

Nova Instrução Normativa de Serviços

Chega ao fim a vigência da Instrução Normativa nº 02 de 2008.

A partir de agora todos os procedimentos de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional devem observar as regras da **Instrução Normativa nº 05 de 2017**.

A “IN nº 5” publicada em 26 de maio de 2017 somente agora passa a ter eficácia e traz inovações como:

- a) Estruturação da fase de planejamento das contratações;
- b) A atualização das produtividades para contratação dos serviços de limpeza e conservação;
- c) A adoção de Instrumento de Medição de Resultado – IMR;
- d) Os novos atores na fiscalização;
- e) Obrigação de utilizar os modelos de editais e contratos padronizados da Advocacia-Geral da União – AGU;

ASPECTOS GERAIS

1 - Quais os motivadores para a revisão da Instrução Normativa nº 2, de 2008?

Em 2015, a Secretaria de Gestão (Seges), representada pelo Departamento de Normas e Sistemas de Logística (Delog), órgão central do Sistema Integrado de Serviços Gerais (Sisg), iniciou um projeto de reformulação da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, com o objetivo de instrumentalizar as diretrizes para as contratações de serviços e oferecer modelos padrões para a Administração por meio de manuais.

Desde a sua edição, a IN nº 2, de 2008, vem sofrendo alterações em razão das inúmeras modificações na legislação que trata de licitações públicas, bem como das mudanças de interpretação de seus dispositivos. Em razão disso, sua redação não se encontrava com a melhor qualidade textual, motivo pelo qual buscou-se equacionar seus dispositivos com a utilização de técnica legislativa adequada que garanta maior coerência, compreensão e aplicabilidade.

Além dessa reformulação, o Tribunal de Contas da União editou o Acórdão nº 2.622/2015-TCU – Plenário que objetivou sistematizar informações sobre o estágio da governança e da gestão das aquisições em amostra da Administração Pública Federal (APF). Esse Acórdão propôs várias medidas visando ao aperfeiçoamento da governança e da gestão das contratações realizadas pela Administração Pública Federal, merecendo destaque a constatação quanto à existência de disfunções existentes na atual metodologia para contratação de serviços, em especial dos que envolvem a contratação de serviços sob o regime de dedicação exclusiva.

Outro fato importante foi a edição da Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016, que dispõe sobre as garantias contratuais ao trabalhador na execução indireta de serviços e os limites à terceirização de atividades, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas estatais federais controladas pela União.

A nova IN também objetivou adequar-se às disposições dessa Portaria que regulamenta o art. 9º do Decreto nº 2.271, 1997, em atenção aos Acórdãos nºs. 243/2002, 2.132/2010, 2.303/2012 e 1.521/2016 - TCU - Plenário, bem como procedimentalizar e sistematizar, de maneira geral, matérias que foram objeto de alterações jurisprudenciais e doutrinárias, indo ao encontro do que dispõe a Súmula 331 do TST, ou seja, implementa regras garantidoras do cumprimento da legislação trabalhista e mitigadoras de inadimplência por parte da prestadora de serviços.

2 - O que é a terceirização na Administração Pública?

A terceirização pode ser compreendida como uma técnica de gestão administrativa, em que as atividades não essenciais de uma organização são transferidas para uma empresa especializada na prestação do serviço. Na Administração Pública ocorre, dentre outros motivos, para impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, bem como em razão da busca pela eficiência e especialização de suas atividades finalísticas.

A base legal para a terceirização nas organizações públicas encontra-se inicialmente prevista no Decreto-Lei nº 200, de 1967, o qual prevê a possibilidade de a Administração desobrigar-se da realização material de atividades executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, precedido, em regra, por meio de licitação pública.

Destaca-se que o objeto a ser contratado é a prestação de serviços e não a contratação de mão de obra, para a qual a Administração Pública deverá realizar concurso público, conforme o inciso II do art. 37, da Constituição Federal de 1988, motivo pelo que optou-se por incluir um dispositivo na Instrução Normativa (art. 3º) vedando a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra.

Há muitos pontos positivos decorrentes da terceirização, podendo ser citados o aumento da eficiência pela possibilidade de focar na atividade-fim, o envolvimento de pessoal próprio em atividades especializadas e a ampliação da qualidade na prestação dos serviços com menor dispêndio de recursos. Entretanto, ao terceirizar as atividades instrumentais, cumpre à Administração fiscalizar e acompanhar não apenas a execução material do serviço, mas também o cumprimento pela empresa contratada dos direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados envolvidos no referido contrato.

3 - O procedimento licitatório é formal?

Sim. A doutrina administrativista ressalta a natureza procedimental da licitação, concebendo-a como uma série preordenada de atos em que a lei e o ato convocatório estabelecem a ordenação a ser observada. O atendimento à formalidade consiste na realização de um procedimento bem instruído e articulado resultando na prova de que a licitação alcançou o interesse público ao escolher a proposta mais vantajosa. O parágrafo único do art. 4.º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ao dispor que o procedimento licitatório caracteriza ato administrativo formal, confere interpretação no sentido de que cada um dos atos administrativos se aperfeiçoa na medida em que reúne os elementos ou requisitos indispensáveis a sua estrutura, ou seja, competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

As principais finalidades do atendimento às questões formais nos procedimentos licitatórios são: dar transparência aos interessados, limitar o poder do estado, dificultando a adoção de atos arbitrários, evitar a pessoalidade com a disponibilidade de informação privilegiada e com o direcionamento da licitação por meio do diálogo competitivo sem a devida publicidade e oportunizar o controle do cidadão, dentre outros.

A observância da formalidade deve prevalecer em todas as fases da licitação, desde o planejamento até a gestão contratual. Há certa confusão entre a necessidade de observância aos aspectos formais do procedimento licitatório (cuja previsão está em lei), e a burocracia. Não se pode confundir tais conceitos sob pena de infração à lei ou regulamento, podendo

resultar em vício intransponível que maculará todo o procedimento licitatório, caso as formalidades não sejam observadas.

4 - Quais as principais alterações promovidas pela Instrução Normativa?

A primeira modificação é a forma de organização da norma com a utilização de capítulos, seções e subseções. Esse novo arranjo objetiva dar mais coesão aos dispositivos, facilitando sua utilização pelas áreas de licitação, pois deixa claro quais são as fases da licitação: planejamento, seleção do fornecedor e gestão do contrato, bem como os procedimentos a serem observados em cada um deles.

Outra novidade é a inclusão do planejamento como fase obrigatória que antecede a licitação. Para a elaboração do planejamento, incluiu-se uma seção estabelecendo procedimentos, em que, após iniciada a fase interna mediante a formalização da demanda com preenchimento de requisitos pela área demandante, será instituída a equipe de planejamento, a qual realizará os estudos preliminares, bem como o gerenciamento de risco da contratação.

A Instrução Normativa traz, também, a possibilidade de os editais preverem que os fornecedores proponham padrões de produtividade diferenciados, desde que superiores aos parâmetros a serem fixados na norma. Pretende-se, com isso, incentivar o desenvolvimento de inovações de mercado que otimizem a prestação dos serviços, reduzir os custos da contratação e estimular os fornecedores a buscarem o aperfeiçoamento constante de suas atividades mediante a adoção de novas tecnologias.

Cita-se ainda, como inovação, a adoção de Instrumento de Medição de Resultado (IMR), em substituição ao Acordo de Nível de Serviço (ANS), prevendo que o pagamento deve ser feito de acordo com o resultado efetivo da qualidade da prestação do serviço, nos casos em que for possível a sua aferição, permitindo-se ao gestor do contrato glosar o pagamento de serviços não prestados em desconformidade com o previsto no edital, à luz dos indicadores previamente estabelecidos. Apesar de já constar na Instrução Normativa nº 2, de 2008, deu-se mais destaque agora com a inclusão de diretrizes para nortear a identificação de indicadores mínimos de desempenho para aferição da qualidade esperada da prestação dos serviços.

