

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE PREGÃO: UM FALSO PARADIGMA DE
EFICIÊNCIA E DE PROBIDADE ADMINISTRATIVA

ANTÔNIO CARLOS SILVA DE OLIVEIRA

Rio de Janeiro

2018/1

ANTÔNIO CARLOS SILVA DE OLIVEIRA

LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE PREGÃO: UM FALSO PARADIGMA DE
EFICIÊNCIA E DE PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Correa Souza de Oliveira**

Rio de Janeiro

2018/1

ANTÔNIO CARLOS SILVA DE OLIVEIRA

LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE PREGÃO: UM FALSO PARADIGMA DE
EFICIÊNCIA E DE PROBIÇÃO ADMINISTRATIVA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Correa Souza. de Oliveira.**

Data da Aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018/1

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da licitação na modalidade de Pregão, conforme regulamentado pela Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, para aquisição de serviços comuns, ou mais especificamente terceirização de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Discute-se os diversos aspectos dessa modalidade de licitação, dos positivos e negativos, e busca-se compreender as consequências dessa terceirização para os trabalhadores envolvidos e para a Administração Pública sob o prisma dos princípios constitucionais e do direito. Por fim, apresenta-se propostas para o aperfeiçoamento da contratação de mão de obra em regime de dedicação exclusiva.

PALAVRAS-CHAVE

Licitação; modalidade de Pregão; terceirização; contratação de mão de obra; Lei 10.520/2002; valores sociais do trabalho.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the bidding process in the form of Public Call, as regulated by Law 10,520, of July 17, 2002, for the acquisition of common services, or more specifically outsourcing services with a regime of exclusive dedication of labor. It discusses the various aspects of this bidding modality, the positive and negative, and seeks to understand the consequences of this outsourcing for the workers involved and for the Public Administration under the prism of constitutional principles and law. Finally, proposals are presented for the improvement of the hiring of labor in a regime of exclusive dedication.

KEYWORDS

Bidding; trading modality; outsourcing; hiring of labor; Law 10,520 / 2002; dignity of human person; values of work.

CIP - Catalogação na Publicação

0481 Oliveira, Antônio Carlos Silva de Licitação na modalidade de pregão: um falso paradigma de eficiência e de probidade administrativa / Antônio Carlos Silva de Oliveira. - Rio de Janeiro, 2018.
74 f.

Orientador: Fábio Correa Souza de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação)
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Licitação na Modalidade de Pregão. 2. Terceirização. 3. Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002. 4. Princípio da Eficiência. 5. Princípio da Moralidade. I. Oliveira, Fábio Correa Souza de , orient. II. Título.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à Universidade Federal do Rio de Janeiro, seu corpo docente, discente, técnico-administrativo e de trabalhadores terceirizados. As Universidades Públicas enfrentam os cortes sistemáticos de recursos públicos, mas insistem em sobreviver e em contribuir na construção de uma sociedade mais justa e democrática.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1	
1.1 A Crise Capitalista e o Estado Mínimo	11
1.2 Neoliberalismo e Reforma Administrativa no Brasil	13
1.3 Pregão e a Reforma Administrativa	15
CAPÍTULO 2	
2.1 Novidade no mundo das licitações	19
CAPÍTULO 3	
3.1 A indefinição jurídica do objeto do Pregão	26
3.2 As exigências para habilitação	30
3.3 A fase de lances e a regra dos 10%	40
3.4 A inversão de fase da habilitação	44
3.5 A preponderância das pequenas empresas	48
3.6 A exequibilidade das propostas	51
CAPÍTULO 4	
4.1 As consequências do Pregão	53
4.2 A hipertrofia fiscalizatória	53
4.3 As interrupções na prestação de serviços	56
4.4 O excesso de litígios trabalhistas	58
CAPÍTULO 5	
5.1 O gigantismo do Estado brasileiro	62
5.2 A mitigação dos Princípios Constitucionais	64
5.3 Propostas para contratação de serviço comum	65

CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

A corrupção é um assunto recorrente e insistente em nossa sociedade e uma pauta de grande destaque para a imprensa brasileira no atual cenário político que convive com uma grave crise institucional que atinge os três poderes da República. No foco da discussão estão as licitações fraudadas da Petrobras e de outros órgãos e entidades da administração pública, que segundo noticia-se, serviam para dissimular o desvio de recursos públicos para campanhas eleitorais e outros fins ilícitos. Tais acontecimentos de consequências ainda imprevisíveis podem e devem motivar um debate lúcido e consequente sobre o aprimoramento das formas e modalidades de licitação e dos instrumentos de fiscalização, tanto do processo licitatório quanto da execução dos contratos.

Este trabalho monográfico propõe discutir a licitação na modalidade pregão, Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, para contratação de serviços comuns que tenham como objeto a prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra¹. Trata-se de um microcosmo do universo das licitações mas com implicações para milhares ou até milhões de trabalhadores terceirizados que laboram para a administração pública, direta e indireta, em todos os seus entes federativos.

Para a Lei nº 10.520 consideram-se serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Carvalho Filho (2014) esclarece que serviços comuns são variados, incluindo-se, entre outros, apoio administrativo, hospitalares, conservação e limpeza, vigilância, transporte, atividades auxiliares (motorista, ascensorista, recepcionista, copeiro). Os serviços comuns costumam caracterizar-se pela utilização extensiva de mão de obra e por se protraírem no tempo, o que de antemão demonstra as implicações sociais relevantes desta forma de contratação.

¹ Definição encontrada na Instrução Normativa nº 5, de 25 de maio de 2017 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, têm como modelo de execução contratual empregados da contratada à disposição nas dependências da contratante.

Esta pesquisa tem como uma de suas hipóteses que a terceirização de mão de obra pela administração pública, através do pregão, tem sido desastrosa tanto para os trabalhadores terceirizados quanto para a administração pública. Empiricamente observa-se diversos exemplos juridicamente desastrosos de contratações de serviços comuns, mas é oportuno lembrar as sucessivas interrupções das atividades acadêmicas da UFRJ por paralisações de trabalhadores terceirizados da limpeza e conservação e da vigilância patrimonial em consequência do inadimplemento das obrigações trabalhistas, especialmente salário, das empresas terceirizadas para com seus empregados. É recorrente encontrar nos corredores da UFRJ cartazes de estudantes solicitando doações para trabalhadores terceirizados em vista da penúria destes, com palavras de ordem contra a terceirização. O site da Associação dos Docentes da UFRJ noticiou no dia 09 de março de 2017 que mais de 600 vigilantes terceirizados da empresa Front Segurança e Vigilância ameaçaram paralisar suas atividades por falta de pagamento do salário do mês de fevereiro². Os 67 empregados da empresa de conservação Obra Prima, responsáveis pelo prédio da Reitoria também estudam a possibilidade de um movimento paredista por atraso no pagamento dos salários e dos benefícios de vale-transporte e tíquete refeição. Na matéria jornalística, Waldinea Nascimento, da Associação de Trabalhadores Terceirizados da UFRJ, destaca que “A limpeza sofre há seis meses com atrasos nos pagamentos. Se é para parar, para todo mundo”. (AdUFRJ, 2017). Em março de 2017 a Reitoria da UFRJ admitiu a grave situação dos trabalhadores terceirizados e recomendou a paralisação das atividades para todos os campi³.

A terceirização conduzida através do pregão pode implicar na descontinuidade do serviço público, no inadimplemento de obrigações trabalhistas, fundiárias, previdenciárias e fiscais e resultando em uma quantidade expressiva de reclamações trabalhistas que arrolam no polo passivo a administração pública. Pelo Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016, nas três instâncias, a Indústria e os Serviços Diversos lideraram o ranking de atividades econômicas com maiores quantitativos de Casos Novos, ficando a Administração Pública em 5º lugar, a

2 ADUFRJ. UFRJ para atividades diante da situação dos terceirizados. **Boletim Eletrônico da ADUFRJ SEÇÃO SINDICAL**, Rio de Janeiro, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://adufjrj.org.br/noticia/ufjrj-para-atividades-diante-da-situacao-dos-terceirizados/>. Acesso em 20 ago. 2017.

3 ADUFRJ. Crise da limpeza: Venturelli joga a responsabilidade para a UFRJ. **Boletim Eletrônico da ADUFRJ SEÇÃO SINDICAL**, Rio de Janeiro, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://adufjrj.org.br/noticia/venturelli-joga-a-responsabilidade-para-a-ufjrj/>. Acesso em 20 ago. 2017.

frente do sistema financeiro e da agropecuária, extração e pesca⁴. No TST, as atividades econômicas com maiores quantitativos de Casos Novos foram a Indústria com 25,5%, a Administração Pública com 15,9%, os Serviços Diversos com 9,4% e o Comércio com 8,8%⁵.

A responsabilidade subsidiária do ente público está estabelecida na Súmula 331 do TST e implicava quase que automaticamente na condenação deste⁶. Esse entendimento da Justiça do Trabalho foi questionado por correntes expressivas do direito até que o governo do Distrito Federal ajuizou ação declaratória de constitucionalidade (ADC nº 16), tendo por objeto o art. 71, §1º, da Lei de Licitações, para desta forma eximir a responsabilidade da administração pública quanto aos créditos trabalhistas inadimplidos.

No julgamento da ADC nº 16, o plenário do STF decidiu por maioria que o art. 71 e seu §1º são constitucionais. Quanto ao mérito entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos. Por esta decisão o Tribunal Superior do Trabalho não pode generalizar todas as situações de responsabilização do Estado, devendo analisar no caso concreto se a inadimplência da contratada decorre de culpa *in eligendo ou in vigilando*. Para tanto, a Súmula nº 331 do TST passou a ter nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI⁷.

4 Conforme informação da Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST as entidades financeiras como Banco do Brasil e Caixa Econômica estão incluídas no Sistema Financeiros, o que elevaria substancialmente os dados se incluídas em Administração Pública. No Ranking dos 20 maiores litigantes no TST 2016 a administração pública ocupa os cinco primeiros lugares, com Petrobrás em 1º lugar com 11.279 processos, União em 2º lugar com 10.478 processos, Banco do Brasil em 3º lugar com 10.433 processos, Caixa Econômica em 4º com 10.178 processos e em 5º lugar os Correios com 6.087 processos. Destaca-se que Administração Pública pelo Relatório apenas reúne Administração Pública Direta.

5 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>. Acesso em 20 jan. 2018.

6 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331 do TST. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, 29-31.mai. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 5.jun.2017.

Diante da alteração do enunciado sumular a administração pública passou a ter responsabilidade decorrente de culpa, por mais que o Constituinte de 1988, conforme art. 37, §6º, tenha adotado a teoria da Teoria do Risco Administrativo para analisar os casos de responsabilidade por danos causados pelo Estado ou por seus agentes. Para José Afonso da Silva (2000) a responsabilidade civil significa a obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial e até mesmo moral que uma pessoa cause a outrem. Para o autor, por muito tempo predominou a doutrina da irresponsabilidade da Administração, sendo que os particulares teriam que suportar os prejuízos que os seus agentes provocassem, algo que na sua visão não era compatível com o Estado de Direito

Não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois a obrigação de ressarcir-lo por parte da administração ou entidade equiparada fundamenta-se na doutrina do risco administrativo. (SILVA, 2000, p.657-658)⁸

Ainda que alterada o texto da Súmula 331 do TST a decisão dos juízos trabalhistas continuam a reconhecer a responsabilidade subsidiária da administração pública por culpa in vigilando.

RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ART. 71, § 1º, LEI 8666/93. As normas que regulam as licitações aos órgãos da administração pública direta e indireta, não eximem, nem afastam a responsabilidade subsidiária, especialmente em relação à má escolha na contratação efetuada. Recurso da segunda reclamada conhecido e não provido.

(TRT-1 - RO: 15004020115010042 RJ, Relator: Marcia Leite Nery, Data de Julgamento: 15/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: 27-05-2013)

7 Súmula nº 331 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

8 SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000

A condenação subsidiária representa mais um prejuízo para o erário, pois é possível que a administração pública, mesmo tendo adimplido suas obrigações contratuais para com a empresa terceirizada, ainda assim tenha que arcar com o pagamento dos trabalhadores lesados.

Em vista do apresentado, esta pesquisa se propõe a compreender os diversos procedimentos que integram o pregão eletrônico, através da legislação em vigor, que serão apresentados no Capítulo 1 - compreender o contexto do surgimento do Pregão em meio a Reforma Administrativa do Governo Fernando Henrique. Capítulo 2 - discutirá os motivos pelos quais o Pregão contrata mal serviços comuns e suas principais vulnerabilidades que resultam na contratação de empresas com capacidade técnico-financeira questionáveis e preços nem sempre exequíveis. Capítulo 3 - revisará a legislação, a doutrina e a jurisprudência para buscar compreender as possíveis vulnerabilidades desta modalidade de licitação. Capítulo 4 - apresentará os impactos sociais que resultam no inadimplemento fiscal e trabalhista, atingindo o interesse público e dos trabalhadores envolvidos. Enfim, o Capítulo 5 - apontará propostas que aprimorem a modalidade Pregão e assim deixa-la mais próxima de suas próprias finalidades, que resultem em contratações exequíveis e sustentáveis financeiramente para todos os participantes e envolvidos, com a preservação do interesse público. Encerrado com a Conclusão.

CAPÍTULO 1

1.1 - A crise capitalista e o Estado mínimo

A partir da década de 1960, quando esgotou-se o modelo econômico implantado após a II Guerra Mundial, observou-se um incremento da produção e da capacidade produtiva em escala mundial, que decorria da entrada maciça de produtos dos antigos países derrotados (japoneses e alemães) no mercado mundial e também devido ao avanço das industrializações tardias na periferia do capitalismo. Esse processo gerou um forte incremento da concorrência intercapitalista, o que acabou afetando negativamente as taxas de lucro e gerou capacidade ociosa não planejada em diversos setores.

A crise das margens de lucro atingiu todo o planeta, ainda que influenciando de maneira diferenciada, conforme o estágio de desenvolvimento industrial e tecnológico de cada país, e não deixando de atingir até mesmo as economias centrais.

Na trajetória da crise vivida pelo capital, Antunes (2011) compreende que a crise do fordismo e do keynesianismo tratou-se de algo mais profundo, estrutural e complexo. A crise teve início na década de 1960, porém foi a partir da década de 1970 que seus traços ficaram mais evidentes: queda da taxa de lucro, em parte pelo aumento do preço da força de trabalho; esgotamento da acumulação tayloristo-fordista e retração do consumo, resultado dentre outros motivos do desemprego estrutural; hipertrofia da esfera financeira, consequência da evasão do capital do setor produtivo para o financeiro em busca de maiores rendimentos; concentração dos capitais a partir das fusões entre empresas monopolistas e oligopolistas; crise do Estado do bem-estar social, crise fiscal e retração dos gastos públicos; privatização do setor estatal; flexibilização dos mercados e da força de trabalho.

Algumas das principais respostas do capital à crise foram a reorganização do seu sistema ideológico e político de dominação, tendo seus contornos mais definidos com o neoliberalismo, a privatização do Estado, a desregulamentação dos direitos do trabalho e a

desmontagem do setor produtivo estatal, seguido de um processo de reestruturação da produção e do trabalho.

A redução da taxa de lucro do capital produtivo exerceu forte impacto sobre o setor financeiro, que adquiriu relativa autonomia frente aos capitais produtivos, colocando-se o capital financeiro como um campo prioritário para a especulação, na nova fase de internacionalização.

Giovanni Alves (2011) considera que o Estado advindo desta crise foi o Estado neoliberal, uma estatalidade política global, tendo em vista que se integra às tecnoburocracias globais, Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio (OMC), e que impõe os interesses de uma ordem mundial desigualitária.

O Estado neoliberal é uma estatalidade política que abole [*sic*] as restrições à plena exploração do capital tendo em vista que é um modo de autoconsciência política da crise estrutural de valorização do capital, o que explica seu deslocamento para o referente de mercado. Ao adotar como princípio organizador o mercado, o Estado neoliberal não adota o mercado autorregulado, utopia do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, mas sim, o mercado sob regulação estatal, o que pode confundi-lo com as estatalidades políticas do Estado social ou do Estado fascista. (ALVES, 2011, p. 151)⁹.

A reestruturação produtiva, ainda que realizada nos países centrais da economia capitalista, alcançou todos os países com diferentes impactos sobre as economias locais conforme o nível de abertura econômica e o desenvolvimento tecnológico, tratando-se de um contexto global. Para Octavio Ianni (2011), a nova divisão transnacional do trabalho e da produção, a crescente articulação dos mercados nacionais em mercados regionais e em um mercado mundial, os novos desenvolvimentos dos meios de comunicação, a formação das redes de informática, a expansão das corporações transnacionais expressa o neoliberalismo.

