito a esta última sugestão da CGU, cumpre lembrar que, desde os primeiros trabalhos de levantamento de governança que o TCU realiza, todos os levantamentos sempre vêm acompanhados de recomendações aos Órgãos Governantes Superiores, com objetivo de acelerar o processo de aperfeiçoamento da Administração Pública. Não é demais lembrar que, decorrente das recomendações desses levantamentos, as soluções de diversos problemas foram encaminhadas pelos OGS, senão vejamos alguns exemplos:*

306.1. *Resolução CNJ 70/2009, dispondo sobre Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário, decorrente das constatações constantes do acórdão 1.603/2008-Plenário;*

306.2. *IN GSI/PR 01/2008, disciplinando a Gestão de Segurança da Informação nos órgãos do Poder Executivo, decorrente do mesmo acórdão;*

306.3. *O CNJ colocou recentemente em consulta pública sua proposta de Política Nacional de Gestão de Pessoas no âmbito do Poder Judiciário, movimento impulsionado pelo trabalho que originou o Acórdão 3023/2013-Plenário.*

307. *Assim, não se vê motivo para proceder de forma diferente. Muito pelo contrário, ante a situação declarada pelos respondentes deste levantamento e a criticidade da função aquisição para as organizações públicas, quanto mais rápido forem adotadas as medidas estruturantes, mais rápido a APF tende a aumentar sua capacidade de entregar melhores serviços à sociedade.*

5.4 Conclusão sobre os comentários do gestor

308. *Realizados os ajustes mencionados nas subseções antecedentes, e considerando que as análises dos comentários dos OGS não apontaram óbices à conveniência e à oportunidade de implementação das medidas preliminarmente propostas, manter-se-ão todas as propostas de encaminhamento inicialmente formuladas.*

6. Conclusão

309. *O objetivo deste levantamento foi obter e sistematizar informações sobre a situação da governança e da gestão das aquisições em amostra de organizações da Administração Pública Federal (APF), com o intuito de identificar os pontos mais vulneráveis e induzir melhorias nessa área.*

310. *Ante o cenário apresentado, fica claro que não é adequada a situação da governança e da gestão das aquisições na Administração Pública Federal. De forma geral, segundo os dados da autoavaliação, as organizações participantes apresentaram baixa capacidade em quase todos os componentes do modelo de avaliação proposto e utilizado neste levantamento.*

311. *Há deficiências nos sistemas de governança e gestão das aquisições da maioria das organizações que se autoavaliaram, o que as expõe a diversos riscos relevantes e contribui para a redução de sua capacidade de gerar resultados e benefícios para a sociedade.*

312. *Citem-se, de maneira exemplificativa, alguns riscos a que estão expostas as organizações que possuem as deficiências relatadas neste trabalho:*

312.1. *Ausência (ou deficiências) de (no) estabelecimento de diretrizes para as aquisições (item 2.2.1) contribui(em) para a tomada de decisão de forma ad hoc pelos agentes que operacionalizam cada um dos processos de aquisição, aumentando o risco de uma decisão ser tomada sem visão estratégica, além de aumentar o risco de que os servidores mais capacitados da organização evitem assumir as funções críticas ligadas às aquisições (por exemplo, elaboração dos termos de referência e editais), com consequente não alocação dos recursos humanos mais capacitados na atividade e todos os riscos decorrentes de um planejamento da contratação deficiente;*

312.2. *Ausência (deficiência) de (no) estabelecimento das competências, atribuições e responsabilidades contribui para a ineficiência da máquina administrativa devido à centralização desnecessária de decisões, ou tomada de decisões por agente que não disponha de todas informações necessárias para tanto, com suas consequências;*

312.3. *Deficiências na instituição de instâncias colegiadas contribuem para decisões acerca das aquisições que podem até serem vantajosas do ponto de vista de uma unidade organizacional, mas não necessariamente maximizam os resultados da organização como um todo;*

312.4. *Deficiências na função de auditoria interna, como, por exemplo, o fato de não terem independência para avaliar os controles de responsabilidade da alta administração, expõem a organização ao risco de que a estrutura de governança das aquisições como um todo não seja adequada a realidade da organização, como sugerem, de forma geral, os dados declarados no presente trabalho.*

312.5. *Deficiências no processo de planejamento das aquisições contribuem para que a organização não possua um plano de aquisições, trazem o risco de que a organização não acompanhe ao longo do ano o andamento de suas aquisições, trazendo como consequência a carência de recursos (e.g., tempo, pessoas) ao final do exercício para executar o orçamento restante;*

312.6. *Deficiências na capacitação, em especial daqueles que executam atividades críticas (e.g., elaboração de editais, condução de pregões e fiscalização de contratos), contribuem para que as atividades não sejam executadas com eficiência e eficácia, e, às vezes, em desconformidade com a legislação;*

312.7. *Deficiências na formalização de processos de trabalho contribuem para a falta de clareza de atribuições e responsabilidades no processo, que, por sua vez, faz com que tarefas deixem de ser executadas ou o sejam de forma inadequada, com consequente reflexo indesejável nas aquisições;*

312.8. *Deficiências nos controles internos em nível de atividade no processo de aquisição contribuem para a ocorrência de diversos riscos que podem ser visualizados no documento RCA – Riscos e Controles nas Aquisições (acessível a partir de www.tcu.gov.br/selog), com consequente ineficiência, ineficácia e, por vezes, ilegalidade nas aquisições;*

313. *Medidas devem ser adotadas para aumentar a capacidade de as organizações públicas governarem e gerirem suas aquisições, o que se pretende alcançar por meio dos dois grupos de medidas propostas neste trabalho:*

313.1. *Encaminhamento, às autoridades máximas das organizações, de relatório detalhado e individualizado, possibilitando que analisem suas deficiências, bem como comparem os seus resultados com o resultado geral da avaliação e com o resultado dos seus respectivos segmentos de negócio, apoiando a formulação de planos para aperfeiçoar a governança e a gestão das aquisições; e*

313.2. *Recomendações para que os OGS orientem as organizações sob sua jurisdição quanto à melhor estratégia de amadurecimento nas práticas de governança e gestão de aquisições, bem como para que eles mesmos (OGS) estabeleçam, pela via normativa, essas práticas.*

314. *Por fim, com respeito à forma pela qual os OGS darão cumprimento às recomendações constantes do acórdão que vier a ser proferido, cabe um comentário. O TCU, ao recomendar que os OGS orientem seus jurisdicionados sobre algum aspecto, não está transferindo para essas organizações mera expedição de comunicados contendo os textos dos acórdãos.*

315. *Se o objetivo fosse meramente reproduzir os comandos dos acórdãos em comunicados e enviar aos jurisdicionados, o próprio TCU poderia fazê-lo, uma vez que dispõe de ferramentas*

automatizadas para remessa de comunicações processuais a grande quantidade de destinatários, como o fez nas comunicações processuais deste levantamento.

316. O que se espera dos OGS, nesses casos, é que avaliem as peculiaridades de seus jurisdicionados e detalhem os procedimentos necessários ao cumprimento das orientações, de forma a mitigar o risco de que tais jurisdicionados não consigam implantar os controles sugeridos.

317. Cite-se, como exemplo positivo, neste sentido, a forma como a SLTI encaminhou as orientações contidas no Acórdão 2.849/2013-Plenário. O acórdão determinou que os OGS orientassem os jurisdicionados a proceder a revisão, com a consequente redução de todos os contratos firmados no âmbito da APF com empresas beneficiadas pela desoneração fiscal decorrente do Plano Brasil Maior. Em cumprimento, a SLTI não se limitou a reproduzir a orientação aos jurisdicionados, mas sim expediu um comunicado detalhando procedimentos que informavam às organizações como deveriam proceder para realizar tal revisão.

318. A fim de melhor compartilhar essa oportunidade de melhoria de atuação com os OGS, a Selog irá buscar promover, com os OGS, a divulgação, inclusive por meio de eventos, das deliberações dirigidas aos órgãos governantes superiores por meio do acórdão que vier a ser proferido, como forma de mitigar os riscos da sua implementação (item 6).

319. Com objetivo de acelerar a inclusão na agenda das organizações públicas federais do tema governança e gestão das aquisições, propõe-se autorizar que a Selog divulgue as informações consolidadas obtidas neste levantamento em informativo e em sumários executivos, sem a identificação individual das organizações respondentes (item 6).

320. Com vistas a permitir a difusão do tema nas esferas estaduais e municipais, propõe-se encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do relatório e voto que o fundamentarem, aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, para conhecimento do trabalho (item 6).

321. Por fim, considerando a natureza sigilosa destes autos e a necessidade de compatibilizar a manutenção do sigilo das informações individualizadas dos respondentes, sobre a qual não se sabe a classificação que será dada por eles, com a necessidade de divulgar os resultados deste trabalho, propõe-se tornar público o acórdão que vier a ser proferido, mantendo-se o sigilo dos autos (item 6), e indeferir todos os pedidos de vista e cópia formulados neste processo (peças 4, 5, 1357, 1376, 1392, 1404, 1406, 1408, 1412, 1414 e 1419).

6. Proposta de encaminhamento

322. Ante o exposto, submetem-se os autos para encaminhamento ao gabinete do Ministro-Relator Augusto Nardes com as propostas a seguir:

323. Tornar público o acórdão que vier a ser proferido, mantendo-se o sigilo dos autos (item 6).

324. Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, em atenção ao art. 5º, § 2º, c/c art. 1º, III, do Decreto 5.707/2006, discipline, para as organizações sob sua jurisdição, a forma de acesso às funções-chave dos setores de aquisições, incluindo as funções de liderança, em especial à função de principal dirigente responsável pelas aquisições, considerando as competências multidisciplinares, técnicas e gerenciais, necessárias para estas funções (item 2.1.1).

325. Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP) que:

325.1. Oriente as organizações sob sua jurisdição a:

325.1.1. *realizar avaliação quantitativa e qualitativa do pessoal do setor de aquisições, de forma a delimitar as necessidades de recursos humanos para que esses setores realizem a gestão das atividades de aquisições da organização (item 2.1.2);*

325.1.2. *estabelecer diretrizes para as suas aquisições, incluindo diretrizes sobre terceirização (execução de serviços de forma generalizada, com ou sem cessão de mão-de-obra), compras, estoques, sustentabilidade e compras conjuntas (item 2.2.1);*

325.1.3. *avaliar se os normativos internos estabelecem (item 2.2.2):*

325.1.3.1. *definição da estrutura organizacional da área de aquisições, e as competências, atribuições e responsabilidades das áreas e dos cargos efetivos e comissionados, de forma a atender os objetivos a ela designados;*

325.1.3.2. *competências, atribuições e responsabilidades, com respeito às aquisições, da autoridade máxima da organização, nesses incluídos, mas não limitados, a responsabilidade pelo estabelecimento de políticas e procedimentos de controles internos necessários para mitigar os riscos nas aquisições;*

325.1.3.3. *política de delegação e reserva de competência para autorização de todos os tipos de contratações (atividades de custeio ou de investimento), que deve ser elaborada após a avaliação das necessidades e riscos da organização, e acompanhada do estabelecimento de controles internos para monitorar os atos delegados.*

325.1.4. *avaliar a necessidade de atribuir a um comitê, integrado por representantes de diferentes setores da organização (área finalística e área meio), a responsabilidade por auxiliar a alta administração nas decisões relativas às aquisições, com o objetivo de buscar o melhor resultado para a organização como um todo (item 2.2.3);*

325.1.5. *estabelecer diretrizes para a gestão de riscos nas aquisições (item 2.3.1);*

325.1.6. *capacitar os gestores da área de aquisições em gestão de riscos (item 2.3.1);*

325.1.7. *realizar gestão de riscos nas aquisições (item 2.3.1);*

325.1.8. *publicar todos os documentos que integram os processos de aquisição (e.g., solicitação de aquisição, estudos técnicos preliminares, estimativas de preços, pareceres técnicos e jurídicos etc.) na internet, a menos dos considerados sigilosos nos termos da lei, em atenção aos arts. 3º, I a V, 5º, 7º, VI e 8º, §1º, IV e §2º, da Lei 12.527/2011 (item 2.3.4);*

325.1.9. *determinar a publicação, na sua página na Internet, da decisão quanto à regularidade das contas proferida pelo órgão de controle externo (item 2.3.4);*

325.1.10. *estabelecer diretrizes para garantir que, de ofício, sejam apurados os fatos com indício de irregularidade ou contrários à política de governança, promovendo a responsabilização em caso de comprovação (item 2.3.4);*

325.1.11. *determinar a publicação da agenda de compromissos públicos da autoridade máxima da organização e do principal gestor responsável pelas aquisições (item 2.3.4);*

325.1.12. *executar processo de planejamento das aquisições, contemplando, pelo menos (item 2.4.2):*

325.1.12.1. *elaboração, com participação de representantes dos diversos setores da organização, de um documento que materialize o plano de aquisições, contemplando, para cada contratação pretendida, informações como: descrição do objeto, quantidade estimada para a contratação, valor estimado, identificação do requisitante, justificativa da necessidade, período estimado para executar para aquisição (e.g., mês), programa/ação suportado(a) pela aquisição, e objetivo(s) estratégico(s) apoiado(s) pela aquisição;*

325.1.12.2. *aprovação, pela mais alta autoridade da organização, do plano de aquisições;*

325.1.12.3. *divulgação do plano de aquisições na Internet;*

325.1.12.4. acompanhamento periódico da execução do plano, para correção de desvios.

325.2. *Elabore um modelo de processo de aquisições para a Administração Pública, para a contratação de bens e serviços, e a gestão dos contratos decorrentes, considerando as diretrizes constantes dos Acórdãos 786/2006, 1480/2008 e 1.915/2010, todos do Plenário do TCU, adaptando-os à aquisição de objetos de todos os tipos e não apenas aos objetos de tecnologia da informação, em especial (item 2.6.1):*

325.2.1. *modelagem básica dos processos de trabalho de aquisição, incluindo o planejamento da contratação, a seleção do fornecedor e a gestão dos contratos decorrentes;*

325.2.2. *definição de papéis e responsabilidades dos agentes envolvidos em cada fase;*

325.2.3. *elaboração de modelos de artefatos a serem produzidos;*

325.2.4. *utilização de estudo de modelos já existentes como subsídio para formulação de seu próprio modelo;*

325.2.5. *planejamento das contratações, iniciando-se pela oficialização das demandas, o que permitirá o planejamento de soluções completas, que atendam às necessidades expressas nas demandas;*

325.2.6. *definição de conceitos e referências à legislação e à jurisprudência;*

325.2.7. *mensuração da prestação de serviços por bens e serviços efetivamente entregues segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão-de-obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, utilizando-se de metodologia expressamente definida no edital;*

325.2.8. *inclusão dos controles internos em nível de atividade constantes das questões F.8 a F.11 deste levantamento, podendo ainda avaliar a inclusão dos demais controles sugeridos no documento Riscos e Controles nas Aquisições – RCA, que pode ser acessado em <http://www.tcu.gov.br/selog> (item 2.6.2).*

325.3. *Promova a implementação do modelo de processo de aquisições, elaborado nas organizações sob sua jurisdição mediante orientação normativa única, consolidando, se necessário, as orientações normativas atualmente em vigor (item 2.6.1).*

325.4. *Implante e disponibilize comunidade de prática do tema governança e da gestão das aquisições para os seus jurisdicionados (item 2.7.1).*

326. *Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Comissão de Ética Pública que, em atenção ao Decreto 6.029/2007, art. 4º, IV, oriente as organizações sob sua jurisdição sobre a importância da implantação do código de ética, em especial a necessidade de (item 2.1.3):*

326.1. *adotar código de ética formalmente, inclusive avaliando a necessidade de complementar o código de ética do servidor público federal ante as suas atividades específicas;*

326.2. *promover ações de disseminação, capacitação ou treinamento do código de ética;*

326.3. *constituir comissão de ética ou outro mecanismo de controle e monitoramento do cumprimento do código de ética instituído.*

327. *Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Câmara de Políticas de Gestão, Desempenho e Competitividade (CGDC) do Conselho de Governo que, com fulcro no art. 2º, II, do Decreto 7.478/2011 (item 2.1.4):*

327.1. *Orienta as organizações sob sua jurisdição sobre a necessidade de a respectiva alta administração estabelecer formalmente:*

327.1.1. objetivos organizacionais para a gestão das aquisições, alinhados às estratégias de negócio;

327.1.2. pelo menos um indicador para cada objetivo definido na forma acima, preferencialmente em termos de benefícios para o negócio da organização;

327.1.3. metas para cada indicador definido na forma acima;

327.1.4. mecanismos que a alta administração adotará para acompanhar o desempenho da gestão das aquisições.

327.2. Promova, mediante orientação normativa, a obrigatoriedade de que a alta administração de cada organização sob sua jurisdição estabeleça os itens acima.

328. Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Controladoria-Geral da União (CGU/PR) que (item 2.3.3);

328.1. Oriente as organizações sob sua jurisdição para que:

328.1.1. observem as diferenças conceituais entre controle interno (a cargo dos gestores responsáveis pelos processos que recebem o controle) e auditoria interna, de forma a não atribuir atividades de cogestão à unidade de auditoria interna;

328.1.2. em decorrência da distinção conceitual acima, avaliem a necessidade de segregar as atribuições e competências das atuais secretarias de controle interno (ou equivalentes), de forma que a mesma unidade organizacional não possua concomitantemente atribuições e competências relativas a atividades de controle interno e a atividades de auditoria interna;

328.1.3. caso exista um conselho superior que supervisione a autoridade máxima da organização, avaliem a possibilidade de que a unidade de auditoria interna fique subordinada a esse conselho, como preconizam as boas práticas sobre o tema, à semelhança das orientações contidas no IPPF 1000 e no item 2.34.5 do código de melhores práticas de governança corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa;

328.1.4. promovam uma autoavaliação da unidade de auditoria interna, confrontando suas práticas com as boas práticas sobre o tema, como, por exemplo, aquelas contidas no IPPF, e utilizem o resultado para promover as melhorias consideradas adequadas em cada caso;

328.1.5. Avalie a conveniência e oportunidade de propor revisão dos marcos normativos e manuais de procedimentos que tratam de controle interno e auditoria interna de forma a adequá-los às boas práticas sobre o tema, como o Coso II e o IPPF (International Professional Practices Framework).

329. Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Secretaria do Tesouro Nacional (STN/MF) que, com base no art. 11, I, da Lei 10.180/2001, defina critérios para, no caso de necessidade de limitações de empenho e de movimentação financeira para atender ao art. 9º da Lei Complementar 101/2001, priorizar a liberação de recursos públicos que não estão atrelados a despesas obrigatórias segundo a capacidade das organizações de converter tais recursos nos benefícios pretendidos, utilizando como subsídio métricas de risco, que incluem a inexistência de plano estratégico da organização como fator de alto risco (item 2.4.1).

330. Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Secretaria de Orçamento Federal (SOF/MPOG) que (item 5):

330.1. Com base no art. 20, II, do Decreto 8.189/2014, inclua nas normas de elaboração do orçamento federal a obrigatoriedade de as organizações encaminharem, juntamente com as propostas orçamentárias, documento que materialize a gestão de riscos das aquisições relevantes, contendo identificação, análise, avaliação e tratamento dos riscos;

330.2. Com base no art. 7º, III, da Lei 10.180/2001, defina critérios para a alocação de recursos orçamentários segundo a capacidade das organizações de converter tais recursos nos benefícios

pretendidos (eficácia e efetividade), utilizando como subsídio os documentos sobre gestão dos riscos das aquisições relevantes encaminhados juntamente com as propostas orçamentárias na forma acima.

331. *Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Secretaria de Gestão Pública (Segep/MPOG) que, em atenção ao art. 5º, I e §1º, do Decreto 5.707/2006 estabeleça, após consulta à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MPOG), um modelo de competências para os atores da função aquisição, em especial daqueles que desempenham papéis ligados à governança e à gestão das aquisições (item 2.5.1).*

332. *Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, ao Comitê Gestor da Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal que, em atenção ao art. 7º, II e IV, do Decreto 5.707/2006, estabeleça, após consulta à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, um programa de capacitação em governança e em gestão das aquisições (item 2.5.2).*

333. *Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR) que avalie as orientações contidas no acórdão que vier a ser proferido e adote as medidas necessárias à implementação na sua jurisdição (Decreto 6.021/2007, art. 3º, I, 'b').*

334. *Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, ao Conselho Nacional de Justiça que avalie as orientações contidas no Acórdão que vier a ser proferido e adote as medidas necessárias à implementação na sua jurisdição (Constituição Federal, art. 104-B, §4º, II).*

335. *Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, ao Conselho Nacional do Ministério Público que avalie as orientações contidas no acórdão que vier a ser proferido e adote as medidas necessárias à implementação na sua jurisdição (Constituição Federal, art. 130-A, §4º, II).*

336. *Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, ao gestor do Fundo Constitucional do Distrito Federal (FCDF) que avalie as orientações contidas no acórdão que vier a ser proferido e adote as medidas necessárias à implementação na sua jurisdição (Lei 10.663/2002, art. 1º).*

337. *Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, aos Conselhos Federais das profissões regulamentadas que avaliem as orientações contidas no acórdão que vier a ser proferido e adotem as medidas necessárias à implementação na sua jurisdição.*

338. *Recomendar, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, às direções nacionais das organizações integrantes do 'Sistema S' que avaliem as orientações contidas no acórdão que vier a ser proferido e adotem as medidas necessárias à implementação na sua jurisdição.*

339. *Recomendar, com fundamento na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, ao Tribunal de Contas da União que avalie as orientações contidas no acórdão que vier a ser proferido e, caso adequado a sua realidade, adote as medidas necessárias à implementação no seu âmbito.*

340. *Recomendar, com fundamento na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, à Câmara dos Deputados que avalie as orientações contidas no acórdão que vier a ser proferido e, caso adequado a sua realidade, adote as medidas necessárias à implementação no seu âmbito.*

341. *Recomendar, com fundamento na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c RITCU, art. 250, inciso III, ao Senado Federal que avalie as orientações contidas no acórdão que vier a ser proferido e, caso adequado a sua realidade, adote as medidas necessárias à implementação no seu âmbito.*

342. *Recomendar à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU (Segecex/TCU) que avalie a conveniência e oportunidade de empreender estudos para rever a IN-TCU 28/1999, com vistas a implementar modelo de negócio para o sítio Contas Públicas de forma a, simultaneamente, facilitar a publicação e manutenção de informação atualizada pelos gestores públicos, e permitir a consolidação e disponibilização dessas informações preferencialmente em dados abertos, podendo valer-se da avaliação de soluções tecnológicas baseadas em webservices (item 2.3.4).*

343. *Autorizar que a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog/TCU):*

343.1. *notifique às organizações que não responderam ao questionário do levantamento que elas possuem novo prazo de trinta dias para essa finalidade, alertando-as que o desatendimento injustificado da diligência sujeita o responsável à multa prevista no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992;*

343.2. *encaminhe relatório individualizado para as organizações participantes do presente levantamento, discriminando os seus respectivos resultados e comparações com os resultados médios das organizações dos seus segmentos de negócio e de toda a APF, como forma de subsidiar o planejamento dessas organizações, incluindo neste relatório orientação para que as organizações, em atenção ao art. 6º da Lei 12.527/2011, avaliem a divulgação, preferencialmente na Internet, das informações constantes do relatório encaminhado pela Selog, com exceção daquelas classificadas como não públicas nos termos da lei (item 2.1.4);*

343.3. *divulgue as informações consolidadas obtidas neste levantamento em informativo e em sumários executivos, sem a identificação individual das organizações respondentes (item 6);*

343.4. *promova, com os OGS, a divulgação, inclusive por meio de eventos, das deliberações dirigidas aos órgãos governantes superiores por meio do acórdão que vier a ser proferido, como forma de mitigar os riscos da sua implementação (item 6);*

343.5. *oriente os OGS para que, ao cumprir as recomendações de expedir orientações aos seus jurisdicionados, não se limite a reproduzir as orientações do TCU por meio de comunicados, avaliando a necessidade de detalhar os procedimentos necessários a implementação de cada controle recomendado na medida da necessidade das organizações sob sua jurisdição (item 6);*

343.6. *encaminhe, caso solicitado, para cada OGS os dados individualizados dos seus jurisdicionados, alertando-os para a classificação da informação (item 5);*

343.7. *remeta cópia do acórdão que vier a ser proferido nestes autos, acompanhado do relatório e voto que o fundamentar, além da cópia integral do relatório da equipe de auditoria, à(o)(s):*

343.7.1. *Organizações a que foram dirigidas as deliberações;*

343.7.2. *Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal;*

343.7.3. *Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados;*

343.7.4. *Casa Civil da Presidência da República;*

343.7.5. *Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, para conhecimento do trabalho (item 6).*

343.8. *Indeferir todos os pedidos de vista e cópia formulados neste processo (peças 4, 5, 1357, 1376, 1392, 1404, 1406, 1408, 1412, 1414 e 1419).*

344. *Arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, V, do RITCU. ”*

É o relatório.

VOTO

Trago à consideração de Vossas Excelências levantamento realizado com o objetivo de sistematizar informações a respeito da situação da governança e da gestão das aquisições no âmbito da Administração Pública Federal (APF) e identificar os pontos vulneráveis para induzir melhorias nessa área.

2. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem buscado, nos últimos anos, incorporar aos seus trabalhos a realização de diagnósticos setoriais a respeito da situação da governança na Administração Federal, de modo a incentivar a adoção de boas práticas pelos órgãos e entidades, a exemplo de levantamentos na área de governança e gestão de tecnologia da informação (TI); de maturidade em gestão de riscos da administração pública federal indireta; de governança e gestão de pessoas; e de governança e gestão das aquisições. Nesta oportunidade, aprofunda a análise do importante tema contratação pública, que envolve de 10% a 15% do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional, com valores de aproximadamente R\$ 500 bilhões/ano. Além disso, em pesquisa realizada pela equipe de fiscalização, apenas *“4% das organizações afirmaram não ter suas atividades relevantes afetadas pelas aquisições, ao passo que praticamente metade das organizações para imediatamente suas ações relevantes se não ocorrerem aquisições”*.

3. O referido levantamento teve por base os dados coletados por meio de questionários de autoavaliação respondidos por 376 organizações públicas federais, representando 97% da amostra selecionada. A fiscalização realizada pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) apresentou resultados que demandam atenção por parte deste Tribunal. Os respondentes apresentaram níveis insatisfatórios na maior parte dos componentes do modelo utilizado neste levantamento, com a indicação de que existem deficiências relevantes nos sistemas de governança e gestão das aquisições da maioria das organizações avaliadas. Sem prejuízo dos destaques que farei adiante, incorporo às minhas razões de decidir a manifestação da unidade técnica.

4. Governança das aquisições pode ser entendida como o conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle que objetivam assegurar que as decisões e as ações relativas à gestão das aquisições estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas. Não deve, portanto, ser confundida com gestão das aquisições, que representa uma função da governança e traduz a maneira pela qual se executa o direcionamento estratégico estabelecido.

5. Os principais objetivos desse tipo de governança são alinhar as políticas e as estratégias de gestão das aquisições às prioridades do negócio da organização em prol de resultados; otimizar a disponibilidade e o desempenho dos objetos adquiridos; mitigar riscos nas aquisições; e assegurar a utilização eficiente de recursos.

6. As conclusões obtidas neste trabalho viabilizam a obtenção de amplo diagnóstico a ser utilizado por esta Corte no direcionamento das ações de controle a serem adotadas em todas as áreas que envolvam aquisições.

7. Destaco que fiscalização complementar a que ora se delibera foi apreciada por este Plenário, por meio do Acórdão 2328/2015, com o objetivo de avaliar se as práticas de governança e gestão das aquisições adotadas em vinte órgãos e entidades da Administração Pública Federal apresentam-se aderentes às boas práticas e à legislação pertinente.

I – PERFIL DE GOVERNANÇA E GESTÃO DAS AQUISIÇÕES

8. Considerando a inexistência de um modelo reconhecido para governança das aquisições, a equipe de fiscalização desenvolveu uma proposta que agrupou duas macrodimensões e oito dimensões. Na primeira macrodimensão (governança), foram consideradas as três dimensões sugeridas pelo Referencial Básico de Governança do TCU: “Liderança”, “Estratégia” e “Controle”; enquanto na segunda (controles da gestão), inspirada no modelo contido no Referencial do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPublica), as dimensões foram “Planos”, “Pessoas”,

“Processos”, “Informações e conhecimento” e “Resultados”.

9. Na dimensão “liderança”, a metodologia utilizada pela Selog, com base nos dados coletados pela pesquisa, indicou que aproximadamente 75% das organizações encontram-se em estágio de capacidade inicial, o que sugere que a maior parte da alta administração das organizações tem se responsabilizado de forma inadequada pelos instrumentos de governança das aquisições, comprometendo a avaliação, o direcionamento e a monitoração da gestão das aquisições.

10. As principais deficiências identificadas nessa dimensão estão relacionadas à seleção dos ocupantes das funções-chave, vez que 60% das organizações declararam não selecionar profissionais na área das aquisições por meio de processo formal, transparente e baseado em competências; avaliação da estrutura de recursos humanos, com apenas 40% informando que utilizam algum critério técnico em avaliação periódica; implantação de código de ética; e liderança organizacional, com mais de 70% deixando de fixar pelo menos um indicador para cada objetivo da gestão das aquisições ou mecanismos de controle do cumprimento das metas da gestão das aquisições.

11. Em termos de “estratégia”, cerca de metade das organizações encontra-se em estágio inicial, ou seja, estabelece de forma inadequada diretrizes que devem ser seguidas pela gestão para o alcance dos objetivos fixados. As principais deficiências estão relacionadas à equivocada estipulação de critérios para as aquisições; definição de competências, atribuições e responsabilidades; e instituição de instâncias colegiadas.

12. No “controle”, aproximadamente 75% das organizações encontram-se em estágio de capacidade inicial, o que indica que a ausência de monitoramento adequado pela alta administração da gestão das aquisições dificulta a adoção de medidas corretivas em casos de desvios em relação às diretrizes por ela definidas. Os principais problemas identificados relacionam-se a áreas de gestão de riscos, onde 84% das organizações declararam que não estabelecem diretivas para o gerenciamento de riscos das aquisições; deficiências nos canais de denúncia; deficiências na função de auditoria interna, setor em que foi detectada a possibilidade de atividades de cogestão pela ausência de distinção entre as ações de controle interno e de auditoria interna; e fragilidade em **accountability**.

13. Na dimensão “Planos”, quase metade das organizações encontra-se em estágio de capacidade inicial, o que indica a ausência de controles que viabilizem o direcionamento dado pela alta administração. As deficiências identificadas relacionam-se ao processo de planejamento estratégico e de planejamento das aquisições. De acordo com a equipe, *“46% das organizações executam processo de planejamento das aquisições, aprovando um plano de aquisições (ou documento similar) para o período mínimo de um ano, e apenas 27% dos planos elaborados são publicados na Internet”*.

14. No mesmo sentido, com base nos dados declarados e na forma de cálculo exposta no trabalho, mais da metade das organizações encontram-se em estágio de capacidade inicial em “Pessoas”, resultado próximo àqueles identificado pelo TCU quando do levantamento de governança de pessoas (Acórdão 2.023/2013-Plenário), o que demonstra a dificuldade de órgãos e entidades em atrair, desenvolver e reter talentos necessários para a boa gestão das aquisições. Os principais problemas estão correlacionados às áreas de mapeamento de competências e capacitação.

15. No que tange a “Processos”, a situação é um pouco mais confortável. Foi a dimensão em que as organizações apresentaram menor deficiência de capacidade, com problemas identificados na formalização de processos de trabalho; nos controles internos em nível de atividade no processo de aquisição; e no estabelecimento e adesão a padrões.

16. Na dimensão “Informação e conhecimento”, cerca de 60% das organizações encontram-se em estágio de capacidade inicial. As principais deficiências relacionam-se a iniciativas de gestão do conhecimento promovidas pelos Órgãos Governantes Superiores - OGS.

II – ÍNDICE DE GOVERNANÇA E GESTÃO DAS AQUISIÇÕES (iGov Aquisições)

17. A definição de um modelo geral de governança tem sido buscada pelo TCU desde os primeiros levantamentos realizados em 2007, inicialmente na área de TI. O cálculo de indicador de governança, decorrente do amadurecimento desses levantamentos, tem se tornado um robusto

referencial orientador para gestores que se preocupam em aprimorar as práticas de governança nas organizações públicas.

18. Recentemente, tive oportunidade de relatar levantamento, realizado em conjunto com a quase totalidade dos Tribunais de Contas do país, com o intuito de sistematizar informações sobre a situação da governança pública em âmbito nacional - esferas federal, estadual, distrital e municipal, oportunidade em que foi apresentado o índice de governança pública (iGG) por meio de metodologia que atribui pesos a diversos quesitos avaliados (Acórdão 1273/2015-TCU-Plenário). Naturalmente, como destaquei naquele voto, esses tipos de índices não devem ser compreendidos como uma medida precisa de governança pública de uma dada organização, e sim como uma referência e um instrumento de autoavaliação da sua capacidade nessa área em subsídio ao seu processo de melhoria.

19. Neste trabalho, a equipe buscou definir o índice iGovAquisições, calculado por meio de média aritmética, ponderando o valor atribuído a variável resposta obtida nas questões com o peso dessa variável. Vale lembrar que as informações utilizadas para cálculo desse índice foram fornecidas pelos gestores por meio de encaminhamento de questionário, ou seja, a equipe do TCU não teve, até o momento, a oportunidade de verificar, com base numa amostra estatisticamente válida, a real confiabilidade de todas as respostas. Nesse sentido, cabe lembrar que o Acórdão 2328/2015-TCU-Plenário, que tratou de fiscalização em vinte unidades jurisdicionadas com o objetivo de ratificar (ou retificar) as informações apresentadas em resposta ao levantamento do perfil de governança das aquisições tratado neste trabalho, constatou que em dezenove delas a situação real apresenta maior quantidade de deficiências de que a declarada, sugerindo que na Administração Pública Federal o cenário também pode ser o mesmo em relação ao apresentado por meio da tabulação dos dados declarados pelos jurisdicionados no perfilGovAquisicoes2013.

20. Os resultados da avaliação com base no iGovAquisições demonstram que a maior parte das organizações (56,5%) encontra-se em estágio inicial de capacidade em governança e gestão das aquisições, 40% em nível intermediário, e somente 3,5% estão em estágio aprimorada. Interessante análise estatística conclui que a correlação entre as dimensões estudadas tem destaque para a “liderança”, ou seja, sempre que esta dimensão é maior, as demais capacidades também tendem a ser de melhor qualidade.

21. Essa quantidade de dados levantada permite também um mapeamento de risco nas contratações públicas, excelente indicativo para orientar as próximas fiscalizações deste Tribunal, isto é, a comparação entre o valor das despesas licitáveis com o iGovAquisições das organizações avaliadas pode fornecer uma distribuição indicativa de risco, conforme demonstrou a equipe na figura 34 de seu relatório. Naquela figura, aparecem em vermelho e laranja, as organizações que despendem quantias vultosas em aquisições e não dispõem de boa capacidade de governar e gerir bem essas aquisições, o que indica maior risco na utilização dos recursos públicos. Por sua vez, a faixa amarela apresenta as organizações com boa governança e elevadas despesas em aquisições ou com governança inicial, mas sem grandes valores em aquisições. Em verde e azul, as organizações que têm razoável governança e administram despesas medianas e, em princípio, com controles suficientes.

22. Dessa forma, pode-se concluir que quanto menor a capacidade de governança de uma organização pública, maior o risco de que não sejam bem aplicados os recursos públicos em benefício da sociedade. Por consequência, a Administração Pública, por meio de seus órgãos governantes superiores e da Secretaria do Tesouro Nacional, possui três frentes de atuação: criar condições para que as organizações aumentem suas capacidades em governança e gestão das aquisições; priorizar a alocação de recursos públicos segundo a capacidade de as organizações converterem tais recursos nos benefícios pretendidos, utilizando como subsídio métricas de risco e os planos de melhoria da governança e da gestão das aquisições das organizações com maiores riscos; e priorizar a liberação de recursos, em caso de contingenciamento, também segundo esse critério.

23. As deficiências listadas pela equipe da Selog são suficientes para que o Tribunal formule o conjunto de recomendações propostas pela equipe de fiscalização de modo a aprimorar os sistemas de governança e gestão das aquisições da maioria das organizações que se autoavaliaram, o que as expõe

a diversos riscos relevantes, resumidos no parágrafo 312 do relatório de fiscalização, e contribui para a redução de sua capacidade de gerar resultados e benefícios para a sociedade. Especial atenção deve ser dada aos Órgãos Governantes Superiores (OGS) para que orientem as organizações sob sua supervisão quanto à melhor estratégia de amadurecimento nas práticas de governança e gestão de aquisições.

24. Entendo, entretanto, oportuno que se promova ajuste no teor da proposta da unidade técnica em relação à recomendação formulada para a Segecex quanto à avaliação da conveniência e oportunidade de empreender estudos para rever a IN 28/1999 – TCU, em especial pela evolução dos Portais de Transparência da Administração ocorrida nestes últimos quinze anos, assim como diante da aprovação da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).

25. Também importante o encaminhamento de cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam, aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, para conhecimento do trabalho e possibilidade de difusão do tema nas esferas estaduais e municipais.

26. Por fim, considerando a natureza sigilosa das informações coletadas nestes autos por meio de pesquisa junto a 376 organizações públicas federais, proponho o indeferimento de todos os pedidos de vista e cópia formulados neste processo.

27. Agradeço as valiosas sugestões apresentadas diretamente ao meu gabinete e na fase de discussão do processo em Plenário pelos eminentes ministros-substitutos Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira que aperfeiçoaram o acórdão em questão.”