A nova Instrução Normativa também estabelece um instrumento alternativo à conta vinculada, qual seja, o pagamento pelo Fato Gerador. Na atual sistemática da conta vinculada garante-se somente os custos do 13º salário, férias, 1/3 constitucional das férias e a multa do FGTS. Com esse novo instrumento, a Administração somente se responsabiliza pelo pagamento dos custos decorrentes de eventos efetivamente ocorridos, mitigando pagamentos dos custos estimados que muitas vezes não ocorrem e que oneram em demasia os contratos de prestação de serviço em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a exemplo de valores para rescisão, ausências legais, bem como o auxílio-maternidade e paternidade, dentre outros.

Com relação à fiscalização, a nova Instrução Normativa trouxe os seguintes atores: gestor, fiscal técnico, fiscal administrativo, fiscal setorial e público usuário. Tentou-se delinear as atividades principais de cada um desses atores para facilitar as ações fiscalizatórias, lembrando que, à exceção do público usuário, o conjunto das atividades fiscalizatórias pode ser exercido

por setor específico, por equipe de fiscalização ou por somente um servidor, conforme a dimensão e especificidades do órgão ou entidade, desde que fique assegurada a distinção das tarefas e não comprometa o desempenho na gestão do contrato.

Primou-se, ainda, por prever maiores garantias aos servidores ao traçar requisitos em que a autoridade responsável deve observar quando for indicar os fiscais de contrato, dentre os quais destacam-se: oportunizar ao servidor a ciência expressa da indicação antes de ser designado e a compatibilidade com as atribuições do cargo, com a complexidade do objeto e com o quantitativo de contratos por servidor.

Outra inclusão importante é a distinção dos responsáveis pelo recebimento provisório e definitivo dos serviços, que seguem as regras da Lei nº 8.666, de 1993. Ressalta-se que foi prevista regra para que, nos serviços em que for possível realizar a aferição do resultado, o fiscal ajuste os valores para que somente após a medição da qualidade dos serviços a contratada emita a nota fiscal. Isso evita que a contratada realize o pagamento a maior de impostos.

Por fim, o pagamento da fatura foi parametrizado com a Instrução Normativa nº 2, de 6 de dezembro de 2016, que dispõe sobre a observância da ordem cronológica de pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais (Sisg).

5 - Porque harmonizar a contratação do serviço com o Planejamento Estratégico do órgão ou entidade, quando houver?

O Decreto-Lei nº 200, de 1967, prevê no inciso I do art. 6º e art. 7º que o planejamento é um dos princípios fundamentais que regem a ação governamental e as atividades da Administração Pública Federal. Pautado nessas disposições, o TCU por meio do Acórdão nº 1.233/2012, tem preconizado que os órgãos e entidades devem elaborar, com a participação dos representantes dos diversos setores da organização, documento que materialize o plano estratégico institucional de longo prazo, o qual deve contemplar, no mínimo, os objetivos, indicadores e metas para a organização, com posterior aprovação pela mais alta autoridade e seu desdobramento pelas unidades executoras.

Por outro lado, toda atividade pública somente pode ser implementada se houver prévio orçamento e autorização legal. O orçamento, no contexto do planejamento, deve espelhar a relação causal entre a alocação de recursos e a produção de benefícios de interesse público e, regra geral, só se deve executar aquilo que se planejou. Além disso, as leis orçamentárias estão atreladas aos alcances de objetivos delineados em programas, em especial, os que se constituem como mecanismo de implementação de políticas públicas.

Nesse contexto, para bem cumprir a sua função institucional, o órgão ou entidade deve possuir os recursos adequados com vista a possibilitar uma atuação eficiente em benefício da sociedade, o que exige a adoção de ferramentas que orientem na melhoria de seu desempenho. A estruturação de um planejamento estratégico tem esse papel, ou seja, tem por objetivo fornecer direcionamento a ser seguido pela organização, identificando responsabilidades e garantindo harmonia entre todos os setores, tudo com vista ao alcance

dos objetivos institucionais. Dito de outra forma, busca garantir a razão pela qual o órgão foi criado e quais as políticas públicas devem ser implementadas para o alcance dessa finalidade.

Na visão moderna das organizações, as contratações públicas são consideradas como instrumentos relevantes para a realização das políticas públicas. Nesse sentido, o alinhamento com o planejamento estratégico do órgão é vital para o alcance de resultados efetivos da organização quanto para a entrega de resultados à sociedade. Essa visão consagra a logística como um aliado da organização, uma vez que não há como cingir o alcance da missão institucional e a implementação de políticas públicas, sem uma logística adequada e estruturada que lhe dê suporte.

No que tange à dúvida acerca de determinado serviço ser considerado ou não como estratégico, tal dilema não encontra respaldo neste cenário, porquanto, a organização é uma e suas divisões internas existem para racionalizar uma estrutura organizacional mais adequada às suas especificidades, pouco importando - para efeito de planejamento estratégico - estarem instituídas como área meio ou área fim. O mais relevante é o conjunto de ações que a organização imprime visando o cumprimento de seus objetivos institucionais, os quais, inquestionavelmente, devem ser perseguidos de forma integrada e estruturada pelo trabalho conjunto de todos os setores.

6 - Os serviços contínuos devem ser tratados como serviços com dedicação exclusiva de mão de obra e os serviços não-contínuos como serviços sem dedicação exclusiva de mão de obra?

Não. Tanto os serviços continuados como os não-continuados podem ser com ou sem dedicação exclusiva de mão de obra.

Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam a atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Já os serviços considerados não continuados ou contratados por escopo são aqueles que impõem aos contratados o dever de realizar a prestação de um serviço específico em um período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto, observadas as hipóteses previstas no § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

No que tange à diferença entre serviço com dedicação exclusiva de mão de obra e sem dedicação exclusiva, esclarecemos que não é necessariamente o objeto do contrato que define a condição do serviço como “COM” ou “SEM” dedicação exclusiva de mão de obra, mas sim o modelo de execução contratual.

No primeiro caso, os empregados da contratada são alocados para trabalhar continuamente nas dependências do órgão, com dedicação exclusiva. A execução dos serviços segue uma rotina específica estabelecida e supervisionada pelo órgão. Como exemplos, citam-se os

contratos de limpeza, vigilância, recepção, portaria, que, via de regra, requerem disponibilização contínua e permanente dos empregados nas dependências do órgão.

Já no segundo caso, o de serviço sem dedicação exclusiva de mão de obra, não há alocação contínua de empregados da contratada nas dependências do órgão, nem dedicação exclusiva. São exemplos comuns os serviços de lavanderia, manutenção preventiva ou corretiva de equipamentos, locação de máquinas, etc. A efetiva execução da atividade contratada será realizada, apenas, quando provocada a demanda.

7 - Porque são vedados atos de ingerência na administração da contratada?

A possibilidade de contratação de serviços para execução indireta de tarefas executivas na Administração Pública resguarda-se no instituto da terceirização. Trata-se de uma relação trilateral entre o tomador de serviços, o empregador e o empregado, sendo que o último desempenha as tarefas junto à tomadora dos serviços, muito embora o vínculo decorra da relação jurídica estabelecida com o prestador dos serviços.

Conforme preceitua o art. 4º, inciso IV, do Decreto nº 2.271, de 1997, os atos que interferem indevidamente na gestão administrativa da contratada, a exemplo da prática de escolha dos trabalhadores (pessoalidade) ou a ingerência na atividade da empresa prestadora dos serviços (subordinação direta), devem ser evitados porque poderão caracterizar vínculos próprios da relação de trabalho.

