

## As novas exigências para qualificação técnico operacional para licitações de serviços contínuos trazidas pela IN nº 06/2013 do MPOG na prática

*Prof. Flávia Vieira Paim*

A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, publicou a Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013, na p. 90 da Seção 1 do Diário Oficial da União – DOU, nº 250, em 26 de dezembro de 2013. Referido normativo alterou substancialmente a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, e seus Anexos I, III, IV, V e VII e inclui ainda o Anexo VIII. Houve ainda, mais duas retificações à norma geral. A primeira publicada no D.O.U dia 30 de dezembro de 2013 e a segunda publicada no dia 09 de janeiro de 2014.

A nova norma entrará em vigor no início de março, considerando-se a última retificação sofrida, mas tem causado inúmeros questionamentos e dúvidas práticas de aplicação entre os servidores de um modo geral. É fato que muitas das mudanças, foram previamente anunciadas no Acórdão 1.214 do Plenário, publicado em maio de 2013, cujo relator foi o Ministro Aroldo Cedraz, e que discutiu questões práticas relativas aos procedimentos licitatórios, gestão de contratos e fiscalização, levantadas por 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, e que culminou em uma série de sugestões de melhoria para os procedimentos de licitação e execução de contratos de serviços contínuos, que foram analisados e convertidos em recomendação para implantação pela SLTI.

Entre tantas alterações promovidas pelo novo normativo, a que talvez traga mais margem a discussão e a interpretações diversas, é sem sombra de dúvidas a recomendação trazida para a qualificação técnico operacional para as licitações de serviços contínuos, consubstanciada no inciso XXV e §§ 6º e 07º do art 19 da IN nº 2/08, que assim determinam:

**Art. 19.** Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

**XXV-** disposição prevendo condições de habilitação técnica nos seguintes termos:

- a) os atestados ou declarações de capacidade técnica apresentados pelo licitante devem comprovar aptidão para desempenho de atividade **pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto de que trata o processo licitatório;** e
- b) os atestados de capacidade técnico-operacional deverão referir-se a serviços prestados no âmbito de sua atividade econômica principal ou secundária

especificadas no contrato social vigente;

**§ 5º** Na contratação de serviços continuados, a Administração Pública poderá exigir do licitante:

I - comprovação de que tenha executado serviços de terceirização **compatíveis em quantidade** com o objeto licitado por período não **inferior a 3 (três) anos**; e

...

**§ 6º** Para a comprovação da experiência mínima de 3 (três) anos prevista no inciso I do § 5º, será aceito o somatório de atestados.

**§ 7º** Na contratação de serviços continuados com mais de 40 (quarenta) postos, o licitante deverá comprovar que tenha executado **contrato** com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados.

**§ 8º** Quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado **contrato** com um mínimo de 20 (vinte) postos. **(grifo nosso)**

A redação contida no inciso XXV do art. 19 está em harmonia com a determinação trazida no art. 30, inciso II, e § 1º, da Lei nº 8.666/93, de que 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. Até aí nenhuma novidade.

Costumeiramente, tem-se visto em Editais a exigência de que o licitante deve comprovar 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, em consonância com a maciça jurisprudência do TCU neste sentido. Sabemos que o conteúdo dos atestados técnicos a serem exigidos dos licitantes deve ser suficiente para garantir à Administração que o mesmo tem condições de executar o objeto pleiteado e a recomendação do TCU neste sentido que fixa percentual entre 30% e 50% parece razoável frente aos objetos contratados com menor grau de especialização técnica.

No entanto, o que se tem observado na prática, questão levantada pelo grupo de estudos que consubstancia o Acórdão 1.214/2013, base para as alterações trazidas para a IN nº 2/08, é que as empresas terceirizadas que prestam serviços contínuos usuais para a Administração Pública, tais como limpeza, jardinagem, portaria, copeiragem, motoristas e de apoio administrativo em geral, não são especialistas propriamente ditas no objeto em si, mas sim, por imposição do próprio mercado, inclusive impulsionado pela própria Administração Pública, acabam por incorporar diversas atividades operacionais em seus contratos sociais, todas sem grande necessidade de especialização técnica. O objeto em si a ser executado, passa a ter relevância secundária frente à necessidade que esta realidade mercadológica impõe. Estas empresas para manter-se neste mercado, devem adquirir aptidões que vão além da especialização na atividade em si, pois devem adquirir a habilidade de serem boas gestoras de mão de obra, sabendo selecionar seus colaboradores, além de serem cumpridoras de todas as obrigações trabalhistas e previdências impostas, por lei e por contrato, durante toda a vigência do mesmo, o mais

difícil de se fazer, diga-se de passagem.

