

## ENSAIOS SOBRE A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: PRIMEIRAS LINHAS SOBRE A FASE DO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO, SEGUNDO A INSTRUÇÃO NORMATIVA 05 DE 25 DE MAIO DE 2017/MPDG

Por Luiz Cláudio de Azevedo Chaves

Especialista em Direito Administrativo e professor da Escola Nacional de Serviços Urbanos-ENSUR e professor convidado da Fundação Getúlio Vargas e da PUC-Rio. Autor das obras *Curso Prático de Licitações-Os Segredos da Lei no. 8.666/93*, *Lumen Juris* e *Licitação Pública – Compra e Venda governamental Para Leigos*, alta Books. Ministra regularmente, em âmbito nacional, cursos sobre *Elaboração de Termos de Referência/Projetos Básico; Gestão e Fiscalização de Contratos e Gestão de Riscos nas Contratações Públicas*.

### Notas Introdutórias

Conforme dito na apresentação desta sequência de Ensaios, a IN 05/2017/MPDG, veio focada no planejamento da contratação. Nada mais correto, considerando que o sucesso da execução de qualquer projeto depende fundamentalmente de um correto e adequado preparo prévio.

O planejamento de ações é requisito básico em qualquer processo de administração. Administrar é estabelecer uma direção de governabilidade em que dela são componentes intrínsecos: o planejamento, organização, direção e controle. Para Montana e Charnov<sup>1</sup>, “o ato de administrar é trabalhar com e por intermédio de outras pessoas na busca de realizar objetivos da organização bem como de seus membros.” O ato de planejamento consiste na definição de objetivos e metas, em momento anterior à implementação de uma ação de governança. Um projeto ou uma ação bem planejada tenderá a apresentar um resultado muito mais eficiente, com menor desperdício de tempo e de recursos físicos e financeiros e com menor probabilidade de surpresas ou incertezas, considerando a gestão dos riscos.

Ocorre que, numa empresa, numa associação, num condomínio, ou seja, em um organismo privado qualquer, como os interesses são limitados aos sócios, associados ou participantes, isto é, possui público-alvo determinado e restrito, o dever de planejamento se insere em um campo da ética profissional daquele que foi investido na função de administrador ao mesmo passo que, justamente em razão dos interesses pessoais dos interessados nos resultados, este administrador é fiscalizado (controle interno). Em caso de o administrador escolhido fizer opções arriscadas ou mesmo cujo resultado se mostre possivelmente contrário aos interesses do grupo a que pertence, seus desdobramentos negativos não ultrapassarão as fronteiras dessa organização.

O mesmo não se dirá da atividade da Administração Pública. Neste caso, o gestor público defende interesse difuso, dirigido a toda a sociedade. Disso decorre do postulado da proporcionalidade que se deva aplicar àquele maior rigor na observância dos paradigmas da boa administração, mormente pelo fato de representarem preceitos de ordem constitucional direcionados à Administração Pública, notadamente, o dever de eficiência. Do gestor público se espera um cuidado superior àquele que normalmente se exigiria de um administrador privado, pois, em caso de escolha ruim, seus efeitos negativos serão suportados por toda a coletividade.

O planejamento, na qualidade de instituto do Direito Administrativo, é tarefa estatal essencial e decorre do princípio da *indisponibilidade do interesse coletivo* e da *eficiência*. Ao administrar bens, recursos e interesses da sociedade (coisa coletiva), o gestor deve ser armar de todos os cuidados e meios necessários para o fim de atingir o melhor resultado possível. Nisso se insere o dever de bem planejar suas ações, a fim de evitar medidas equivocadas, desnecessariamente dispendiosas ou inúteis. Como a gestão envolve, em um certo sentido, atos que são tomados no campo do prognóstico, deve o gestor probo preferir, entre duas ou mais soluções, aquela que melhor se apresenta; a que mais provavelmente fará surtir o efeito desejável para atendimento à sociedade. É nesse contexto que se insere o dever de planejar na Administração Pública, figurando como corolário da boa administração pública.