São muitas e evidentes as interpretações, as propostas e as reivindicações que se sintetizam na ideologia neoliberal: reforma do estado, desestatização da economia, privatização das empresas produtivas e lucrativas governamentais, abertura dos mercados, redução de encargos sociais relativos aos assalariados por parte do poder público e das empresas ou corporações privadas, informatização de processos

⁹ ALVES, G. A. P. **Trabalho e subjetividade. O espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório.** São Paulo: Boitempo, 2011.

decisórios, produtivos, de comercialização e outros, busca da qualidade total, intensificação da produtividade e da lucratividade da empresa ou corporação nacional e transnacional. **Esses e outros objetivos e meios inspirados no neoliberalismo impregnam tanto as práticas das empresas, corporações e conglomerados transnacionais como as práticas de governos nacionais e organizações multilaterais.** (IANNI,2011, p. 218, grifos nossos)¹⁰

Destaca-se que o Império do Estado Mínimo, do Estado Gerencial, do Terceiro Setor, do Planejamento Estratégico e todas demais nuances ideológicas do neoliberalismo impregnaram a totalidade das decisões estratégicas dos Estados, impactando de diferentes formas, mas impactando.

1.2 - Neoliberalismo e Reforma Administrativa no Brasil

A década de 1990 assistiu a mudanças significativas no Estado brasileiro, impulsionadas pelas políticas neoliberais do Governo Collor e especialmente pelas políticas reformistas do Governo Fernando Henrique. Ainda que a sociedade brasileira tivesse conquistado a promulgação da Constituição de 1988, que encerrou um período de exceção e representou a conquista de garantias políticas e sociais com maior liberdade à sociedade brasileira, o momento econômico não vivia o mesmo humor político. O Brasil encerrava a década perdida, representada por uma inflação anual da ordem de 366% em 1987, com déficit público que congelou investimentos públicos e deflagrou planos econômicos de congelamento de preços e de salários, no bojo dos planos Bresser e Verão. Tratava-se das consequências mediatas do período de vinte anos de regime militar de grande expansão dos investimentos públicos e do endividamento público, que resultou no fracasso das políticas do “milagre econômico”, e em uma transição que teve a marca das políticas econômicas erráticas e desastradas que levaram o país a conviver com alta inflação e baixíssimo crescimento econômico, o que impulsionou o discurso da reforma do Estado brasileiro, calcado principalmente na ineficiência estatal e na defesa das privatizações.

Sucedendo o Governo Sarney, um governo de transição, sobreveio o primeiro Presidente eleito pós-Regime Militar, marcado por um dos maiores projetos de privatização

¹⁰ IANNI, O. **A era do globalismo**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

do mundo, o PND – Programa Nacional de Desestatização, aprovado pela Lei nº 8.031, de 1990. O Programa não atingiu inteiramente seus objetivos, das 68 empresas incluídas no programa, apenas 18 foram efetivamente privatizadas, pois as dificuldades políticas enfrentadas por Fernando Collor o impediram de atingi-los, ainda que algumas privatizações tenham ocorrido, a exemplo da privatização das companhias VASP e USIMINAS. Ao final do Governo Collor, abreviado pelo impeachment os governos Itamar Franco (1992-1994) e Fernando Henrique (1995-2002) prosseguiram com o mesmo projeto de desregulamentação estatal e de implementação de políticas de ajuste fiscal.

Depois do Programa Nacional de Desestatização do Governo Collor a Emenda Constitucional 19 de junho de 1998, do Governo Fernando Henrique, foi paradigmática neste projeto de Estado mínimo, pois representou uma profunda reforma com o claro intuito de alcançar as metas de ajuste fiscal, legitimada pelo discurso da eficiência, e com a implementação do projeto de uma administração pública gerencial, que nas palavras do ex-Ministro Bresser Pereira (2011)

Em 1995 teve início no Brasil a Reforma da Gestão Pública ou reforma gerencial do Estado com a publicação, nesse ano, do Plano Diretor da Reforma do Estado e o envio para o Congresso Nacional da emenda da administração pública que se transformaria, em 1998, na Emenda 19. [...]

O objetivo da Reforma da Gestão Pública de 1995 é contribuir para a formação no Brasil de um aparelho de Estado forte e eficiente. Ela compreende três dimensões: a) uma dimensão institucional-legal, voltada à descentralização da estrutura organizacional do aparelho do Estado através da criação de novos formatos organizacionais, como as agências executivas, regulatórias, e as organizações sociais; b) uma dimensão gestão, definida pela maior autonomia e a introdução de três novas formas de responsabilização dos gestores – a administração por resultados, a competição administrada por excelência, e o controle social – em substituição parcial dos regulamentos rígidos, da supervisão e da auditoria, que caracterizam a administração burocrática; e c) uma dimensão cultural, de mudança de mentalidade, visando passar da desconfiança generalizada que caracteriza a administração burocrática para uma confiança maior, ainda que limitada, própria da administração gerencial.

Um dos princípios fundamentais da Reforma de 1995 é o de que o Estado, embora conservando e se possível ampliando sua ação na área social, só deve executar diretamente as tarefas que são exclusivas de Estado, que envolvem o emprego do poder de Estado, ou que apliquem os recursos do Estado. Entre as tarefas exclusivas de Estado devem-se distinguir as tarefas centralizadas de formulação e controle das políticas públicas e da lei, a serem executadas por secretarias ou departamentos do Estado, das tarefas de execução, que devem ser descentralizadas para agências executivas e agências reguladoras autônomas. Todos os demais serviços que a sociedade decide prover com os recursos dos impostos não devem ser realizados no

âmbito da organização do Estado, por servidores públicos, mas devem ser contratados com terceiros. (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 14-15)¹¹

O discurso do Ministro, ainda que envolto em uma pantomima de conceitos neoliberais apontava na direção de um Estado Mínimo, sujeitado a função de correia transmissão dos interesses do setor privado, debatendo-se na missão de ampliar as margens de lucro das empresas nacionais e transnacionais. Diante do destaque dado à terceirização, evidentemente que o Pregão só poderia ser bem recepcionado e amplamente aplicado na administração pública como um instrumento para consecução desses objetivos.

1.3 - Pregão e a Reforma Administrativa

Estabeleceu a Constituição de 1988, em seu art. 37, XXVII, o Princípio da Licitação Pública, onde licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, de compras ou de alienações do Poder Público. Deve-se assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, não sendo possível a imposição de exigências de qualificação técnica e econômica além das indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais.

O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público. (SILVA, 2000, p. 656)¹²

Para tanto, a modalidade denominada pregão surgiu no ordenamento pátrio pela Lei 10.520 de 17 de julho de 2002 como resultado de diversas reedições da Medida Provisória nº 2.026 de 04 de maio de 2000 que instituiu apenas no âmbito da União a modalidade de licitação

¹¹ PEREIRA, L. C. B. Reforma gerencial do Estado, teoria política e ensino da Administração Pública. **Revista Gestão & Políticas Públicas**. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/RGP.asp>. Acesso em 10 jun. 2017

¹² Ibid., p.09.

denominada *pregão* para aquisição de bens e serviços comuns. A Lei do *pregão* inovou e manteve subsidiariamente as diretrizes da Lei Geral de Contratações Públicas, estatuto jurídico das licitações e contratos da administração pública.

O Pregão nasceu da experiência das privatizações no setor de telecomunicações, que resultou na criação da agência reguladora do setor através da Lei 9.472, de 16 de julho de 1996, que instituiu esta modalidade de licitação como procedimento de aplicação exclusiva pela ANATEL. A experiência da agência reguladora com a nova modalidade de licitação foi de tal ordem inovadora para o governo federal, que na exposição de motivos da Lei 10520 são enfatizados os resultados obtidos pela ANATEL com a nova modalidade.

Como resultado da utilização do pregão, a ANATEL tem conseguido reduções de cerca de 22% entre os preços iniciais e os vencedores nas licitações desta modalidade. Exemplificação expressiva destes resultados são ainda, as reduções obtidas, de 62% na contratação de serviços de saúde e de 68% na aquisição de softwares para uso na Internet. Acrescenta-se a tudo isso que a duração do processo licitatório tem sido encurtada em cerca de 20 dias. (BRASIL, 2001)¹³

Na formulação do projeto de lei que converteu a medida provisória do Pregão em lei é possível comprovar que a Reforma Administrativa e seus propósitos estiveram presentes na formulação do legislador, conforme depreende-se da leitura da exposição de motivos, representará a imediata redução nas aquisições de bens e serviços:

2. O projeto em questão objetiva aperfeiçoar o regime de licitações, com a inclusão de uma nova modalidade, denominada *pregão*, que possibilitará o incremento da competitividade e a de despesas indispensável ao cumprimento das metas de ajuste fiscal. A pronta implementação dessa nova modalidade ensejará economias imediatas nas aquisições de bens e serviços compreendidas nas despesas de custeio da máquina administrativa federal. Além disso, o *pregão* resultará em maior agilidade nas aquisições, ao desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência de etapas da licitação. (BRASIL, 2001)¹⁴

13. BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de Julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada *pregão*, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 5, 1.jun. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Acesso em: 12.mai.2017.

14 Ibidem.

Pelas projeções iniciais do Governo com dados de 1999 o Pregão substituiu as compras e contratações realizadas pelas modalidades previstas na Lei 8666 que estavam na ordem de R\$ 3,8 bilhões anualmente, apenas no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, sendo deste total, "bens ou serviços comuns" algo na ordem de pelo menos R\$ 2,2 bilhões, anualmente.

Em outro trecho, reitera-se a implementação de uma nova ordem gerencial:

3. O aperfeiçoamento da legislação sobre licitações à ação prevista no âmbito do Programa Redução de Custos na Aquisição de Bens, Obras e Serviços, integrante do Plano Plurianual 2000-2003. Este Programa está implementando um conjunto articulado de ações voltadas para a modernização dos processos de compra e contratação, a introdução de controles gerenciais de custo e a aplicação de tecnologias da informática nas licitações. A revisão da legislação e das normas é linha de ação necessária à viabilização das mudanças em curso na área de licitações e ao cumprimento das metas de redução de custos do Programa mencionado. (BRASIL, 2001)¹⁵

O Pregão nasce completamente adaptado à uma nova ordem econômica e política, que desacredita e desidrata a máquina estatal aos seus contornos mínimos, mantendo as áreas consideradas estratégicas, não sendo objeto de terceirização atividades que: envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional; inerentes às categorias funcionais abrangidas pelos planos de cargos; funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção.

Cabe a leitura e a compreensão da exposição de motivos da EC 19/1998 que demonstra a afirmação de que a terceirização e a Reforma Administrativa buscavam metas econômicas em sacrifício dos interesses almejados pela Administração Pública.

A crise do Estado está na raiz do período de prolongada estagnação econômica que o Brasil experimentou nos últimos quinze anos. Nas suas múltiplas facetas, esta crise se manifestou como crise fiscal, crise do modo de intervenção do Estado na economia e

¹⁵ Ibid., p.16.

crise do próprio aparelho estatal. No que diz respeito a esta última dimensão, a capacidade de ação administrativa do Estado se deteriorou, enquanto prevalecia um enfoque equivocado que levou ao desmonte do aparelho estatal e ao desprestígio de sua burocracia.

Para este Governo, a reforma administrativa é componente indissociável do conjunto das mudanças constitucionais que está propondo à sociedade. São mudanças que conduzirão à reestruturação do Estado e à redefinição do seu papel e da sua forma de atuação, para que se possa alcançar um equacionamento consistente e duradouro da crise.

O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal.

A revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entravam a implantação de novos princípios modelos e técnicas de gestão.

No difícil contexto do retorno a democracia, que em nosso país foi simultâneo a crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários. Cumpre agora, reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção a eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão. (BRASIL, 1995)¹⁶

Ainda que a EC 19 tenha somado o princípio da eficiência aos demais princípios do art. 37 da Constituição Cidadã de 1988 este não poderia se sobrepor aos demais, ou ser elevado ao patamar de divindade. Mas o espírito dos anos de 1990 recrudescia o discurso de esvaziamento do interesse público, que sob a alegação da crise do Estado justificava suas proposições neoliberais, quando na verdade a crise era econômica.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19, de 18 de agosto de 1995. **Diário do Congresso Nacional**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 AGO. 1995. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acessado em: 13 mar 2018.

CAPÍTULO 2

2.1 – Novidade no mundo das licitações

O pregão foi uma novidade legislativa muito bem recebida na administração pública por tratar-se de um procedimento mais simples e menos burocratizado que os estabelecidos na lei geral, mais célere e com uma capacidade de gerar grande economia ao erário público. À época o pregão presencial foi a forma mais usual e comum, em vista da precariedade da internet, e nem por isso deixou de ser um marco no que tange celeridade, o que foi sendo potencializado com o avanço da internet por banda larga e o pregão eletrônico tornou-se a forma preferencial com o Decreto 5.450 de 31 de maio de 2005, que em seu Art. 4º determinou que nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

Para Carvalho Filho (2014) e Vera Monteiro (2010) a celeridade do procedimento licitatório foi comemorado por muitos em vista da Lei 8.666 ainda que tenha representado um grande avanço na defesa da probidade administrativa e do interesse público a mesma tornou por demais rígido e uniforme as contratações.

As modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvos os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação.

Atendendo a tais reclamos, foi editada a Lei nº 10.520, de 17.7.2002, na qual foi instituído o *pregão* como nova modalidade de licitação, com disciplina e procedimento próprios, visando a acelerar o processo de escolha de futuros contratos da Administração em hipóteses determinadas e específicas. (CARVALHO, 2014, p. 308)¹⁷

17 CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Vera Monteiro (2010) considera que sempre se reconheceu que o foco central da Lei 8.666 são os contratos de obras públicas, apesar de ela ser aplicável a um amplo leque de contratos com objetos muito distintos entre si. Vários de seus dispositivos foram pensados para dar maior segurança às contratações de grande vulto e execução prolongada no tempo, como é o caso das obras.

Segundo Carvalho Filho (2014) não há qualquer restrição quanto ao valor a ser pago, vale dizer, não importa o vulto dos recursos necessários ao pagamento do fornecedor, critério diametralmente oposto aos adotados para as modalidades gerais do Estatuto.

As virtudes da modalidade Pregão que a destacam das demais são a celeridade, a promoção da economia, a simplicidade dos procedimentos concorrenciais o que gera um modalidade mais eficiente e mais imune a corrupção, características destacadas por Carvalho Filho (2014),

A particularidade especial da modalidade de pregão reside na adoção parcial do *princípio da oralidade*. Enquanto nas formas comuns de licitação a manifestação de vontade dos proponentes se formaliza sempre através de documentos escritos (propostas), no pregão poderão os participantes oferecer outras propostas *verbalmente* na sessão pública destinada à escolha.[...]

Em que pese ser a oralidade o princípio diferencial do pregão em relação às modalidades tradicionais de licitação, pode apontar-se, no novo sistema, a inspiração de outro postulado – *princípio do informalismo*. Referido princípio não significa que o novo procedimento seja absolutamente informal; não o é, e nem poderia sê-lo, por se tratar de atividade administrativa. Mas o legislador procurou introduzir alguns métodos e técnicas compatíveis com os modernos meios de comunicação, sobretudo através da informática. (CARVALHO, 2014, p. 311)¹⁸

Tais virtudes têm como causa as seguintes características:

(i) A lógica da lei é a concentração dos atos do pregão na sessão. A principal característica da sessão pública do pregão é ser una, o que não impede que o pregoeiro a suspenda e depois a retome.

¹⁸ Ibid., p.19.

Diferentemente do andamento-padrão da Lei de Licitações, onde a análise e a decisão quanto à habilitação dos licitantes e classificação das propostas estão diluídas no tempo – sendo, por isso, muito marcante na Lei 8666 as chamadas fases do procedimento licitatório (edital, habilitação, julgamento, adjudicação e homologação) -, no pregão o julgamento das propostas e a análise dos documentos de habilitação estão concentrados na sessão pública, o que reduz consideravelmente o tempo entre a publicação do edital e a escolha do particular a ser contratado.