28. Feitas essas considerações, parablenzo a Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado) e a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), bem como os servidores desta Casa que se dedicaram com afinco para que este trabalho inovador pudesse ser materializado: Cláudio Souza Castello Branco, Frederico Júlio Goepfert Junior, Carlos Renato Braga, Luiz Geraldo Santos Wolmer e Rui Ribeiro.

Ante o exposto, VOTO por que este Tribunal adote a minuta de Acórdão que ora trago à apreciação deste Colegiado.

Ante o exposto, VOTO por que este Tribunal adote a minuta de Acórdão que ora trago à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 21 de outubro de 2015.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

ACÓRDÃO Nº 2622/2015 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 025.068/2013-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto: V – Relatório de Levantamento.
3. Interessados: Tribunal de Contas da União.
4. Órgãos/Entidades: Ministério da Fazenda (vinculador); Advocacia-Geral da União; e outros.
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação legal:
 - 8.1. Jacir Scartezini (7323/SC-OAB) e outros, representando Banco da Amazônia S.A.;
 - 8.2. Nelson Antonio de Souza, Célia Maria de Sousa (CPF 244.602.733-49) e outros, representando Banco do Nordeste do Brasil S.A.;
 - 8.3. Maria Fernanda Nascimento Silva Castellani (115.366/RJ-OAB) e outros, representando Casa da Moeda do Brasil;
 - 8.4. Alcione Soares Menezes Filho (CPF 710.244.177-00) e outros, representando Companhia Brasileira de Trens Urbanos;
 - 8.5. Andre Ribeiro Mignani (CPF 078.614.147-060) e outros, representando Eletrobrás Termonuclear S.A.;
 - 8.6. Guilherme Rodrigues Dias (58476/RJ-OAB) e outros, representando Petrobras Distribuidora S.A. - MME;
 - 8.7. Nilton Antônio de Almeida Maia (67460/RJ-OAB) e outros, representando Petróleo Brasileiro S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de levantamento com o objetivo de sistematizar informações sobre a situação da governança e da gestão das aquisições em amostra de organizações da Administração Pública Federal (APF), a fim de identificar os pontos vulneráveis e induzir melhorias na área,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/92 c/c o art. 250, incisos II e III, do Regimento Interno, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que expeça orientações no sentido de que, quando pertinente, a escolha dos ocupantes de funções-chave, funções de confiança ou cargos em comissão na área de aquisições seja fundamentada nos perfis de competências definidos no modelo e sempre pautada pelos princípios da transparência, da motivação, da eficiência e do interesse público;

9.2 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP) que:

9.2.1. oriente as organizações sob sua esfera de atuação a:

9.2.1.1. realizar avaliação quantitativa e qualitativa do pessoal do setor de aquisições, de forma a delimitar as necessidades de recursos humanos para que esses setores realizem a gestão das atividades de aquisições da organização;

9.2.1.2. estabelecer diretrizes para as suas aquisições, incluindo as referentes a terceirização (execução de serviços de forma generalizada, com ou sem cessão de mão-de-obra), compras, estoques, sustentabilidade e compras conjuntas;

9.2.1.3. avaliar se os normativos internos estabelecem:

9.2.1.3.1. definição da estrutura organizacional da área de aquisições, e as competências, atribuições e responsabilidades das áreas e dos cargos efetivos e comissionados, de forma a atender os objetivos a ela designados;

9.2.1.3.2. competências, atribuições e responsabilidades, com respeito às aquisições, dos dirigentes, nesses incluídos a responsabilidade pelo estabelecimento de políticas e procedimentos de controles internos necessários para mitigar os riscos nas aquisições;

9.2.1.3.3. política de delegação e reserva de competência para autorização de todos os tipos de contratações (atividades de custeio ou de investimento), que deve ser elaborada após a avaliação das necessidades e riscos da organização e acompanhada do estabelecimento de controles internos para monitorar os atos delegados;

9.2.1.4. avaliar a necessidade de atribuir a um comitê, integrado por representantes de diferentes setores da organização (área finalística e área meio), a responsabilidade por auxiliar a alta administração nas decisões relativas às aquisições, com o objetivo de buscar o melhor resultado para a organização como um todo;

9.2.1.5. estabelecer diretrizes para a gestão de riscos nas aquisições;

9.2.1.6. capacitar os gestores da área de aquisições em gestão de riscos;

9.2.1.7. realizar gestão de riscos nas aquisições;

9.2.1.8. publicar todos os documentos que integram os processos de aquisição (e.g., solicitação de aquisição, estudos técnicos preliminares, estimativas de preços, pareceres técnicos e jurídicos etc.) na **internet**, a menos dos considerados sigilosos nos termos da lei, em atenção aos arts. 3º, I a V, 5º, 7º, VI e 8º, §1º, IV e §2º, da Lei 12.527/2011;

9.2.1.9. determinar a publicação, na sua página na **internet**, da decisão quanto à regularidade das contas proferida pelo órgão de controle externo;

9.2.1.10. estabelecer diretrizes para garantir que, de ofício, sejam apurados os fatos com indício de irregularidade ou contrários à política de governança, promovendo a responsabilização em caso de comprovação;

9.2.1.11. determinar a publicação da agenda de compromissos públicos do principal gestor responsável pelas aquisições;

9.2.1.12. executar processo de planejamento das aquisições, contemplando, pelo menos:

9.2.1.12.1. elaboração, com participação de representantes dos diversos setores da organização, de um documento que materialize o plano de aquisições, contemplando, para cada contratação pretendida, informações como: descrição do objeto, quantidade estimada para a contratação, valor estimado, identificação do requisitante, justificativa da necessidade, período estimado para executar a aquisição (e.g., mês), programa/ação suportado(a) pela aquisição, e objetivo(s) estratégico(s) apoiado(s) pela aquisição;

9.2.1.12.2. aprovação, pela mais alta autoridade da organização, do plano de aquisições;

9.2.1.12.3. divulgação do plano de aquisições na **internet**;

9.2.1.12.4. acompanhamento periódico da execução do plano, para correção de desvios;

9.2.2. elabore um modelo de processo de aquisições para a Administração Pública, para a contratação de bens e serviços, e a gestão dos contratos decorrentes, considerando as diretrizes constantes dos Acórdãos 786/2006, 1480/2008 e 1.915/2010, todos do Plenário do TCU, adaptando-os à aquisição de objetos de todos os tipos e não apenas aos objetos de tecnologia da informação, em especial:

9.2.2.1. modelagem básica dos processos de trabalho de aquisição, incluindo o planejamento da contratação, a seleção do fornecedor e a gestão dos contratos decorrentes;

9.2.2.2. definição de papéis e responsabilidades dos agentes envolvidos em cada fase;

9.2.2.3. elaboração de modelos de artefatos a serem produzidos;

9.2.2.4. utilização de estudo de modelos já existentes como subsídio para formulação de seu próprio modelo;

9.2.2.5. planejamento das contratações, iniciando-se pela oficialização das demandas, o que permitirá o planejamento de soluções completas, que atendam às necessidades expressas nas demandas;

9.2.2.6. definição de conceitos e referências à legislação e à jurisprudência;

9.2.2.7. mensuração da prestação de serviços por bens e serviços efetivamente entregues segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão-de-obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, utilizando-se de metodologia expressamente definida no edital;

9.2.2.8. inclusão dos controles internos em nível de atividade, podendo ainda avaliar a inclusão dos demais controles sugeridos no documento Riscos e Controles nas Aquisições – RCA, que pode ser acessado em <http://www.tcu.gov.br/selog>;

9.2.3. promova a implementação do modelo de processo de aquisições, elaborado nas organizações sob sua esfera de atuação mediante orientação normativa única, consolidando, se necessário, as orientações normativas em vigor;

9.2.4. implante e disponibilize comunidade de prática do tema governança e da gestão das aquisições para os seus jurisdicionados;

9.3. recomendar à Comissão de Ética Pública que, em atenção ao Decreto 6.029/2007, art. 4º, IV, oriente as organizações sob sua esfera de atuação sobre a importância da implantação do código de ética, em especial a necessidade de:

9.3.1. adotar código de ética formalmente, inclusive avaliando a necessidade de complementar o código de ética do servidor público federal ante as suas atividades específicas;

9.3.2. promover ações de disseminação, capacitação ou treinamento do código de ética;

9.3.3. constituir comissão de ética ou outro mecanismo de controle e monitoramento do cumprimento do código de ética instituído;

9.4. recomendar à Câmara de Políticas de Gestão, Desempenho e Competitividade (CGDC) do Conselho de Governo que, com fulcro no art. 2º, II, do Decreto 7.478/2011:

9.4.1. oriente as organizações sob sua esfera de atuação sobre a necessidade de a respectiva alta administração estabelecer formalmente:

9.4.1.1. objetivos organizacionais para a gestão das aquisições, alinhados às estratégias de negócio;

9.4.1.2. pelo menos um indicador para cada objetivo definido na forma acima, preferencialmente em termos de benefícios para o negócio da organização;

9.4.1.3. metas para cada indicador definido na forma acima;

9.4.1.4. mecanismos que a alta administração adotará para acompanhar o desempenho da gestão das aquisições.

9.4.2. promova, mediante orientação normativa, a obrigatoriedade de que a alta administração de cada organização sob sua esfera de atuação estabeleça os itens acima.

9.5. recomendar à Controladoria-Geral da União (CGU/PR) que continue a orientar as organizações sob sua esfera de atuação para que:

9.5.1. observem as diferenças conceituais entre controle interno e auditoria interna, de forma a não atribuir atividades de cogestão à unidade de auditoria interna;

9.5.2. em decorrência da distinção conceitual acima, avaliem a necessidade de segregar as atribuições e competências das atuais secretarias de controle interno (ou equivalentes), de forma que a mesma unidade organizacional não possua concomitantemente atribuições e competências relativas a atividades de controle interno e a atividades de auditoria interna;

9.5.3. caso exista um conselho superior que supervisione a autoridade máxima da organização, avaliem a possibilidade de que a unidade de auditoria interna fique subordinada a esse conselho, como preconizam as boas práticas sobre o tema, à semelhança das orientações contidas no IPPF 1000 e no item 2.34.5 do código de melhores práticas de governança corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa;

9.5.4. promovam uma autoavaliação da unidade de auditoria interna, confrontando suas práticas com as boas práticas sobre o tema, como, por exemplo, aquelas contidas no IPPF, e utilizem o resultado para promover as melhorias consideradas adequadas em cada caso;

9.5.5. avaliem a conveniência e oportunidade de propor revisão dos marcos normativos e manuais de procedimentos que tratam de controle interno e auditoria interna de forma a adequá-los às boas práticas sobre o tema, como o Coso II e o IPPF (**International Professional Practices Framework**);

9.6. recomendar à Secretaria de Orçamento Federal (SOF/MPOG) que, com base no art. 20, II, do Decreto 8.189/2014, inclua nas normas de elaboração do orçamento federal a obrigatoriedade de as organizações encaminharem, juntamente com as propostas orçamentárias, documento que materialize a gestão de riscos das aquisições relevantes, contendo identificação, análise, avaliação e tratamento dos riscos;

9.7. recomendar à Secretaria de Gestão Pública (Segep/MPOG) que, em atenção ao art. 5º, I e §1º, do Decreto 5.707/2006 estabeleça, após consulta à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MPOG), um modelo de competências para os atores da função aquisição, em especial daqueles que desempenham papéis ligados à governança e à gestão das aquisições.

9.8. recomendar ao Comitê Gestor da Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal que, em atenção ao art. 7º, II e IV, do Decreto 5.707/2006, estabeleça, após consulta à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, um programa de capacitação em governança e em gestão das aquisições;

9.9. recomendar aos órgãos e entidades a seguir relacionados que avaliem as orientações contidas no presente acórdão e adotem as medidas necessárias à implementação na sua esfera de atuação:

9.9.1. Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR);

9.9.2. Conselho Nacional de Justiça;

9.9.3. Conselho Nacional do Ministério Público;

9.9.4. Fundo Constitucional do Distrito Federal (FCDF);

9.9.5. Conselhos Federais das Profissões Regulamentadas;

9.9.6. direções nacionais das organizações integrantes do “Sistema S”;

9.10. recomendar ao Senado Federal, Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União que avaliem as orientações contidas no presente acórdão e, caso adequado a sua realidade, adotem as medidas necessárias à implementação no seu âmbito;

9.11. recomendar à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU (Segecex) que avalie a conveniência e oportunidade de empreender estudos para rever a IN 28/1999 – TCU com vistas a harmonizar as informações com os demais Portais de Transparência da Administração existentes e com as regras da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), a fim de evitar duplicidade de trabalho e facilitar o acesso à informação pelos usuários;

9.12. autorizar que a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog/TCU):

9.12.1. encaminhe relatório individualizado para as organizações participantes do presente levantamento, discriminando os seus respectivos resultados e comparações com os resultados médios das organizações dos seus segmentos de negócio e de toda a Administração Pública Federal, como forma de subsidiar o planejamento dessas organizações;

9.12.2. divulgue as informações consolidadas obtidas neste levantamento em informativo e em sumários executivos, sem a identificação individual das organizações respondentes;

9.12.3. promova, com os Órgãos Governantes Superiores (OGS), a divulgação, inclusive por meio de eventos, das deliberações dirigidas aos órgãos governantes superiores por meio do presente acórdão, como forma de mitigar os riscos da sua implementação;

9.12.4. oriente os OGS para que, ao cumprir as recomendações de expedir orientações aos seus jurisdicionados, não se limite a reproduzir as orientações do TCU por meio de comunicados, avaliando a necessidade de detalhar os procedimentos necessários a implementação de cada controle recomendado na medida da necessidade das organizações sob sua esfera de atuação;

9.12.5. encaminhe, caso solicitado, para cada OGS os dados individualizados dos seus jurisdicionados, alertando-os para a classificação da informação;

9.13. encaminhar cópia do presente Acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam à(o)(s):

9.13.1. Organizações a que foram dirigidas as deliberações;

9.13.2. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal;

9.13.3. Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados;

9.13.4. Casa Civil da Presidência da República;

9.13.5. Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, para conhecimento do trabalho;

9.14. indeferir todos os pedidos de vista e cópia formulados neste processo, bem como os que porventura sejam encaminhados no mesmo sentido, tendo em vista a importância de que as respostas individualizadas dos questionários sejam mantidas reservadas;

9.15. classificar como público o presente acórdão, assim como o relatório e voto que o fundamentam, classificando todas as demais peças deste processo como reservadas, nos termos do art. 4º, §§ 1º e 2º, c/c art. 7º, VIII e parágrafo único, todos da Resolução-TCU 254/2013;

9.16. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, V, do RITCU.

10. Ata nº 42/2015 – Plenário.

11. Data da Sessão: 21/10/2015 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2622-42/15-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator), José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: André Luís de Carvalho.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

AROLDO CEDRAZ

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

AUGUSTO NARDES

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

PAULO SOARES BUGARIN

Procurador-Geral

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 005.506/2017-4

Natureza(s): Representação

Órgãos/Entidades: Advocacia - Geral da União; Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF; Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação; Ministério da Educação

Representação legal: não há

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO MARANHÃO. IRREGULARIDADES NA DESTINAÇÃO DO PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DEVIDA PELA UNIÃO NO ÂMBITO DO EXTINTO FUNDEF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONDENANDO A UNIÃO AO PAGAMENTO DOS VALORES JÁ TRANSITADA EM JULGADO. CONTRATAÇÃO DE TRÊS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA, POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, COM A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS CORRESPONDENTES A 20% DO ÊXITO, POR CENTO E DEZ MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO. RISCO DE DESVIO DE RECURSOS CONSTITUCIONALMENTE VINCULADOS À EDUCAÇÃO PARA O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS EM RAZÃO DO ARTIGO 22, §4º, DA LEI 8906/1994. VINCULAÇÃO DE ORDEM CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM FINALIDADE DIVERSA. PLÚRIMAS IRREGULARIDADES. DANO AO ERÁRIO. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE QUE DEU CAUSA AOS DESVIOS. IRREGULARIDADES GRAVÍSSIMAS. DETERMINAÇÕES.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a instrução (peça 60) que contou com a aquiescência do Titular da Unidade Técnica (peça 62), *in verbis*:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, *inaudita altera pars*, acerca de possíveis irregularidades na destinação do pagamento de precatórios aos municípios que ingressaram em juízo em relação às diferenças na complementação devida pela União no âmbito do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), sucedido pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

HISTÓRICO

2. A SecexEducação elaborou instrução inicial, em 22/3/2017 (peça 8), com proposta de conhecimento do expediente, bem como a adoção de medida cautelar e realização de oitivas ao Fundo

Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), à Advocacia-Geral da União (AGU) e à Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

3. O Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, em substituição ao Ministro-Relator Walton Alencar, proferiu despacho, em 29/3/2017 (peça 12), com determinação para realização de oitiva prévia do FNDE, para manifestação sobre o pedido de medida cautelar formulado pelos representantes e o item 81, II, da proposta de encaminhamento da Secex/Educação (peça 8). O FNDE deveria informar ainda eventuais orientações já expedidas aos estados e municípios e outras medidas adotadas para garantir que os recursos transferidos pela União a título de diferença no cálculo da complementação, no âmbito do Fundef/Fundeb, sejam gastos exclusivamente em ações de educação.

4. O FNDE encaminhou a resposta em 12/4/2017 (peça 15).

5. Em 19/4/2017, a SecexEducação fez nova instrução (peça 16), com nova proposta de adoção de medida cautelar, bem como a realização de oitivas ao FNDE, à AGU e à STN.

6. O Ministro-Relator Walton Alencar proferiu despacho, em 25/4/2017 (peça 19), com determinação para realização de diligências ao FNDE, à AGU e à STN, nos termos propostos pela SecexEducação. Todavia, entendeu que a medida cautelar anteriormente proposta teria caráter definitivo e se confundiria, propriamente, com o mérito do feito, deixando assim de acolhê-la.

7. A diligência dirigida ao FNDE solicitou as seguintes informações acompanhadas de documentação comprobatória, nos termos do despacho do Min. Relator (peça 19, p. 4):

- a.1) documentação acostada aos autos da ACP 1999.61.00.050616-0, em 15/7/2016, em resposta ao despacho disponibilizado em 15/6/2016 (peça 3, p. 21), indicando os valores que foram efetivamente pagos a cada município e os valores que deveriam ter sido pagos segundo o critério fixado na sentença;
- a.2) tabela discriminando os valores devidos pela União a cada município em razão da mencionada ação civil pública;
- a.3) situação em que se encontram as tratativas com a AGU para a obtenção de um controle acerca do número de ações judiciais ajuizadas e dos municípios autores;
- a.4) tabela discriminando os municípios que já receberam tais recursos;
- a.5) medidas adotadas para compatibilizar o recebimento, de uma só vez, de valor bastante elevado por diversos municípios com os respectivos planos de educação, visando ao melhor aproveitamento desses recursos, o que incluiria a possibilidade afastamento da subvinculação de 60% prevista nos artigos 7º, da Lei 9.424/1996 (Fundef), e 22, da Lei 11.494/2007 (Fundeb);
- a.6) medidas adotadas para o controle da aplicação dos recursos exclusivamente em ações de educação, como o planejamento de fiscalizações e a expedição de normativos, sobretudo considerando o risco de escritórios de advocacia contratados por municípios requererem o pagamento direto de seus honorários contratuais por ocasião da expedição do respectivo precatório (artigo 22, §4º, da Lei 8.906/1994);

8. A resposta do FNDE foi protocolizada no dia 13/6/2017 (peça 46). Porém, os anexos indicados no Ofício 17008/2017/Cgfse/Digef-FNDE, não acompanharam o referido documento. Diante disso, após solicitação por e-mail, os anexos foram acostados ao processo (peça 54).