Cumpra à empresa contratada organizar a prestação de serviços, cabendo à Administração Pública as ordens indiretas e afetas especificamente à execução do serviço, devendo, em regra, reportar-se ao preposto da empresa.

É atribuição do fiscal do contrato e do preposto da prestadora dos serviços evitar condutas dessa natureza.

8 – Como proceder nos casos em que há a necessidade de profissionais com habilitação/experiência superior à daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria?

O inciso VI do art. 5º da Instrução Normativa prevê como exceção a possibilidade de definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, sem caracterizar ingerência na administração da contratada, para as situações em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior à daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria.

Essa possibilidade foi consubstanciada no Acórdão nº 3006/2010-Plenário, TC-001.225/2008-0, rel. Min. Valmir Campelo, 10.11.2010, tendo em vista que algumas atividades requerem

competências específicas, seja pela utilização de uma nova tecnologia, sejam pelas características do modelo de execução contratual. Assim valer-se do piso salarial como referência, pode gerar problemas operacionais, em função da alocação de profissionais despreparados ou não capacitados e da rotatividade da mão de obra.

Vale destacar que essa exceção disciplinada na Instrução Normativa não deve ser utilizada para todos os tipos de contratação, pois a decisão do gestor deve ser justificada/fundamentada nos autos do processo do administrativo, tendo como referência que o piso da categoria, como parâmetro na contratação ocasionará a alocação de profissionais despreparados ou não capacitados, acarretando, em vez de economia, problemas de ordem operacionais.

9 - Como atender às disposições sobre sustentabilidade no serviço a ser contratado?

Conforme dispõe o art. 6º do Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia devem ser elaboradas, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.666, de 1993, de modo a proporcionar a economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental. Em complemento, o art. 7º estabelece que “o instrumento convocatório poderá prever que o contratado adote práticas de sustentabilidade na execução dos serviços contratados e critérios de sustentabilidade no fornecimento dos bens”.

Nos termos do art. 8º, a comprovação das exigências contidas no instrumento convocatório poderá ser feita mediante certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio definido no instrumento convocatório. Já o § 1º do referido artigo consigna que em caso de inexistência da certificação referida no art. 8º, o instrumento convocatório deverá estabelecer que, após a seleção da proposta e antes da adjudicação do objeto, o contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do bem ou serviço às exigências do instrumento convocatório. E, no caso em que o bem ou serviço seja considerado inadequado em relação às exigências do instrumento convocatório, o contratante deverá apresentar razões técnicas, assegurado o direito de manifestação do licitante vencedor (§ 2º do art. 8º do referido Decreto).

Assim, quando da elaboração dos Estudos Preliminares e do Termo de Referência/Projeto Básico para a contratação de serviços, a área responsável deverá verificar as melhores práticas na prestação do serviço, tais como as dispostas no art. 6º do supracitado Decreto, e incluí-las como parte da descrição dos serviços.

Havendo a hipótese de fornecimento de bens agregados aos serviços, além de incluir critérios de sustentabilidade como obrigação da contratada, poderá ser exigido que esses bens sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade, conforme dispõe o art. 5º do referido Decreto.

FASE DE PLANEJAMENTO

10 - O planejamento da contratação é obrigatório? Qual a sua importância?

Sim, pois a realização de uma licitação não pode prescindir da fase de planejamento, cujo preceito cogente decorre desde a edição do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro, de 1967 (art. 6º).

Atualmente, a grande maioria dos órgãos e entidades inicia uma contratação com a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico. Ocorre que estes documentos se enquadram como a última etapa do planejamento, em que o ato convocatório é o documento final que concentra o conjunto de decisões tomadas durante esta fase.

Assim, o que se verifica na modelagem da IN anterior (IN nº 2/2008) é a ausência da parte inicial do planejamento, prática que muitas vezes traz prejuízos à licitação por falta de parâmetros que somente podem ser construídos com a identificação da necessidade, a definição dos critérios e a metodologia de acordo com a especificidade do objeto e os resultados pretendidos, dentre outros. Assim, buscando estabelecer um rito de planejamento na presente Instrução Normativa, o planejamento da contratação está dividido em três etapas, quais sejam, Estudos Preliminares, Gerenciamento de Risco e Termo de Referência ou Projeto Básico, que passam a ser obrigatórias para todas as contratações.

Assim, busca-se com a implementação da fase de planejamento, o incremento de dois importantes postulados: a cultura de planejar e a inovação da contratação. Agregar a inovação nas contratações públicas tem como pressuposto o estudo do mercado fornecedor para conhecer as novas metodologias e os recursos disponíveis no mercado.

As contratações governamentais produzem significativo impacto na atividade econômica, tendo em vista o volume de recursos envolvidos, os quais, em grande parte, são instrumento de realização de políticas públicas. Nesse contexto, o planejamento bem elaborado propicia contratações potencialmente mais eficientes, posto que a realização de estudos previamente delineados conduz ao conhecimento de novas modelagens/metodologias ofertadas pelo mercado, resultando na melhor qualidade do gasto e em uma gestão eficiente dos recursos públicos.

11 – Quais os procedimentos para formação da equipe de planejamento?

O art. 21 apresenta os procedimentos a serem seguidos para a formação da equipe de planejamento, a qual deverá, necessariamente, ser constituída por representantes do setor requisitante e de licitação, garantindo que o processo seja construído com aportes técnicos e de uso do objeto, bem como por subsídios de ordem legal relativos a licitações e contratos.

Dessa forma, a constituição dessa equipe multidisciplinar visa ao fortalecimento e estruturação do planejamento, a articulação entre as áreas e a minimização dos riscos intrínsecos à contratação.

Assim, o setor requisitante indicará o servidor ou servidores no documento de formalização da demanda, a qual é enviada ao setor de licitações. Minimamente deverá constar deste documento o nome do servidor indicado e o número SIAPE. O Anexo II da Instrução Normativa traz um modelo referencial aos órgãos e entidades.

Sugere-se que a autoridade do setor requisitante, ao fazer a indicação, observe se a pessoa indicada possui tempo hábil para executar as atividades, considerando suas demais atribuições, avaliando ainda a necessidade de designar o encargo em caráter de exclusividade. Sugere-se ainda que se verifique se o servidor designado possui as competências necessárias para tal atribuição.

Recebida a indicação do setor requisitante, a autoridade competente do setor de licitação deverá, se necessário, escolher um ou mais representantes de seu setor para compor a equipe de planejamento. Finalizada a etapa de indicações, os servidores escolhidos deverão ter ciência expressa da indicação de suas atribuições. Apenas após essa ciência, a autoridade competente do setor de licitação formalizará a equipe de planejamento.

Entretanto, no caso do órgão ou entidade possuir em sua estrutura unidade dedicada de planejamento das contratações, o procedimento para a formação da equipe poderá ser diferente do estabelecido na seção I do Capítulo III, desde que observadas as disposições da Instrução Normativa.

12 - O que são os Estudos Preliminares?

A inclusão dos Estudos Preliminares como etapa do Planejamento da Contratação agrega valor ao futuro certame, pois compele ao responsável o conjunto de medidas preparatórias, destacando-se: exame da contratação anterior para identificar eventuais inconsistências ocorridas; realização de análise de mercado para buscar a solução que melhor atenda à Administração; necessidade de justificativas para o parcelamento ou não do objeto; estabelecimento de método para estimar a quantidade e a estimativa de preços; e previsão da necessidade de capacitação de servidores para atuarem nas demais fases, dentre outros, o que conduz (quando couber) à análise de viabilidade técnica e econômica acoplada à sua precípua necessidade, em momento que antecede à contratação pretendida. Como forma de subsidiar essa etapa, estabeleceu-se, no Anexo III, algumas diretrizes, buscando padronizar os procedimentos.