As fases estanques do procedimento licitatório da Lei 8.666 aparecem concentradas e diluídas no pregão, além de estarem invertidos o julgamento e a habilitação. (MONTEIRO, 2010, p. 135)¹⁹

(ii) restrição do objeto a bens e serviços comuns, independente do preço. Conforme determina o seu artigo inaugural, para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão. Em seu parágrafo único estipula que bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado; Esse objeto representa a maior parte do orçamento público despendido com compras e contratação de serviços;

Atualmente a Súmula 257 - TCU permite o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002. A contratação de serviços comuns de engenharia que possam ser objetivamente definidos em edital, aí incluídos os relativos à conservação de rodovia, deve se dar por meio de pregão.

(ii) Deslocamento da habilitação para depois de finalizada a concorrência, pois restringe-se apenas aos documentos do licitante que apresentou a melhor proposta. Este aspecto, aparentemente simples, fez uma grande diferença, pois nas modalidades da Lei 8666 a habilitação é feita no início da fase externa, gerando a análise dos documentos de todos os concorrentes, o que exige um grande tempo e possibilidade uma série de recursos e de intervenções judiciais. Para participar do certame basta declaração dando ciência de que cumpre plenamente os requisitos de habilitação.

19 MONTEIRO. V. **Licitação na modalidade de pregão**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

A grande vantagem do sistema de pregão é que, diversamente do que ocorre na Lei nº 8.666/1993, *só haverá a necessidade de examinar os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor*. Com isso, resta simplificado, sem qualquer dúvida, o procedimento de verificação desses documentos, sendo forçoso reconhecer que tal exame é trabalhoso e demorado se for feito em relação a todos os participantes da licitação. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 319)²⁰

O envelope com os documentos exigidos em edital para a habilitação deverão ser entregues apenas no momento que for definida a proposta vencedora, ainda na sessão pública, podendo ser vista por todos os licitantes.

(iv) a possibilidade de recurso ocorre apenas ao final da fase competitiva, quando declarado o vencedor e por um exíguo prazo de três dias. Assim como no item anterior, este fator gera uma grande economia de tempo, diferentemente do formato estipulado na Lei 8666, que pode ocorrer em qualquer etapa do certame.

Conforme art. 4º, XVIII, da Lei 10520 e o Decreto Nº 3.555/2000 que estabeleceu o Regulamento para a modalidade de licitação denominada Pregão, em seu art. 11, XVII, a manifestação da intenção de interpor recurso será feita no final da sessão, com registro em ata da síntese das suas razões, podendo os interessados juntar memoriais no prazo de três dias úteis.

(v) a condução e o poder decisório é apenas do pregoeiro. A equipe de apoio presta assistência necessária ao pregoeiro, não participando de ato decisório. Diferentemente é o caso dos membros de Comissão de Licitação, os quais decidem em conjunto e, por isso mesmo, são responsáveis juntamente com o Presidente da Comissão (art. 51, § 3º, da Lei 8.666/1993). Acórdão 10.041/2015 – 2ª Câmara. A singularidade das decisões também contribui para a agilidade do certame, que devem ser respondidas de plano pelo pregoeiro. Carvalho Filho destaca a importância dessa alteração.

O ponto diferencial que se configura como novidade é a designação, pela autoridade competente, da figura do *pregoeiro*, a quem incumbe dirigir todos os trabalhos,

²⁰ *Ibd.*, p. 19.

inclusive receber as propostas e lances, analisar sua aceitabilidade e classificação e, ainda, decidir sobre a habilitação e proceder à adjudicação do objeto do pregão ao licitante vencedor. (CARVALHO, 2014, p. 313)²¹

(vi) extrema objetividade no julgamento das propostas, pois para ser declarado vencedor o licitante deverá: (a) ter apresentado proposta compatível com o edital; (b) ter oferecido o menor preço; (c) ter sido considerado pelo pregoeiro como autor de preço aceitável; (d) ter sido devidamente habilitado. Ainda que este elemento seja pedra angular na crítica ao pregão, o que será tratado mais a frente, neste momento destaca-se a simplicidade e a objetividade para o estabelecimento da proposta vencedora.

Todas as propostas que participaram da sessão de lances devem ser ordenadas e classificadas com base no preço final ofertado, sendo que estará em primeiro lugar a que representar a oferta de menor valor para o objeto licitado.

(vii) incorporação tecnológica, representada pelo Pregão eletrônico, representa um elemento de grande agilidade, além de ampliar significativamente a publicização, a concorrência, a impessoalidade e a transparência do certame, além da participação dos concorrentes poder se dar em qualquer localidade do mundo.

A Lei 10520 em seu art. 2º, § 1º, estabelece que poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica. Enquanto que para a União, o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005 regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e ainda estabelece em seu art. 4º que nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo **preferencial** a utilização da sua forma eletrônica, mas em seu §1º estabelece que o pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

²¹ Ibid., p. 19.

(viii) Vedação expressa, art. 5º da Lei 10520, a exigência de: I - garantia de proposta; II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso, o que amplia a participação e desburocratiza o certame.

DIREITO ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

PREGÃO. LEIS NºS 8.666/93 E 10.520/02. CUMULAÇÃO DE EXIGÊNCIAS. IMPOSSIBILIDADE (ARTIGO 31, § 2º DA LEI DE LICITAÇÕES).

I - À licitação modalidade pregão, aplicam-se, subsidiariamente, disposições da Lei nº 8.666/93.

II - O artigo 31, § 2º da Lei de Licitações determina que a Administração eleja um dos três requisitos, na fase de habilitação, em termos de exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, para depois estabelecer que tal requisito também será suficiente a título de garantia ao contrato a ser posteriormente celebrado.

III - Ao cumular dois requisitos, um na fase de habilitação, outro na fase do contrato, a Administração culminou por afrontar o supracitado dispositivo da Lei nº 8.666/93, deixando ainda de observar o disposto no artigo 5º, I da Lei nº 10.520/02, devendo ser garantida à empresa recorrente, a não exigência da garantia na fase do contrato.

IV- Recurso parcialmente provido.

Tais vedações ampliam a participação de interessados no pregão, sendo importante instrumento de incentivo à ampliação dos licitantes.

(ix) Adjudicação antes da homologação não havendo recurso apresentado, poderá o próprio pregoeiro adjudicar o objeto da licitação ao vencedor. Tal prática, inclusive nos Editais do TCU, indubitavelmente representa economia dos atos processuais e mais agilidade nos momentos finais do certame, pois à autoridade competente, posteriormente, restará apenas a homologação. No Edital do Pregão Eletrônico nº 015/2018, objeto contratação de serviço continuado de vigilância armada para a SECEX-SC, fica assim definido:

SEÇÃO XV – DA ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO

49. O objeto deste Pregão será adjudicado pelo Pregoeiro, salvo quando houver recurso, hipótese em que a adjudicação caberá à autoridade competente para homologação.

50. A homologação deste Pregão compete ao Secretário-Geral de Administração do Tribunal de Contas da União.

51. O objeto deste Pregão será adjudicado globalmente à licitante vencedora.

Diante destas características, o pregão reforçou a ideia de tratar-se de uma modalidade que vai ao encontro dos princípios constitucionais da administração pública da impessoalidade, da moralidade, da probidade, do julgamento objetivo, da competitividade e da indistinção, haja vista tratar-se de um certame com ampla participação, de formato simplificado, de objeto restrito e comum, com exigências bastante restritas, que foram potencializadas pelo elemento tecnológico que supostamente reforçaria sua objetividade e transparência.

Modalidade que comparada com as demais, em especial com a concorrência, representaria avanços inigualáveis.

CAPÍTULO 3

3.1 – A indefinição jurídica do objeto do Pregão

O primeiro aspecto questionável é o objeto do Pregão, *bens e serviços comuns*, conceito jurídico indeterminado, que conforme descreve a Lei do Pregão em seu artigo 1º, parágrafo único, consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Para Carvalho Filho (2014), a definição legal sobre o que são bens e serviços comuns está longe de ser precisa, haja vista que as expressões nela contidas são plurissignificativas. Diante desta definição pouco precisa, os Decretos que ao longo dos anos regulamentaram o conceito também pouco colaboraram neste esclarecimento.

Inicialmente o Dec. Fed. n. 3.555 regulamentou o conceito, descrevendo como “bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser concisa e objetivamente definidos no objeto do edital, em perfeita conformidade com as especificações usuais praticadas no mercado, de acordo com o disposto no Anexo II”²². Após diversas alterações o texto atual manteve a ideia de objeto que possam ser definidos objetivamente em edital com especificações usuais de mercado.

Para Marçal Justen Filho (2009) um bem ou serviço comum

qualifica-se por uma espécie de *fungibilidade*. Utiliza-se o vocábulo num sentido próximo ao conhecido no Direito Civil. O art. 85 do Código Civil (Lei n. 10.406) dispõe que se consideram fungíveis os bens móveis que podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. [...] Sob um certo ângulo, pode-se

²² Teve sua redação alterada através do Dec. Fed. n. 3.693. Posteriormente, a relação de bens e serviços comuns, contemplada no Anexo II do Dec. Fed. n. 3.555, foi substituída pela lista veiculada no Dec. Fed. n. 3.784 e, por fim o Anexo II foi revogado pelo Dec. Fed. n. 7.174 de maio de 2010.

considerar, portanto, que o bem ou serviço comum caracteriza-se como um bem fungível. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 42)²³

Para Vera Monteiro (2010) bens e serviços comuns, para fins da licitação da modalidade de pregão, são, então,

todos aqueles que possam ser contratados por meio de um critério objetivo de julgamento: o que foi escolhido pela lei é o critério do menor preço ofertado. Portanto, sendo a licitação do tipo *menor preço*, deve ser aplicado o pregão.

[...] A clara e exhaustiva definição do objeto do certame quando da confecção do instrumento convocatório é a *condição necessária para a comparação objetiva entre as propostas no pregão*. Quando a administração define todas as características do objeto esperado, exaustivamente, ela terá a tranquilidade de, por meio de pregão, e diante das propostas que lhe sejam apresentadas, encontrar exatamente aquilo que necessita, contratado com o proponente do menor preço. **Isto porque se a licitação de menor preço não lograr êxito em proporcionar a aquisição de bem ou serviço de boa qualidade para a Administração certamente o problema reside nas especificações técnicas do edital, que não foram suficientes para determinação do objeto, ou na deficiente comprovação de qualificação técnica do licitante.** (MONTEIRO, 2010, p. 90, grifos nossos)²⁴

Atendendo aos critérios da Lei ou ainda doutrinário, convencionou-se incluir uma série de serviços, que conforme Carvalho Filho (2014), são de variadíssima natureza, incluindo-se, entre outros, os de apoio administrativo, hospitalares, conservação e limpeza, vigilância, transporte, eventos, assinatura de periódicos, serviços gráficos, informática, hotelaria, atividades auxiliares (motorista, garçom, ascensorista, copeiro, mensageiro, secretaria, telefonista, etc.) que constavam do Anexo II. O que esteve ausente de todas as avaliações e definições doutrinárias e jurisprudencial foi o entendimento das implicações humanas e sociais, a complexidade de se manter regularizado todos os compromissos com a contratação de mão-de-obra adimplidas, e assim serviços foi colocado no mesmo patamar de bens comuns.

23 JUSTEN FILHO, M. **Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

24 Ibid., p. 21.

Resta pouco questionado a implicância dos valores constitucionais sensíveis dos direitos da pessoa humana e do interesse público.

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2001, p. 193)²⁵

Ainda que o serviço executado como copeiro, recepcionistas, motoristas, jardineiro, mensageiro e outros não exijam maior especialização profissional. Porém, incluir serviços como vigilância armada, apoio à atividade de informática, assistência médica, hospitalar e odontológica, parece pouco prudente à contratação através de Pregão sem maiores exigências quanto à qualificação técnica e econômico-financeira.

Tais contratações envolvem um grande leque de responsabilidades trabalhistas e fiscais, em muitas ocasiões difíceis de serem dimensionadas, a exemplo de indenizações com acidentes de trabalho, e outras decorrentes de casos fortuitos e força maior. Os Cadernos de Logística do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que servem de orientação aos órgãos licitantes demonstra a complexidade da “metodologia de cálculo da composição dos valores referenciais” na prestação de serviços contínuos e comprovam as afirmações aqui feitas, que a contratação de mão-de-obra não se trata de algo corriqueiro e desprovido de complexidade²⁶.

Diferentemente do que representa a compra de bens comuns, que se encerra com a entrega dos produtos licitados, respeitado os critérios de qualidade mínima, não exige as mesmas cautelas e preocupações exigidas na prestação de serviços.

25 MORAES, A. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001

26 Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. **Caderno de Logística. Prestação de serviços de vigilância patrimonial**. Brasília: SITi, 2014. Disponível em: https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/servicos_vigilancia.pdf. Acessado em 12 mai 2018

Para além dos questionamentos jurídicos, de tratar como comum o que é complexo, não é possível fugir do questionamento sociológico, pois demonstra uma prática que descola a administração pública de qualquer compromisso social e jurídico com os trabalhadores envolvidos na prestação de serviços, usurpando os benefícios da exploração da mão-de-obra dos empregados das empresas terceirizadas sem a devida retribuição garantida no atual ordenamento jurídico. Claro indício que a ideologia neoliberal de precarização e mercantilização da mão-de-obra foi plenamente absorvida pela administração pública, e o Pregão trata-se de um importante instrumento de realização dessa proposta de sociedade e de Estado.

Cabe ainda destacar que os prováveis prejuízos com a utilização do Pregão demonstram que o conceito “comum” trata-se de uma forma perfunctória, rasa, de avaliar o cabimento da contratação pela modalidade Pregão, em vista do interesse público envolvido, dos possíveis prejuízos advindos com a interrupção da prestação dos serviços licitados, que em alguns casos podem ocasionar a interrupção das atividades públicas.

É possível elevar o risco ao qual fica exposto a administração pública em nome da redução de custos. Com inteira razão, está Justen Filho quando defende que o conceito de interesse público envolve uma questão ética e não técnica.

O interesse público é a expressão dos valores indisponíveis e inarredáveis assegurados pela Constituição, sob o signo inarredável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional). Não se deve, pois, buscar o interesse público (singular), mas os interesses públicos consagrados no texto constitucional, que inclusive podem se apresentar conflitantes na conformação do caso concreto, o que exige necessariamente uma ponderação de valores, a fim que resolver o conflito entre princípios no problema prático.(JUSTEN FILHO, 2005, p. 43-44).²⁷

Robert Alexy (2017) em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* afirma que diante do conflito, um dos institutos mais significativos para a ponderação dos princípios é o princípio da proporcionalidade. É este instituto que configura uma maior otimização na aplicação dos

27 Ibid. p. 27.

princípios, na medida em que a proporcionalidade é composta por três subprincípios que possibilitam esta árdua tarefa. Os subprincípios da proporcionalidade são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação confere avaliação se o meio empregado vai alcançar o objetivo. A necessidade ocorre na avaliação da existência de outro meio que alcance o mesmo fim, mas que seja menos gravoso. Já a proporcionalidade em sentido estrito pode ser configurada quando se analisam as vantagens e desvantagens da aplicação de determinada conduta.

Para este caso concreto, onde conflitam os princípios da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho colidindo com o princípio da eficiência, percebe-se proporcional não fazer a escolha do tudo ou nada, mas ponderar uma escala de prioridades, onde a dignidade humana e os valores sociais estão em patamar de maior relevo do que o princípio da eficiência, e onde este deve-se realizar na medida em que possibilita a realização daqueles. É possível defender a dignidade humana e os valores sociais do trabalho em detrimento da eficiência? Ao que parece sim, enquanto que o inverso parece descabido. Feita estas ponderações que não elimina princípios, o interesse público, que é a finalidade precípua dos princípios em análise, torna-se realizável.

3.2 As exigências para habilitação

A Lei 10520, art. 4º, XIII e XIV, estabelece as exigências devidas para a habilitação da proposta vencedora e que devem constar do Edital do certame, que tratam da regularidade da sociedade empresária, da habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira.

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes; (BRASIL, 2002)²⁸

28 Ibid., p. 16.

Sendo as qualificações técnica e econômico-financeira que mais podem gerar segurança para a Administração Pública e motivos de impugnação para os interessados. O tema também está regulado nos arts. 30 e 31 da Lei 8666, onde também estão estabelecidas restrições à prerrogativa da Administração Pública de exigir garantias aos licitantes para a fase de homologação.

É extensa a jurisprudência acerca do tema, em geral com recomendações que as exigências editalícias das qualificações não devem restringir a participação no certame e estarem devidamente justificadas, evitando cartelizar a disputa entre os poucos que eventualmente cumpram rigorosas e extensas exigências, conforme pode-se avaliar dos enunciados de súmula e de precedentes dos Acórdão de Súmula do TCU.