9. A resposta reafirma, a respeito da aplicação dos recursos provenientes dos precatórios das ações judiciais atinentes ao Fundef, os termos da Nota Técnica 5006/2016-DIGEF/FNDE (peça 15, p. 10-18), elaborada especificamente em relação ao processo judicial 2003.40.00.0032892, e validada pela Procuradoria Federal junto ao FNDE para a presente resposta ao TCU, com base na Nota 00210/2017/COJAD/FNDE/PGF/AGU (peça 15, p. 3-7).

10. Em sua resposta, o FNDE, por meio da Procuradoria Federal junto a entidade (PF/FNDE), salientou que tem orientado os entes governamentais a utilizarem os recursos dos precatórios em estrita observância aos preceitos da Lei 11.494/2007, em consonância com os subsídios técnicos constantes da Nota Técnica 5006/2016. As orientações já expedidas consistiram no encaminhamento da referida

nota técnica aos entes governamentais que, após a obtenção do crédito, procuraram apoio técnico junto ao FNDE, com a finalidade de obter subsídios para a utilização dos recursos.

11. Porém, ressaltou a PF/FNDE, que a competência para o fornecimento de dados das ações judiciais e/ou das tratativas travadas com a AGU seria externa ao FNDE. Ocorre que com base na Portaria Conjunta/AGU 01/2014, a competência para a atuação judicial em matérias referentes ao Fundef/Fundeb é da Procuradoria-Geral da União (PGU), e não da PF/FNDE. Diante disso, recomendou provocar a PGU, “para que, se entender cabível, se manifeste quanto à solicitação ora submetida ao FNDE” (peça 54, p. 7).

12. A ausência de tal informação, no entanto, não compromete o prosseguimento do presente feito, visto que a listagem dos estados que receberam complementação entre 1998 e 2006 é pública. Embora, diante do silêncio da PGU, não se possa determinar quais municípios já ingressaram com ações judiciais, tem-se que todos os municípios dos estados listados receberam recursos da complementação da União e, por conseguinte, têm direito a pleitear o cumprimento da sentença da ACP 1999.61.00.050616-0. A referida listagem dos estados que receberam a complementação foi divulgada anualmente por meio de portarias, conforme tabela abaixo:

Ano	Estados que receberam complementação da União	Fonte
1998	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 341, de 23.12.1998
1999	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 349, de 24.09.1999
2000	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 354, de 29.09.2000
2001	AL, BA, CE, MA, PA, PB e PI	Portaria MF nº 288, de 27.09.2001
2002	BA, MA, PA e PI	Portaria MF nº 27, de 30.01.2002
2003	BA, MA, PA e PI	Portaria MF nº 10, 24.01.2003
2004	AL, BA, CE, MA, PA e PI	Portaria MF nº 400, 20.12.2004
2005	AL, MA, PA e PI	Portaria MF nº 41, 29.03.2005
2006	MA e PA	Portaria MF nº 40, 03.03.2006

13. Quanto à STN, a sua resposta (peças 29 e 30), como será melhor exposta na seção “Exame Técnico”, evidenciou que o órgão tão somente atua na liberação de recursos relativos aos precatórios “de forma global”, em conformidade com os valores dispostos na Lei Orçamentária e em consonância com o cronograma de desembolso publicado pelos Tribunais competentes.” (grifos no original - Peça 30, p. 2).

14. Assim, a STN não possui competência para interferir nos pagamentos dos precatórios, na ordenação dos pagamentos ou nas contas para os quais serão direcionados. Também não possui competência para retirar destaques, determinados pelo judiciário, para pagamento de honorários advocatícios.

15. Finalmente, a resposta da AGU (peça 44) esclareceu que o órgão já vem adotando medidas judiciais com o objetivo de evitar o pagamento direto de honorários contratuais aos escritórios de advocacia por ocasião da expedição dos precatórios (artigo 22. § 4º, da Lei 8.900/1994), considerando o entendimento de que é indevida a destinação dos recursos de complementação do Fundef para o pagamento de honorários.

16. Porém, a AGU também pontuou que a referida tese tem enfrentado decisões adversas no judiciário, principalmente no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Quando o assunto foi levado ao Supremo Tribunal Federal (STF), a Suprema Corte não vem dando provimento aos recursos por entender que a ofensa à Constituição seria somente indireta (peça 44, p. 8), não tendo julgado o mérito dos processos no que concerne ao desvio de finalidade na aplicação dos recursos.

17. Todas as questões atinentes aos pronunciamentos das entidades e órgãos ouvidos que possam impactar a presente instrução serão mais bem analisadas na seção “Exame Técnico”.

EXAME TÉCNICO

a) Fatos narrados e pedido dos representantes (peça 1)

18. Os órgãos representantes alegaram, em síntese, a existência de três ilegalidades envolvendo os pagamentos, devidos por municípios do estado do Maranhão, de serviços prestados por escritórios de advocacia (honorários advocatícios), relacionados a ações judiciais para o recebimento dos valores decorrentes de diferenças na complementação devida pela União no âmbito Fundef (peça 1, p. 2-3):

(...) **a primeira** concernente à celebração de contrato mediante inexigibilidade de licitação, sem a presença dos requisitos legais autorizadores insculpidos no art. 25 da Lei 8.666/93, e sem a necessária competitividade que garanta a higidez do preço pactuado; **a segunda** consistente na pactuação de risco que não estabelece preço certo na contratação e que vincula a remuneração do contratado a um percentual sobre o crédito a ser auferido em desacordo com os arts. 5º, 6º, VIII, e 55, III e V, da Lei 8.666/93, e **a terceira** relacionada à previsão de pagamento do contratado com recursos que possuem destinação vinculada à manutenção e desenvolvimento da educação de qualidade. (Grifo nosso)

19. Inicialmente, os representantes expõem o contexto fático sobre a questão, seguido dos fundamentos jurídicos.

20. Relatam que, em decorrência do acompanhamento do Diário Oficial do Estado do Maranhão, sobre a situação ora tratada, foi detectada a publicação de extratos de contratos de prestação de serviços de advocacia firmados, por inexigibilidade de licitação, entre 110 municípios do Estado do Maranhão e três escritórios de advocacia, sendo que apenas um desses escritórios foi contratado por 105 municípios (João Azêdo e Brasileiro Sociedade de Advogados).

21. Por força do art. 6º da Lei do Fundef (Lei 9424/96), era dever da União complementar os recursos dos fundos regionais sempre que não seja alcançado o valor mínimo anual por aluno (VMAA), definido nacionalmente. O valor repassado a título de complementação foi subestimado pela União.

22. O direito de pleitear as diferenças da complementação do Fundef já se encontrava prescrito na data da assinatura dos sobreditos contratos. Com efeito, embora não tenham declarado em suas propostas (peça 3, p. 10-16), os serviços prestados pelos referidos escritórios consistem unicamente no manejo de cumprimento de sentença coletiva proferida na ACP 1999.61.00.050616-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal de São Paulo, já transitada em julgado. Noutro dizer, os escritórios valeram-se da Ação Civil Pública patrocinada pelo MPF, já em fase de cumprimento de sentença pelo *Parquet*, para protocolizarem 149 pedidos de cumprimento perante a Justiça Federal — Seção Judiciária do DF, em relação a municípios de diversos estados da Federação (todas estas, no caso, pelo escritório João Azêdo e Brasileiro Sociedade de Advogados).

23. Dessa forma, tais contratos seriam, além de ilegais, lesivos ao patrimônio público e ao patrimônio educacional, uma vez que, como já em andamento a execução da ação civil pública do MPF/SP, que importará no recebimento integral, por cada município, das diferenças que lhes são devidas, despendido com honorários advocatícios 20% dos valores recuperados é conduta antieconômica, que causa enormes prejuízos aos cofres públicos e aos alunos do ensino público, isto sem contar os honorários de sucumbência.

24. A respeito dos questionamentos dos cálculos a serem feitos sobre a complementação da União, sempre a menor, o STJ decidiu, pelo rito dos recursos repetitivos, pelo dever da União de efetuar o cálculo do VMAA na forma determinada em lei, e repassar aos entes federados os valores que deixaram de ser complementados quando dos repasses dos recursos do Fundef (REsp 1.105.015/BA).

25. Assim, para os municípios que receberam complementação da União entre 1998 e 2006, a questão encontra-se sedimentada na jurisprudência, não possuindo nenhuma complexidade, sendo incompatíveis, na opinião dos representantes, os honorários advocatícios que vêm sendo pagos.

26. O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), em Nota Técnica 426/2017/NAE/MA/ Regional/MA, citada pelos representantes (peça 1, p. 3), destaca o seguinte:

(...) além de se tratar de cumprimento de sentença, a apuração dos valores exige simplesmente a elaboração de planilhas Excel com fórmulas padrão, que poderão ser utilizadas para todos os municípios em cadeia, alterando-se somente os dados particulares de cada um: quantidade de alunos do censo escolar do ano anterior e o valor do FUNDEF recebido à época, para determinar a diferença a ser paga. Afora esses parâmetros, tudo será padrão para todos os municípios". (...) Demais disso, todas essas variáveis necessárias para o cálculo já constam dos autos da ACP 1999.61.00.05.0616-0, tendo em vista que o Juízo da 19ª Vara da Justiça Federal em São Paulo determinou ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE que os apresentasse, conforme Despacho disponibilizado no Diário Eletrônico em 15/06/2016 (...).

27. Com base nesses aspectos, alegam haver a irregularidade na contratação dos escritórios mencionados, pelos municípios maranhenses (peça 3, p. 1-4), com base em inexigibilidade, por inexistir singularidade ou complexidade do objeto contratual.

28. Além disso, alegam que a forma de pagamento aos escritórios de advocacia, prevista nos contratos, é irregular, pois é condicionada ao êxito dos créditos futuramente recuperados pelo ente contratante, estipulado no percentual de 20% do crédito destacado na própria execução. Consiste, assim, em contrato de risco, sem estabelecer o valor líquido a ser pago (preço certo), nem o crédito pelo qual correrá a despesa, em descumprimento ao arts. 55, III e V, da Lei 8.666/93.

29. Os representantes transcrevem jurisprudência por tribunais de contas estaduais (Prejulgado 1199-TCE/SC, Decisão PL 100/2012-TCE/MA, Decisão PL 718/2014-TCE/MA), no entendimento sedimentado de que somente é admissível o contrato de risco (*ad exitum*) na Administração Pública quando o poder público não gasta qualquer valor, sendo a remuneração do contratado exclusivamente os honorários pela sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados em juízo. Mesmo assim, o contrato de risco não exonera a administração da realização do processo licitatório, salvo os casos de dispensa de licitação e inexigibilidade previstos em lei.

30. Segundo a jurisprudência apontada pelos representantes, não é admissível a celebração de contrato pela Administração Pública onde esteja previsto que o contratado perceberá, a título de remuneração, um percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais. O contrato de risco, nesse sentido, é incompatível com o regime jurídico dos contratos administrativos, vez que não estabelece preço certo na contratação.

31. Além da ilegalidade da remuneração do escritório contratado, os representantes alegam que os pagamentos aos advogados não podem ser viabilizados por meio de destaque de percentual do precatório, pois provém de recursos do Fundef, os quais possuem aplicação vinculada à finalidade do fundo.

32. Se o motivo da condenação da União foi por depósitos insuficientes na conta vinculada do Fundef, então o destino dessa diferença ao município deve ser, por imperativo lógico e jurídico, a própria finalidade do Fundef sucedido pelo Fundeb, devendo sua aplicação ser vinculada à educação.

33. Alegam, de modo geral, um Fundo pode ser definido como “o produto de receitas específicas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos”, conforme dispõe o art. 71 da Lei 4.320/64.

34. Nesse sentido, os recursos do Fundef, como fundo especial, somente deveriam ser aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu magistério, nos termos do art. 2º da Lei 9.424/96, a fim de diminuir a desigualdade social existente no país e atender, assim, a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso III, da Constituição Federal).

35. A legislação do Fundeb, que substituiu o Fundef com a edição da Emenda Constitucional 53/2007, também veda a utilização de seus recursos em despesas não relacionadas à manutenção e desenvolvimento da educação básica de qualidade, conforme arts. 2º, 21 e 23 da Lei 11.494/2007:

Art. 2º Os Fundos destinam-se à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração, observado o disposto nesta Lei.

(...)

Art. 21. Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de complementação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no art. 70 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

(...)

Art. 23. É vedada a utilização dos recursos dos Fundos: I - no financiamento das despesas não consideradas como de manutenção e desenvolvimento da educação básica, conforme o art. 71 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996;

36. Os representantes transcrevem trechos do relatório do Acórdão 5940/2014-TCU-2ª Câmara (relator Min. Weder De Oliveira) em que, embora afirmem que a competência fiscalizatória de contrato similar aos ora tratados seria dos tribunais de contas estaduais, não deixou de analisar e apontar as irregularidades já mencionadas em cláusulas contratuais.

37. Ressaltaram, ainda, que o art. 22, parágrafo 4º, da Lei Federal 8.906/94 (Estatuto da OAB), invocado no contrato como forma de garantir ao advogado a possibilidade de que os honorários lhe sejam pagos diretamente, por dedução do que vier a ser recebido pelo constituinte, antes de expedir-se o precatório, colide frontalmente com o que estipula a previsão constitucional haurida do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), razão pela qual a questão deve ser decidida sob a premissa do que determina a Constituição e a Lei do Fundo.

38. Dessa forma, os representantes requereram ao TCU (peça 1, p. 19) a expedição de medida cautelar, *inaudita altera pars*, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU, para determinar:

a) à Secretaria do Tesouro Nacional, que deposite ou destine o pagamento dos precatórios relacionados ao tema FUNDEF/VMAA em CONTA ESPECIFICA que tenha sua aplicação vinculada a ações em educação;

b) ao Ministério da Educação/FNDE, para que proceda aos cálculos do valor devido a cada um dos municípios maranhenses listados na presente Representação, a título de diferenças do FUNDEF/VMAA, como forma de obstar-se contratações ilegais escudadas em "inexigibilidade de licitação" que não atende aos ditames da lei; e ainda, diante da necessidade de disciplinamento da situação, para que regulamente o fluxo de pagamento das diferenças devidas a cada Município;

c) alternativamente, que esse r. Tribunal determine outras providências que entender cabíveis no sentido de garantir a correta destinação dos recursos que venham a ser recebidos pelos municípios a título de recuperação de crédito do VMAA, em ações voltadas à educação.

d) que seja dado ciência aos Ministérios Públicos signatários e à Justiça Federal, Subseções Judiciárias do Distrito Federal, do Maranhão e do Estado de São Paulo, dos termos da decisão cautelar proferida.

b) Análise

39. Uma vez que a medida cautelar já fora indeferida pelo Min. Relator (peça 19, p. 4), a presente instrução visa avaliar a questão objeto da presente representação oferecendo proposta de mérito com relação à problemática ora enfrentada.

40. Os representantes alegam, em síntese, que, **(I)** a partir de irregularidades nas contratações firmadas por entes municipais do estado do Maranhão com escritórios advocatícios, a fim de reaver a diferença no repasse subestimado do valor anual mínimo por aluno (VMAA) pela União na

complementação do então Fundef, **(II)** parte dos recursos auferidos com a execução judicial do objeto contratual (precatório) são destacados, pelo juiz da causa, para o pagamento dos honorários advocatícios, **(III)** contrariando a constituição e a legislação do referido fundo, que vinculam sua aplicação apenas em despesas com manutenção e desenvolvimento da educação básica.

41. Assim, percebe-se que a problemática trazida pelos representantes tangencia três questões distintas, porém interligadas, a saber: (I) irregularidades contratuais nos ajustes assinados entre municípios e escritórios de advocacia; (II) precatórios destacados para o pagamento de honorários advocatícios; e (III) a vinculação da aplicação dos recursos do Fundef.

42. Apesar da interligação existente entre as três questões acima expostas, tem-se que a competência do TCU para atuar no presente caso concentra-se na problemática concernente à questão (III) a qual envolve a vinculação dos recursos do Fundef para aplicação exclusiva em despesas com manutenção e desenvolvimento da educação básica – seguindo a diretriz atual do Fundeb.

43. Especifica-se, contudo, cada uma dessas questões nos parágrafos que seguem.

(I) Irregularidades contratuais nos ajustes assinados entre municípios e escritórios de advocacia

44. Sabe-se que a análise das cláusulas contratuais dos ajustes firmados entre municípios e escritórios de advocacia envolve a aplicação de leis locais, inclusive o normativo local de licitação aplicável a cada caso. Além disso, não há, ao menos *a priori*, o envolvimento de recursos federais no momento da assinatura dos referidos contratos, razão pela qual, a competência para analisar a legalidade de tais ajustes pertence ao tribunal de contas competente para fiscalizar as contas do respectivo município/estado envolvido.

45. Nessa seara, já se observam, inclusive, medidas recentes de tribunais de contas locais. O Tribunal de Contas do Estado do Maranhão (TCE/MA) e o Tribunal de Contas do Estado de Alagoas (TCE/AL), por exemplo, determinaram cautelarmente a suspensão de pagamentos decorrentes de contratos firmados com diversos municípios desses estados (peça 3, p. 33-37, e peça 5).

46. Em processo similar, no TCU, envolvendo a contratação de advogados pelo município de Timon/MA, a matéria ora discutida foi abordada por esta Corte de Contas nos autos do TC 016.887/2014-0. Com base no pedido da AGU, conforme fundamentado em seu voto, o relator, Ministro Weder de Oliveira, asseverou o seguinte:

5. (...) a competência para apreciar a legalidade do contrato em tela não é deste Tribunal, mas do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Não cabe ao TCU deliberar sequer sobre o pedido da representante de adoção de cautelar para suspender os efeitos da contratação questionada. (Voto condutor do Acórdão 5940/2014-TCU-Segunda Câmara)

47. Todavia, embora não competente para atuar diretamente nessa seara, em nome do zelo para com a coisa pública, pode o TCU tomar medidas de prevenção ao desvio de finalidade de recursos públicos. Nesse sentido, deve-se encaminhar cópia da decisão tomada no âmbito deste processo – informando acerca dos indícios de possíveis irregularidades na contratação de escritórios de advocacia, apontadas na presente seção – aos Tribunais de Contas subnacionais que possuam a competência para atuar nesse âmbito.