13 – Qual o conteúdo mínimo obrigatório dos Estudos Preliminares?

O § 1º do art. 24 apresenta o conteúdo dos Estudos Preliminares, destacando quais informações que deverão compor este documento, e traz um rol que poderá ser simplificado a depender do objeto licitado. Já o § 2º estabelece o conteúdo mínimo que deverá ser observado pelos gestores públicos, de forma que haja uniformização das informações constantes do processo licitatório, justificando nos autos os incisos do § 1º não contemplados.

Dessa forma, minimamente, os Estudos Preliminares deverão conter necessidade da contratação estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte; estimativas de preços ou preços referenciais justificativas para o parcelamento ou não da solução, quando necessária para individualização do objeto; e declaração da viabilidade ou não da contratação.

14 - A etapa de Estudos Preliminares no Planejamento da Contratação pode ser simplificada? É possível realizar Estudos Preliminares para mais de um serviço?

Sim. A etapa de Estudos Preliminares poderá ser simplificada pelos órgãos e entidades, quando da adoção dos modelos de contratação estabelecidos nos Cadernos de Logística divulgados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, bem como nas situações que ensejam a dispensa ou inexistência da licitação, que atenderão ao conteúdo estabelecido no que couber.

A nova Instrução Normativa prevê no § 4º do art. 24, que nas contratações com especificações padronizadas, em atenção ao § 4º do art. 20, a equipe de Planejamento da Contratação produzirá somente os conteúdos dispostos nos incisos do § 1º que não forem estabelecidos como padrão.

15– Qual a diferença entre contratações correlatas e interdependentes?

Contratações correlatas são aquelas que guardam relação com o objeto principal, interligando-se a essa prestação do serviço, mas que não precisam, necessariamente, ser adquiridas para a completa prestação do objeto principal. A Instrução Normativa nº 3, de 11 de fevereiro de 2015, traz no inciso XII do art. 2º, o conceito e alguns exemplos de serviços correlatos ao agenciamento de passagens aéreas - transportes terrestres e aquaviários, aluguel de veículos, hospedagem, seguro de viagem, dentre outros. Já as contratações interdependentes são aquelas que precisam ser contratadas juntamente com o objeto principal para sua completa prestação.

16 - O que é o Gerenciamento do risco?

O Gerenciamento de riscos é o conjunto de ações para identificação dos principais riscos que permeiam o processo de contratação e das ações para controle, prevenção e mitigação dos impactos. Toda licitação tem riscos que são inerentes ao próprio procedimento licitatório ou por força das características do objeto a ser adquirido, em todas as suas etapas. O referido instrumento visa modernizar as contratações e permitir que antes de ser realizado um gasto público, haja uma avaliação das principais ocorrências verificadas no passado, as quais podem advir novamente, bem como das medidas que podem mitigar essas ocorrências e dos responsáveis por sua implementação.

O Gerenciamento de Risco (segunda etapa do Planejamento da Contratação) visa, portanto, proporcionar uma análise objetiva e mensurável do objeto em todas as fases do procedimento da contratação, para permitir ao gestor o controle de eventuais situações que possam impedir ou interferir o alcance pretendido com a contratação do serviço.

17 - Quais aptidões deve ter o servidor para realização do Gerenciamento de risco?

Os servidores que realizam a condução das contratações públicas, desde a fase de planejamento até a execução contratual, devem conhecer as normas que regem a sua atuação. Com base nestas regras e nas análises das ocorrências de contratações anteriores, ou mesmo naquelas vivenciadas por outros órgãos, os servidores poderão detectar os problemas recorrentes para construir o Gerenciamento de riscos de acordo com a natureza da contratação pretendida. Dessa forma, qualquer servidor público está apto a analisar os riscos de uma contratação dentro de sua área de atuação/competência.

Não obstante, com vista a orientar os órgãos e entidades, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão irá disponibilizar modelos/exemplos, bem como promoverá a capacitação disseminada sobre a matéria visando proporcionar mais orientação e segurança na aplicação da norma por parte dos servidores.

18 - Quais os resultados práticos do Gerenciamento de riscos?

O resultado prático será a previsibilidade dos riscos que possam surgir e a rápida mitigação dos impactos ou mesmo a adoção de meios para que estes não ocorram, bem como o registro formal dessas informações visando uma rápida solução, inclusive com identificação dos responsáveis.

Ao longo dos anos subsequentes, os resultados do Gerenciamento de riscos subsidiarão os processos licitatórios futuros, garantindo maior agilidade e segurança aos gestores.

19 - O Gerenciamento de risco dever ser realizado durante todas as etapas de contratação de serviços?

Sim. Para que esse gerenciamento de risco seja efetivo e garanta o alcance dos resultados esperados, ele deverá ser observado ao longo de cada um dos processos de logística, sendo materializado no Mapa de Riscos, documento que, conforme estabelecido no art. 26, obrigatoriamente, comporá o processo de contratação, devendo ser atualizado e acostado aos autos, pelo menos: ao final da elaboração dos Estudos Preliminares; ao final da elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico; após a etapa de seleção do fornecedor; e, após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização.

Sugere-se, como forma de aprofundamento no tema, a leitura da Instrução Normativa nº 1, de 10 de maio de 2016, conjunta da Controladoria Geral da União e do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal.

20 - Quais as principais cautelas ao contratar os serviços de Cooperativas ou de Instituições sem fins lucrativos?

Segundo a doutrina mais balizada considera-se cooperativa “a sociedade de pessoas que têm por objetivo a organização de esforços em comum para a consecução de determinado fim”. É elemento essencial da sociedade cooperativa a ausência de subordinação entre os cooperados ou entre estes e o tomador dos serviços prestados pela cooperativa, devendo a relação entre os cooperados ocorrer em regime de colaboração e cooperação.

A relação de subordinação jurídica é própria dos contratos de emprego (art. 3º da CLT), os quais não podem estar presentes na relação entre os cooperados, sob pena de se desvirtuar a natureza da sociedade cooperativa.

Nesse sentido, a Instrução Normativa estabelece que a Administração Pública federal somente poderá contratar cooperativas quando o serviço a ser contratado puder ser executado com autonomia pelos cooperados, de modo a não demandar relação de subordinação entre a cooperativa e os cooperados, nem entre a Administração e os cooperados. Além disso, a gestão operacional do serviço deverá ser executada de forma compartilhada ou em rodízio, de forma que as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços e a de preposto (art. 68 da Lei 8.666/1993) sejam realizadas de forma alternada (nos casos em que haja uma sequência predefinida entre os associados) ou aleatória (em que não há uma sequência predefinida, dentre várias possibilidades, um associado é escolhido, por exemplo, por votação), pelos cooperados.

Assim, nas licitações em que for admitida sua participação, as cooperativas deverão apresentar um modelo de gestão operacional que contemple essas diretrizes, de forma que o edital deve prever essa exigência como condição de aceitabilidade da proposta. Ademais, o órgão ou

entidade contratante deverá verificar os atos constitutivos das cooperativas, analisando sua regularidade formal e as regras internas de funcionamento, visando evitar eventual desvirtuação ou fraude.

Registre-se, ainda, que os serviços deverão ser executados diretamente pelos cooperados, sendo vedada qualquer intermediação ou subcontratação.

Por sua vez, na contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado também deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.

Tendo em vista que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, a Instrução Normativa veda a participação dessas instituições em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

Por fim, a Instrução Normativa dispõe que não será admitida a contratação de cooperativa ou de instituição sem fins lucrativos cujo estatuto e objetos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado.

FASE DE SELEÇÃO DO FORNECEDOR

21 - A fase de seleção de fornecedor e a fase externa são sinônimos para essa norma?