SÚMULA 272 – TCU

No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

SÚMULA Nº 274 - TCU

É vedada a exigência de prévia inscrição no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf para efeito de habilitação em licitação.

SÚMULA 275 – TCU

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

ADMINISTRATIVO. PROJETO DE SÚMULA. EXIGÊNCIA DE ÍNDICES CONTÁBEIS EM LICITAÇÕES PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONDIÇÕES. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA PROPOSIÇÃO. APROVAÇÃO COM ALTERAÇÕES NA REDAÇÃO.

Converte-se em súmula o entendimento, pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União, de que a exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.

Trago à deliberação deste Colegiado anteprojeto de súmula originalmente apresentado com o seguinte enunciado:

“A exigência de índices contábeis de liquidez deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender à complexidade da obra ou serviço, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.”

2. Como relatado, o anteprojeto atende aos requisitos formais do Regimento da Comissão de Jurisprudência, aprovado pela Portaria TCU 01/1996, tendo a sua apreciação no âmbito da referida comissão seguido os trâmites regimentais.

3. O Ministro-Substituto André Luís de Carvalho apresentou sugestão de alteração do texto original, para que fique com os seguintes termos (acréscimos sugeridos em destaque):

“A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, em especial, de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender à complexidade da compra, obra ou serviço, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade”.

4. Conforme bem delineado nas justificativas para a alteração proposta, os índices contábeis que podem ser exigidos na licitação dizem respeito à demonstração da capacidade financeira do licitante frente às obrigações que terá de assumir, caso lhe seja adjudicado o contrato, de acordo o art. 31, § 1º, da Lei 8.666/1993. E, conquanto os índices de liquidez sejam considerados na boa doutrina contábil como os de excelência a tal fim, não há óbices à exigência de outros indicadores, desde que pertinentes à garantia do cumprimento das obrigações resultantes da licitação (v. Acórdão 2.495/2010-Plenário) e observada a vedação ao uso de índices de rentabilidade e de indicador de faturamento prevista no mencionado dispositivo da Lei 8.666/1993 (§ 1º do art. 31).

5. Assim, consoante afirmado na fundamentação trazida, para que se possa avaliar se o Administrador, ao definir os critérios de habilitação, posicionou-se “na linha divisória entre a garantia de que o contrato vai ser cumprido e a restrição ao caráter competitivo do certame licitatório”, convém deixar claro que a exigência de qualquer índice no ato convocatório, e não apenas os de liquidez, com vistas à apuração da qualificação financeira do licitante, deve estar fundamentada no processo de licitação.

6. Não obstante, considero que, no contexto do enunciado, o uso da expressão “em especial, de liquidez”, cujo evidente propósito é o de destacar a importância desses índices como demonstrativos da aptidão do licitante para honrar seus compromissos, pode dar margem a outro entendimento, no sentido de que a apresentação de justificativa para a exigência de tais índices seria ainda mais necessária e relevante que para os demais. Portanto, preventivamente, de modo a se evitar essa possível interpretação, sugiro pequeno ajuste no texto, conforme a seguir, mantendo a referência expressa aos índices de liquidez, que são os mais utilizados nas licitações para fins de demonstração da capacidade financeira do participante:

“A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender à complexidade da compra, obra ou serviço, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade”.

7. Uma outra alteração que proponho refere-se à parte do enunciado que diz que os índices contábeis exigidos devem “atender à complexidade da compra, obra ou serviço” (redação que já incorpora a sugestão apresentada pelo Ministro André Luís) e tem a ver com o fato de a complexidade do objeto licitado, com efeito, ser apenas um dos aspectos da contratação a ser considerado no uso dos índices de capacidade financeira.

8. Lembro aqui do Acórdão 1.214/2013-Plenário, que traz análise percuente sobre possíveis melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal, em que foi destacada a conveniência, na avaliação da capacidade econômico-financeira dos licitantes, da utilização de parâmetros relacionados ao porte da empresa e a materialidade do contrato, entre outros, em complemento aos índices contábeis obtidos pelo método dos quocientes.

9. Menciona-se ali, ainda, que algumas contratações, pela própria natureza de seu objeto, podem demandar maiores aportes iniciais de recursos e índices de liquidez mais elevados que outras, tendo sido dado como exemplo o fornecimento de serviços terceirizados, que requer disponibilidade financeira de curto prazo para a sua boa consecução, em contraposição ao fornecimento de bens permanentes e de consumo, que demandam índices de liquidez e cautelas certamente menores.

10. Há também o voto condutor do Acórdão 268/2003-Plenário, em que o Emérito Ministro Marcos Vinícios Vilaça falava da pertinência de que os índices fossem condizentes com as peculiaridades da obra e a realidade do mercado. Por sinal, é comum a utilização do valor médio de indicadores (nível de endividamento ou outro) de empresas de um determinado ramo de negócios como parâmetro das exigências formuladas nos editais.

11. Tudo isso para mostrar que, mais que “à complexidade da compra, obra ou serviço”, as exigências para os índices contábeis de capacidade financeira devem atender “às características do objeto licitado”, expressão mais genérica que abarca os fatores diversos de uma contratação, como complexidade, natureza, materialidade, entre vários outros, tornando o verbete mais abrangente e consonante com a jurisprudência do Tribunal.

12. Aqui, anoto que a inclusão das compras no enunciado, por sugestão do Ministro André Luis, faz mais evidente a propriedade de se usar a expressão “objeto licitado”, porquanto o fato de se estar comprando um produto ou contratando a prestação de serviços ou a realização de obras constitui, por si só, uma especificidade da contratação, que influencia na definição da capacidade financeira a ser demandada na licitação, conforme já se falou acerca das menores precauções requeridas na aquisição de bens permanentes e de consumo em relação à obtenção de serviços.

(TCU 014.542/2009-3, RELATOR: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO, Data de Julgamento: 24/02/2016)

No entanto, nesse aspecto caminha-se sobre uma tênue fronteira entre a preservação da competitividade e a preservação do interesse público afastando sociedades empresárias sem condições de executar a prestação de serviço conforme esperado e exigido.

Cabe destacar que a prática do Pregão gerou a crítica situação da constituição de sociedades empresárias formadas para fraudar os certames licitatórios. Em vista de serem sociedades recém-formadas as mesmas estão em condições de apresentarem certidões negativas e com pouco esforço de apresentarem as devidas qualificações técnica e econômico-financeiro, a partir da prestação de serviço em outras licitações lenientes com as qualificações. Como forma de analisar o lastro técnico e econômico-financeiro, colaciona-se editais do Estado e do Município do Rio de Janeiro.

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO IPLANRIO N.º 0824/2015

1.01 A Empresa Municipal de Informática S/A - IPLANRIO, torna público que fará realizar licitação, sob a modalidade de PREGÃO ELETRÔNICO, do tipo MENOR PREÇO, sob regime de execução indireta, empreitada por preço Global, para CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, HIGIENE, CONSERVAÇÃO E DESINFECÇÃO, COM FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS E MATERIAIS NECESSÁRIOS PARA IPLANRIO, devidamente descritos, caracterizados e especificados no Termo de Referência, parte integrante deste Edital de Pregão Eletrônico.

[...]

5. RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

5.01 Os recursos necessários à contratação para prestação dos serviços ora licitados correrão à conta da seguinte dotação orçamentária:

[...]

5.02 O demonstrativo contendo a estimativa prevista encontra-se no Quadro Estimativo de Valores da Licitação (ANEXO VII do Edital), totalizando a importância estimada de R\$ 169.645,20 (cento e sessenta e nove mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e vinte centavos).

[...]

(A) - DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À HABILITAÇÃO JURÍDICA

(A.1) - Registro Comercial, no caso de empresário individual.

(A.2) – Ato Constitutivo em vigor (contrato social ou estatuto, conforme o caso), devidamente registrado, em se tratando de sociedades empresárias ou empresa individual de responsabilidade limitada e, no caso de sociedade por ações, acompanhados de documentos de eleição de seus administradores.

(A.3) - Inscrição do Ato Constitutivo, no caso de Sociedade Simples, acompanhada da prova da composição da diretoria em exercício.

(A.4) - Decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

(A.5) - Na hipótese de existir alteração nos documentos citados em (A.2) e (A.3), posteriormente à constituição da firma ou sociedade, os referidos documentos deverão ser apresentados de forma consolidada, contendo todas as cláusulas em vigor.

(B) DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(B.1) Comprovação de aptidão da licitante (pessoa jurídica) para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, mediante a apresentação de certidão(ões) ou atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

(B.2) Comprovação, feita através da apresentação, em original, do ATESTADO DE VISITA (Anexo VIII do Edital) fornecido e assinado por servidor do órgão fiscalizador, ou declaração da licitante de que o responsável Técnico, ou empregado da licitante com habilitação técnica e devidamente indicado para tal fim, visitou o local da prestação do serviço, na data de __/__/____ às _____ horas, e tomou conhecimento das condições para execução do objeto desta licitação, quando for o caso.

(C) - DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICOFINANCEIRA

(C.1) - Comprovação de ser dotada de capital social devidamente integralizado ou de patrimônio líquido igual ou superior a 5% (cinco por cento) do valor estimado para a contratação. A comprovação será obrigatoriamente feita pelo Ato Constitutivo, Estatuto ou Contrato Social em vigor e devidamente registrado ou pelo balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, conforme disposto no artigo 31, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93.

(C.2) - Balanço patrimonial e demonstrações do resultado do último exercício, já exigíveis e apresentados na forma da lei, conforme disposto no artigo 31, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, devendo apresentar neste balanço Índice de Liquidez Geral (ILG) igual ou maior do que 0,5 % (zero virgula cinco). Será considerado como Índice de Liquidez Geral o quociente da soma do Ativo Circulante com o Realizável a Longo Prazo pela soma do Passivo circulante com o Exigível a Longo Prazo.

ATIVO CIRCULANTE + REALIZÁVEL A LONGO PRAZO

ILG = -----

PASSIVO CIRCULANTE + EXIGÍVEL A LONGO PRAZO

(C.3) - Certidões negativas de Recuperação Judicial/Extrajudicial ou Falência expedidas pelo Distribuidor da sede da licitante, nos seguintes termos:

a)- Para as licitantes sediadas na Cidade do Rio de Janeiro, a prova será feita mediante apresentação de certidões dos 1º, 2º, 3º e 4º Ofícios de Registro de Distribuição e pelos 1º e 2º Ofícios de Interdições e Tutelas.

b)- As licitantes sediadas em outras comarcas do Estado do Rio de Janeiro ou em outros Estados deverão apresentar, juntamente com as certidões negativas exigidas, declaração passada pelo foro de sua sede, indicando quais os Cartórios ou Ofícios de Registros que controlam a distribuição de falências e concordatas.

c)- Não serão aceitas certidões com validade expirada ou passadas com mais de 90 (noventa) dias contados da efetiva pesquisa do Cartório em relação à data da realização do Pregão.

(D) - DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À REGULARIDADE FISCAL

(D.1) - Prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ).

(D.2) - Prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede da licitante, pertinente ao objeto deste Pregão.

(D.3) - Prova de Regularidade com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal mediante a apresentação dos seguintes documentos:

(D.3.a) - Certidão de Regularidade com o Imposto de Renda e PIS da empresa - (Certidão da Receita Federal);

(D.3.b) - Prova de Regularidade do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e do Imposto Sobre Serviços (ISS), de acordo com o objeto social da firma e referido, ao Estado e ao Município de domicílio da licitante;

(D.3.c) - Certidão de Regularidade Fiscal Imobiliária (IPTU) do Município sede da licitante, relativa ao imóvel onde se encontra instalada a sua sede.

(D.3.c.1) - No caso de a empresa, sediada no Município do Rio de Janeiro, não ser proprietária do imóvel sede deverá apresentar declaração própria, atestando não ser proprietária do imóvel onde se localiza sua sede, além de Certidões do 5º e 6º Distribuidores.

(D.3.c.2) - As empresas sediadas em outros municípios deverão apresentar Certidão de Regularidade da Secretaria de Fazenda de sua sede ou órgão equivalente.

(D.3.c.3) – No caso de empresa com sede, filial ou escritório no Município do Rio de Janeiro, fica obrigada a comprovar sua regularidade fiscal com este Município mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - Certidão de Regularidade do Imposto Sobre Serviços - ISS,

II – Certidão de Regularidade Fiscal Imobiliária - IPTU. A licitante será dispensada da apresentação de certidão de regularidade com o IPTU se não for proprietária do imóvel onde funcione sua sede, filial ou escritório. No entanto deverá apresentar declaração própria, atestando não ser proprietária do respectivo imóvel, bem como deverá apresentar, em conjunto com a declaração, certidões do 5º e 6º distribuidores.

III – Certidão da Dívida Ativa do Município do Rio de Janeiro.

(D.4) – Certidão Conjunta Negativa ou Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União.

(D.5) - Prova de Regularidade relativa à Seguridade Social (CND) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (CRF).

(E) DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À REGULARIDADE TRABALHISTA.

(E.1) - Certidão Negativa de Ilícitos Trabalhistas praticados em face de trabalhadores menores, em obediência à Lei nº 9.854/99, que deverá ser emitida junto à Delegacia Regional do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro, conforme disposto no art. 2º do Decreto nº 18.345 de 01.02.2000, ou Declaração firmada pela licitante, na forma prevista no Anexo do Decreto nº 23.445, de 25.09.03, de que não emprega menor de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e de que não emprega menor de dezesseis anos, sob as penas da lei. Para as licitantes sediadas fora do Estado do Rio de Janeiro, a certidão deverá ser emitida pelo órgão competente no Estado onde a firma tem sua sede.

(E.2) - Declaração de Atendimento ao Decreto Municipal “N” n.º 19.381, de 01.01.2001, nos termos do Anexo VI.

(E.3) – Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), emitida na forma da Lei 12.440, de 07.07.11, pela Justiça do Trabalho.

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 001 / 2017

[...]

2 - DO OBJETO E DO PRAZO DE ENTREGA

2.1 – O objeto do presente Pregão Eletrônico é a prestação de serviços especializados de limpeza, conservação e higienização, com fornecimento de material de consumo e equipamentos necessários à execução dos serviços, no regime de empreitada por preço global, por um período de 12 (doze) meses, para atendimento das necessidades do PRODORJ, nas condições estabelecidas no Termo de Referência – TR (Anexo I).
[...]

5 – DO TIPO DE LICITAÇÃO E DO VALOR MÁXIMO

5.1 - O presente Pregão Eletrônico reger-se-á pelo tipo MENOR PREÇO GLOBAL.

5.2 – O valor total máximo aceitável para esta contratação será de R\$ 396.034,32

[...]

12.2.3 - Qualificação Econômico-Financeira

12.2.3.1- Deverão ser apresentadas as Certidões Negativas de Falências e Recuperação Judicial expedida pelos distribuidores da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física. Se o licitante não for sediado na Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, as certidões deverão vir acompanhadas de declaração oficial da autoridade judiciária competente, relacionando os distribuidores que, na Comarca de sua sede, tenham atribuição para expedir Certidões Negativas de Falências e Recuperação Judicial, ou de execução patrimonial.

12.2.3.2 - As certidões comprobatórias do atendimento ao disposto no item 12.2.3.1, quando emitidas no Município do Rio de Janeiro, serão as dos 1º, 2º, 3º e 4º Ofícios do Registro de Distribuição.

b) Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, desde que já exigíveis e apresentados na forma da Lei, incluindo Termo de Abertura e Encerramento do livro contábil, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios.

c) Comprovação de ser dotado de patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

12.2.4 – Qualificação Técnica

12.2.4.1 - Para fins de comprovação da qualificação técnica, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

a) Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características com o objeto da licitação. A referida aptidão será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

12.2.4.2 – Caso o licitante se enquadre como Microempresa ou Empresas de Pequeno Porte deverá apresentar declaração (Anexo IV) de que cumprem os requisitos previstos na Lei Complementar nº. 123, de 14.12.2006, em especial quanto ao seu art. 3º.

Quanto à manifestação do TCU a respeito da capacidades técnica-operacional e técnica-profissional, embora a Lei 8.666 não trate expressamente do termo capacidade

técnico-operacional, como o fez para a capacidade técnico-profissional, o conceito está contemplado o II do art. 30 e diz respeito ao próprio licitante. Nesse caso, pode-se exigir comprovação de qualificação técnico-operacional mediante a apresentação de atestados, consoante interpretação do § 3º do artigo 30. Esses atestados destinam-se a demonstrar que a empresa possui aptidão para a realização daquele trabalho, haja vista já ter executado algo similar.