48. Desse modo, entende-se que a competência do TCU nessa matéria limita-se a uma atitude preventiva, a qual representará zelo para com os recursos públicos envolvidos, possibilitando, ainda, prevenir a ocorrência do supracitado desvio de finalidade na aplicação de recursos do Fundef.

(II) precatórios destacados para o pagamento de honorários advocatícios

49. Em relação aos destaques realizado no âmbito de precatórios para fins de pagamentos de honorários advocatícios contratuais, tem-se que estes são autorizados com base no art. 22, parágrafo 4º, da Lei 8.906/94, que garante ao advogado o direito de retenção do percentual de honorários

contratuais, se requerido, mediante a juntada do contrato, antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório.

50. É com base no supracitado normativo que o STJ vem reconhecendo ser legítimo o destaque em precatórios para pagamento de honorários advocatícios. Tal posicionamento pode ser notado em diversas decisões do STJ colacionadas pela AGU (peça 44, p. 4 – 9), as quais podem ser resumidas no seguinte entendimento:

A previsão constitucional de vinculação à educação da verba do FUNDEF não retira do patrono o direito de retenção dos honorários, pois a sua atuação decorre das verbas educacionais. Recursos especiais improvidos (REsp 1.509.457, rel. Humberto Martins, Segunda Turma, publicado no DJe de 07.10.2016)

51. Como se observa, o que esteve em discussão no STJ foi, mormente, o direito que o patrono teria de reter honorários advocatícios: esse era o valor jurídico em discussão. Tal direito que os advogados possuem não deve ser enfrentado nesta instrução, visto que isso foge à competência do TCU.

52. Embora pareçam as questões trazidas pelos representantes aparentem estar intrinsecamente relacionadas, há notória separação entre o questionamento acerca dos destaques para pagamento de honorários e a questão da vinculação da aplicação dos recursos do Fundef. São assuntos diferentes, que merecem análise em separado, como se observa nos seguintes precedentes judiciais:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO DO VALOR MÍNIMO ANUAL POR ALUNO - VMAA DO FUNDEF. COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR DO FUNDO PELA UNIÃO. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. RETENÇÃO DE 20% (VINTE POR CENTO). POSSIBILIDADE. ART. 22, § 4º, DA LEI Nº 8.906/94

(...) 2. **Não há nenhum óbice a que sejam retidos, na hipótese, os honorários contratuais em questão** (...). É de ressaltar que, não é admissível nesta demanda executiva a discussão acerca da legalidade referente ao contrato de honorários advocatícios firmado entre o gestor municipal e o escritório de advocacia, ora agravante, e suas cláusulas. **Não obstante** tal vedação, **resta a possibilidade em ação autônoma ou através do Ministério Público se promover a fiscalização/investigação de possível desvio de finalidade de verba pública da educação**, bem como a responsabilização daqueles que firmaram o contrato em detrimento do erário público. (grifos inseridos) (TRF-5ª R., 2ª T., AG 126413/PE, rel. Des. Francisco Wildo Lacerda Dantas, DJE 13/09/12, p. 465).

Incumbe à UNIÃO apenas proceder ao pagamento dos valores devidos e reconhecidos no título judicial exequendo, **restando a possibilidade de, em ação autônoma**, ou através do Ministério Público, promover **a fiscalização/investigação de possível desvio de finalidade de verba pública da educação**, com a responsabilização daqueles que firmaram o contrato em detrimento do Erário. (Voto do Relator, Des. Paulo Machado Cordeiro, acompanhado pela Terceira Turma do TRF 5, na Apelação Cível 578610, DJE 06/05/2015, p. 76).

53. Em tais precedentes percebe-se como a questão merece tratamento distinto. Não deve o TCU adentrar na seara de como o Judiciário deve proceder em relação aos destaques para pagamento de honorários. Existe, porém, uma problemática independente onde a atuação do TCU é necessária: o desvio de finalidade na aplicação de recursos do Fundef para pagamento de honorários de advogados. Isso sim é matéria de competência da Corte de Contas.

54. Em tal distinção reside a razão pela qual se deve indeferir a solicitação dos representantes para determinar à STN “que deposite ou destine o pagamento dos precatórios relacionados ao tema FUNDEF/VMAA em CONTA ESPECIFICA que tenha sua aplicação vinculada a ações em educação”. Tem-se assim que nem o TCU nem a STN possuem qualquer ingerência no manejo dos precatórios.

55. Como já explicitado, não possui o TCU qualquer competência para interferir no destaque dos precatórios. Há, inclusive, julgados do STJ, já expostos, que, de fato, garantem aos advogados o recebimento de honorários mediante destaque direto nos precatórios.

56. Não compete ao TCU tal tipo de interferência, nem mesmo à STN, tal como ela expôs: “cumpre informar que compete às unidades orçamentárias do Poder Judiciário a discriminação da relação dos precatórios, a especificação da ordem cronológica dos pagamentos e dos valores a serem pagos, bem como a efetiva emissão da ordem bancária para o pagamento do precatório” (Peça 30, p. 2).

57. A STN tão somente atua na liberação de recursos relativos aos precatórios direcionados “aos órgãos do poder judiciário, de forma global, em conformidade com os valores dispostos na Lei Orçamentária e em consonância com o cronograma de desembolso publicado pelos Tribunais competentes.” (Peça 30, p. 2)

58. Dessa forma, não cabe ao TCU interferir na condução da ordem de pagamento dos precatórios, nos seus valores, nas possíveis retenções para pagamentos de honorários e nem ainda determinar a conta em que os precatórios devem ser depositados. Enfim, não cabe ao TCU qualquer determinação quanto à operacionalização dos pagamentos de precatórios.

59. Diante disso, percebe-se que não é o cerne da questão trazida na presente representação a análise do correto manejo dos precatórios, nem ainda o destaque efetuado neles para pagamentos de honorários.

60. A independência entre as referidas questões também se encontra subsidiada pelo despacho, proferido pelo Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, o qual indeferiu a admissão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) na condição de *amicus curiae* no presente feito. O referido despacho bem resumiu a distinção entre as problemáticas ora enfrentadas: “Ocorre que **a presente representação não tem como objeto a contratação de serviços advocatícios, mas a vinculação constitucional e legal dos recursos do Fundef/Fundeb** e, portanto, da consequente vinculação dos valores devidos à título de complementação por parte da União.” (peça 45, p. 1 – grifos inseridos).

61. Assim, embora esta Corte de Contas não esteja vinculada às decisões do juízo cível, com base na independência da instância administrativa, é importante ressaltar que a presente instrução não atacará as referidas decisões judiciais acerca, especificamente, do tema dos precatórios.

62. O presente encaminhamento, em seção própria, passará ao largo dessa questão, focando-se apenas no desvio de finalidade advindo do pagamento de honorários com verbas vinculadas à educação. Não se discutirá, portanto, a possibilidade de retenção em precatórios para pagamento de honorários, visto que essa possibilidade já está assentada na jurisprudência do STJ e do STF.

63. Contudo, algumas decisões do STJ, de fato, além de garantirem o direito ao destaque em precatórios para pagamento de honorários, afirmaram ainda que não ocorre desvio de finalidade “uma vez que, ao defender municípios credores dessa verba constitucional, o patrono está atuando na defesa constitucional da educação” (REsp 1.509.457, voto do Min. rel. Humberto Martins, Segunda Turma, STJ, publicado no DJe de 07.10.2016).

64. Ressalta-se, porém, que se adota nesta instrução, respaldando-se na independência das instâncias judiciais e administrativas, a posição de que há, sim, evidente desvio de finalidade na utilização de verbas do Fundef para pagamentos de honorários advocatícios, conforme será exposto em seção própria, em que se demonstrará que atuar na defesa de recursos educacionais e aplicar recursos em Educação são coisas totalmente distintas.

65. Tal desvio de finalidade ocorre sempre que o pagamento é feito utilizando-se recursos da União proveniente do Fundef, seja quando isso é feito por meio da retenção de honorários ou por outro meio

qualquer. Caso o município use seus próprios recursos, aí sim não caberia a afirmação de desvio de finalidade. Nesse sentido, cita-se o seguinte precedente:

Os honorários advocatícios contratuais devem ser pagos aos patronos contratados pelo ente Público através da verba própria e não com retenção de verba vinculada, sob pena de violação ao texto constitucional, retirando da destinação do FUNDEF cerca de R\$1.600.000,00 (Voto do Relator, Des. Paulo Machado Cordeiro, acompanhado pela Terceira Turma do TRF 5, na Apelação Cível 578610, DJE 06/05/2015, p. 76)

66. Assim, nesta seção, apenas demonstrou-se que a estrita análise da retenção de percentual de precatórios para pagamentos de honorários foge à competência do TCU. Todavia, não pode a Corte de Contas deixar de se manifestar quanto ao desvio de finalidade existente quando da realização de pagamentos de honorários com recursos do Fundef, razão pela qual, destina-se a próxima seção à discussão de tal problemática.

(III) A vinculação da aplicação dos recursos do Fundef

67. No que tange à vinculação da aplicação dos recursos do Fundef, os fatos noticiados apresentam aspecto temporal à vigência desse Fundo, o qual foi criado pela Emenda Constitucional (EC) 14/96, que alterou o art. 60 do ADCT, com duração de dez anos (1996 a 2006) e disciplinado pela Lei 9.424/96.

68. Com a promulgação da EC 53/2006, que conferiu nova redação ao art. 60 do ADCT, o Fundef foi substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), regulamentado, por sua vez, pela Lei 11.494/2007.

69. Por força do art. 6º da Lei do Fundef (Lei 9424/96), era dever da União complementar os recursos dos fundos regionais sempre que não seja alcançado o valor mínimo anual por aluno (VMAA), definido nacionalmente. O valor repassado a título de complementação foi subestimado pela União, segundo jurisprudência sedimentada no poder judiciário.

70. Com relação às ações judiciais existentes, conforme relatado pelos representantes (peça 1, p. 3) e detalhado pela CGU, em Nota Técnica 430/2017/NAE/MA/Regional, de 13/3/2017 (peça 3, p. 17-31), as ações atualmente ajuizadas pelo municípios decorrem da Ação Civil Pública 1999.61.00.050616-0, proposta pelo Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, em que se discutiu a forma de cálculo do valor anual mínimo por aluno (VMAA), para fins de complementação da União, e, assim, reaver a diferença nos valores pagos a menor pela União, desde 1998 até o ano em que persistiu a ilegalidade.

71. A sentença da referida ação foi proferida em 2005 pela Justiça Federal de São Paulo, julgando-a parcialmente procedente, com condenação da União para ressarcir o Fundef. A decisão transitou em julgado em 1/7/2015, após a interposição de recursos pela União.

72. Assim, como se observa, os recursos a serem repassados aos estados/municípios – embora advenham de pagamentos a serem efetuados via precatórios – têm origem vinculada aos recursos provenientes do Fundef. Uma vez que a origem desses recursos é vinculada ao referido fundo, conclui-se que sua destinação também deve ser vinculada às finalidades do Fundef/Fundeb, a saber, o dispêndio exclusivo em manutenção e desenvolvimento do ensino.

73. Em processo similar, a matéria ora discutida foi abordada pelo TCU nos autos do TC 016.887/2014-0, que versou sobre representação formulada pela Advocacia Geral da União, por sua Procuradoria da União no Maranhão (PU/MA), tratando especificamente do processo judicial 1641-87.2012.4.01.3702, tendo como parte o município de Timon/MA.

74. Naqueles autos, entretanto, a questão recebeu enfoque distinto, relacionado à regularidade das cláusulas contratuais. A AGU, em sua peça inicial, requereu ao TCU análise acerca da legalidade do contrato de honorários advocatícios firmado entre o município de Timon/MA e o escritório de

advocacia Monteiro e Monteiro Advogados Associados, bem como requereu suspender os efeitos de tal contratação.

75. Com base no pedido da AGU, conforme fundamentado em seu voto, o relator, Ministro Weder de Oliveira, asseverou o seguinte:

5. (...) a competência para apreciar a legalidade do contrato em tela não é deste Tribunal, mas do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Não cabe ao TCU deliberar sequer sobre o pedido da representante de adoção de cautelar para suspender os efeitos da contratação questionada.

6. Entretanto, a partir do despacho judicial que deferiu a separação de 20% do total a ser pago ao município a título de diferenças da complementação dos recursos do FUNDEF para quitação dos honorários contratuais (peça 1, p. 4/7 e 25), **existe, certamente, o risco de haver aplicação dos recursos federais em desacordo com os objetivos previstos no ordenamento jurídico**". (Grifos inseridos)

76. Dessa forma, considerando o princípio da independência das instâncias e a inexistência, naquele momento, de prejuízos ao erário, pois a ação judicial estava pendente de decisão definitiva dos embargos à execução, a Corte de Contas, mediante Acórdão 5940/2014-TCU-Segunda Câmara, considerou procedente a representação, decidindo **dar ciência** ao Município de Timon/MA de que:

9.3. (...) **os recursos do FUNDEF, por expressa destinação constitucional e previsão legal, não podem ser reduzidos para pagamento de honorários advocatícios devidos por município**, somente podendo ser destinados à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à valorização dos profissionais da educação. (Acórdão 5940/2014, TCU, 2ª Câmara, Rel. Min. Weder de Oliveira) (Grifos inseridos)

77. O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCM/BA), por sua vez, expediu a Resolução 1346/2016 (peça 7), regulamentando a contabilização e aplicação dos créditos recebidos pelos municípios decorrentes de precatórios, oriundos de diferenças das transferências do Fundef, com o intuito de vincular tais recursos exclusivamente à função Educação.

78. Examinando, neste momento, a questão apenas sob a ótica da vinculação da aplicação dos recursos do Fundef, cabe reforçar que a ocorrência de transferência da União aos estados e municípios a título de complementação do Fundef/Fundeb confere ao TCU competência para fiscalizar tais repasses e sua aplicação, por se tratar de recursos federais, em consonância com jurisprudência pacífica deste Tribunal (Acórdãos TCU 2584/2014-TCU-Plenário, 5684/2014-TCU-1ª Câmara, 3686/2014-TCU-2ª Câmara, e 665/2009-TCU-Plenário).

79. É importante salientar, diante dos precedentes citados acima, que a competência para atuar no controle dos recursos oriundos do Fundef é do TCU, mormente diante de decisões de Tribunal de Contas Estadual as quais contrariam a supracitada decisão do TCU. O TCE/AL, por exemplo, por meio do acórdão 1.128/2016, decidiu (peça 58, p. 7-8):

a) Determinar ao Município de Novo Lino/AL, que reserve e aplique o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) do valor a ser calculado sobre o precatório a ser recebido através da Ação Judicial nº 00111848.2003.4.05.8000 (...) na área da educação, sob a denominação Parcela Diferida do FUNDEB (...);

b) Deve também reservar e aplicar 15% (quinze por cento) dos valores (...) para investimento na área da Saúde, nos termos da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.

c) Também deve reservar o numerário suficiente para quitar os salários dos Servidores que estiverem em atraso, bem como, seus fornecedores tanto na área da educação como na área da Saúde.

(...)

e) O restante dos valores poderá ser utilizado pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, em investimento e melhorias para o bem estar dos municípios (...); (grifos inseridos)

80. Como se observa no trecho transcrito acima, tem-se que o TCE/AL além de invadir área de competência do TCU – a saber, recursos vinculados à educação, repassados pela União – adotou ainda interpretação questionável, permitindo total liberdade na aplicação de parte dos recursos, e estabelecendo outros critérios sem amparo legal. O trecho a seguir transcrito demonstra que a posição do TCE/AL se baseou mormente na escassez de recursos municipais, desprezando normativos legais e constitucionais (peça 58, p. 6):

Contudo, é fato público e notório que o numerário referente aos Fundos de Participação dos Municípios estão sendo encaminhados pela União Federal em valores cada vez menores, razão pela qual, determinar a aplicação de todo o valor a ser recebido somente na educação, seria desprezar as demais áreas.

81. Desse modo, o argumento apresentado não deve prosperar, pois não devem os Tribunais de Contas modificar a vontade do legislador, desvinculando recursos que a Constituição e a legislação federal claramente vincularam a uma finalidade específica.

82. Assim, mesmo que esses recursos da União sejam repassados por meio de precatório, proveniente do Tesouro Nacional, a natureza de sua despesa permanece vinculada ao Fundef, cuja aplicação deve ser exclusiva no ensino, por força da Constituição Federal e lei específica. Ou seja, se os recursos repassados pertencem à complementação da União ao Fundef, compete ao TCU a fiscalização para que sua aplicação seja destinada para a finalidade específica, prevista constitucional e infraconstitucionalmente.

83. Nessa mesma linha de entendimento, o STJ, em sua Segunda Câmara, no âmbito do REsp. 1409240/PE (Relator Ministro OG Fernandes), decidiu o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. RETENÇÃO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. VERBA DO FUNDEF. ACÓRDÃO COM DUPLO ENFOQUE. SÚMULA 126/STJ. INVIABILIDADE DO APELO NOBRE.

1. Hipótese em que a Corte Regional deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela União para obstar, na expedição do precatório, o destaque de 20% dos honorários advocatícios contratuais do montante devido ao Município de Jurema a título de complementação de verbas do FUNDEF.

2. O Tribunal de origem entendeu presente o interesse da União e inviável a retenção do valor contratual, porque a verba do FUNDEF, por expressa destinação constitucional (art. 60 do ADCT, CF/88), não pode ser reduzida para pagamento de honorários advocatícios devidos pelo Município ao escritório de advocacia. Decidida a questão com duplo enfoque, constitucional e infraconstitucional, e não interposto recurso extraordinário, é inadmissível o apelo nobre pelo óbice constante da Súmula 126/STJ.

3. Recurso especial não conhecido. (REsp 1409240/PE - recurso especial 2013/0338953-3 - DJe de 3/2/2014)

84. Por outro lado, o STJ apresentou, posteriormente, posição divergente em diversos julgados, tal como no julgamento do REsp. 1.649.857/PE, sob a relatoria do Mauro Campbell Marques, conforme o seguinte trecho da ementa da decisão:

5. Contudo, não há desvio de finalidade, por parte do ente federativo credor, quando requer que parte dos valores, recebidos por força de decisão judicial, sejam destinados a cobrir o custo que teve com o próprio processo, na hipótese em que, judicialmente, resta reconhecido que a União não cumpriu integralmente a sua obrigação de complementar os recursos do Fundo. (REsp 1.649.857, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, publicado no DJe de 05.05.2017)

85. Não obstante a divergência nos precedentes citados do Poder Judiciário, ressalta-se que a sentença proferida pelo juízo cível, sob qualquer fundamento, não vincula a decisão administrativa proferida pelo TCU, em razão do princípio da independência das instâncias (Acórdão 131/2017-TCU-Plenário).