A fase de seleção do fornecedor para fins dessa norma distingue-se do conceito doutrinário de fase externa. Enquanto esta última visa demonstrar o momento em que o processo é divulgado ao público da licitação, ou seja, a licitação torna-se pública; o primeiro visa criar um marco para indicar o modo que será selecionado o fornecedor, não podendo ser confundidos tais conceitos.

22 - É obrigatória a realização de avaliação da conformidade legal do procedimento administrativo da contratação? Como pode ser realizada?

Sim. Antes do envio do processo para exame e aprovação da assessoria jurídica nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, deve-se realizar uma avaliação da conformidade legal do procedimento administrativo da contratação, preferencialmente com base nas disposições previstas no Anexo I da Orientação Normativa/SEGES nº 2, de 6 de junho de 2016, que indica a adoção, nos processos de aquisição de materiais e serviços, das listas de verificação, visando ao aperfeiçoamento dos procedimentos realizados nos pregões

eletrônicos. Esta lista de verificação poderá ser juntada aos autos do processo, com as devidas adaptações relativas ao seu preenchimento.

23 - O credenciamento pode ser utilizado na contratação de serviço? Quais são suas diretrizes?

Sim. O credenciamento é um procedimento pelo qual são convocados para pré-qualificação junto ao órgão ou entidade todos os interessados para a prestação de determinado serviço. É cabível nas hipóteses em que a licitação é inexigível, ou seja, torna-se legítima a promoção do chamamento público para credenciamento quando restar comprovada a inviabilidade de competição para a contratação do objeto.

São as hipóteses em que existe uma quantidade indeterminada de prestadores e uma pluralidade de interessados e, não havendo possibilidade de estabelecer competição entre estes, o interesse público será melhor atendido se a Administração realizar a contratação de todos que preencham os requisitos previstos no instrumento convocatório, pois a prestação dos serviços será mais adequada aos fins pretendidos.

A Instrução Normativa consigna no Anexo VII-B item 3.1, as seguintes diretrizes: (a) a justificativa da inviabilidade de competição; (b) a comprovação de que o interesse da administração será melhor atendido mediante a contratação de um maior número de prestadores de serviço; (c) o chamamento público por meio do ato convocatório que definirá o objeto a ser executado, os requisitos de habilitação, as especificações técnicas indispensáveis, a fixação prévia de preços e os critérios para convocação dos credenciados; (d) a garantia de igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; e (e) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração.

Por fim ressalta-se que a garantia de igualdade de condições entre todos os interessados é requisito de validade do credenciamento, de forma que todos os interessados que atenderem aos requisitos devem ser credenciados, o que induz que a Administração tenha cautela e estabeleça critérios objetivos. Ainda para a garantia do princípio da igualdade e da impessoalidade, após credenciamento, quando a contratante for realizar o chamamento, deve certificar-se que todos possam prestá-los, utilizando para a escolha do usuário um sistema de rodízio, sorteio ou outro mecanismo semelhante.

FASE DE GESTÃO CONTRATUAL

24 - Qual a diferença entre a gestão e a fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário? Como deverão ser realizadas?

A gestão e a fiscalização dos contratos são ações procedimentais cuja observância e boa aplicabilidade são imprescindíveis para uma atuação eficiente na realização do objeto contratado. Optou-se por decompor essas atividades em 5 (cinco) papéis diferentes em razão das distintas atribuições: a gestão propriamente dita e as fiscalizações técnica, administrativa, setorial e do público usuário, visando garantir que o processo de execução contratual seja realizado de ponta a ponta, de forma preventiva, rotineira e sistemática.

A gestão contratual é a coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, bem como dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para formalização dos procedimentos quanto aos aspectos que envolvam a prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros.

A fiscalização técnica é o acompanhamento da execução do contrato com a finalidade de aferir se a quantidade, a qualidade, o tempo, o modo, bem como a qualidade da prestação dos serviços estão compatíveis com os indicadores de níveis mínimos de desempenho estipulados no ato convocatório. Quando a natureza dos serviços exigir análise de resultado, a exemplo de limpeza e conservação, o órgão ou entidade poderá utilizar o Instrumento de Medição de Resultado (IMR), ou outro substitutivo, como ferramenta para aferir o desempenho da execução do objeto, cujo pagamento pela Administração ficará vinculado ao resultado alcançado pela prestadora dos serviços.

A fiscalização administrativa é o acompanhamento do cumprimento das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, sendo necessária nos contratos de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

A fiscalização setorial tem por objetivo ser um braço do órgão em todas as suas unidades, especialmente as desconcentradas. Pode abranger tanto os aspectos técnicos quanto os administrativos, garantindo uma maior eficiência nos contratos em que há descentralização de sua execução em diferentes unidades.

A fiscalização pelo público usuário já fazia parte da IN nº 2, de 2008, porém, foi reposicionada tendo em vista a sua importância. A referida fiscalização tende a ser extremamente eficiente, pois é realizada por quem de fato faz uso ou é beneficiário dos serviços, a exemplo dos servidores, de modo que é recomendável que a sua efetivação se realize por intermédio de avaliações qualitativas relativas aos serviços e materiais disponibilizados pela contratada, bem como pela manutenção de canais de comunicação para recebimento de reclamações e sugestões.

25 - Na fiscalização administrativa, quando não for possível a consulta da situação da empresa junto ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), quais documentos deverão ser solicitados à contratada em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais?

Quando não for possível a consulta da situação da empresa junto ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), nos termos da alínea b, item 2.1 do Anexo VIII- B, deverão ser entregues até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços ao setor responsável pela fiscalização do contrato, os seguintes documentos:

- a. Certidão Negativa de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND);
- b. Certidões que comprovem a regularidade perante as Fazendas Estadual, Distrital e Municipal do domicílio ou sede do contratado;
- c. Certidão de Regularidade do FGTS – CRF; e
- d. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT.

Destaca-se que a Certidão Negativa de Débitos Relativos a Créditos Tributários (CNDT) Federais, nos termos da Portaria Conjunta RFB/PGFN n.º 1.751, de 02 de outubro de 2014, é expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União (DAU) por elas administrados, inclusive às contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

26 - A Administração Pública pode ser responsabilizada por eventual inadimplemento da empresa prestadora de serviços? E Qual o limite da sua responsabilidade?

Sim, poderá ser responsabilizada. Com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 16/2007-DF, do artigo 71, § 1º da Lei 8.666/9, em 24/11/2010, que afasta a fixação de responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos administrativos de terceirização, restou assentado, que a Justiça do Trabalho poderia reconhecer a responsabilidade do ente público com base em outras normas jurídicas, inclusive, no que diz respeito ao caráter subsidiário da responsabilidade, sendo necessária a comprovação de falha no seu dever de fiscalização. Baseado neste julgamento, o Tribunal Superior do Trabalho – TST, em 2011, alterou a Súmula 331, prevendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666, de 1993.

Em decisão recente o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, “que discute a responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada. (...) confirmando-se o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos”.

Diante desses fatos, cumpre à Administração ter muita cautela na seleção do licitante a ser contratado, especialmente na oportunidade de elaboração do Termo de Referência ou Projeto

Básico com a inclusão de regras que auxiliem na seleção de empresas idôneas, sem restringir injustificadamente a competitividade. Este dado, aliado à efetiva fiscalização do contrato, irão minimizar riscos de responsabilização subsidiária da Administração Pública.

27 - A Administração deve sempre vincular os pagamentos aos resultados da prestação dos serviços?

Sim, a Administração deve realizar o pagamento de acordo com o serviço prestado e, se houver falhas, aplicam-se as sanções previstas. Todos os serviços contratados devem ser executados nos moldes das regras previstas no instrumento convocatório, proposta, contrato e legislação regente, conforme estabelecido no art. 67 e no Anexo XI. Havendo falhas na execução dos serviços (inadimplemento), seja parcial ou total, devem ser aplicadas as sanções previstas em lei, inclusive com possibilidade de rescisão contratual, em casos mais extremos.