Note-se que existe uma diferença entre estes contratos contínuos usuais e aqueles em que há maior complexidade técnica envolvida, tal como para execução de uma obra de construção civil, para fornecimento de bens ou para serviços de informática, por exemplo. Nestes a mera comprovação de aptidão técnica através de atestados a serem exigidos em razão da dimensão do objeto em si, é suficiente para comprovar a qualificação técnica operacional garantidora de que a empresa licitante está apta para executar o objeto demandado.

Naqueles serviços contínuos usuais de menor complexidade, a Administração Pública tem constatado, a duras penas, que a habilitação técnica a ser exigida deve ser diferenciada daquela exigida para os contratos em que há maior complexidade técnica, tendo em vista que as exigências até então feitas não tem atendido aos pressupostos da Lei 8.666/93, qual seja, de garantir à Administração que a empresa licitante possui aptidão para executar os serviços contínuos contratados principalmente mediante cessão de mão de obra e cumprir com os demais encargos exigidos pela legislação e pelo contrato. Principalmente porque tem se observado que a maior causa de fracassos nos contratos realizados pela Administração Pública reside na incapacidade das empresas manterem ao longo do tempo as obrigações trabalhistas e previdenciárias em dia, sem falhas. Este é o grande ponto ao qual a nova redação da IN nº 2/08 pretende atingir.

Dados levantados pelo SEBRAE-SP, indicam que 58% das empresas abertas em São Paulo, não passam de 3 (três) anos de existência, o que acaba casando com a realidade vislumbrada pelos servidores públicos de que as empresas prestadoras de serviços terceirizados estão rescindindo ou abandonando contratos antes mesmo dos sessenta meses permitidos por lei.

Diante desta conclusão a que chegou o grupo de estudos, foi recomendado no Acórdão do TCU de nº 1.214-Plenário, a inclusão dos parágrafos 5º, 7º e 8º ao artigo 19 da IN nº 02/08, na qual é exigido como condição de habilitação técnica operacional para contratação de serviços contínuos a demonstração de capacidade para gerir um quantitativo mínimo de 20 (vinte) postos, pouco importando a dimensão dos serviços, pelo período mínimo de 3 (três) anos.

O primeiro questionamento que salta aos olhos em face deste dispositivo é quanto a expressão “contrato”, utilizada no singular e também repetida no § 10º do mesmo artigo 19. Assim, diante da redação trazida de que o licitante deverá comprovar que tenha executado “contrato”, no singular, com um mínimo de 20(vinte) postos, poderia ser interpretado que a IN nº 2/08 está vedando o somatório de atestados para a comprovação dos 20 (vinte) postos? Em outras palavras, a Administração deve exigir que o licitante comprove através de um único atestado que gerenciou ou gerencia um contrato com mínimo de 20 (vinte) postos? Será que há diferença entre gerenciar 20 (vinte) postos em um único contrato ou gerenciar, por exemplo, 3 contratos simultaneamente, com 5(cinco), 8(oito) e 7(sete) postos, respectivamente? Será que a IN nº 2/08 foi apenas infeliz no emprego do termo “contrato”, no singular?

Outro questionamento quanto ao tema em questão, é quanto ao próprio quantitativo mínimo fixado para comprovação: 20(vinte) postos de trabalho, independente da dimensão do objeto. É legal exigirmos comprovação de ter gerenciado 20 (vinte) postos

de trabalho, quando o meu contrato exige apenas 5 (cinco) postos? E como fica a “compatibilidade” prevista no art. 30, inciso II, e § 1º, da Lei nº 8.666/93?

Quanto ao prazo de 3 (três) anos de experiência exigidos. A norma não é clara, se o período dos 3 (três) anos exigidos devem ser consecutivos e anteriores a data da licitação ou se podem ser alternados ao longo do tempo.

Note-se que o 6º do art 19, permite expressamente que seja aceito o somatório de atestados para a comprovação da experiência mínima de 3 (três) anos, mas nada dispõe quanto a possibilidade de somatório de atestados para comprovação do gerenciamento de 20 (vinte) postos.

Diante destas lacunas na norma, muitas interpretações tem surgido em torno das exigências para habilitação técnico-operacional. A meu ver a melhor interpretação para este momento inicial, deve ser construída em torno da literalidade da norma, em consonância com o princípio da razoabilidade.