ADMINISTRATIVO. PROJETO DE SÚMULA. COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL DE LICITANTES. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE PROVA DA EXECUÇÃO DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS EM OBRAS OU SERVIÇOS COM CARACTERÍSTICAS SEMELHANTES. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA PROPOSTA. APROVAÇÃO.

Converte-se em súmula o entendimento, pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União, no sentido de que, para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Conforme mencionado no relatório precedente, trago à deliberação deste Colegiado mais um anteprojeto de súmula originado dos trabalhos do grupo constituído pela Portaria-TCU nº 153/2009, com a finalidade de atualizar a base de súmulas de jurisprudência do Tribunal, por meio de apresentação de anteprojetos de revogação, revisão e edição de súmulas.

2. O Anteprojeto de Súmula nº 7/2009, ora em apreciação, contém a seguinte redação:

“Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos de obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

3. Preliminarmente, registro que o anteprojeto atende os requisitos formais definidos pelo art. 6º da Portaria-CJU nº 1/1996, consoante bem sintetizado pelo Ministro Aroldo Cedraz, relator da matéria no âmbito da Comissão de Jurisprudência:

“6.1. os julgados sobre a matéria têm sido reiterados e uniformes, como mostram os acórdãos do Plenário 165/2009, 1.908/2008, 1.417/2008, 597/2008, 2.640/2007, 1.771/2007, 1.891/2006 e 657/2004, o acórdão da 1ª Câmara 1.617/2007 e o acórdão 649/2006 da 2ª Câmara;

6.2. há mais de três precedentes sobre o assunto, como visto acima;

6.3. os relatores dos precedentes são distintos;

6.4. o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e o art. 30 da Lei 8.666/1993, dispositivos que embasaram as deliberações desta Corte e a proposta apresentada pela Dijur, permanecem em vigor;

6.5. a tese expressa no enunciado sugerido não está literalmente contida em qualquer norma legal, regimental ou regulamentar deste Tribunal;

6.6. há precedentes de todos os Colegiados desta Casa.”

4. Relativamente à conveniência e à oportunidade de sua aprovação, acompanho os pareceres emitidos nos autos, uma vez que restou demonstrado que se trata de questão relevante e pacificada neste Tribunal e que a súmula a ser editada servirá de orientação aos gestores públicos e auditores desta Casa, assim como ao público em geral, a respeito da melhor interpretação a ser dada aos ditames do art. 30 da Lei nº 8.666/1993.

5. No que diz respeito à redação da súmula, observo que as sugestões apresentadas pelo Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa tiveram por finalidade “harmonizar o texto da Súmula com o da Lei Geral de Licitações e Contratos e destacar a obrigação imposta por lei à Administração de identificar as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo do objeto no instrumento convocatório, à guisa motivada”.

6. De fato, o § 2º do art. 30 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo do objeto da licitação devem ser definidas no instrumento convocatório. Além disso, é relevante a preocupação demonstrada pelo Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa em se observar o princípio da motivação, em razão da obrigatoriedade de a Administração Pública justificar em qualquer tipo de decisão os seus fundamentos de fato e de direito e de a formalidade ser necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos.

7. Todavia, embora haja deliberações que suportem a modificação sugerida, como a mencionada por Sua Excelência (Acórdão nº 697/2006 – Plenário), a jurisprudência predominante do Tribunal não faz menção explícita à maior relevância técnica das parcelas do objeto da licitação e admite, por vezes, que a justificativa para a definição das parcelas seja apresentada no respectivo processo administrativo (vide, por exemplo, o Acórdão nº 1.617/2007 – 1ª Câmara e os Acórdãos nºs 657/2004, 1.891/2006, 2.640/2007 e 165/2009, todos do Plenário).

8. Lembro, ainda, que uma das diretrizes básicas a serem observadas para formulação de anteprojetos de súmulas, de acordo com a mencionada Portaria-CJU nº 001/1996, refere-se a “não estar a tese literalmente contida em dispositivo legal, regimental ou em qualquer norma interna do Tribunal”.

9. Assim, em que pese a razoabilidade da justificção apresentada, entendo não ser conveniente proceder à alteraçção sugerida no texto da súmula, a não ser o pequeno ajuste indicado a seguir, o qual se mostra necessário a fim de que não haja dúvidas sobre a correta interpretação dada ao assunto por esta Corte, conforme sugestão efetuada em contato mantido por minha assessoria com a Secob-1:

“Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

Com essas considerações, e as escusas por não acatar a sugestão oferecida pelo eminente Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, VOTO por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

(TCU 008.451/2009-1, RELATOR: UBIRATAN AGUIAR, Data de Julgamento: 19/01/2011)

3.3 - A fase de lances e a regra dos 10%

Analisando as diferentes fases do certame, a fase inicial restringe-se a menor proposta e aquelas que ficaram na margem de 10%, o que deve garantir ao menos três licitantes, caso contrário, será completado esse número com as menores propostas. Após essa fase, inicia-se a disputa entre os licitantes que estão selecionados para a sessão de lances.

Tal dispositivo teve como justificativa estabelecer uma concorrência que se garantisse propostas que estivessem nos patamares do mercado, uma espécie de filtro para preços superfaturados. Porém, a prática demonstrou que empresas apresentam preços que afastam empresas com propostas mais adequadas ao mercado e desenvolveu-se estratégias, a exemplo, da escada, onde a empresa disputa o certame com outras do mesmo grupo econômico, apenas para garantir que haverá três empresas, haja vista que nesta fase basta uma declaração para participar do certame.

O objetivo do legislador ao criar a “regra dos 10%” foi induzir os interessados a se apresentarem no pregão com preços compatíveis com os de mercado. Foi uma tentativa de evitar acordos de preços que pudessem frustrar a busca pelo menor preço na sessão. A regra assim estabelecida pretendia dificultar a concretização de acordos contrários ao interesse público entre os participantes, na medida em que permite que um terceiro, alheio às combinações, apresente preço abaixo dos demais, alijando aqueles da etapa de lances verbais.

Em tese, a “regra dos 10%” é útil e contribui para a ampliação da competitividade no pregão. Ocorre que a prática tem indicado um caminho diverso. Sua utilidade é mesmo evidente quando, no caso concreto, a competitividade for baixa em razão de os potenciais interessados no pregão formarem um grupo pequeno de licitantes. Em situações assim, a “regra dos 10%” supre a baixa competitividade do mercado no qual a licitação está inserida. Por outro lado, se o número de licitantes interessados for alto e, por isso, a competitividade decorrer da própria estrutura desse mercado, a “regra dos 10%” tem-se mostrado inadequada, pois práticas anticompetitivas têm anulado os efeitos positivos da regra. Trata-se da indevida restrição da competição na sessão pública do pregão em razão de prática fraudulenta orquestrada por alguns participantes, que consiste na tentativa muitas vezes bem-sucedida, de impedir a realização de verdadeira competição entre os licitantes, ao simular supostos concorrentes para fazer número e atender à regra de que deve haver pelo menos três propostas de preços na “regra dos 10%”. Tal prática consiste em coordenar preços e a participação de empresas com vínculo societário entre si, ou com vínculo decorrente de representação comercial, exclusivamente para suprir o numerário exigido nas normas do pregão e evitar a real competição. (MONTEIRO, 2010, p. 159-160)²⁹

Diante dessa proposta de menor preço cumulada com a restrição do critério dos 10% e sessão de lances o Pregão afetou o mercado de prestação de serviços de tal forma que o mercado foi sendo capturado por empresas de baixo capital social, administrado por aventureiros, que oferecem serviços de péssima qualidade e geram alto risco para o interesse público. A administração pública tem motivado a depreciação do mercado de prestação de serviços, o que gera prejuízos aos empregados envolvidos, mas da mesma forma à administração pública, não apenas do ente que promove o Pregão como aos envolvidos indiretamente. Para tanto, analisemos a *sui generis* literatura surgida no âmbito do Estado para tentar coibir a prática fraudulenta das empresas envolvidas com essa modalidade licitatória. Os Procuradores da CONAP - Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública do MPT redigiram o “Manual de implementação do projeto terceirização sem calote”, em 2015 com 296 páginas, que em sua Apresentação define um quadro do resultado das licitações pela modalidade Pregão.

O projeto ‘Terceirização sem calote’ é um dos resultados do planejamento estratégico que vem sendo desenvolvido no âmbito do MPT e tem por finalidade assegurar a

29 Ibid., p. 21.

observância dos direitos dos trabalhadores que prestam serviços terceirizados aos entes públicos, nas três esferas de governo (municipal, estadual e federal), seja na administração direta ou indireta, a partir da adoção de medidas extrajudiciais e judiciais. Essas medidas poderão ter caráter preventivo, configurando-se em diretrizes para que administração pública realize procedimentos licitatórios que elejam empresas idôneas, bem como fiscalize o adimplemento dos encargos sociais e trabalhistas no curso dos contratos de prestação de serviços continuados; ou caráter repressivo, responsabilizando as empresas terceirizadas e seus sócios, bem como os entes públicos e seus dirigentes pela reparação dos danos, nos casos de violação dos referidos direitos.

O Projeto Terceirização sem calote se originou da necessidade de atuação do Ministério Público do Trabalho frente aos principais problemas detectados nos contratos de prestação de serviços continuados à Administração Pública, dentre os quais se destacam:

- a alta taxa de inadimplência de direitos trabalhistas por parte das empresas terceirizadas, principalmente quando se aproxima o fim do contrato celebrado entre a prestadora de serviços e o ente público;
- o alto índice de contratações emergenciais para assegurar a continuidade do serviço, ocasionando a dispensa de licitações;
- os inúmeros litígios trabalhistas na Justiça do Trabalho;
- as dificuldades de obtenção de valores e/ou bens na execução trabalhista;
- os prejuízos ao patrimônio público/erário, que muitas vezes tem que pagar obrigações trabalhistas, com responsáveis subsidiários. (BRASIL, 2015)³⁰

Bastante sintomático foi o esforço conjunto realizado pelo Grupo de Estudos de Contratação e Gestão de Contratos de Terceirização de Serviços Continuados na Administração Pública Federal que em 2010 gerou o “Relatório — Propostas de Melhoria” com a participação de servidores do Tribunal de Contas da União - TCU, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão — MP, da Advocacia-Geral da União, do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, com o objetivo de formular propostas de melhorias na contratação, gestão e término (rescisão ou fim de, vigência) dos contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal. Dentre as várias pérolas encontradas no relatório, uma das mais preciosas que demonstram bem o estado da arte do Pregão, está a constatação da quantidade de certidões e documentos exigidos das empresas vencedoras dos certames na

30 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Manual da CONAP. Terceirização sem calote**. Brasília, 2015. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/686dec36-9611-4893-b5b9-85f701cf8a83/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o+sem+Calote_WEB.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1B00K89D40AM2L613R2000-686dec36-9611-4893-b5b9-85f701cf8a83-IIh9VrG. Acessado em 09 jan. 2017.

execução dos contratos, o que inclui os documentos exigidos pela Lei 8666 e pela IN MP 02/2008, produzindo fatos inusitados,

25. Para que se tenha uma noção da dimensão das exigências formuladas pela Administração Pública, a empresa contratada pelo TCU para prestar serviços terceirizados de recepção (equivalente a 40 prestadores de serviço), entrega para análise, mensalmente, volume que ultrapassa 250 folhas, sendo necessárias centenas de cálculos para a conferência de valores.

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

Mais adiante o relatório chega a propor

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

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

33. No entanto, caso se entenda que a documentação relacionada na IN/SLTI/MP nº 02/2008 deve continuar sendo solicitada e examinada de forma exaustiva, **o Grupo de Estudos sugere que seja realizado estudo para viabilizar a "quarteirização" de serviços, mediante a contratação de empresa especializada na área contábil e administrativa, com a finalidade de prestar assistência à fiscalização, nos termos do art. 67, da Lei nº 8.666/93, dado o volume e a complexidade dos documentos e a incapacidade dos fiscais em realizar esse exame.** (BRASIL, 2010)³¹

31 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de trabalho do Grupo de estudos de contratação e gestão de contratos de terceirização de serviços continuados na administração pública federal do Tribunal de Contas da União - TCU, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão — MP, da Advocacia-Geral da União, do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal.** Brasília. 08 dez. 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuário/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/relatorio_do_grupo_de_estudos_pdf_%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuário/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/relatorio_do_grupo_de_estudos_pdf_%20(1).pdf). Acesso em 20 jan 2018.

Pelo relatório a proposta é transferir para a Receita Federal, a Caixa Econômica e para o Ministério do Trabalho a responsabilidade pela fiscalização. Quando seria necessário questionar porque empresas contratadas por licitação chegam a essa situação de insolvência financeira e de descumprimento das suas obrigações contratuais. A resposta a esse questionamento atravessa transversalmente os procedimentos licitatórios do Pregão, especialmente no tocante ao critério de julgamento da melhor proposta.

À Literatura exposta soma-se a Instrução Normativa MP 05/2017 que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que substitui a IN MP 02/2008. A IN MP 05/ 2017 possui uma estrutura de 138 páginas, 76 artigos, e Anexos (1 Definição, 9 Modelos, 9 Guias e 4 Diretrizes)

Se o Pregão tem reiteradamente representado prejuízo à Administração Pública e conseqüentemente à coletividade, por que não aprender com a história dos desastres ambientais, conforme preciosa lição de Carvalho Filho (2014), quando trata do Princípio da Precaução.

Esse postulado teve origem no âmbito do direito ambiental, efetivamente foro próprio para seu estudo e aprofundamento. Significa que, em caso de risco de danos graves e degradação ambientais, medidas preventivas devem ser adotadas de imediato, ainda que não haja certeza científica absoluta, fator este que não pode justificar eventual procrastinação das providências protetivas. Autorizada doutrina, a propósito, já deixou consignado que, **existindo dúvida sobre a possibilidade de dano, “a solução deve ser favorável ao ambiente e não ao lucro imediato”**. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 40)³²

Essa forma de realização da modalidade, iniciando os lances com os licitantes que apresentaram preços na margem de 10% do menor preço, é, a partir do entendimento desse esforço analítico, causa das conseqüências danosas geradas pela modalidade Pregão. O que gera a compreensão que os problemas são estruturais, ou seja, são intrínsecos ao procedimento licitatório, e ainda que mudanças assessórias sejam realizadas, haja vista os

32 Ibid., p. 19.

diversos procedimentos acrescentados pela IN 05/2017 do Ministério do Planejamento, isto não alterará o que efetivamente precisa ser alterado, não está na margem de discricionariedade do agente alterar qualquer dos procedimentos estipulados na Lei 10520.

3.4 - A inversão de fases da habilitação

A habilitação ao final do certame, também agudiza mais a leniência nesta etapa do certame, uma vez que o pregoeiro estará muito mais suscetível a relativizar e flexibilizar as exigências do Pregão e não utilizar critérios rigorosos para habilitação, uma vez que a recusa do menor preço pode criar um constrangimento diante da opinião pública e justificativas do Pregoeiro, além do temor de responder pela desclassificação do menor preço. Haja vista, grande receio dos agentes públicos com possíveis processos administrativos e criminais quando responsáveis por licitações, em especial neste momento de suspeita geral sobre a correção da administração pública na condução das licitações públicas. A regra é a desconfiança. Tal entendimento encontra acolhida na obra de Marçal Justen Filho (2009), para quem

A complexidade de um objeto contratual exige que a Administração adote precauções, destinadas a evitar a seleção de um particular destituído de condições de executar um objeto complexo, problemático, eivado de dificuldades. Assim, o pregão pode ser utilizado para a aquisição de água mineral – cujo fornecimento não pressupõe habilidades ou capacitações diferenciadas. No entanto, é um despropósito promover a inversão de fases para objetos altamente complexos. O resultado prático é a Administração tornar-se refém da proposta de menor valor, cuja exequibilidade costuma ser muito improvável, sendo constrangida a contratar com o licitante mais ousado e enfrentando posteriormente problemas de toda a ordem durante a execução do contrato. (JUSTEN FILHO, 2009, p.12)³³

Para Vera Monteiro (2010) o conhecimento das propostas retira a objetividade e a imparcialidade na avaliação dos documentos habilitatórios.