Entretanto, no caso de alguns tipos de serviços, mesmo não havendo inadimplemento na execução, não se mostra adequado que o pagamento seja realizado na sua totalidade quando o serviço não é prestado com o nível de qualidade previsto. Ou seja, o serviço é prestado, mas ao aferir o resultado, a Administração constata um nível de qualidade na prestação menor que o esperado. O exemplo mais expressivo é a prestação de serviços de limpeza e conservação, na qual é imprescindível a utilização de instrumento para medir o resultado cujas regras e métricas devem estar previamente estipuladas no edital.

Para o alcance dessa diretriz, o órgão ou entidade deve estabelecer condições objetivas, previamente estabelecidas em termo próprio no ato convocatório, que servirá para aferição, não somente da quantidade, modo e tempo, mas também da qualidade do serviço prestado. Nessas situações, o pagamento deve ser feito com base no resultado e, caso a contratada incorra em nível inaceitável na prestação dos serviços, além de ter o pagamento redimensionado, será punida pelas sanções previstas conforme grau de inadimplemento.

O instrumento que servirá de balizamento para medição e análise é o Instrumento de Medição de Resultado (IMR), estabelecido na alínea “c” do inciso II do art. 50 e item d.5 do Anexo V da Instrução Normativa, que substitui o antigo Acordo de Nível de Serviço (ANS). Esse instrumento também pode ser substituído por outro quando o órgão ou entidade considerar ser mais eficiente e desde que apto à aferição mencionada.

Ressalta-se que pela sua natureza alguns serviços apresentam dificuldades para se extrair um resultado qualitativo, mas nada obsta que o órgão e entidade contratante estabeleça alguns itens para avaliar a qualidade, desde que aferíveis, devendo, neste caso, seguir as diretrizes nos mesmos moldes acima propostos.

28 – Qual o procedimento em relação à Nota Fiscal ou Fatura quando ocorrer rejeição parcial dos serviços no recebimento definitivo?

No recebimento definitivo dos serviços, quando houver dimensionamento do valor da Nota Fiscal ou Fatura em decorrência do resultado do Instrumento de Medição de Resultado, bem como no caso de glosa parcial dos serviços, a empresa deverá emitir Nota Fiscal ou Fatura com

o valor exato, evitando, assim, efeitos tributários sobre valor não aceito pela Administração, nos termos da alínea c do inciso II, art. 50 da Instrução Normativa.

29 - A Administração deve implantar controle de risco de descumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada?

Sim. A Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016, que dispõe sobre as garantias contratuais ao trabalhador na execução indireta de serviços e os limites à terceirização de atividades na Administração Pública, implementa novo tratamento ao tema, prevendo que a probabilidade de inadimplemento pela contratada das obrigações de natureza trabalhista e verbas rescisórias dos trabalhadores passe a ser considerada como risco a ser tratado.

Visando mitigar os seus efeitos, a Instrução Normativa contempla dois mecanismos de acautelamento: a “conta – depósito vinculada – bloqueada para movimentação” e o “pagamento pelo fato gerador”, conforme estabelecido em seu art. 18 e no Anexo VII.

30 - As regras da Conta Vinculada foram mantidas pela nova Instrução Normativa?

Sim. As regras da Conta Vinculada foram mantidas pela nova Instrução Normativa (Art. 18 e item 1.2 do Anexo VII-B) pois já se encontram difundidas e implementadas por diversos órgãos e entidades.

31 - O que é o pagamento pelo Fato Gerador?

Trata-se de instrumento alternativo à "conta vinculada", a qual, na atual sistemática, garante somente os custos do 13º salário, férias, 1/3 constitucional das férias e a multa do FGTS. Caso o órgão faça a opção pela nova metodologia ("Pagamento pelo Fato Gerador"), a Administração realizará o pagamento somente dos custos decorrentes de eventos efetivamente ocorridos.

Tal proposição tem como vertente eliminar pagamentos referentes a fatos que, apesar de previstos nos custos iniciais do contrato, muitas vezes não ocorrem, o que vem onerar em demasia os contratos de prestação de serviço em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a exemplo de valores para rescisão, ausências legais, bem como o auxílio-maternidade e paternidade, dentre outros.

Atualmente, esses custos são provisionados com base em um percentual sobre a remuneração, mas caso não ocorram, revestem-se de lucro à contratada. Já quando o órgão

ou entidade opta pelo “pagamento pelo fato gerador”, não ocorrendo esses custos, a Administração não necessitará realizar o pagamento.

Esse mecanismo, ainda, garante as verbas trabalhistas (13º salário, férias e 1/3 constitucional, multa do FGTS), haja vista que somente serão liberadas no momento da sua ocorrência. Dessa forma, caso não seja comprovada pelo contratado a ocorrência dos referidos eventos, dentre outros futuros e incertos, estes não serão objeto de pagamento por parte da Administração.

A sua utilização está regulamentada no art. 18 da Instrução Normativa, condicionando o início de sua utilização à publicação do caderno de logística, uma vez que este instrumento permite que a transferência do conhecimento aconteça de forma natural e efetiva, com qualidade e alinhada com os entendimentos jurídicos e teóricos de cada tema, e, principalmente, por proporcionar maior segurança jurídica aos aplicadores da norma.

32 - O que é o IMR? Qual a sua importância para a Gestão do Contrato?

O Instrumento de Medição de Resultado (IMR) é o mecanismo que define, em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e as respectivas adequações de pagamento. Possui a mesma natureza e substitui o Acordo de Nível de Serviço (ANS), sendo que um dos seus principais objetivos é a busca da eficiência com o estabelecimento de procedimentos e condições que permitem e estimulem a melhoria constante dos serviços prestados.

A sua utilização é apropriada para serviços em que a qualidade é elemento essencial do objeto, sem o qual o serviço, mesmo que prestado na sua totalidade, não se mostra adequado. Assim, a regra é que quaisquer serviços devem ser prestados na quantidade, tempo e modo previstos no edital, entretanto, há algumas espécies de objeto em que além desses requisitos, a qualidade deve ser aferida para que seja considerada a execução na sua plenitude, não bastando que simplesmente o serviço seja concluído pelo contratado.

Para tanto, é imprescindível que a natureza dos serviços a serem contratados possibilite a aferição da qualidade em que será prestado, cuja escolha de atividades (preferencialmente mais relevantes) e indicadores mínimos de desempenho devem ser previamente delineados para que o contratado tenha ciência e cautela na execução, pois a utilização do IMR, ou outro instrumento substituto, permitirá ao gestor glosar o pagamento de serviços não prestados ou prestados em desconformidade com o previsto no edital.

33 - Na prorrogação dos contratos com mão de obra exclusiva há necessidade de realização de pesquisa de mercado para comprovar a vantajosidade econômica?

Conforme colacionado no item 7 do Anexo IX da Instrução Normativa, a comprovação da vantajosidade econômica, quando da prorrogação de contratos com mão de obra exclusiva,

dispensa a realização de pesquisa de mercado nas hipóteses a seguir: (a) Quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo ou em decorrência de lei; (b) Quando o contrato contiver previsões 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 ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE; e (c) no caso dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação serão iguais ou inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – SEGES/MP.

PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS

34 - O que motivou à reestruturação do modelo da Planilha de Custos e Formação de Preços?

Em um primeiro momento, verificou-se a necessidade de se desenhar um encadeamento sistêmico dos módulos que compõem a planilha de formação de preços, de modo que houvesse uma uniformização de procedimentos e facilitasse a sua operacionalização.