Para tratar de cada uma das dúvidas suscitadas pelo artigo 19 e parágrafos em questão, e para aguçar o raciocínio lógico, vamos dividir os questionamentos feitos em 2(dois) tópicos distintos:

## 1. **Comprovação de execução de serviços terceirizados pelo prazo mínimo de 3 (três anos)- Art 19, inciso I, §5º:**

A Lei Geral de Licitações – Lei 8.666/93 em seu artigo 30, § 1, inciso I e § 5º dispõe o seguinte:

**"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:

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;**"

**"§ 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". (grifo nosso)

Ora, a restrição contida no inciso I do § 1º do art 30 da lei 8.666/93, poderia em uma primeira análise, sugerir que a exigência de comprovação de execução do objeto pelo prazo mínimo de 3 (três) anos não seria permitida. A lei é taxativa ao limitar quantitativos mínimos e limitações de tempo.

Em muito a questão já foi discutida pela doutrina e jurisprudência, mas ao longo do tempo tanto a doutrina, quanto a própria jurisprudência foram rendendo-se e

concordando que a regra trazida na norma, comporta exceções. A jurisprudência tem considerado legítimo a inserção em Editais de exigências de qualificação técnica operacional incluindo quantitativos mínimos, desde que demonstrada sua necessidade e pertinência e desde que não ofenda os princípios da competitividade, da legalidade e da isonomia. Neste sentido, o Acórdão do TCU nº 2.304/2004 –Plenário:

"À 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).

No mesmo sentido, entendimento do STJ (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".

As exigências de comprovação de execução de serviço pelo prazo mínimo de 3 (três) anos, trazida no § 5º do art. 19 da IN nº 2/08, encontra guarida nas conclusões do Acórdão do TCU nº 1.214/2013, já mencionadas, que traz muitos argumentos práticos e legais que justificam boa parte das exigências feitas.

A experiência vivida pela Administração Pública com a terceirização de serviços, aponta para a necessidade de comprovação de que a empresa a ser contratada para executar serviço de forma contínua, principalmente em serviços em que a mão de obra é cedida ao contratante, deve possuir estabilidade no mercado, atuando neste segmento de forma efetiva e não apenas "existindo" ou atuando em ramo diverso àquele do objeto que pretende contratar. Em contratos de serviços contínuos, principalmente quando há cessão de mão de obra, sabe-se que o risco trabalhista envolvido é maior, e que a Administração deve focar na fiscalização trabalhista e previdenciária, o que colabora para a justificativa de que a Administração deve buscar meios de comprovar que as empresas a serem contratadas comprovem serem capazes de gerir tecnicamente contratos de forma eficiente, ou seja, cumprindo obrigações trabalhistas e previdenciárias impostas por lei, respeitando prazos de pagamento aos seus funcionários, dentre outras exigências que o ramo de atividade requer, por um período de tempo que demonstre certa solidez, compatível, com o prazo máximo de 60 (sessenta) meses previsto em lei para execução dos contratos.

Assim, concluo que neste momento de consolidação inicial de entendimento, por uma questão de segurança jurídica aos servidores, a melhor interpretação a ser dada

ao inciso I do § 5º do art 19 da IN nº 2/08 é que deverão ser exigidos em Edital comprovação de que a empresa tenha executado serviços de terceirização com mínimo de 20 postos (conforme regra trazidas nos §§ 7º e 8º do artigo 19), por período mínimo de 3 (três) anos. Para a comprovação deste período mínimo de 3 (três) anos, é possível o somatório de atestados, conforme expressamente determinado no § 6º do art 19. A norma não determinou, se este período de 3 (três) anos deve ser consecutivo ou se é válido considerar períodos alternados de tempo, que somados fecham em 3 (três) anos.

Considerando princípios de hermenêutica, que determina que não há norma sem sentido ou sem uma finalidade prática ou efeito jurídico, ainda que negativo, e se a interpretação a ser dada retirar por completo sua aplicabilidade, tal interpretação deve ser equivocada, penso que neste momento de incertezas, a melhor interpretação sugere ser válido considerar períodos alternados de tempo, que somados fecham em 3 (três) anos. Afinal, tanto a contagem de tempo consecutiva quanto alternada, servem para à finalidade a que se propõe a norma: comprovar estabilidade financeira da empresa a ser contratada.

## **2. Número de postos mínimos a serem exigidos e possibilidade de somatório de atestados para sua comprovação.**

O texto do inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93 menciona a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

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

II - 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;

Redação no mesmo sentido foi incluída no inciso XXV do art 19 da IN nº 2/08. No entanto, o § 5 do art. 19, determinou que seja exigido comprovação de que o licitante tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos, e logo a seguir nos §§ 7º e 8º lançou a regra do que seria compatível em quantidades de postos de trabalho, para comprovar a aptidão técnico operacional da mesma, determinando no § 7º que na contratação de serviços continuados com mais de 40 (quarenta) postos, o licitante deve comprovar que executou contrato com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados e no § 8º determinou que quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato com um mínimo de 20 (vinte) postos.