Não obstante a idéia da inversão das fases tenha sido recebida com elogios ao ser incorporada no pregão, muitos autores expuseram ressalvas à novidade. A principal delas seria a perda na transparência do procedimento, uma vez que o condutor da

33 Ibid., p. 27.

licitação tenderia a ser mais flexível na análise dos documentos habilitatórios do proponente que sabidamente apresenta oferta favorável à Administração Pública. Ou, de outra parte, mais rígido no caso de a proposta classificada em primeiro lugar consignar preço consideravelmente reduzido, tornando a proposta inexecutável. (MONTEIRO, 2010)³⁴

Fato de que se torna questionável a imparcialidade da análise dos documentos, pois neste momento será uma análise pressionada pelo resultado, além de quebrar a isonomia entre os participantes, uma vez que os demais não terão seus documentos avaliados, impedindo inclusive de avaliar se a participação de algum dos licitantes teve o objetivo de facilitar a vitória de outra proposta, uma vez que seus documentos não seriam exigidos.

O Ministério Público do Trabalho em sua publicação *Manual de implementação do projeto terceirização sem calote*, de 2015, adverte à Administração Pública, que no momento da seleção da melhor proposta e da análise dos documentos para homologação, quando se tratar de contrato de prestação de serviços continuados, o agente público deve estar orientado pela preservação dos princípios constitucionais referentes à proteção da dignidade humana e à valorização social do trabalho.

Portanto, é necessário que a Administração seja rigorosa na fase de habilitação, exigindo em edital que o licitante comprove efetivamente a sua capacidade financeira e técnica para arcar com os encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais durante todo o período do contrato. Ademais, é importante que seja analisada a quantidade de trabalhadores que irão realizar os serviços, a fim de obstar que a contratante empregue número insuficiente de pessoas, impondo-lhes sobrecarga de trabalho e as levando à exaustão.

Entretanto, a prática da contratação de serviços terceirizados pelo Poder Público, em expressiva parte dos casos, não tem observado esses pressupostos, ocasionando inúmeros problemas de natureza trabalhista, tais como o atraso no pagamento de salários, a não concessão de férias, a ausência de pagamento de verbas rescisórias, a falta de depósitos de valores relativos ao FGTS, jornada de trabalho excessiva, entre outros. (BRASIL, 2015, p. 27)³⁵

Neste assunto importante lembrar que a natureza jurídica da licitação, conforme Carvalho Filho (2014), é a de procedimento administrativo com fim seletivo, que constitui um conjunto

34 Ibid., p. 21.

35 Ibid., p. 42.

ordenado de documentos e atuações que servem de antecedentes e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la.

Justamente pelo fato de o procedimento ser constituído pela prática de vários atos e atividades, não somente de administradores públicos como também de administrados e terceiros, sua *formalização* se consuma, em geral, através de *processo administrativo*, este indicativo das relações jurídicas entre os participantes do procedimento, tendo, pois, verdadeira teleológica e valendo como instrumento para alcançar o objetivo final da Administração. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 152).³⁶

A licitação por sua vez, trata-se de uma atividade administrativa vinculada. Dispõe a lei sobre todos os elementos do ato a ser praticado pelo agente, devendo submeter-se por inteiro ao mandamento legal e tratando-se de licitação, ao edital. Diante destes princípios do direito administrativo, entra em cena o pregoeiro, responsável pela execução do certame, que posteriormente transmitirá todo procedimento à autoridade competente para que finalmente homologue. Tratando-se de Pregão, o pregoeiro, ainda que assistido pela equipe de apoio, decide e responde singularmente pelas decisões. Cabe aos demais servidores da equipe responsabilização em caso de não agirem contra atos ilegais, ainda que cientes dos mesmos, conforme já exposto anteriormente, quando citada jurisprudência do TCU.

O TCU tem responsabilizado o pregoeiro, condenando-o em débito solidariamente com os demais responsáveis, caso a irregularidade por ele praticada tenha nexos de causalidade com o eventual dano causado aos cofres públicos. Ele pode, ainda, ser apenado com a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992. Por outro lado, caso a irregularidade cometida não contribua para o débito, mas constitua infração à norma legal ou regulamentar, ou, ainda, aos princípios que regem a Administração Pública, pode ser aplicada ao pregoeiro a multa prevista no art. 58 da Lei Orgânica do TCU.

A responsabilidade pela condução do pregão recai sobre o pregoeiro, que tem a tarefa de classificar as propostas, habilitar o licitante a ser contratado e adjudicar-lhe o objeto da licitação. Diante disto, recai sobre os ombros do Pregoeiro grande responsabilidade, ainda que aja em estrita observância das normas legais e editalícias, alguns procedimentos podem ser

³⁶ Ibid. p. 19.

interpretados como desvio de conduta e gerar grande transtornos ao agente público, como ser responsabilizado administrativamente ou juridicamente diante da inabilitação de um licitante que apresentou o menor preço, ainda que inexequível. Cabe destacar, que o mundo da Administração Pública está cada vez mais permeado pelo julgamento popular, pelo julgamento da imprensa e das mídias sociais, para não dizer inquisição popular e midiática.

Tal questão coloca-se para avaliarmos a margem de aplicabilidade do julgamento acerca da habilitação, uma vez que o licitante ofereceu o menor preço, e essa oferta já passou pelo julgamento de exequibilidade e no momento seguinte terá seu envelope aberto para análise dos documentos para a devida homologação. Qual Pregoeiro está efetivamente disposto no momento da análise dos preços e dos documentos para habilitação ponderar princípios, da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho, com normas legais, o que exigirá fundamentadas justificativas e amparo em jurisprudência, especialmente do órgãos controladores, para afastar licitantes descomprometidos com o interesse público, sem a menor condição técnica e econômica-financeira.

Diante do histórico brasileiro de corrupção envolvendo sobrepreço em licitações, não aceitar o licitante que oferece o menor preço exige determinação, altruísmo e desprendimento do agente público.

3.5 - A preponderância das empresas pequenas

Alguns autores tendem a acreditar que o Pregão tem privilegiado as maiores empresas na disputa por Pregão, no entanto é importante destacar que dentro das duas finalidades, compra de bens e contratação de serviços tal preponderância é mais do que possível, afinal é uma regra de produção em escala. A empresa maior de maior capital e negociação no mercado tem muito mais chance de oferecer o menor preço.

As grande empresas estão em condições de ofertar os menores preços, em virtude de uma lei econômica inafastável. Trata-se de que a elevação da escala de atuação do empresário a ele permite praticar os menores preços. O grande empresário adquire

grandes quantidades de seus fornecedores, incorre em custos fixos proporcionalmente menores e pode suportar margem de lucratividade mais reduzida. Portanto, a difusão do pregão e, especialmente, a consagração de sua forma eletrônica significou a inviabilização de micro e pequenos empresários sagrarem-se vencedores de licitações públicas. Não foi casual, aliás, a edição da LC nº 123, por meio da qual se estabeleceram preferências em favor das empresas de menor porte econômico. Tais providências representam uma tentativa de neutralizar alguns efeitos altamente indesejáveis produzidos pela implantação do pregão eletrônico. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 20)³⁷

Porém, o mesmo não ocorre com a contratação de serviços. Neste caso a prática tem sido o favorecimento das menores empresas. Diante da ausência ou da pouca exigência no tocante ao capital social para participação dos certames, tem sido recorrente, empresas serem constituídas para disputarem e ganharem a disputas com preços bastante abaixo do praticado no mercado, e em pouco tempo desaparecerem, sem ao menos quitar os créditos trabalhistas ou mesmo cumprir o contrato com a administração pública conforme estabelecido, trata-se de uma fraude. O Pregão eletrônico aumenta essa possibilidade quando o edital não exige que a empresa possua sede no Estado ou na localidade onde será prestado o serviço.

O Pregão atraiu empresas sem lastro patrimonial que a qualquer preço tentam a sorte em licitações que podem representar alguns milhões de reais. Para aprofundar ainda mais essa distorção a Lei Complementar 123 de dezembro de 2006 estabeleceu a preferência de contratação das microempresas e empresas de pequeno porte, que na regulamentação dos arts. 170, IX, e 179 da Constituição, instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, formulando normas de tratamento diferenciado e diferenciado.

Ainda no tocante as preferências estabelecidas na Lei Complementar, nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

A lei criou várias normas concernentes ao *empate*. Numa delas, o legislador considerou *empate* qualquer situação em que propostas oferecidas por microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta de melhor classificação (art. 44, §1º). Na outra, aplicável na modalidade de pregão, foi fixado em 5% o intervalo percentual para o mesmo caso de empate (art. 44, §2º). Por

³⁷ Ibid., p. 27.

consequente, além do *empate real*, a lei previu também o *empate presumido* (ou ficto). (CARVALHO FILHO, 2014, p. 324)³⁸

No art. 45 da LC 123/2006 fica estabelecido que no caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão. O que gera uma disputa artificial e de grande risco, presume-se que a última proposta das empresas representa o menor valor praticável para prestação de serviços. Trata-se de contabilidade e matemática, algo suficientemente lógico e exato, para que ao final, sob a proteção da lei, algumas empresas ainda possam oferecer preços ainda menores ao pregoeiro e sagrarem-se vencedores. Por outro lado, não é possível duvidar, que empresas maiores, não abrangidas pelo regime de microempresas e empresas de pequeno porte, ofereceram preços excessivamente abaixo do mercado para fugir do empate ficto, e assim não perder o certame. Tal estratégia apenas forçaria mais a possibilidade de preços inexequíveis no Pregão.

Ainda no âmbito da Lei Complementar 123 de 2006 as empresas abrangidas tiveram flexibilizadas as exigências na fase de habilitação, tendo a possibilidade de concorrer o certame mesmo com certidões positivas e agraciada com prazo para a correção. Assim como descrito no texto legal, havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. Algo já apreciado por Carvalho Filho (2014), conforme exposto abaixo:

Iniciamos abordando a importante alteração introduzida no que diz respeito à *regularidade fiscal* a ser comprovada pelas microempresas e empresas de pequeno porte. Como já vimos, é a Lei nº 8.666/1993 que indica os documentos exigidos para a comprovação de tal requisito (art. 29, I a IV). A regra geral é a de que essa prova seja produzida antecipadamente pelos participantes da licitação, sendo acomodados os documentos em envelope próprio, juntamente com os documentos relativos aos demais requisitos de habilitação. A LC nº 123/2006, porém, consignou que a regularidade fiscal, a ser comprovada pelas referidas empresas, somente deverá ser

38 Ibid., p. 19.

exigida *para efeito de assinatura do contrato*. Desse modo, nada terão que comprovar durante a licitação, podendo mesmo ocorrer que nesse período a situação fiscal não esteja regularizada. Em consequência, esse requisito não será apreciado antes do julgamento do certame.

[...]

Todavia, se vencer a licitação, assegura-se-lhe o prazo de dois dias úteis para *superar a restrição fiscal*, contando a partir do dia em que foi a empresa declarada vencedora. O prazo pode ser prorrogado por igual período, a critério da Administração. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 323)³⁹

Posteriormente a LC 155 de 2016 ampliou os benefícios as Microempresas e EPP, alterando a redação de diversos artigos, inclusive do art. 42, permitindo a participação nas licitações ainda que pendentes de regularidade fiscal e trabalhista. Originalmente a regularidade trabalhista não estava citada, restringindo o permissivo legal à regularidade fiscal.

3.6 - A exequibilidade das propostas

A análise da exequibilidade econômica da proposta é tarefa complexa. Marçal Justen Filho (2009) afirma a impossibilidade de fixação de um limite mínimo de valor no Pregão, a partir da qual as propostas não seriam mais aceitas. Mesmo porque todos os licitantes ofereceriam o preço mínimo na concorrência, restando apenas o sorteio para determinar a proposta vencedora.

Não se trata de tarefa fácil a verificação da exequibilidade da proposta vencedora, o pregoeiro precisa de minuciosas informações sobre o objeto licitado e ainda sobre o orçamento elaborado pela Administração. Para atender ao interesse público o pregoeiro tem a difícil tarefa de escolher uma proposta que não esteja acima dos preços praticados no mercado ou que não possua condições de executar adequadamente o serviço em função do preço assumido na sessão pública.

Mesmo a Lei 8666, que estabelece as normas gerais de licitação, permite a fixação de limite máximo de preço, não preço mínimo, conforme vedação expressa em seus artigos 40 e

³⁹ Ibid., p. 19.

44, para efeitos de desclassificação das ofertas situadas abaixo dele. A partir da Lei 8666/1993 nenhuma proposta será, de antemão, considerada inexequível, pois essa avaliação será obrigatoriamente feita a partir dos dados oferecidos pelo próprio licitante, na demonstração da exequibilidade anexa à proposta. A inexequibilidade da proposta, apurada pelo §1º do art. 48, é uma questão de fato, apenas uma presunção *juris tantum*, ou seja, que pode ser destruída pela demonstração documentada do proponente, mas que admite prova em contrário.

SÚMULA Nº 259 - TCU

Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.

SÚMULA Nº 262 - TCU

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Ainda no tema da exequibilidade da proposta, uma reflexão exigível, trata-se da compatibilidade entre a disputa na sessão pública e a exequibilidade dos preços. De modo que a estrutura na qual a disputa ocorre, com os licitantes disputando o certame preço a preço em tempo real, cada um desses tentando a “qualquer preço” chegar à melhor proposta, torna-se imperioso questionar a sua racionalidade, compreender até que ponto o licitante oferece um preço exequível e de que forma ele respeita os limites financeiros para adequada prestação dos serviços. Como é possível no momento de oferta dos preços, os licitantes precisarem seus limites mínimos e que possam ser comprovadamente exequíveis quando imbuídos pela pretensão de conquistar a melhor proposta.

É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, conforme previsto no §3º do art. 43 da Lei 8666.

CAPÍTULO 4

4.1 – Consequências do Pregão

As inovações apresentadas pelo Pregão, sob o aspecto epistemológico, não podem ser avaliadas de forma segmentada sem compreender e pesquisar suas repercussões, não apenas na escolha da proposta vencedora, mas nos desdobramentos seguintes ao pregão, o que inclui o contrato, sua execução e extinção, e por fim os litígios administrativos e judiciais, versando sobre questões contratuais e trabalhistas. É perceptível que a contratação de prestação de serviço comum possui implicações que vão além das aqui expostas e podem passar despercebidas em análises superficiais, apenas preocupadas com as supostas vantagens apresentadas no momento do pregão.

E para este capítulo trataremos de apreciar os efeitos da modalidade pregão, as consequências envolvidas e a dimensão desses problemas para a administração pública e os empregados das empresas terceirizadas.

4.2 - A hipertrofia fiscalizatória

Diante do histórico de problemas atinentes ao cumprimento irregular dos contratos, gerando contínuos prejuízos para a administração pública em diferentes aspectos, verifica-se uma série de medidas que foram criadas para tentar minimizar essas possibilidades. Para tanto, foram criadas diversas exigências editalícias, não apenas para a licitação, como para a gestão do contrato e seu encerramento. Somaram-se a exigências de inúmeros documentos, para comprovar a qualificação econômica-financeira, técnico-operacional e técnico-profissional e inúmeros comprovantes de quitação de responsabilidades trabalhistas, fundiárias, previdenciárias e tributárias ao longo de cada mês de contrato, sem contar as certidões.

A IN nº 05/2017 do Ministério do Planejamento inovou no detalhamento de uma dinâmica de gestão e fiscalização que se por um lado a terceirização pretende reduzir tarefas meios realizadas por agentes públicos, por outro a gestão dos contratos foi exigindo a formação de recurso humano especializado para a fiscalização administrativa e operacional que implica em uma complexidade que nem sempre pode ser atendida.

Art. 40. O conjunto de atividades de que trata o artigo anterior compete ao gestor da execução dos contratos, auxiliado pela fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, conforme o caso, de acordo com as seguintes disposições:

I - Gestão da Execução do Contrato: 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;

II - Fiscalização Técnica: é o acompanhamento com o objetivo de avaliar a execução do objeto nos moldes contratados e, se for o caso, aferir se a quantidade, qualidade, tempo e modo da prestação dos serviços estão compatíveis com os indicadores de níveis mínimos de desempenho estipulados no ato convocatório, para efeito de pagamento conforme o resultado, podendo ser auxiliado pela fiscalização de que trata o inciso V deste artigo;

III - Fiscalização Administrativa: é o acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento;

IV - Fiscalização Setorial: é o acompanhamento da execução do contrato nos aspectos técnicos ou administrativos, quando a prestação dos serviços ocorrer concomitantemente em setores distintos ou em unidades desconcentradas de um mesmo órgão ou entidade; e

V - Fiscalização pelo Público Usuário: é o acompanhamento da execução contratual por pesquisa de satisfação junto ao usuário, com o objetivo de aferir os resultados da prestação dos serviços, os recursos materiais e os procedimentos utilizados pela contratada, quando for o caso, ou outro fator determinante para a avaliação dos aspectos qualitativos do objeto.