Nesse sentido, a Seges formulou o modelo de planilha de custos e formação de preços de acordo com as regras utilizadas para a construção dos valores limites de vigilância patrimonial e de limpeza e conservação. A metodologia adotada foi consubstanciada nos estudos elaborados pela Fundação Instituto de Administração (FIA), na CLT, nas legislações tributária e previdenciária, bem como em dados do Ministério do Trabalho e do IBGE.

Assim, a planilha foi totalmente uniformizada, adotando-se a construção por módulos interdependentes para que se pudesse adequar à metodologia utilizada pela Seges e, de maneira reflexa, padronizar os procedimentos para a Administração Pública, viabilizando assim a melhor tomada de decisão pelos gestores de compras. Esta construção em módulos objetivou facilitar a tradução dos diversos direitos previstos na legislação trabalhista para um modelo de planilha eletrônica, concorrendo para sua correta aplicabilidade e futura automatização.

Por fim, vale esclarecer que o modelo presente no Anexo VII-D da IN nº 5, de 2017, pode ser modificado pelo órgão ou entidade para se adaptar às especificidades da contratação, conforme assentado no item 7.7, Anexo VII-A:

“7.7. O modelo de planilha de custos e formação de preços previsto no Anexo VII-D desta Instrução Normativa deverá ser adaptado às especificidades do serviço e às necessidades do órgão ou entidade contratante, de modo a permitir a identificação de todos os custos

envolvidos na execução do serviço, e constituirá anexo do ato convocatório a ser preenchido pelos proponentes;"

35 - Qual a diferença entre a previsão da rubrica "Férias" no Submódulo 2.1 (13º salário, férias e adicional de férias) e no Submódulo 4.1 (Ausências legais)?

Preliminarmente, é importante ressaltar que a planilha de custos e formação de preços constante do Anexo VII-D da nova Instrução Normativa para a contratação de serviços terceirizados é um modelo referencial, construído com o intuito de auxiliar aos gestores com informações sobre a composição do preço a ser contratado, bem como na análise regular dos preços ofertados pelos licitantes (preço global). Adicionalmente, a divisão em módulos auxilia na avaliação dos custos renováveis, bem como dos não renováveis, quando da ocorrência das prorrogações contratuais.

Para analisar os lançamentos nominados com a rubrica "férias" na planilha modelo, faz-se necessário entender, primeiramente, a definição constante da alínea V do Anexo I da IN nº 5, de 2017, que dará origem ao provisionamento do Módulo 4 - Custo de Reposição do Profissional Ausente.

"V - CUSTO DE REPOSIÇÃO DO PROFISSIONAL AUSENTE: custo necessário para substituir, no posto de trabalho, o profissional que está em gozo de férias ou em caso de suas ausências legais, dentre outros."

Assim, este módulo destina-se ao provisionamento financeiro a ser realizado pela Administração para a quitação de despesas em casos de ausência do empregado residente em seu contrato. Dito de outra forma, destina-se à "cobertura" dos seguintes eventos, dentre outros:

- a) cobertura por afastamento por licença paternidade ou maternidade;
- b) cobertura de ausência por acidente de trabalho;
- c) cobertura por seu afastamento para o gozo de férias.

Vejamos, ainda, a nota explicativa que inaugura o Módulo 4 - Custo de Reposição do Profissional Ausente, presente no Anexo VII-D da IN nº 05/2017.

"Módulo 4 -Custo de Reposição do Profissional Ausente

Nota 1: Os itens que contemplam o módulo 4 se referem ao custo dos dias trabalhados pelo repositor/substituto que por ventura venha cobrir o empregado nos casos de Ausências Legais (Submódulo 4.1) e/ou na Intrajornada (Submódulo 4.2), a depender da prestação do serviço."

Ou seja, as rubricas constantes no Submódulo 4.1 – Ausências Legais (Férias, licença-paternidade, afastamento maternidades, etc) não se referem aos custos relacionados a esses direitos, mas sim aos custos que relativos ao pagamento dos profissionais-repositores que irão cobrir a ausência dos empregados residentes que encontrar-se-ão naquelas situações.

Portanto, não se pode confundir a rubrica para pagamento de cobertura de férias do empregado residente (provisionado no Submódulo 4.1 – Ausências Legais), com o valor necessário ao pagamento do direito de férias e adicional de 1/3 Constitucional, previstos no Submódulo 2.1 – 13º Salário, Férias e Adicional de Férias.

Assim, o provisionamento realizado no Submódulo 2.1 – 13º Salário, Férias e Adicional de Férias, destina-se a realizar a reserva financeira necessária para a quitação desses direitos em relação ao empregado residente, ou seja, aquele considerado sob regime de mão de obra exclusiva - empregados da contratada que ficam à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços.

O direito ao pagamento do adicional de férias é um direito Constitucional, previsto em seu art. 7º, inciso XVII, que assegura o gozo de férias anuais com, pelo menos, um terço a mais do salário normal (1/3 constitucional). Deve-se considerar ainda a previsão assentada no art. 145 da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê o pagamento antecipado do valor referente ao mês de gozo do descanso, in verbis:

“Art. 145 - O pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período.”

Ou seja, quando o empregado adquire o direito ao gozo do descanso remunerado (férias), a legislação permite solicitar o pagamento antecipado dos valores referentes a 1/3 de férias, salário antecipado juntamente com a remuneração do mês trabalhado, o que por decorrência lógica gera para a empresa prestadora de serviços, e por consequência ao órgão que a contratou o dever de quitação desses encargos.

Nesse conceito, impende mencionar a previsão disposta no Anexo XII - Conta-depósito vinculada – bloqueada para movimentação (considerado um dos instrumentos de gestão de risco para as contratações de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra):

“1. As provisões realizadas pela Administração contratante para o pagamento dos encargos trabalhistas de que trata este Anexo, em relação à mão de obra das empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, por meio de dedicação exclusiva de mão de obra, serão destacadas do valor mensal do contrato e depositadas pela Administração em Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação, aberta em nome do prestador de serviço.

O montante dos depósitos da Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação será igual ao somatório dos valores das seguintes provisões:

- a) 13º (décimo terceiro) salário;
- b) férias e 1/3 (um terço) constitucional de férias;
- c) multa sobre o FGTS e contribuição social para as rescisões sem justa causa; e
- d) encargos sobre férias e 13º (décimo terceiro) salário.”

Ao combinar a previsão legal para o pagamento antecipado da remuneração correspondente às férias e à necessidade de retenção diferida para a conta vinculada ao longo do contrato, garantindo a existência prévia de recursos para fazer face à quitação deste direito do trabalhador, nasceu a necessidade de inserir no Submódulo 2.1 (13º Salário, Férias e Adicional

de férias), a rubrica Férias. Ou seja, não se pode apreciar isoladamente o termo inserido no modelo de planilha de custos, sem considerar uma análise sistêmica e encadeada com a legislação trabalhista, e a implementação do instrumento de gestão de risco - Conta-depósito vinculada – bloqueada para movimentação - que garante as verbas férias e 1/3 (um terço) constitucional de férias.

Cabe frisar que o modelo sugerido pela Seges pode ser adaptado às necessidades e expectativas do órgão ou entidade, podendo este excluir tal previsão, resguardando-se com uma detida análise do seu histórico de contratações anteriores para que esta escolha não comprometa a gestão de risco da contratação.

A última questão a se apreciar diz respeito à remuneração propriamente dita como contraprestação ao serviço realizado pelo empregado residente. Esta previsão, na planilha de custos e formação de preços modelada no Anexo VII-D da IN nº 5, de 2017, está assentada no Módulo 1 – Remuneração, onde se inserem o salário base da categoria a ser pago mensalmente, adicionais de periculosidade, insalubridade, horas extras, e outros. Este módulo alcança, portanto, tão somente o pagamento do salário decorrente do mês trabalhado ao logo de um ano de contrato, não encontrando reserva necessária para a provisão do pagamento das férias ao trabalhador.