86. Desse modo, entende-se que a vinculação dos recursos do Fundef é impositiva, não podendo haver qualquer outra utilização que não contemple a finalidade constitucional e infraconstitucional conferida ao Fundef/Fundeb, que é a aplicação de seus recursos exclusivamente no ensino. Nesse sentido, a Lei Complementar 101, em seu art. 8º, parágrafo único, é taxativa nos seguintes termos: “Parágrafo único. Os **recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação**, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso” (grifos inseridos).

87. As decisões judiciais, conforme já mencionado, além do embasamento na Lei 8.906/1994, têm se baseado também no entendimento de que “ao defender municípios credores dessa verba constitucional, o patrono está atuando na defesa constitucional da educação” (REsp 1.509.457, voto do Min. rel. Humberto Martins, Segunda Turma, STJ, publicado no DJe de 07.10.2016).

88. Porém, percebe-se que o art. 60, IV, ADCT, da Constituição Federal, é claro ao afirmar que “os recursos recebidos à conta dos Fundos instituídos nos termos do inciso I do caput deste artigo serão aplicados pelos Estados e Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal.”

89. Ora, o § 2º do art. 211 da Constituição afirma que “os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. Ou seja, combinando os dispositivos, vê-se claramente que a vinculação existente limita o uso dos recursos em tela exclusivamente a despesas com educação infantil e fundamental. Não se fala em defesa em juízo dos recursos educacionais. Não se trata, tampouco, do uso genérico para fins da educação ou à sua defesa. Trata-se sim de vinculação de recursos para uso exclusivo, por parte dos municípios, no ensino fundamental e na educação infantil.

90. Com base no exposto, considera-se que os argumentos dos representantes são coerentes, no sentido de que as verbas do Fundef, a título de complementação da União, mesmo pagas por meio de precatório, não podem ser reduzidas para pagamento de honorários advocatícios, somente podendo ser destinadas à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à valorização dos profissionais da educação, nos termos dos arts. 2º e 21 da Lei 11.494/2007 e do art. 60, IV, ADCT, da Constituição Federal.

91. Com relação à violação ao art. 60 do ADCT, é importante o TCU ter uma posição clara e contundente a respeito do tema. Ocorre que muitos Recursos Extraordinários a respeito da presente problemática deixaram de ser julgados em virtude de o juízo *a quo* não ter fundamentado sua decisão com base no dispositivo constitucional, de modo que o entendimento corrente é de que a ofensa à constituição seria meramente indireta, a exemplo da seguinte decisão:

(...) No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustenta-se violação ao art. 60 do ADCT, da mesma Carta. A pretensão recursal não merece acolhida. Do exame dos autos e da leitura atenta ao julgado de origem, verifica-se que a instância *a quo* decidiu a lide amparada na legislação ordinária pertinente (...)sendo certo que eventual ofensa à Constituição seria apenas indireta, o que é insuficiente para amparar o apelo extremo. (STF - ARE: 1046379 CE - CEARÁ 0802763-37.2015.4.05.0000, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 30/05/2017, Data de Publicação: DJe-116 02/06/2017)

92. Assim, o entendimento defendido na presente instrução é de que os recursos originalmente advindos do Fundef não podem ser reduzidos para pagamento de honorários advocatícios contratuais, de modo que o uso desses recursos para pagamento de advogados constitui-se em ato ilegal e inconstitucional, violando, respectivamente a Lei 11.494/2007 e o art. 60, IV, ADCT, da Constituição Federal.

93. Nesse aspecto, considerando que a Lei 9.424/96 (Fundef) encontra-se revogada, é importante ressaltar que a aplicação dos recursos decorrentes da diferença na complementação da União na

vigência do Fundef deve ser amparada nas regras da Lei do Fundeb (Lei 11.494/2007). Este último normativo estipula o seguinte:

Art. 21. Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de complementação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no art. 70 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

94. O mencionado dispositivo da Lei 9.394/96 enumera e esclarece bem quais ações podem ser consideradas como sendo de manutenção e desenvolvimento da educação básica:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

- I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
- II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;
- III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;
- IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;
- V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;
- VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;
- VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
- VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

95. Desse modo, resta claramente definida a vinculação da aplicação dos recursos oriundos do Fundef/Fundeb. Conclui-se, assim, diante de todo o exposto, que o uso de recursos originalmente vinculados ao Fundef para pagamento de honorários advocatícios configura destinação de verba vinculada ao Fundeb para finalidade diversa da educação, contrariando previsão constitucional e infraconstitucional.

96. Assim, com vistas à efetividade da atuação desta Corte de Contas relativamente à matéria, entende-se que a decisão a ser proferida deve alcançar todos os municípios que devem ser beneficiados com a correção da complementação subestimada, os quais podem ser prejudicados com o desvio de finalidade tratado nestes autos.

97. Ademais, frisa-se que o que se visa combater, conforme demonstrado, é o desvio de finalidade. Se os honorários forem pagos com recursos dos municípios, não há que se falar, *a priori*, em tal desvio. Todavia, conforme explicitado em seção própria, cabe ao respectivo tribunal de contas estadual ou municipal, quando for o caso, julgar a problemática envolvendo a legalidade dos contratos firmados entre os municípios e os escritórios de advocacia.

98. Tratando-se exclusivamente quanto ao desvio de finalidade, entende-se como prudente a emissão de determinação, com base no art. 30, I, III e IV, da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb), ao MEC no sentido de orientar os municípios para que eles se abstenham de se utilizar de recursos do Fundef para pagamento de honorários advocatícios. Desse modo, a fim de garantir rastreabilidade a esses recursos, eles devem ser depositados nas contas específicas do Fundeb de cada ente. Assim, ainda que o pagamento do precatório ocorra em conta comum, o dinheiro deve ser imediatamente transferido à conta específica do Fundeb.

99. Caso haja desconto no valor do precatório referente ao pagamento de honorários, o município deverá recompor a conta do Fundeb com a quantia destacada, de modo que haja a recomposição da integralidade do valor pago pela União depositado na conta do Fundeb.

100. Além disso, deve-se determinar ao FNDE, que no prazo de 90 (noventa) dias, crie mecanismos no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (Siope) que evidenciem as

receitas e as despesas vinculadas à Lei 11.494/2007 que sejam oriundas de condenação judicial transitada em julgado (ACP 1999.61.00.050616-0 e processos similares) e institua controles no sistema que permitam a rastreabilidade da aplicação desses recursos, possibilitando, assim, a verificação da regular aplicação desses valores.

(III.1) Subvinculação na aplicação dos recursos do Fundef e utilização dos recursos no exercício financeiro em que forem creditados

101. Diante da conclusão de que os recursos devidos pela União aos municípios – no âmbito da Ação Civil Pública (ACP) 1999.61.00.050616-0, referente à complementação da União em função do VMAA – devem seguir vinculados à finalidade do Fundef/Fundeb, surge a questão quanto à necessidade de subvinculação na aplicação dos recursos oriundos de tal ACP.

102. A subvinculação ora em comento diz respeito ao previsto no art. 7º da Lei 9.424/1996 e cuja a essência foi mantida no art. 22 da Lei 11.494/2007: “Pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública.”

103. Consultado a respeito do tema (peça 13), o FNDE se posicionou no sentido de que não cabe, contudo, a prevalência da subvinculação do percentual de 60% do Fundef à remuneração dos profissionais do magistério. Após a exposição de suas razões, apresentou a seguinte conclusão:

21. Não se afigura, pois, coerente que, contrariando a legislação de regência e as metas e estratégias previstas no PNE, 60% de um montante exorbitante, que poderia ser destinado à melhoria do sistema de ensino no âmbito de uma determinada municipalidade, seja retido para favorecimento de determinados profissionais, sob pena de incorrer em peremptória desvinculação de uma parcela dos recursos que deveriam ser direcionados à educação. Isto porque a sua destinação aos profissionais do magistério, no caso das verbas de precatórios, configuraria favorecimento pessoal momentâneo, não valorização abrangente e continuada da categoria, fazendo perecer o fundamento utilizado para a subvinculação, de melhoria sustentável nos níveis remuneratórios praticados.

22. Nesses termos, considerando-se a finalidade dos preceitos que objetivam a valorização dos profissionais do magistério, as metas e estratégias do Plano Nacional de Educação e, por fim, o risco iminente de enriquecimento sem causa, em vista dos elevados montantes constantes dos precatórios das ações relacionadas ao FUNDEF, não se afigura plausível, s.m.j., à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a subvinculação dos recursos dos precatórios à “remuneração” dos profissionais do magistério. (Peça 15, p.16)

104. Nesse sentido, também se posicionou o TCM/BA, por meio da Resolução 1346/2016: “Art. 2º Em estrita obediência ao princípio constitucional da razoabilidade, a proporção prevista no art. 22 da Lei Federal nº 11.494/2007 não se aplica, obrigatoriamente, à utilização dos recursos de que trata o artigo anterior” (peça 7, p. 3).

105. Em termos práticos, devido ao expressivo montante a ser recebido pelos municípios, tem-se como real a possibilidade de aumentos totalmente desproporcionais aos profissionais do magistério, havendo inclusive o risco de superação do teto remuneratório constitucional, caso se aplique a literalidade do supracitado normativo. Quando se esvaírem os recursos extraordinariamente recebidos, não poderão os municípios reduzir salários em virtude da irredutibilidade salarial.

106. Cabe registrar, ainda, que qualquer gasto com remuneração dos profissionais do magistério (criação ou expansão), deve obedecer estritamente aos dispositivos da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), especialmente os arts. 15, 16 e 21, no sentido que tal despesa deve ser acompanhada de estudos sobre o impacto orçamentário-financeiro e compatibilidade com as leis orçamentárias, inclusive com o plano plurianual.

107. Assim, além dos relevantes argumentos do TCM/BA e do FNDE, é importante ressaltar que se torna impossível a obediência absoluta à tal subvinculação em virtude de os recursos advindos de

decisão judicial não representarem um aumento permanente de recursos aos municípios. Assim, caso esses recursos sejam utilizados para o pagamento de pessoal, haverá graves implicações futuras quando exauridas as verbas de origem extraordinária, com potencial comprometimento de diversas disposições constitucionais, tais como a irredutibilidade salarial, e o teto remuneratório constitucional.

108. Nesse mesmo sentido, tem-se que o supramencionado art. 22 da Lei 11.494/2007 estabelece que “recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério”. Desse modo, percebe-se que o normativo incide tão somente sobre os recursos ordinários anuais. Assim, resta prejudicada sua aplicação em casos de montantes extraordinários devido à ausência de continuidade dos recursos recebidos em contraposição à perpetuidade de possíveis aumentos concedidos aos profissionais do magistério.

109. Em linha com tal entendimento, entende-se que a regra existente no art. 21 da Lei 11.494/2007, segundo a qual os recursos do Fundeb “serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados”, deve ser interpretada de forma sistêmica, em conformidade com art. 22, supracitado. Ou seja, em se tratando de recursos extraordinários, que fogem ao correto planejamento municipal, tal regra deve ser flexibilizada, de modo a permitir que os gestores possam definir cronograma de despesas que englobe mais de um exercício.

110. Desse modo, com fulcro no art. 30, I, III e IV, da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb), propõe-se determinar ao MEC que expeça orientação aos municípios interessados no sentido de:

a) utilizarem tais recursos cientes de que, a despeito de os recursos recebidos a título de complementação da União no Fundef, reconhecidos judicialmente, permaneçam com sua aplicação vinculada à educação – conforme determina o art. 60 da ADCT e o art. 21 da Lei 11.494/2007 –, a subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei 11.494/2007 torna-se prejudicada, haja vista que a destinação de 60% dos recursos mencionados para o pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica pode resultar em graves implicações futuras quando exauridos tais recursos, havendo potencial afronta a disposições constitucionais – tais como a irredutibilidade salarial, o teto remuneratório constitucional e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade – e legais, em especial os arts. 15, 16 e 21 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);

b) utilizarem tais recursos cientes de que a aplicação da totalidade deles pode ser definida em cronograma de despesas que englobe mais de um exercício financeiro.

CONCLUSÃO

111. Diante da análise efetuada no âmbito da presente instrução, entende-se como pertinentes os argumentos trazidos pelos representantes em relação à vinculação da aplicação dos recursos do Fundef. Porém, especificamente quanto às irregularidades contratuais nos ajustes assinados entre municípios e escritórios de advocacia, e quanto aos precatórios destacados para o pagamento de honorários advocatícios, não se vislumbrou competência do TCU para atuar.

112. Em relação à questão da vinculação da aplicação dos recursos do Fundef, conclui-se que o TCU, enquanto competente para fiscalizar a aplicação dos recursos da União repassados a título de complementação do Fundeb/Fundef, deve firmar entendimento no sentido de que, por força de normativos legais e constitucionais, tais recursos devem permanecer vinculados ao uso na manutenção e desenvolvimento do ensino.

113. Assim, os créditos originalmente advindos do Fundef não podem ser reduzidos para pagamento de honorários advocatícios contratuais, visto que o uso desses recursos para pagamento de advogados não respeita a vinculação dos recursos do Fundef/Fundeb, constituindo-se em ato ilegal e inconstitucional, violando, respectivamente, a Lei 11.494/2007 e o art. 60, IV, ADCT, da Constituição

Federal.

114. Além disso, conclui-se pela impossibilidade de se manter a subvinculação de no mínimo 60% dos recursos para pagamento de profissionais do magistério. A manutenção de tal subvinculação, no âmbito de uma verba extraordinária, restou prejudicada diante do iminente risco à violação de diversas disposições constitucionais, tais como a irredutibilidade salarial, o teto remuneratório constitucional, e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade.

informações adicionais

115. Conforme atestado pelo Memorando 47 – Presidência (peça 56), o Presidente do TCU, Ministro Raimundo Carreiro, recebeu em audiência, no dia 10/8/2017, Deputados Federais e o Presidente da Federação dos Municípios do Estado do Maranhão (Famem), que apresentaram vasta documentação referente ao presente processo.

116. No referido memorando, o Presidente do TCU remeteu os autos à unidade técnica para que ela o submetesse à consideração do relator.

117. A documentação apresentada na referida audiência consta na peça 57 do presente processo. Nela, traz-se, basicamente, um argumento principal, o qual pode ser resumido pelo entendimento expresso pelo TCM-PA, no voto condutor da Resolução 12.566/ TCM-PA, apresentado pela relatora, Conselheira Mara Lúcia:

Resta-me, portanto, em atenção à consulta formulada, sedimentar entendimento, no sentido de que, **tais créditos possuem natureza indenizatória não vinculada**, ou seja, ressarcimento ao erário. O qual teve que dispender recursos de outras áreas de atuação, sob encargo da municipalidade, com vistas à garantir a correta e integral aplicação na área da educação e, em especial, de valorização do magistério, durante o período consignado, o que permitiria, neste momento, sua aplicação ampla, em ações do município.

Vejo, ainda, como de relevante levantamento técnico, para fortalecimento do entendimento indenizatório de tal parcela e sua desvinculação de aplicação, a comprovação de que a municipalidade, durante os exercícios apurados, para fins de ressarcimento, tenha efetivamente cumprido com os limites de despesas com a educação, o que deverá ser apurado, dentro de cada caso concreto, que eventualmente venha a ser submetido ao TCM-PA. (peça 57, p. 21-22) (grifos no original)

118. No mesmo sentido, o TCE-PB, por meio do Parecer Normativo 5/2015, no voto do Conselheiro-Relator Fernando Rodrigues Catão, trouxe a seguinte manifestação (peça 57, p. 9):

Quando o município chega a receber o valor reivindicado do Governo Federal, isso com frequência ocorre muitos anos depois daquele exercício financeiro em que os recursos deveriam ter sido empregados. Nesse quadro, o gestor público municipal se viu obrigado a utilizar os recursos do orçamento local para cumprir todas as metas educacionais previstas na Constituição e na legislação ordinária. (Manifestação do Ministério Público Especial junto ao TCE-PB, transcrita pelo Conselheiro-Relator Fernando Rodrigues Catão ao fundamentar seu voto)

119. Assim, em suma, os solicitantes da supracitada audiência, seguindo a linha das decisões colacionadas à peça 57, argumentam que, devido ao repasse a menor dos recursos da complementação da União, os municípios precisaram usar de seus próprios recursos para investir em Educação e atingir o limite mínimo constitucional previsto no *caput* do art. 212 da Constitucional Federal/1988. Desse modo, como teriam retirado recursos de outras áreas para investir em educação, deveriam agora ser indenizados, de modo que os recursos recebidos oriundos das já mencionadas ações judiciais possuem natureza indenizatória, podendo ser utilizados em qualquer área.

120. Todavia, tal argumentação não merece prosperar. A complementação da União no Fundef/Fundeb não é considerada para o cálculo do mínimo constitucional a ser aplicado na manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), conforme Manual de Demonstrativos Fiscais,

elaborado pela STN para 2017, aprovado pela Portaria STN 403/2016 (ver tópico “Deduções para fins de limite Constitucional”, item 30 – peça 59, p. 316). Assim, os recursos utilizados pelos municípios em educação, necessariamente, deveriam alcançar o mínimo de 25% a ser aplicado em MDE, de modo que qualquer valor que foi aplicado acima desse mínimo, caso tenha havido, o foi de forma voluntária, e nenhuma relação tem com a diferença dos valores da complementação da União.

121. Ao contrário do que parecem supor as decisões acima transcritas (bem como as demais constantes da peça 57), a complementação dos recursos do Fundef feitas pela União não compõe o cálculo do mínimo constitucional. Do contrário, o município, além de aplicar o mínimo de 25% de suas receitas em MDE, deve ainda, necessariamente, aplicar o valor adicional referente à complementação da União. Assim, não há que se falar em caráter indenizatório dos recursos obtidos por via judicial. Seja na data inicial em que deveriam ter sido transferidos aos municípios (entre 1998 e 2006), seja hoje, os recursos permanecem vinculados à educação, independentemente do cálculo do mínimo constitucional.

122. A razão da exclusão dos recursos da complementação da base de cálculo do mínimo constitucional é que tais recursos são, na verdade, recursos oriundos das receitas da União. Assim, eles devem ser deduzidos do cálculo do mínimo constitucional para manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), cuja base de cálculo deve incluir apenas as receitas do respectivo município, conforme se observa no manual da STN (Portaria STN 403/2016):

Como o ente deve aplicar em MDE percentuais mínimos **de sua receita** estabelecidos constitucionalmente, e considerando que os recursos decorrentes da complementação da União não fazem parte desse cálculo, deve-se, portanto, deduzir as despesas com recursos provenientes da complementação da União, efetivamente aplicadas no exercício, do cálculo do MDE. (Manual de Demonstrativos Fiscais, 7ª Edição, elaborado pela STN para 2017) (Peça 59, p. 341) (grifos inseridos)

123. Desse modo, permanecem os recursos transferidos a título de complementação da União, ainda que por via judicial, como sendo recursos originários da União, sendo o TCU o órgão competente para fiscalizá-los, conforme exposto no item 79.