§ 1º No caso do inciso IV deste artigo, o órgão ou entidade deverá designar representantes nesses locais para atuarem como fiscais setoriais.

§ 2º O recebimento provisório dos serviços ficará a cargo do fiscal técnico, administrativo ou setorial, quando houver, e o recebimento definitivo, a cargo do gestor do contrato.

§ 3º As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual devem ser realizadas de forma preventiva, rotineira e sistemática, podendo ser exercidas por servidores, equipe de fiscalização ou único servidor, desde que, no exercício dessas atribuições, fique assegurada a distinção dessas atividades e, em razão do volume de trabalho, não comprometa o desempenho de todas as ações relacionadas à Gestão do Contrato. (BRASIL, 2017)⁴⁰

40 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução normativa nº 5, de 25 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de

Outros procedimentos acrescem responsabilidades nessa gestão que acabam por transferir à Administração Pública responsabilidades que significam gerir recursos da sociedade empresária, e que por princípio, pretendia eximir-se. Para tanto, a IN nº 05/2017, prevê, dentre outras exigências:

Conta-depósito vinculada – bloqueada para movimentação: conta aberta pela Administração em nome da empresa contratada, destinada exclusivamente ao pagamento de férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, não se constituindo em um fundo de reserva, utilizada na contratação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra;

Retenção da Garantia e de Créditos da Contratada. Quando da rescisão dos contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o fiscal administrativo deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou dos documentos que comprovem que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho⁴¹;

execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-n-05-de-26-de-maio-de-2017---Hiperlink.pdf>. Acesso em 20 jan. 2018.

41 Art. 64. Quando da rescisão dos contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o fiscal administrativo deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou dos documentos que comprovem que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.

Art. 65. Até que a contratada comprove o disposto no artigo anterior, o órgão ou entidade contratante deverá reter:

I - a garantia contratual, conforme art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, prestada com cobertura para os casos de descumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária pela contratada, que será executada para reembolso dos prejuízos sofridos pela Administração, nos termos da legislação que rege a matéria; e

II - os valores das Notas fiscais ou Faturas correspondentes em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no inciso II do caput, não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato.

Art. 66. O órgão ou entidade poderá ainda:

I - nos casos de obrigação de pagamento de multa pela contratada, reter a garantia prestada a ser executada conforme legislação que rege a matéria; e

II - nos casos em que houver necessidade de ressarcimento de prejuízos causados à Administração, nos termos do inciso IV do art. 80 da Lei nº 8.666, de 1993, reter os eventuais créditos existentes em favor da contratada decorrentes do contrato.

Parágrafo único. Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá a contratada pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente. (IN nº 05/2017 Ministério do Planejamento)

Retenção, na fonte, dos seguintes tributos, quando couber: Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), e Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep), Contribuição previdenciária, Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Na hipótese de inadimplência das verbas rescisórias ao final do contrato de prestação de serviço por parte da contratada, a Administração contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato. (BRASIL, 2017)⁴²

De tal forma que a Administração que acaba por concentrar atividades e responsabilidades que pretendia eximir-se, hipertrofiando atividades destinadas a gerir a prestação de serviços, quando a finalidade não era essa.

4.3 - As interrupções na prestação de serviço

Com a finalidade de inibir condutas juridicamente reprováveis especialmente nas licitações e contratos públicos, a Lei Federal nº 8.666/93 disciplina as possibilidades de penalizações que a Administração Pública pode aplicar aos licitantes que, de alguma forma, violarem o contrato realizado. As sanções administrativas cabíveis estão assim previstas no artigo 87 da Lei Federal nº 8666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (BRASIL, 1993)⁴³

42 Ibid., p. 54.

Evidentemente que a previsão legal e nem mesmo a execução das punições têm sido capaz de evitar os descumprimentos contratuais. Em se tratando de Pregão, a inexecução está em grande parte vinculada a inexequibilidade dos preços oferecidos e a incapacidade econômico-financeira da contratada.

Para o Ministério Público do Trabalho, em seu trabalho sobre terceirização na administração pública,

a contratação não diligente de empresas irresponsáveis acarreta, com frequência, a necessidade de contratação emergencial pela Administração Pública, com a dispensa de licitação, favorecendo a contratação de novas empresas inidôneas e desprestigiando os quesitos da transparência e objetividade nas contratações públicas. (BRASIL, 2015, p. 27)⁴⁴

Cabe destacar o Relatório do Grupo de Estudos de Contratação e Gestão de Contratos de Terceirização de Serviços Continuados na Administração Pública Federal pela Presidência do TCU em 2010, que para além de diagnosticar os principais problemas relacionados ao tema, pretendia a formulação de propostas que no curto, médio e longo prazos reduza “a grande quantidade de contratos de terceirização rescindidos por inexecução [...], conforme se observou nos últimos anos, seja definitivamente suprimida”.

Ainda no Relatório destaca-se que a interrupção dos serviços representa problemas com contratações emergenciais e com a administração do passivo deixado pela contratante para com os empregados que laboraram no contrato.

39. Para que se tenha uma dimensão do problema, diversos contratos firmados pelo TCU nos últimos anos apresentaram problemas e foram rescindidos, obrigando a

43 BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 5, 22.jun. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 12.maio.2017.

44 Ibid., p. 42.

Administração a contratar emergencialmente esses serviços, repetindo desnecessariamente licitações que poderiam ser realizadas a cada cinco anos.

40. Nesses casos, a Administração do TCU, com o objetivo de evitar prejuízos aos empregados e à União, reteve cautelarmente os valores das últimas faturas e pagou diretamente aos empregados terceirizados os salários e demais verbas trabalhistas. Tais procedimentos beneficiaram mais de 300 empregados e tinham fundamento no próprio contrato, o qual continha autorização de glosa desses valores. (BRASIL, 2010, p. 6)⁴⁵

A interrupção da prestação de serviço é um aspecto que coloca em dúvida a eficiência atribuída ao Pregão, pois se eficiência, consiste em fazer certo as coisas: geralmente está ligada ao nível operacional, como realizar as operações com menos recursos – menos tempo, menor orçamento, menos pessoas, menos matéria-prima, no mínimo pode-se afirmar que o pregão, não é eficaz, que pelo conceito trata-se de fazer as coisas certas no que tange aos objetivos pretendidos.

4.4 - O excesso de litígio trabalhista

Esse é o aspecto de maior destaque dentre as consequências resultantes da modalidade de licitação Pregão quando empregadas na contratação de serviços comuns com utilização de mão-de-obra exclusiva. O prejuízo resultante da contratação de empresas que descumpram com suas obrigações trabalhistas e sociais tem um duplice resultado. Primeiro, prejuízo para o trabalhador que não teve seus créditos trabalhistas e sociais adimplidos e em segundo, prejuízo para o erário público que será condenado ao pagamentos desses créditos, ainda que tenha cumprido suas obrigações pecuniárias na vigência do contrato.

Entretanto, a prática da contratação de serviços terceirizados pelo Poder Público, em expressiva parte dos casos, não tem observado esses pressupostos, ocasionando inúmeros problemas de natureza trabalhista, tais como o atraso no pagamento de salários, a não concessão de férias, a ausência de pagamento de verbas rescisórias, a falta de depósitos de valores relativos ao FGTS, jornada de trabalho excessiva, entre outros.

Verifica-se que a contratação de empresas inidôneas para a prestação de serviços terceirizados tem originado a propositura de milhares de ações na Justiça do Trabalho, em que os entes públicos também figuram no polo passivo. Dessa maneira, sofrem prejuízos não somente os trabalhadores que esperam meses ou até mesmo anos para

45 Ibid., p. 43.

receber as verbas que lhe são devidas, mas essa litigiosidade também causa danos ao erário, eis que a Administração, em regra, é quem arca em Juízo com os débitos trabalhistas oriundos da terceirização. (BRASIL, 2015, p. 26-27)⁴⁶

Em suma, os anos de aplicação do Pregão, com a dinâmica de contratação do menor preço ocasionaram um fenômeno econômico, intitulado de seleção adversa, onde a diferença de informações entre consumidor (contratante) e vendedor (contratada) e a disposição de pagar o menor preço conduziram à um desequilíbrio, onde as “boas empresas” com preços exequíveis deixaram de conquistar contratos com a administração pública, restando as empresas sem condições de adimplir com os seus compromissos. A teoria da “Seleção Adversa” do economista George A. Akerlof, Prêmio Nobel da Economia de 2001, demonstra as consequências que geram ao mercado de determinado produto quando ocorrem desequilíbrios de qualidade e informações⁴⁷. Para Akerlof (2001), a falta de informações é responsável pela desvalorização do carro, em até 1/5 do seu valor, quando este é retirado da concessionária, afinal um possível comprador não poderá saber que o carro está a venda por mera desistência, sempre desconfiará de problemas mais graves com o veículo.

Akerlof demonstra que a existência de diferentes qualidades de bens, associado à falta de informação dos compradores no mercado podem levar a uma diminuição de qualidade ou mesmo extinção deste. Usando o exemplo dos carros usados nos Estados Unidos, em que os possíveis compradores desconhecem a verdadeira qualidade dos automóveis, ainda que a propaganda afirme que todos são ótimos, vão por isso estabelecer um valor médio, ou seja, os automóveis de boa qualidade serão subvalorizados e os de má qualidade sobrevalorizados.

Com essa desvalorização aqueles que vendem bons veículos poderão desistir desse mercado, já que os compradores apenas acreditam que aquilo que compram é de qualidade média, enquanto os vendedores com má mercadoria tenderão a ser atraídos para este mercado. Com isso o mercado será controlado pelas piores mercadorias, em uma contínua depressão, que na gíria americana serão limões e para os brasileiros abacaxis.

46 Ibid., p. 42.

47 Akerlof, G. A. **Escrevendo o “Mercado para ‘Limões’”: um ensaio pessoal e interpretativo.** 2001. Disponível em: https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2001/akerlof-article.html. Acessado em 6 mar 2018

A seleção adversa é plenamente aplicável à contratação da Administração Pública por Pregão, onde por lei o contratante está disposto a pagar sempre pelo menor preço e os licitantes, aproveitando a falta de informações da Administração, estão sempre dispostos a oferecer os piores produtos.

As exigências editalícias que têm o objetivo de garantir a qualidade do serviço a ser prestado acabam não suprimindo essa “desinformação” do comprador, que para o economista Akerlof são meras “Sinalizações”. Para o exemplo utilizado no artigo, o comprador tem algumas formas para avaliar a qualidade de um carro, a exemplo de ano de fabricação, quilometragem, número de donos, batidas percebidas na lataria, localidade onde o veículo foi utilizado, perfil de quem dirigia o carro e assim por diante, o que o autor chama de Sinalizações. No caso do Pregão, trata-se das exigências a serem comprovadas, que certamente não serão nunca capazes de demonstrar e comprovar a real capacidade da empresa em cumprir com as suas obrigações contratuais, que não está cercado apenas por aspectos objetivos, mas também subjetivos, na possível estratégia da administração da sociedade empresária de obter ganhos pela burla das regras licitatórias e contratuais.

Conforme reiterado pelos autores, o que inclui Marçal Justen Filho (2009), o pregão privilegia o menor preço e conduz a Administração a obter o preço mais reduzido possível. Por outro lado, o pregão versa sobre “objeto comum”, o que conduz a que todos os produtos disponíveis no mercado sejam ofertados à Administração. Daí se segue o enorme risco de o pregão conduzir à seleção de uma proposta de valor reduzido para contratação de um objeto de qualidade imprestável. Adverte ainda quanto ao aspecto da idoneidade, que conforme já tratado acima, possui aspectos subjetivos, que nem sempre são controláveis, pois estão no âmbito da subjetividade dos licitantes, da sua boa-fé subjetiva.

O resultado é conhecido na vida real. Existem muitos contratos que são avançados com sujeitos cuja qualificação é duvidosa e que se traduzem, no final das contas, em verdadeiros desastres para a Administração. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 20)⁴⁸

48 Ibid., p. 27.

Em suma, esses “desastres” desagüam na justiça trabalhista, gerando uma litigiosidade numerosa, que agrega ainda mais aos já excessivo número de litígios existentes. Pelo Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2016, neste ano foram ajuizadas 2.756.214 reclamações trabalhistas em 1ª instância. O Relatório apresenta a Administração Pública como um dos campeões entre os maiores litigantes da JT.

O TST não distinguiu no Relatório a litigiosidade decorrente da terceirização, mas diante da quantidade de ações mesmo diante dos entes federativos, em especial a União, que possui vínculo estatutário com os seus servidores, não sendo competência da JT, é deduzível que a presença da União no topo da lista dos maiores litigantes no âmbito nacional reforça esse entendimento. Ainda pelo relatório, entre os assuntos mais recorrentes no TST, “Ente Público, Tomador de Serviços/Terceirização” em quarto lugar, atrás de “Horas Extras, Negativa de Prestação Jurisdicional, e Intervalo Intrajornada”.

Esse quadro de litigiosidade torna-se ainda mais preocupante, porque representa comprometimento do orçamento público com a Justiça do Trabalho, que tem competência jurisdicional para os conflitos de relações empregatícias derivadas de terceirização com a administração pública, e representa ainda mais comprometimento a partir da condenação subsidiária da Administração, diante da impossibilidade de execução sobre o patrimônio da contratada, conforme determina a Súmula 331 do TST.

As consequências sociais advindas da inadimplência com os empregados envolvidos na prestação de serviço, somam-se as demais, porém atingem colorações ainda mais dramáticas, pois atingem milhares de trabalhadores, que acessam a justiça ao final do vínculo empregatício, ou seja, não bastasse a cessação da renda, soma-se o “calote” das verbas rescisórias, que implica em penúria a esses empregados.

Cabe avaliar, mesmo do ponto de vista econômico, se o menor preço na licitação, representa o menor preço ao final de todas as questões aqui discutidas e mesmo presumíveis.

CAPÍTULO 5

5.1 - O gigantismo do Estado brasileiro

Pesou na escolha deste tema a quantidade de pessoas que hoje estão contratados por empresas que prestam serviços terceirizados de forma continuada para a administração pública, demonstrando claramente que no Brasil o Estado brasileiro é um gigantesco cliente dessa modalidade de mão de obra, em 2016, conforme pesquisa realizada junto aos órgãos controladores da União, as informações obtidas atestam que no âmbito da Administração Pública, foram contratações na ordem de **RS 21.961.729.272,09**, conforme informação da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento⁴⁹. A Secretaria Executiva da Controladoria da União informou que nos Órgãos/Entidades do Poder Executivo Federal, em janeiro de 2018, eram 104.851 trabalhadores terceirizados⁵⁰. E por fim, conforme dados expostos do Senado Federal, a União este ano já pagou em terceirização de mão-de-obra o valor em reais de 4,1 bi, sendo comprometido o valor total de 7,4 bi de reais.⁵¹

Diante dos números apresentados não há dúvida acerca da responsabilidade social resultante dessa relação. Ao analisar a contratação de empresas prestadoras de serviço a administração pública demonstra não sopesar as consequências que Empresas contratadas sem responsabilidade social e lastro econômico-financeiro podem causar à própria administração pública e a milhões de trabalhadores contratados.

49 Dados apresentados da IN 05 2017 no site do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acessado em 25 abr 2018.

50 BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Resposta a pedido de informação, Processo nº 00075.000629/2018-13, Brasília, em 04 de junho de 2018.

51 BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <http://www9.senado.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=senado%2Fsigabrazilpainelcidadao.qvw&host=QVS%40www9&anonymous=true&Sheet=shOrcamentoVisaoGeral>> Acesso em: 28 jun. 2018

Para tanto, os agente públicos, os legisladores, e todos que interpretam o direito ainda não se deram conta das implicações da terceirização na Administração Pública antecedida pelas licitações na modalidade Pregão. Na tendência do ser humano de se acomodar diante de fatos que parecem inexoráveis, o Pregão vem sendo cada vez mais utilizado, com o aumento exponencial das sociedade empresárias que se aproveitam da leniência do ordenamento jurídico, no que tange a essa temática, para vencer os certames, e assim perpetrar uma forma extremamente perversa de exploração da mão-de-obra.

Para além da visão positivista e legalista deveria prevalecer o entendimento mais humano que a contratação de mão de obra terceirizada deveria recorrer a procedimentos mais rigorosos e responsáveis, que preservassem o ser humano que trabalha e o próprio interesse público, evitando que o erário público seja lesado pela má contratação, tanto no decorrer da prestação de serviço, quanto no momento da condenação subsidiária nas reclamações trabalhistas.