Portanto, não se pode confundir a provisão do custo de reposição do profissional ausente com os direitos trabalhistas do empregado residente vinculado diretamente ao contrato de prestação de serviços. Para além disto, não pode a Administração deixar de provisionar os valores necessários à quitação do direito ao pagamento de férias e adicional de férias, sob o risco de que, no momento em que o empregado residente adquira este direito e faça a opção pela percepção antecipada dos valores, não haja saldo orçamentário necessário ao pagamento da obrigação.

Por fim, ressalta-se que o modelo de planilha de custos e todas estas previsões acima elencadas diz respeito às condições mínimas necessárias à realização de um contrato para prestação de serviços terceirizados, com dedicação exclusiva de mão de obra, pelo período de um (01) ano e que, caso venha a ser prorrogado, todos as rubricas deverão ser novamente apreciadas, à luz da legislação trabalhista e previdenciárias, bem como da ocorrência ou não dos indicadores previstos, para definir se serão considerados custos renováveis ou não-renováveis.

36 -Qual a correta aplicação da incidência dos encargos previdenciários (GPS), FGTS e outras contribuições sobre os demais Módulos (conforme redação da Nota 3, Submódulo 2.2 - encargos previdenciários (GPS), FGTS e outras contribuições)?

Preliminarmente, o modelo de planilha de custos e formação de preços apresentado pela Secretaria de Gestão utiliza-se da composição agregada de custos, priorizando um modelo sistêmico, de leitura continuada dos módulos, ou seja, tem-se uma interdependência do resultado de um módulo para a construção dos seguintes.

Essa leitura agregada dos Módulos é imprescindível para a correta compreensão do método utilizado para a aplicação da incidência do Submódulo 2.2 (encargos previdenciários, FGTS e

outras contribuições) sobre os custos de reposição do profissional ausente; os custos indiretos, tributos e lucro da empresa.

Primeiramente, merece detalhamento a composição do Submódulo 2.2 (encargos previdenciários, FGTS e outras contribuições), o qual consiste na agregação de percentuais incidentes sobre a remuneração do empregado, previstos na legislação trabalhista e previdenciária, para manutenção dos encargos sociais referentes às parcelas do INSS, Salário – Educação, GIL – RAT/SAT, SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, bem como do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Sendo assim, para o cômputo dos encargos previstos no Submódulo 2.2 (encargos previdenciários, FGTS e outras contribuições), utiliza-se como base de cálculo o valor total da remuneração do empregado residente adicionada da previsão de férias, adicional de férias e 13º salário, ou seja:

Base de cálculo = Módulo 1 + Submódulo 2.1

Ao avançarmos na construção da planilha de custos e formação de preços, agregam-se ainda a provisão para uma possível rescisão do contrato de trabalho (Módulo 3). No passo seguinte, que diz respeito ao cômputo do Módulo 4 (custo de reposição do profissional ausente), serão calculados os custos para o pagamento de um substituto nos casos das ausências do empregado residente. O custo deste empregado substituto não se resume ao estrito pagamento de horas trabalhadas, vez que ele possui um contrato de trabalho digno de percepção, também, de todos os seus direitos trabalhistas e previdenciários: uma remuneração, todos os encargos incidentes na remuneração, os benefícios previstos em lei ou Convenção Coletiva, como também a possibilidade desse empregado substituto ser afastado do contrato por demissão sem justa causa, de modo que não se pode considerar a mesma base de cálculo do Submódulo 2.2 acima.

Nessa linha, a base de cálculo será agora o preço do empregado substituto, que agrega os encargos trabalhistas e previdenciários ao custo. Repisa-se, a base de cálculo do Módulo 4 (custo de reposição do profissional ausente) é diferente da base de cálculo dos Módulos anteriores e, portanto, o preço do empregado substituto é representado pelo somatório de remuneração, previsão de férias, adicional de férias e 13º salário, encargos previdenciários e trabalhistas, benefícios anuais, mensais e diários e pela provisão para uma possível rescisão de contrato. Portanto:

Base de cálculo do Módulo 4 = Módulo 1 + Módulo 2 + Módulo 3.

Corroborando deste raciocínio, adentra-se nos Módulos seguintes: Módulo 5 (custo de insumos) e Módulo 6 (custos indiretos, tributos e lucro)

O Módulo 6, por ser um percentual que incide sobre o custo total do empregado residente (direitos, encargos ausências), também é incidente sobre o Módulo que trata de custos de reposição do profissional ausente, bem como no Módulo que trata de insumos diversos. Assim, apresenta-se a fórmula:

Base de cálculo do Módulo 6 = Módulo 1 + Módulo 2 + Módulo 3 + Módulo 4 + Módulo 5.

CONTA VINCULADA

37 - A utilização da Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação (CV) ou o Pagamento por Fato Gerador (FG) são obrigatórios?

Sim, a utilização da Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação (CV) ou do Pagamento por Fato Gerador (FG) são obrigatórias para a contratação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra por força do inciso IV do § 2º do art. 2º da Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016, a seguir in verbis:

Art. 2º (...)

2º É obrigatório que os instrumentos convocatórios e os contratos mencionados no caput contenham cláusulas que:

IV - prevejam, com vistas à garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

a) que os valores destinados para o pagamento de férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias aos trabalhadores serão efetuados pela contratante à contratada somente na ocorrência do fato gerador; ou

b) que os valores para o pagamento das férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, aberta em nome da contratada, com movimentação somente por ordem da contratante. (grifou-se)

Aliado a isso, percorre-se em análise sistêmica da legislação a previsão assentada no ANEXO VII-B da IN nº 5, de 26 de maio de 2017, que apresenta DIRETRIZES ESPECÍFICAS PARA ELABORAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO, dentre as quais prevê como obrigatório para atendimento do art. 18 da referida Instrução Normativa, bem como do disciplinando na Portaria nº 409, de 2016, que ato convocatório deverá conter a Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação ou Pagamento pelo Fato Gerador, os quais poderão inclusive ser elementos de composição do Gerenciamento de Risco, de que trata o art. 25 da manifestada instrução normativa.

Dos mecanismos de controle interno:

1.1. Para atendimento do disposto no art. 18, o ato convocatório deverá conter uma das seguintes regras:

a) Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação; ou

b) Pagamento pelo Fato Gerador; (grifou-se)

Note-se que a Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação ou Pagamento pelo Fato Gerador não estão previstos no art. 25 da IN nº 5, de 2017, como uma das atividades para Gerenciamento de Risco (tratamento de risco). Desse modo, entendeu-se permitir que na

análise pelos órgãos de todo rol elencado no art. 25 pudessem adotar dentre outros a mitigação de riscos com base na utilização de um desses instrumentos (CV ou FG). Considerados de mecanismos de controle interno.

A possibilidade de utilização facultativa da CV e FG como instrumentos de tratamento dos riscos (Art. 18, IN nº 05/2017), não afasta a sua obrigatoriedade como garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra (Portaria nº 409, de 2016), a uma, não se pode confundir a utilização da CV e FG obrigatória prevista na Portaria com a possibilidade de ser utilizada como tratamento de risco para os eventos (falha de pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias); a duas, se não escolhidas (CV e FG) como um dos instrumentos de tratamento de risco, deverão ser tratadas como ferramental obrigatório de garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, em consonância com a Portaria nº 409, de 2016.

Assim, Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação ou Pagamento pelo Fato Gerador são instrumentos obrigatórios de utilização como garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra. Podendo, inclusive, ser um dos elementos de tratamentos de riscos não previstos no rol do art. 25 da IN nº 5, de 2017.

Por fim, os instrumentos CV e FG são excludentes, devendo o gestor avaliar a que melhor se adequa às especificidades da contratação, justificada com base na avaliação da relação custo-benefício.