124. Diante de todo o exposto, em virtude de as decisões colacionadas à peça 57 desconSIDERAREM os normativos de contabilidade pública aplicáveis ao caso, induzindo à errônea interpretação de que as despesas com recursos da complementação da união comporiam o cálculo do mínimo constitucional, tem-se que elas apresentaram argumento juridicamente inválido para justificar a desvinculação dos recursos do Fundef/Fundeb. Assim, os documentos apresentados no âmbito da supramencionada audiência com o Presidente do TCU não alteram as conclusões anteriormente expostas, as quais resultaram na proposta de encaminhamento a seguir descrita, a qual postula pela vinculação da aplicação de tais recursos à destinação prevista no art. 21 da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

125. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

I) **conhecer** da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso I e VII, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014;

II) **determinar**, com base no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 e art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Educação (MEC), respaldado no art. 30, I, III e IV, da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb), para que, no prazo de 15 dias, utilizando-se dos meios mais eficazes de que dispõe, expeça orientação aos estados e municípios que têm direito a recursos provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do Fundef, referente a 1998 a 2006, oriundos da ACP 1999.61.00.050616-0 ou de ações similares na esfera judicial ou administrativa, no sentido de:

a) utilizarem tais recursos exclusivamente na destinação prevista no art. 21 da Lei 11.494/2007, e na Constituição Federal, no art. 60 do ADCT, esclarecendo que o uso de tais recursos em quaisquer outras destinações, como para pagamento de honorários advocatícios, configura afronta aos dispositivos constitucionais e legais supracitados, cabendo punição aos responsáveis que agirem em desacordo com tal entendimento (item 98);

b) destinarem tais recursos à conta bancária do Fundeb, prevista no art. 17 da Lei 11.494/2007, a fim de garantir rastreabilidade a esses recursos. Assim, ainda que o pagamento do precatório ocorra em conta comum, o dinheiro deve ser imediatamente transferido à referida conta do Fundeb (item 98);

c) recomporem a conta do Fundeb, caso tenha ocorrido a aplicação de tais recursos em fins diversos ao previsto na Lei 11.494/2007, inclusive para pagamento de honorários advocatícios destacados de precatórios, utilizando-se para isso de recursos próprios do município (item 99);

d) utilizarem tais recursos cientes de que, a despeito de os recursos recebidos a título de complementação da União no Fundef, reconhecidos judicialmente, permaneçam com sua aplicação vinculada à educação – conforme determina o art. 60 da ADCT e o art. 21 da Lei 11.494/2007 –, a subvinculação estabelecida no art. 22 da Lei 11.494/2007 torna-se prejudicada, haja vista que a destinação de 60% dos recursos mencionados para o pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica pode resultar em graves implicações futuras quando exauridos tais recursos, havendo potencial afronta a disposições constitucionais – tais como a irredutibilidade salarial, o teto remuneratório constitucional e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade – e legais, em especial os arts. 15, 16 e 21 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) (item 110);

e) utilizarem tais recursos cientes de que a aplicação da totalidade deles pode ser definida em cronograma de despesas que englobe mais de um exercício financeiro (item 110).

III) **determinar**, com base no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 e art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), que no prazo de 90 (noventa) dias, crie mecanismos no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (Siope) que evidenciem as receitas e as despesas vinculadas à Lei 11.494/2007 que sejam oriundas de condenação judicial transitada em julgado (ACP 1999.61.00.050616-0 e processos similares) e institua controles no sistema que permitam a rastreabilidade da aplicação desses recursos, possibilitando, assim, a verificação da regular aplicação desses valores (item 100).

IV) **encaminhar cópia** da decisão tomada no âmbito deste processo – informando do entendimento do TCU acerca da impossibilidade de os recursos transferidos a título de complementação da União para o Fundef/Fundeb comporem o cálculo do mínimo a ser aplicado em manutenção e desenvolvimento do ensino, expresso no *caput* do art. 212 da Constituição, conforme expresso nas normas de contabilidade pública, em especial no Manual de Demonstrações Financeiras emitido pela STN (Portaria STN 403/2016); bem como dos indícios de possíveis irregularidades na contratação de escritórios de advocacia, conforme itens 44 a 48 da presente instrução, as quais situam-se no âmbito de suas competências – aos seguintes destinatários:

- a) Tribunais de Contas Estaduais de Alagoas, Maranhão, Paraíba, Pernambuco e Piauí;
- b) Tribunais de Contas dos Municípios da Bahia, do Ceará e do Pará.

V) **encaminhar cópia** deste processo:

- a) ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU);
- b) ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Maranhão;
- c) à Procuradoria da União no Maranhão (PU/MA);
- d) ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União;
- f) ao Ministério Público Federal (MPF);

- g) ao Ministério Público do Estado do Maranhão;
 - h) às secretarias de controle externo do TCU, sediadas nos estados de Alagoas, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Bahia, Ceará e Pará.
- VI) **arquivar** este processo com base no art. 169, III, do Regimento Interno/TCU”.

VOTO

Trata-se de representação da lavra do Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Estado do Maranhão (MPE/MA) e Ministério Público de Contas do Maranhão (MPC/MA), com pedido de medida cautelar *inaudita altera parte*, acerca de possíveis irregularidades na destinação do pagamento de precatórios aos municípios que fazem jus a diferenças na complementação devida pela União no âmbito do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef).

Os qualificados representantes noticiam que 110 municípios do Estado do Maranhão firmaram contratos de advocacia com apenas três escritórios, por inexigibilidade de licitação, para pleitear diferenças da complementação do Fundef, devidas pela União, referentes ao período de 1998 a 2006, estipulando honorários contratuais correspondentes a 20% do montante dos valores a ser recebido pelos municípios (*ad exitum*), valores que perfariam, aproximadamente, R\$ 7 bilhões de reais, sendo que, desse valor, R\$ 1,4 bilhão seria então destinado ao pagamento dos honorários dos três escritórios contratados.

Os escritórios contratados, porém, não intentam pleitear tais diferenças em juízo, uma vez que elas já estariam obviamente prescritas, mas buscam se aproveitar do trânsito em julgado da Ação Civil Pública 1999.61.00.050616-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em São Paulo, cuja sentença reconheceu o direito dos municípios à complementação dos valores pagos, à época, a menor, pela União (peça 3, p. 19-20).

Segundo os representantes, nada haveria de complexo ou controverso a ser buscado na via judicial, neste momento processual, uma vez que a causa já se decidiu, fazendo-se necessário apenas apresentar o pedido de cumprimento de sentença perante a Justiça Federal, o que já foi feito pelo próprio MPF, não se justificando tamanho desperdício ou esbanjamento de recursos federais, com a contratação questionável de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de licitação, nem o pagamento do expressivo percentual de 20% sobre o valor total da condenação que já foi obtida pelo MPF.

De inusitado, portanto, já no processo de execução, apenas a contratação dos escritórios de advocacia, para causa já ganha pelo MPF, com o pagamento de mais de R\$ 1,4 bilhão de honorários advocatícios, sendo que, de forma absolutamente suspeita, os 110 municípios apenas optaram por três privilegiados escritórios de advocacia, desprezando a execução proposta pelo MPF e desconsiderando os seus próprios serviços jurídicos.

A Controladoria-Geral da União, por meio da Nota Técnica 426/2017/NAE/MA/ Regional, apresenta idêntico entendimento, ao explicitar tratar-se de serviço advocatício de baixíssima complexidade (peça 1, p. 3) e necessidade:

[...] além de se tratar de cumprimento de sentença, a apuração dos valores exige simplesmente a elaboração de planilhas Excel com fórmulas padrão, que poderão ser utilizadas para todos os municípios em cadeia, alterando-se somente os dados particulares de cada um: quantidade de alunos do censo escolar do ano anterior e o valor do FUNDEF recebido à época, para determinar a diferença a ser paga. Afora esses parâmetros, tudo será padrão para todos os municípios. [...]

Demais disso, todas essas variáveis necessárias para o cálculo já constam dos autos da ACP n. 1999.61.00.05.0616-0, tendo em vista que o Juízo da 19ª Vara da Justiça Federal em São Paulo determinou ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE que os apresentasse, conforme Despacho disponibilizado no Diário Eletrônico em 15/06/2016.

Segundo informações coletadas pelos representantes junto à Advocacia-Geral da União (AGU), em 2017, serão pagos, nos próximos dias, aproximadamente, R\$ 224 milhões a título de precatórios a doze municípios maranhenses (peça 3, p. 32). Este fato, por si só, entremostra toda a urgência da sempre presta atuação do TCU.

Além disso, dados coletados do FNDE indicam que a União deve outros R\$ 5,4 bilhões a municípios de onze estados, apenas considerando o último exercício do Fundef (2006) (peça 6).

Note-se que são devidas complementações aos municípios dos seguintes Estados, consoante a consolidação feita pela Unidade Técnica:

Ano	Estados que receberam complementação da União	Fonte
1998	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 341, de 23.12.1998
1999	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 349, de 24.09.1999
2000	AL, BA, CE, MA, PA, PB, PE e PI	Portaria MF nº 354, de 29.09.2000
2001	AL, BA, CE, MA, PA, PB e PI	Portaria MF nº 288, de 27.09.2001
2002	BA, MA, PA e PI	Portaria MF nº 27, de 30.01.2002
2003	BA, MA, PA e PI	Portaria MF nº 10, 24.01.2003
2004	AL, BA, CE, MA, PA e PI	Portaria MF nº 400, 20.12.2004
2005	AL, MA, PA e PI	Portaria MF nº 41, 29.03.2005
2006	MA e PA	Portaria MF nº 40, 03.03.2006

Por conseguinte, em consonância com os representantes, se nada for feito, os três escritórios de advocacia, ilegalmente contratados - já que ausentes os requisitos que autorizariam a inexigibilidade, ou mesmo os requisitos mínimos que embasariam a regular constituição de ato administrativo - serão remunerados em quantias elevadíssimas, em contraprestação a serviços de baixa complexidade e de nenhuma necessidade, configurando a prática de atos antieconômicos pelos gestores municipais, além de desvio de recursos vinculados à área da educação, sem falar na violação do princípio da moralidade administrativa (artigos 2º, da Lei 9.424/1996, 2º, 21 e 23, da Lei 11.494/2007).

Aludiu-se, ainda, à concreta possibilidade de os montantes recebidos pelos municípios serem contabilizados como **outras receitas correntes** e não como receitas do Fundef/Fundeb, dando suporte a que os prefeitos lhes deem **livre destinação**, comportamento que violaria as regras básicas de destinação dos recursos do Fundeb.

II

Inicialmente, conheço da representação, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU.

Nos termos dos artigos 2º, da Lei 9.424/1996, 2º, 21 e 23, da Lei 11.494/2007, os recursos vinculados à área da educação estão gravados com essa específica finalidade constitucional e apenas podem custear atividades de educação. Constitui, portanto, ato ilegal, ilegítimo e antieconômico o pagamento de quaisquer honorários de advogados com tais recursos, ou a destinação desses valores para outras áreas da ação municipal, mesmo que de relevante interesse público, como a construção de estradas ou saneamento público.

Ademais, no caso concreto, não haveria falar em honorários *ad exitum* de 20% dos valores recebidos, porquanto o êxito da causa já foi plenamente assegurado pelo MPF, ao propor ação contra a União e nela obter pleno êxito. Há, apenas, a contratação de advogados para a execução de causa ganha contra devedor solvente, a União, paralelamente à execução em andamento, proposta pelo próprio MPF, assegurando-se aos escritórios de advocacia o percentual de 20% do total dos valores transferidos pela União.

Acolho, portanto, a precisa análise efetuada pela Secex-Educação, que incorporo às razões de decidir, e considero gravíssimos os fatos examinados, seja pela perspectiva de desvirtuamento de

verbas destinadas à educação, seja pelo montante dos valores transferidos em caráter absolutamente excepcional, seja pelo *modus operandi* que cerca a obtenção dos valores, seja pelo pagamento de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão de reais de honorários advocatícios, materialidade absolutamente exorbitante e injustificada.

III

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pacífica, forte na Constituição e no E. STF, no sentido de que a competência para fiscalizar recursos do Fundef se firma a partir da ocorrência de **repasses da União** aos Estados e Municípios, **a título de complementação** das verbas.

Nesse sentido, os Acórdãos 665/2009 e 2.556/2009, ambos do Plenário, bem como os Acórdãos 3.028/2009 – 2ª Câmara e 5.684/2014 – 1ª Câmara, este último de minha relatoria.

No voto condutor do Acórdão 5684/2014, consignei, devidamente respaldado pelo Plenário do TCU, o seguinte entendimento:

“Quanto à ausência de competência do TCU, a tese defendida pelo recorrente e pelo Secretário de Recursos, em relação às transferências legais, não foi acolhida por ocasião da prolação do Acórdão 2.546/2012-TCU-2ª Câmara, quando o Relator apenas encaminhou a matéria para ser estudada pela Segecex.

O fato de se tratar de transferência fundo a fundo, ou seja, de transferência legal, e não de transferência voluntária, não afasta a competência deste Tribunal e não implica a adoção de tratamento similar ao conferido às transferências do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb.

As transferências atinentes ao Fundeb, de origem constitucional, são consideradas receitas próprias, pertencentes aos respectivos entes da federação, razão única e exclusiva a conduzir a que as prestações de contas ordinárias desses fundos fossem encaminhadas aos Tribunais de Contas Estaduais e/ou dos Municípios.

Trata-se de decorrência direta do fato de o Fundeb ter sido instituído sob a forma de repartição constitucional de receitas tributárias, nada tendo a ver com o caso em exame nestes autos, em que a receita da União é obrigatoriamente repassada a outro ente da Federação, em razão de expressa disposição legal.

Daí por que a jurisprudência majoritária formou-se no sentido de que a competência do TCU para a fiscalização da aplicação dos recursos do Fundef (atual Fundeb) depende da presença de recursos federais, ou seja, da existência de complementação efetuada pela União”.

As verbas tratadas nestes autos são, destarte, plenamente oriundas da complementação devida pela União, restando patente a natureza federal dos recursos e a competência do TCU para apreciar e julgar a aplicação desses valores, sem embargo do fato de que as teses que se discutem terem prevalência nacional, interesse e importância que as fazem merecedoras de divulgação entre todos os órgãos de controle, para a efetiva fiscalização desses recursos.

IV

O fato de os pagamentos aos municípios serem feitos mediante precatórios não afasta nem impede a aplicação da Constituição e das leis, em especial na parte que impõe a vinculação desses recursos, até porque o provimento judicial **não altera a natureza jurídica** essencial dessas parcelas complementares de verbas do Fundeb, natureza que se mantém nos registros da União e em todo o trânsito dessas verbas, **muito menos lhes confere caráter indenizatório**, como podem pretender alguns.

Ao contrário, se, na ação proposta pelo MPF, a União foi condenada em razão do não atendimento do valor mínimo por aluno/ano, é evidente que os valores obtidos judicialmente devem ter aplicação vinculada a essa finalidade, senão o provimento judicial estaria provocando exatamente a

situação que intentou evitar, a insuficiente destinação de recursos vinculados ao ensino básico para essa finalidade constitucional.

Daí decorre a razão por que devem ser de pronto rechaçadas quaisquer interpretações que tenham por efeito prático afastar essas especiais vinculações legais e constitucionais e a atração de novos gravames, a exemplo dos honorários advocatícios que, de logo, abocanhariam vinte por cento das verbas transferidas pela União e finalisticamente gravadas pela Constituição e legislação infraconstitucional.

Afinal, não há regra de hermenêutica que possa justificar a interpretação de lei de modo que produza efeitos opostos ao que ela determina. Tratar-se-ia de brutal contrassenso que cumpre ao exegeta repelir e hostilizar. Pudessem verbas gravadas, constitucionalmente discriminadas, ser aplicadas em diversa finalidade, haveria notável paradoxo, que conteria rasgar a constituição e as leis que tratam das verbas destinadas pelo constituinte à educação.

Ademais, não pode o julgador arvorar-se no papel de legislador e escolher aplicar a lei que gostaria que existisse, a que ache mais justa, de acordo com seus critérios pessoais e idiossincráticos de justiça, ou a que ele redigiria caso lhe fosse facultado escrevê-las, a *lege ferenda*, desprezando todo o direito objetivo. Cabe ao julgador tão somente aplicar a lei existente ao caso concreto, a *lege lata*, dentro do contexto e dos princípios constitucionais, na melhor medida do possível, mas sempre respeitando a ordem jurídica em vigor.

Não cabe, pois, ao órgão de controle externo, escolher ou autorizar o emprego de verbas públicas em finalidades outras que as estritamente autorizadas por lei.

Assim, considerando as notícias de que recursos oriundos dessas complementações já estariam sendo aplicados em destinação diversa, impõe-se agir com a maior presteza e rigor possíveis, para evitar o desbaratamento desses valores em finalidades absolutamente vedadas pela legislação em vigor.

Da mesma forma, pelas razões salientadas, absolutamente questionável o procedimento de destacar, em precatórios, verbas do Fundeb, para pagamentos de advogados, uma vez que tal procedimento desfalcaria a vontade dos legisladores, constituinte e derivado, no sentido de permitir a alocação de recursos mínimos, por aluno, em cada estado e município do País. Este procedimento não elide a responsabilidade dos gestores e advogados pela percepção irregular de recursos públicos gravados com finalidade específica.

Por essa razão, entendo adequado dar a mais ampla divulgação possível a esta deliberação, encaminhando-as aos demais Tribunais de Contas, aos municípios envolvidos e aos demais órgãos ou entidades que possam colaborar com o controle externo.

V

A representação retrata e comprova vastos indícios de ilegalidade e de antieconomicidade nos contratos firmados entre os 110 municípios do Estado do Maranhão e escritórios de advocacia, na forma exposta no relatório precedente.

Os vícios desses contratos são abundantes e traspassam as fronteiras da legalidade e da moralidade administrativa, seja na sua constituição, seja na sua finalidade, seja nos seus efeitos.

Entretanto, como ressaltado no voto condutor do Acórdão 1550/2017–TCU–Plenário, a legalidade das contratações em tela não é o objeto da presente representação, pois a competência desta Corte surge apenas com o repasse dos recursos federais aos municípios.

No voto condutor do Acórdão 5.940/2014 – 2ª Câmara, ao apreciar representação com diverso objeto, o E. Ministro Weder de Oliveira aduziu o seguinte:

[...] a competência para apreciar a legalidade do contrato em tela não é deste Tribunal, mas do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Não cabe ao TCU deliberar sequer sobre o pedido da representante de adoção de cautelar para suspender os efeitos da contratação questionada.

6. Entretanto, a partir do despacho judicial que deferiu a separação de 20% do total a ser pago ao município a título de diferenças da complementação dos recursos do Fundef para quitação dos honorários contratuais (peça 1, p. 4/7 e 25), existe, certamente, o risco de haver aplicação dos recursos federais em desacordo com os objetivos previstos no ordenamento jurídico.

[...]