5.2 - A mitigação dos Princípios Constitucionais

A terceirização trata-se de uma forma de relação contratual precarizante, que rompe com as conquistas históricas da classe trabalhadora para criar uma possibilidade maior de ampliação da margem de lucro do capital, margens que foram reduzidas a partir da década de 1960, com o esgotamento do crescimento econômico realizáveis a partir da II Guerra Mundial. A terceirização estruturalmente tem o condão de impor um nível maior de exploração da mão-de-obra, que tem representado jornadas de trabalho mais extensas e exaustivas, níveis salariais mais reduzidos, menor investimento em qualificação profissional, aumento dos índices de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, pulverização da representação sindical e enfraquecimento da capacidade de enfrentamento político das categorias profissionais.

A terceirização, excetuados casos muitos específicos, que envolvam trabalhos técnicos muito complexos e específicos, parti de um patamar de vulnerabilidade das relações de

trabalho que estruturalmente impõe condições de trabalho nocivas aos trabalhadores, ainda que cercadas de possíveis cautelas e precauções por parte do tomador de serviços, ainda que este seja o Estado.

O contexto político atual descortina um horizonte de ampliação da terceirização, não mais legitimado por um discurso que exalte a Reforma da Gestão Pública ou reforma gerencial, focado nas atividades estratégicas e de planejamento, que agregue tecnologia e inovação à Administração Pública, assim como na década de 1990, no Governo Fernando Henrique Cardoso, mas agora por uma exigência da crise econômica, em parte consequência das perdas com a corrupção, que exige a extinção do Estado, do serviço público, dos investimentos públicos, crise econômica que exige a extinção dos direitos trabalhistas e por outro lado deve incentivar a terceirização sem fronteiras em todos os setores da vida pública e privada.

O cenário, enfim, consolida uma terceirização de desproteção social, de mitigação dos valores constitucionais, dos fundamentos da República, em especial no compromisso do constituinte de 1988 com a cidadania, a dignidade da pessoa humana e com os valores sociais do trabalho, e ainda dos objetivos fundamentais da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional e de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, decorrente dos Princípios políticos-constitucionais, que nas lições de José Afonso da Silva (2000), constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo conformadoras da Constituição. São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição.

Conclui-se não apenas a desnaturação do Estado Constitucional, mas a premência de rever a terceirização sob a égide do Pregão, por promover condições ainda mais deploráveis, algo passível de compreensão quando ocorre no mercado, espaço de conflito onde o interesse do capital nem sempre encontra limites para garantir suas margens de lucro. Porém, a mesma compreensão não é possível quando é a própria Administração Pública que promove esse Estado de Coisas Inconstitucionais, na esteira da ADPF 347 DF, que no entendimento do

Supremo Tribunal Federal acerca do Sistema Penitenciário, o presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

5.3 - Propostas para a contratação de serviço comum

Apresenta-se algumas propostas com o intuito de superar as maiores deficiências da modalidade de Pregão, sem considera-las excludentes ou obrigatoriamente dependentes entre si, tendo como objetivo principal superar as consequências apresentadas no capítulo 5, que tratam-se basicamente da hipertrofia fiscalizatória, que exige dos gestores públicos procedimentos cada vez mais complexos de fiscalização e de interferência cada vez maior na administração da contratada; as interrupções na prestação de serviços, que além do prejuízo direto ainda resulta em demandas urgentes de novas contratações e procedimentos de cautelares para resguardar os direitos dos empregados terceirizados envolvidos; e ainda o excesso de litígios resultante das relações contratuais com a empresa contratada inidônea.

(i) Exclusão da contratação de serviços comuns, que tratem de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, pela modalidade de Pregão, do âmbito da Lei 10.520/2002, retornando à Lei Geral de Licitações.

Diante da responsabilidade que envolve a contratação de mão de obra, não é possível desqualificar a importância desses trabalhadores ao nível de mercadorias. O Pregão utilizado para compra de bens é aceitável, pois é uma relação que se exauri, em geral, no momento da entrega do objeto licitado. O mesmo não ocorre com a prestação de serviços, por mais comum que seja a prestação de serviços, em geral limpeza e conservação, segurança patrimonial, recepção e atendimento.

Uma leitura analítica da prestação de serviço comum leva a compreensão de que “comum” é a atividade fim, porém, o meio é complexo. O serviço de limpeza é determinável, assim como exige a Lei, “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”, que facilmente terá oferta no mercado, porém a execução envolve grande complexidade, porque significa o envolvimento de pessoas em grande quantidade, de forma planejada e coordenada, com elementos imprevisíveis, e que se estende ao longo de vários meses ou anos.

(ii) Superação das disputas de preços, na etapa de lances, ou modalidades, onde os licitantes podem aceitar cotar bens e serviços conforme licitante vencedor.

A Constituição de 1988 estabeleceu como um dos seus fundamentos, em seu artigo inaugural, a livre iniciativa, de modo que naqueles anos de reabertura democrática demonstra uma clara opção pela economia de mercado, mas opção esta diferente do liberalismo clássico, do contrário seria sem sentido a garantia da função social da propriedade. Para tanto, é inconcebível que o Estado patrocine, a partir da disputa de preços ou da adesão à oferta vencedora, uma disputa predatória e irresponsável entre as empresas que disputam a licitação, descumprindo com a função estabelecida pelo Constituinte originário.

Seja na modalidade Pregão ou em outra presente na Lei 8666 de 1993, convocar os licitantes a disputarem a redução de preços, é uma convocação à realização de contratos com empresas inidôneas. Os licitantes devem apresentar suas propostas, com suas respectivas planilhas, para garantia de que a proposta atende a todas as exigências na formação do preço, mas em hipótese alguma incentivo à redução de preço, sem lastro de exequibilidade. Sob a alegação de buscar a proposta mais vantajosa, não caberia à Administração Pública querer beneficiar-se da própria torpeza, ainda que tal estratégia no final signifique prejuízo.

Ainda no tocante a preço e condições, da mesma forma mostra-se inadequado exigir, em caso de inexecução do contrato, onde os demais licitantes são convocados, pela ordem, a assumirem nas mesmas condições e preço do licitante vencedor, também fere o razoável e o

proporcional. Ensina a sabedoria popular que errar é do humano, já insistir no erro não é recomendável. É razoável, exigir que os demais licitantes aceitem o contrato nas mesmas condições e preço da proposta vencedora quando a inexecução demonstrou que a proposta vencedora mostrou-se imprópria e inexequível. Qual poderia ser o objetivo? Fomentar a inexecução por parte de outras empresas? A inexecução, na maior parte, é a comprovação empírica do equívoco que representa a disputa de preços.

(iii) Inversão da fase de habilitação.

A inversão da fase de habilitação para o final do certame, quando serão analisados apenas os documentos do licitante que apresentou a proposta vencedora, ensejou uma economia de tempo muito significativa para o processo licitatório, e não sem motivo foi comemorado por muitos pela agilidade promovida.

Esse procedimento ainda que tenha agilizado o processo de forma significativa, acabou por retirar a transparência da licitação, facilitando a participação de empresas organizadas para frustrar o caráter competitivo do certame, conforme já exposto anteriormente, e ainda diminuindo a possibilidade de fiscalização por parte dos demais licitantes. Em uma licitação na modalidade de Pregão Eletrônica, esses vícios ficam ainda mais visíveis, pois no ambiente virtual ninguém é identificado e por fim a habilitação restringe-se ao vencedor. Ainda que a habilitação no início consuma mais tempo, ela dessa forma permite aos interessados no certame se fiscalizarem, o que potencializa a garantia de lisura do processo. Destaca-se ainda o fato da habilitação ao final do certame, significar uma pressão invisível pela aprovação dos documentos apresentados pelo vencedor.

Ainda no tocante à habilitação, cabe à Administração Pública estabelecer os critérios mais adequados para habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira, dentro de parâmetros que demonstrem a possibilidade de solvência da empresa no decorrer da execução do contrato, com parâmetros mínimos de qualificação técnico-operacional da empresa (escritório no local da contratação, gerenciamento de pessoas) comprovante de

experiência na prestação de serviço, habilitação econômico-financeira (Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro e Patrimônio Líquido). Respeitado os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, respeitados os parâmetros legais, conforme disposto nos arts. 27 a 31 da Lei Geral das Licitações, a depender da especificidade do objeto a ser licitado, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira, devem ser adaptados para garantir maior segurança aos empregados da contratada e à Administração Pública.

(iv) Revogação das preferências garantidas às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme estabelecido na Lei Complementar 123 de 2006, nos processos licitatórios para contratação de mão de obra com dedicação exclusiva.

Diante da incidência de insolvência financeira que ocorrem com empresas de prestação de serviços sem lastro financeiro, privilegiar microempresas e empresas de pequeno porte em licitações com esse objeto, que em geral servem de empresas interpostas, pois não possuem *know how*, apenas cedem a mão de obra para que o próprio órgão contratante determine o que deve ser feito, acaba sendo um mecanismo de transferência do risco do negócio para os empregados da contratada. Ainda que o fomento e o incentivo a essas empresas seja saudável e recomendável, benéfico ao desenvolvimento nacional, conforme preceitua o art. 3º, II, da Constituição Cidadã, nesta situação tal princípio colide com os Princípios Constitucionais ainda mais caros. Sem que um Princípio anule o outro, e sim, sejam ponderados, evidentemente que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho devem prevalecer, pois são elementos fundantes das sociedades humanas e base do desenvolvimento econômico. O desenvolvimento econômico deve estar subordinado a estes valores e não o contrário.

Ainda que a micro e pequena empresa sejam habilitadas, devem cumprir com os mesmos rigores determinados às demais empresas. O Primado da Alteridade ensina que o risco do negócio, conforme estabelecido no art. 2º da CLT, não deve sucumbir diante da pretensão de fomentar a EPP. Tal prática frustra até mesmo a execução de possíveis decisões judiciais, pois não possuem patrimônio que possa garantir os créditos trabalhistas inadimplidos.

(v) Exigência de seguro-garantia.

O que em parte está previsto no art. 56 da Lei 8666/93, da contratação de seguro-garantia na ordem de 5% ou 10%, deveria ser obrigatória em parâmetros aos estabelecidos no Decreto nº 61.867, de 11 de dezembro de 1967, que regulamenta os seguros obrigatórios previstos no artigo 20 do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

Tal iniciativa representaria uma garantia para todos os envolvidos, inclusive terceiros, e ainda evitaria a contratação de licitantes com propostas inexequíveis, pois a seguradora agregaria previsibilidade para os futuros contratos, exerceria uma fiscalização muito mais eficiente e profícua do que a exercida pela Administração Pública e teria que garantir a continuidade dos serviços. Tal proposta já vem sendo discutida pela sociedade civil, em especial pelos Conselhos de Engenharia e Arquitetura, para grandes obras públicas e deve ser ampliada para a prestação de serviços. Ainda que resulte em custos adicionais, os benefícios são ainda maiores e geram uma segurança quase inalcançável no atual quadro das licitações de serviços comuns.

CONCLUSÃO

A licitação na modalidade de Pregão está regido pelos mesmos princípios que devem ser observados pelas outras modalidades licitatórias. Nesse aspecto o Pregão não poderia diferir dos Princípios que orientam todas as licitações, quais sejam: isonomia, competitividade ou ampliação da disputa, publicidade e transparência, respeito às condições estabelecidas no edital e fiscalização do procedimento, além daqueles que são aplicáveis a toda atividade desenvolvida pela Administração Pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, eficiência e probidade administrativa. O respeito a esses princípios e normas é o que permite o atendimento do interesse público.

Tal afirmação faz-se importante para demonstrar que o Pregão não se diferencia principiologicamente dos demais, e características como simplicidade, oralidade, celeridade e formalismo moderado, não representam outros princípios. Apenas ocorre que os procedimentos estabelecidos para o Pregão permitiram tais características e no decorrer de toda monografia empenhou-se em mostrar que os procedimentos, ainda que positivos e esperados para todos os procedimentos licitatórios, acabaram por ferir princípios constitucionais e conseqüentemente a finalidade última, o interesse público.

Um aspecto bastante enigmático é o atendimento ao princípio da eficiência. Incluído no texto constitucional em 1998 com a EC 19, que representou uma significativa inflexão no entendimento das atividades administrativas, com a busca por índices, resultados e desempenho, atendendo a tônica daquele momento, e no entanto o Pregão, mostrou-se tudo, menos eficiente, ao menos no tocante à contratação de serviços comuns, mesmo em uma análise rasa de custo/benefício. Por corolário, diante dos prejuízos generalizados, infere-se o desvio de finalidade e a agressão à probidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ADUFRJ. Crise da limpeza: Venturelli joga a responsabilidade para a UFRJ. **Boletim Eletrônico da ADUFRJ SEÇÃO SINDICAL**, Rio de Janeiro, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://adufrij.org.br/noticia/venturelli-joga-a-responsabilidade-para-a-ufrij/>. Acesso em 20 ago. 2017.

ADUFRJ. UFRJ para atividades diante da situação dos terceirizados. **Boletim Eletrônico da ADUFRJ SEÇÃO SINDICAL**, Rio de Janeiro, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://adufrij.org.br/noticia/ufrij-para-atividades-diante-da-situacao-dos-terceirizados/>. Acesso em 20 ago. 2017.

AKERLOF, G. A. **Escrevendo o “Mercado para ‘Limões’”: um ensaio pessoal e interpretativo**. 2001. Disponível em: https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2001/akerlof-article.html. Acessado em 6 mar 2018

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2017.

ALVES, G. A. P. **Trabalho e subjetividade**. O espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório. São Paulo: Boitempo, 2011.

ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho? Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19, de 18 de agosto de 1995. **Diário do Congresso Nacional**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 AGO. 1995. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acessado em: 13 mar 2018.

_____. Constituição (1988). Texto promulgado em 5.out.1988. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1 (Anexo), 5.out. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11.junh.2017.

_____. **Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 5, 1.jun. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em: 12.maio.2017.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 5, 22.jun. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 12.maio.2017.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de Julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras

providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 5, 1.jun. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Acesso em: 12.maio.2017.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. **Caderno de Logística. Prestação de serviços de vigilância patrimonial**. Brasília: SITI, 2014. Disponível em: https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/servicos_vigilancia.pdf. Acessado em 12 mai 2018

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução normativa nº 5, de 25 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-n-05-de-26-de-maio-de-2017---Hiperlink.pdf>. Acesso em 20 jan. 2018.

_____. Ministério Público do Trabalho. **Manual da CONAP. Terceirização sem calote**. Brasília, 2015. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/686dec36-9611-4893-b5b9-85f701cf8a83/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o+sem+Calote_WEB.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-686dec36-9611-4893-b5b9-85f701cf8a83-Ilh9VrG. Acessado em 09 jan. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Relatório de trabalho do Grupo de estudos de contratação e gestão de contratos de terceirização de serviços continuados na administração pública federal do Tribunal de Contas da União - TCU, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão — MP, da Advocacia-Geral da União, do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal**. Brasília. 08 dez. 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuário/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/relatorio_do_grupo_de_estudos_pdf_%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuário/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/relatorio_do_grupo_de_estudos_pdf_%20(1).pdf). Acesso em 20 jan 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>. Acesso em 20 jan. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331 do TST. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, 29-31.maio. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 5.jun.2017.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DAU, D. M.; RODRIGUES, I. J. R. & CONCEIÇÃO, J. J. (orgs.). **Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho**. São Paulo: Annablume, 2009.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017
- GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- IANNI, O. **A era do globalismo**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- MORAES, A. **Direito constitucional administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006
- _____. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MONTEIRO. V. **Licitação na modalidade de pregão**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- OLIVEIRA. A. C. S. de. **Subjetividades estilhaçadas, dimensões da terceirização na vigilância bancária do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.
- OLIVEIRA, R. C. R. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2016
- PEREIRA, L. C. B. Reforma gerencial do Estado, teoria política e ensino da Administração Pública. **Revista Gestão & Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/RGP.asp>. Acesso em 10 jun. 2017
- POUPART, J. 2010. A entrevista de tipo qualitativo: considerações epistemológicas, teóricas e metodológicas. In: _____. (orgs.). **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes.
- SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000
- SIVOLELLA, R. F. . A solidariedade terceirizada: algumas considerações sobre a responsabilidade do tomador de serviço. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 2-10, jan.-mar. Disponível em: http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=76968721-3058-4845-9874-8f19ecdf5d27&groupId=10157. Acesso em: 10.jun.2017.