Portanto, a IN nº 2/08, lança um parâmetro de compatibilidade a ser seguido como regra nos §§ 7º e 8º da IN nº2/08:

- Mínimo de 20 (vinte) postos de trabalho, para contratos em que seja necessário a utilização de até 40 postos,
- e para aqueles em que seja necessário mais de 40 postos de trabalho, exigência de 50% da quantidade a ser contratada.

A regra trazida nos §§ 7º e 8º do art 19, traz uma redação com a palavra “contrato” no singular, sugerindo interpretação de que a quantidade determinada deve ser comprovada em um único atestado, sem que se permita somatório de postos. Será que a redação utilizada realmente teve a intenção de determinar a impossibilidade de somatório de atestados, uma vez que para o quantitativo dos 3 (três) anos expressamente permitiu no § 6º?

Ainda que o objetivo tenha sido realmente este, é de todo questionável, tendo em vista a maciça jurisprudência do TCU em sentido contrário. A exemplo do Acórdão nº 2.882/2008-Plenário: “9.3.9. impossibilidade de vedar o somatório de atestados para fins de qualificação técnica dos licitantes, nos casos em que a aptidão técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado;”

Ao que parece a finalidade da norma é atendida quando a empresa comprovar que simultaneamente gerenciou 20 (vinte) postos de trabalho, ainda que, por exemplo, considerando 3 contratos distintos, um com 5 (cinco) postos, outro com 4 (quatro) postos e outro com 11 (onze) postos, ainda mais quando a necessidade do contrato seja de apenas 10 (dez) postos, por exemplo. A finalidade da recomendação de no mínimo 20 (vinte) postos é para que a Administração tenha condições de aferir que a empresa possui aptidão mínima para gerenciar mão de obra em contratos de natureza contínua mediante cessão de mão de obra, como já mencionado. Sabemos que, quanto à execução do serviço em si, limpar uma área de 5.000 m<sup>2</sup>, por exemplo, é semelhante a limpar uma área com o dobro do tamanho, mas o mesmo não se pode dizer sobre o gerenciamento de 10 (dez) ou 20 (vinte) pessoas.

Assim sendo, ainda que a intenção por traz da norma tenha sido recomendar a exigência de um quantitativo mínimo de 20 (vinte) postos, independente da dimensão do contrato, através de um único atestado, a norma em si, ganha autonomia própria, e a regra nela contemplada pode trazer efeito contrário, ou seja, restringir a competitividade e ferir o princípio da isonomia.

Se adotarmos a interpretação literal do termo “contrato”, no singular, em certos casos, poderá até mesmo inviabilizar o certame. Pensemos, por hipótese, em uma licitação em que será necessária a utilização de 520 (quinhentos e vinte) postos de trabalho, como se vê semelhante, em contratos de maior porte firmados pela Caixa Econômica Federal ou pelo Ministério da Fazenda. Neste caso seria exigido dos licitantes, um único atestado comprovando que a empresa executou contrato com 260 (duzentos e sessenta) postos. Quantas empresas realizam contratos com tamanho quantitativo de postos? Mudaria a situação caso a empresa apresentasse 2 (dois) atestados, um com 160 (cento e sessenta) postos e outro com 100 (cem) postos, comprovando que gerenciou 260 (duzentos e sessenta) postos durante o mesmo período de tempo? Logo, se a interpretação for literal ao termo “contrato” no singular, exigindo-se apenas um atestado, certamente, neste caso, na melhor das hipóteses haveria grande restrição a competitividade, se não, a restrição inviabilizaria a própria contratação.

Ademais, a própria IN nº 2/08, no § 11 do art 19, determina a possibilidade de justificadamente a Administração vir a adaptar, suprimir ou acrescentar requisitos de qualificação técnica, considerados importantes.

**§ 11.** Justificadamente, a depender da especificidade do objeto a ser licitado, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira constantes deste artigo poderão ser adaptados, suprimidos ou acrescidos de outros considerados importantes para a contratação, observado o disposto nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993.

Diante do exposto, considero que a melhor interpretação ao dispositivo em questão é a que permite o somatório de atestados, para a comprovação do número de postos mínimos exigidos para a contratação para o período mínimo de 3 (três) anos.

Evidente que diante de cada caso concreto e em vista das peculiaridades da localidade e do objeto em si, a Administração deverá avaliar a pertinência de seguir a regra geral determinada no artigo 19 e parágrafos, bem como em que termos será exigida tais regras, sempre no intuito de preservar ao máximo a competitividade do certame e impedir favoritismos ou direcionamentos, mas sem deixar de resguardar o interesse público da Administração ao contratar uma empresa que realmente demonstre ter todas as condições técnicas e operacionais para executar o contrato, nos padrões de qualidade exigidos.