9. Todavia, ainda não houve qualquer materialização de prejuízos ao erário, pois o pagamento dos honorários somente deverá ocorrer, nos termos do despacho proferido, quando do pagamento da obrigação principal, após decisão definitiva dos embargos à execução (processo 1638-35.2012.4.01.3702).

[...]

11. Dessa maneira, não há como firmar juízo, neste momento, a respeito do mérito desse ponto da representação. De qualquer sorte, mesmo que prevaleça o entendimento judicial constante do despacho contestado, a responsabilidade por efetuar o pagamento dos honorários, com verbas próprias, continuará a ser do município, que deverá reembolsar o Fundo na hipótese de os recursos serem efetivamente deduzidos da quantia a ser recebida da União.

12. Assim, tendo em vista o princípio da independência das instâncias e a inexistência, por ora, de prejuízos ao erário federal, tenho por adequada a proposta da unidade técnica de enviar cópia dos autos ao órgão competente, sem prejuízo de dar ciência ao município de Timon/MA de que os recursos do Fundef, por expressa destinação constitucional e previsão legal, não podem ser reduzidos para pagamento de honorários advocatícios, somente podendo ser destinados à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à valorização dos profissionais da educação.

Via de regra, a competência para analisar a legalidade desses contratos pertence ao Tribunal de Contas, federal e/ou estadual, apto a fiscalizar as contas do respectivo município/estado envolvido, conforme a natureza da verba.

Não obstante, muito embora não possa o TCU apreciar, de início, a legalidade dos contratos firmados, poderá vir a fazê-lo, em cada caso concreto, se forem eles custeados com recursos decorrentes da complementação do Fundeb pela União, mediante repasse de novas e complementares verbas destinadas a assegurar o montante mínimo por aluno.

Em sendo o contrato custeado com recursos exclusivamente municipais, não se firma a competência do TCU. Mas se o contrato for custeado com recursos de origem federal, tal como a complementação do Fundef, instaura-se a competência plena do TCU para apreciar a regularidade da despesa, aí incluída não só a legalidade do contrato como a pertinência dos valores envolvidos e a responsabilidade dos envolvidos.

Essa tem sido a jurisprudência pacífica do TCU, que acolhe o entendimento de que a transferência de recursos da União a título de complementação das verbas do Fundeb municipal ou estadual atrai a competência do TCU para fiscalizar o cumprimento de todo o conjunto de obrigações impostas pelas normas de regência aos entes envolvidos no custeio e na operacionalização do Fundo, não se limitando o controle externo exercido pelo Tribunal aos aspectos financeiros da gestão.

Nesse sentido asseverou o E. Ministro Substituto Marcos Bemquerer Costa, no voto condutor do Acórdão 2584/2014 – Plenário:

“5. Dito isso, cumpre afirmar, como asseverei na Proposta de Deliberação condutora do Acórdão n. 1.319/2009 - Primeira Câmara, que: 'embora o fator determinante da competência do TCU seja a realização, em determinado exercício, de transferências da União ao Fundef, a título de complementação das verbas a ele destinadas pelos Estados e Municípios, o objeto a ser fiscalizado por esta Casa não se resume aos aspectos financeiros da sua gestão. Compreende o cumprimento de todo o conjunto de obrigações impostas pelas normas de regência aos entes envolvidos no seu custeio e operacionalização. Caso constatada irregularidade, além das providências mencionadas nos dispositivos acima transcritos, cabe ao Tribunal determinar a adoção de providências corretivas, nos termos do art. 250, II, do RI/TCU, a fim de que o objetivo da Lei e da Constituição seja atingido”.

Nesse sentido, em havendo qualquer indício de desvio de finalidade, em suas múltiplas formas, ou o emprego indevido de recursos oriundos da complementação do Fundef/Fundeb, deve ser imediatamente instaurada a competente tomada de contas especial.

Em se comprovando o emprego dessas verbas em finalidade diversa da especificada nas leis e na Constituição, impõe-se a instauração de Tomada de Contas Especiais para a imediata reparação do dano oriundo do desvio perpetrado, com imputação das responsabilidades cabíveis das autoridades, beneficiários e participantes no ato.

Necessário se faz, então, determinar à Segecex que identifique todos os casos em que já houve a liberação desses recursos e verifique a existência de desvio em sua aplicação.

Em havendo desvio de verbas, deve ser verificado se o município auferiu ganho, a exemplo de obras de saneamento ou pavimentação, casos em que o ente da federação deve ser chamado para integrar o polo passivo da TCE, respondendo junto com o prefeito e beneficiários pela recomposição, ao Fundeb, dos valores irregularmente despendidos, e pelas consequências do ato irregular.

Verificado o desvio de recursos, sem que o município tenha efetivamente auferido o ganho, a exemplo de despesas contratadas ilegalmente, com preço abusivo ou com outra irregularidade dessa natureza, mesmo o pagamento indevido de honorários de advogado, a pessoa que se beneficiou com os pagamentos indevidos deve integrar o polo passivo da Tomada de Contas Especial e responder, junto com o prefeito e demais responsáveis, pela reparação do dano aos cofres do Fundef/Fundeb.

VI

Por oportuno, menciono recente decisão deste Tribunal, o Acórdão 1.470/2017 – TCU – Plenário, relatado pelo E. Ministro Benjamin Zymler, que bem evidencia toda sorte de desvio a que podem estar sujeitos os recursos tratados nestes autos. Na ocasião, assim o Relator sintetizou os fatos:

*2. Consoante se depreende da minudente narrativa promovida pela unidade instrutiva, integralmente transcrita no relatório, a referida municipalidade, em virtude de decisão proferida pela 5ª Vara da Justiça Federal do Piauí, recebeu, em 13 de dezembro de 2016, isto é, faltando apenas 18 (dezoito) dias para o final do mandato do sr. Antônio Gomes Sousa, a quantia de R\$ 2.849.823,75 (dois milhões, oitocentos e quarenta e nove mil oitocentos e vinte e três reais e setenta e cinco centavos). Tais recursos advieram do processo judicial nº 2005.40.00.0067384, cujo objeto foi o **pagamento de diferenças do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), do período de 1998 a 2004.***

3. De posse desses recursos, no dia seguinte o ente municipal transferiu significativa parcela, no montante de R\$ 2.730.000,00, para outra conta-corrente de sua propriedade, a qual era mantida no Banco Bradesco.

4. Ato contínuo, nos 5 (cinco) dias seguintes foram efetivadas inúmeras transferências para outros destinatários e para outra conta municipal.

5. Nessa senda, convém anotar que parte desses recursos (R\$ 2.234.123,22) foi transferida a 11 (onze) empresas distintas, **mediante 55 movimentações financeiras**. O restante destinou-se a outra conta daquele ente federativo na qual também foram promovidas operações financeiras consideradas, tanto pela CGU quanto pela unidade instrutiva representante, **atípicas**

Por meio da referida decisão foram tornados indisponíveis os bens dos responsáveis e das empresas destinatárias dos recursos, instauradas diversas Tomadas de Contas Especiais e, adicionalmente, autorizou-se o compartilhamento de informações com os órgãos parceiros da Rede de Controle e a realização de eventuais ações em conjunto, como diligências, fiscalizações e operações visando a obtenção de elementos comprobatórios adicionais e a conjugação de esforços no sentido do alcance da **máxima efetividade** no tocante ao ressarcimento dos recursos desviados, **medida que igualmente adoto nestes autos**.

Em síntese, são gravíssimas as irregularidades tratadas neste processo, uma vez que privam as gerações atuais e futuras do acesso ao ensino qualificado, proporcionado pela União, com a transferência complementar de verbas, em virtude do desvio das verbas constitucionalmente destinadas ao ensino, a pretexto de honorários de advogado e outras aplicações irregulares.

Por tais razões, no caso concreto das verbas complementares do Fundeb, sem embargo do questionável esbanjamento dos recursos, insofismável que o pagamento de honorários de advogado, com verbas constitucionalmente gravadas com finalidade específica, é ilegal, imoral e inconstitucional, sendo nulos todos os atos que impliquem o desvio dessas verbas da única finalidade que elas podem albergar, a educação.

Por fim, gostaria de registrar uma palavra de elogio ao senso de interesse público advindo da ação conjunta dos entes governamentais, presentes em meu gabinete, na defesa dos interesses mais altaneiros da Nação. Nesse sentido, a Rede de Controle, composta pelo MPF, CGU, TCE-MA, MPC-MA e AGU, dentre outros, encaminhou dados, escritos e orais, que permitiram a ação presta do TCU em relação à questão ora submetida a deslinde.

Com essas considerações, entendo que a representação deve ser julgada procedente, para o fim de garantir a aplicação dos recursos do Fundef, exclusivamente, em ações da área da educação, como garantido pelo artigo 60, do ADCT, e pelas Leis 9.424/1996 (Fundef) e 11.494/2007 (Fundeb).

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de agosto de 2017.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

ACÓRDÃO Nº 1824/2017 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 005.506/2017-4.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII - Representação
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgãos/Entidades: Advocacia-Geral da União; Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF; Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação; Ministério da Educação.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto (SecexEduc).
8. Representação legal: não há
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pelo Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Estado do Maranhão (MPE/MA) e Ministério Público de Contas do Maranhão (MPC/MA) acerca de possíveis irregularidades na destinação de verbas oriundas de pagamento de precatórios aos municípios que fazem jus a diferenças na complementação, devida pela União, no âmbito do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef);

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

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 235 e 237, incisos I e VII e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la inteiramente procedente;

9.2. firmar os seguintes entendimentos em relação aos recursos federais, decorrentes da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef e ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb:

9.2.1. a competência para fiscalizar a aplicação desses recursos complementares é do Tribunal de Contas da União, ainda que esses pagamentos decorram de sentença judicial, uma vez que são recursos de origem federal;

9.2.2. aos recursos provenientes da complementação da União ao Fundef/Fundeb, ainda que oriundos de sentença judicial, devem ser aplicadas as seguintes regras:

9.2.2.1. recolhimento integral à conta bancária do Fundeb, prevista no art. 17 da Lei 11.494/2007, a fim de garantir-lhes a finalidade e a rastreabilidade; e

9.2.2.2. utilização exclusiva na destinação prevista no art. 21, da Lei 11.494/2007, e na Constituição Federal, no art. 60 do ADCT;

9.2.3. a aplicação desses recursos fora da destinação, a que se refere o item 9.2.2.2 anterior, implica a imediata necessidade de recomposição do Erário, ensejando, à mingua da qual, a responsabilidade pessoal do gestor que deu causa ao desvio, na forma da Lei Orgânica do TCU;

9.2.4. a destinação de valores de precatórios relacionados a verbas do Fundef/Fundeb para o pagamento de honorários advocatícios é inconstitucional, por ser incompatível com o art. 60, do ADCT, com a redação conferida pela EC 14/1996, bem como é ilegal, por estar em desacordo com as disposições da Lei 11.494/2007;

9.3. determinar, com base no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 e art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) que, no prazo de 90 (noventa) dias, crie mecanismos no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (Siope) que evidenciem as receitas e as despesas vinculadas à Lei 11.494/2007 oriundas de condenação judicial transitada em julgado (ACP 1999.61.00.050616-0 e processos similares) e institua

controles no sistema que permitam a rastreabilidade da aplicação desses recursos, possibilitando, assim, a plena verificação da regular aplicação desses valores;

9.4. determinar à Segecex que, com o suporte da SecexEducação e das unidades sediadas nos Estados:

9.4.1. identifique todos os estados e municípios beneficiados pela condenação judicial transitada em julgado (ACP 1999.61.00.050616-0 e processos similares) e certifique-se de que os recursos federais foram integralmente recolhidos à conta bancária do Fundeb, prevista no art. 17 da Lei 11.494/2007;

9.4.2. na hipótese de verificar a utilização dos recursos em finalidade distinta da explicitada no item 9.2.2.2 anterior, ou em caso de não recolhimento dos valores à conta do Fundeb, comunique o respectivo ente federativo da necessidade de imediata recomposição dos valores à referida conta;

9.4.3. caso não comprovada a recomposição dos recursos, de que trata o item anterior, na conta do Fundeb, adote as providências cabíveis para a pronta instauração da competente tomada de contas especial, fazendo incluir, no polo passivo das TCEs, além do gestor responsável pelo desvio, o município que tenha sido irregularmente beneficiado pelas despesas irregulares e, quando for o caso, o terceiro irregularmente contratado ou que, de qualquer forma, tenha concorrido para a prática do dano ao Erário;

9.5. determinar, com base no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 e art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, ao Ministério da Educação (MEC), respaldado no art. 30, I, III e IV, da Lei 11.494/2007 (Lei do Fundeb), que, no prazo de 15 dias, utilizando-se dos meios mais eficazes de que dispõe, encaminhe aos estados e municípios que têm direito a recursos provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do Fundeb, referente a 1998 a 2006, oriundos da ACP 1999.61.00.050616-0, ou de ações similares na esfera judicial ou administrativa, cópia integral desta deliberação, alertando-os de que os recursos de complementação da União de verbas do Fundeb, obtidos pela via judicial ou administrativa, devem ser utilizados exclusivamente para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, sob pena de responsabilidade do gestor que lhes conferir outra destinação;

9.6. determinar aos municípios beneficiados pela ACP 1999.61.00.050616-0 que não promovam pagamento de honorários advocatícios com recursos oriundos da complementação da União ao Fundeb/Fundeb, bem como não celebrem contratos que contenham, de algum modo, essa obrigação;

9.7. encaminhar cópia desta decisão, acompanhada do relatório e voto que a fundamentam, aos Tribunais de Contas Estaduais de Alagoas, Maranhão, Paraíba, Pernambuco e Piauí, bem como aos Tribunais de Contas dos Municípios da Bahia, do Ceará e do Pará, informando-os do entendimento acerca da impossibilidade de os recursos transferidos, a título de complementação, da União para o Fundeb/Fundeb, comporem o cálculo do mínimo a ser aplicado em manutenção e desenvolvimento do ensino, expresso no *caput* do art. 212 da Constituição, conforme expresso nas normas de contabilidade pública, em especial no Manual de Demonstrações Financeiras emitido pela STN (Portaria STN 403/2016), bem como, a título de colaboração, aos Tribunais de Contas dos demais Estados da federação;

9.8. encaminhar cópia deste processo, para as finalidades que entenderem cabíveis, ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, à Procuradoria da União no Maranhão (PU/MA), ao Ministério Público dos Estados de Alagoas, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Bahia, Ceará e Pará, ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União, ao Ministério Público Federal (MPF) e à Polícia Federal;

9.9. encaminhar, a título de colaboração, cópia desta decisão, acompanhada do relatório e voto que a fundamentam, aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, informando-os de que este Tribunal firmou o entendimento de que, por força do art. 60, do ADCT, com a redação conferida pela

EC 14/1996, é inconstitucional e ilegal a destinação de valores de precatórios relacionados a verbas do Fundef/Fundeb para o pagamento de honorários advocatícios;

9.10. autorizar a Segecex, em conjunto com demais secretarias do Tribunal, a:

9.10.1. compartilhar as informações/documentos necessários à atuação conjunta e coordenada dos órgãos parceiros da Rede de Controle no âmbito de suas esferas de competência, seja cível ou criminal;

9.10.2. realizar, caso necessário, eventuais ações em conjunto, como diligências, fiscalizações e operações visando a obtenção de elementos comprobatórios adicionais e a conjugação de esforços no sentido do alcance da máxima efetividade no tocante ao ressarcimento dos recursos desviados e a correspondente responsabilização dos agentes públicos e terceiros que deram causa aos danos que venham a ser comprovados

10. Ata nº 33/2017 – Plenário.

11. Data da Sessão: 23/8/2017 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1824-33/17-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Fui presente:

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

ACÓRDÃO N° 775/2020 - TCU – Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 143, inciso III, do Regimento Interno/TCU, c/c os arts. 36 e 37 da Resolução TCU 259/2014, em considerar cumpridos os itens 9.4 e 9.6 do Acórdão 1.824/2017 – TCU – Plenário, alterado pelo Acórdão 1.962/2017 – TCU – Plenário, e determinar o apensamento do presente processo, em definitivo, ao TC 005.506/2017-4 (Representação), de acordo com os pareceres da SecexEduc (peças 26-27):

1. Processo TC-032.708/2017-3 (MONITORAMENTO)

1.1. Entidades: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, Municípios do Estado do Piauí (222 Municípios)

1.2. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

1.3. Representante do Ministério Público: não atuou

1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Educação (SecexEduc).

1.5. Representação legal: não há.

1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

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 inútil 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, sem 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 compreende 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 solucionadas 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, excluía 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 compreende 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 e 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, vales-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 infindáveis 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 impessoalidade, 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 tomando-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 fim, é razoável que a Administração adote cautelas quando do 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 compreende 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 transcrito; 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 Conj: 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 veto 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. abstenha-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, verifica-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, inexistência de 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 FRANCIULLI 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 possui 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, inócua, 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 impedi-la de 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 esta 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 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 dos 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 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. (...)

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”. 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 ínsita 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, estiveram 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-provido”. (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:

- a) realizam pesquisa junto a outros órgãos públicos ou solicitam propostas a empresas do ramo;
- b) 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 vantajosos 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 compreende 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 ofertar 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 ofertado 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 inexecutabilidade 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 contradita 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, compreende-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. Concluimos, 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 regule 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 compreende 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 transcrito.

“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	2ª	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	4ª	2.395.612,96	2.098.000	- 12%
008.606/2010-2	51/2010	Serviços continuados de limpeza, conservação e higienização – TCU/Sede.	44	8ª	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 – Secex/AM.	22	8ª	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	22ª	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	7ª	471.597,99	436.200,00	- 8%
013.468/2010-3	64/2010	Serviços de limpeza, conservação e higienização – Secex/AC.	7	5ª	28.946,57	28.700,00	- 1%
005.707/2010-2	65/2010	Serviços de recepção, copeiragem, manutenção predial e jardinagem – Secex/RN.	26	4ª	171.092,16	171.084,00	0,0%
014.078/2010-4	67/2010	Serviços continuados de copeiragem – Secex/AP	10	7ª	18.520,56	19.500,00	+ 5%
012.826/2010-3	71/2010	Serviços de vigilância armada – Secex/AL	4	2ª	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	3ª	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 do art. 57 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 envidem 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 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.”

VIII – os representantes da AGU enviem esforços junto aos dirigentes do Órgão no sentido de fixar orientação (normativo) dispondo 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 Secex 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 pétrea, 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 junte 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 cedo, 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 fenômenos, 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 inadimplementos 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, entendendo 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 guarida 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 3ª 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 3ª 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 exigi-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 Secex, 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, Liquidez 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 peregrino exame efetuado pela 3ª 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, 12ª 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 3ª 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 extrai 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 pela 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 a 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 minimamente 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 somente 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 similitude 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 outro 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 ínsita 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 3ª 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 vênias, 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 o 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 3ª 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 8.364/2012-2ª 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 ofertar 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. Concorro 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

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% (dezesesseis 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