<sup>1</sup> MONTANA, Patrick J. e CHARNOV, Bruce H. *Administração*. São Paulo: Saraiva, 2003

A despeito de não se cuidar de um fenômeno novo no setor público, somente com a promulgação da Emenda Constitucional 19/1998, que inseriu o princípio da *eficiência* na cabeça do art. 37 da Carta Política de 1988, e mais precisamente com a entrada em vigor da Lei de Responsabilidade fiscal (Lei Complementar 101/2000) é que o planejamento se torna peça fundamental na gestão pública no País. Antes destes instrumentos jurídicos, era comum o gestor realizar ações que ao final se mostravam inócuas ou desnecessárias, não raro, sem nem mesmo recursos financeiros suficientes para suportar a despesa dela decorrente. A respeito do planejamento nas ações da Administração pública, Thiago Marrara<sup>2</sup>, em excelente trabalho, discorre que:

“A atividade de planejar, denominada de planejamento em sentido amplo, não é nenhum fenômeno novo, quer para o Estado, quer para o indivíduo. A consecução de objetivos complexos sempre exigiu que os indivíduos, sozinhos ou coletivamente, bem como o Estado e mesmo a Administração Pública não atuassem simplesmente de acordo com “reações *ad hoc*”. Para atingir objetivos complexos e, simultaneamente, para lidar com os problemas de escassez de recursos das mais diversas ordens, o Estado, assim como o indivíduo, é obrigado a agir de modo racional e estratégico, fazendo considerações sobre o futuro. Por esse motivo, diversos autores afirmam que o planejamento é uma atividade atemporal, ou seja, é inerente à figura do indivíduo e do próprio Estado como “seres” presumidamente racionais. Ainda que haja alterações sobre a metodologia do planejamento, ou mesmo sobre suas características secundárias, elementos e objetivos, essa atividade não se restringe a um período histórico. Essa afirmação ganha ainda maior força quando se pensa em Estados democráticos. Como já sustentamos alhures, o planejamento legitima a existência do Estado na medida em que torna possível a consecução de objetivos escolhidos democraticamente e, simultaneamente, concretiza princípios constitucionais estruturais. Desse modo, o planejamento surge como característica necessária do Estado democrático independentemente de relações com períodos históricos. É da lógica da democracia que o Estado aja racionalmente, pensando nas gerações presentes e futuras e concretizando os interesses públicos e difusos escolhidos pela comunidade por ele ordenada. Nesse contexto, um Estado que ignora seu povo ou apenas finge respeitá-lo é um Estado que não merece existir.”

Hodiernamente não mais se admite que o gestor público execute projetos e promova ações governamentais sem que tenha como fundamento ao juízo de conveniência e oportunidade o planejamento adequado de tais ações, sob pena de se ver enquadrado na capitulação prevista no art. 10 da Lei no. 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa<sup>3</sup>.

O planejamento permite ao gestor do projeto verificar qual a melhor solução para a demanda surgida, ou seja, identificar quais os serviços, metodologias e características técnicas mais adequadas à consecução do fim colimado pela contratação. Além disso, possibilita antecipar possíveis problemas que possam prejudicar ou mesmo inviabilizar o atingimento dos objetivos, propiciando o preparo antecipado de medidas que minimizem os danos causados decorrentes de má execução. Segundo Lincoln Firmino<sup>4</sup>, o planejamento gera uma série de benefícios ao projeto, tais como:

- Redução considerável do aparecimento de “surpresas” durante a execução dos trabalhos, devido ao processo de documentação e compartilhamento de lições aprendidas;

<sup>2</sup> A atividade de planejamento na administração pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da nova lei de organização administrativa, REDAE, Nº 27 – julho/agosto/setembro de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil: Disponível em [www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=525](http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=525)

<sup>3</sup> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; (...) VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014); IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; (...) XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005); (...) XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014);

<sup>4</sup> FIRMINO, Lincoln. Princípios de Gerência de Projetos. MBA Executivo em Gerenciamento de Projetos. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2005.

- Permite o desenvolvimento de novas técnicas com alto valor agregado, através do desenvolvimento de metodologias adaptadas para serviços públicos específicos, baseadas nas melhores práticas utilizadas no mundo todo;
- Antecipa as situações desfavoráveis que poderão ser encontradas, para que ações preventivas e corretivas possam ser tomadas antes que essas situações se consolidem como problemas;
- Adapta o trabalho ao cliente (sociedade);
- Agiliza as decisões, já que as informações estão estruturadas e disponibilizadas;
- Documenta e facilita as estimativas para futuros projetos; e
- Oferece uma importante ferramenta de compartilhamento de conhecimento organizacional para toda a instituição.

Em que pese não haver dúvidas quanto à necessidade de bem planejar as ações a fim de garantir melhor utilização dos recursos públicos (físicos, financeiros, de pessoal), torna-se absolutamente necessário que o ator, isto é, o agente competente que se responsabilizará pelo planejamento da contratação, tenha conhecimento de todas as etapas e fases do processo.

Não se defende que este técnico se torne especialista em todas as áreas, mas, conforme explicitamos em trabalho publicado na Revista do TCU<sup>5</sup>, o processo da contratação guarda característica multidisciplinar, envolvendo, necessariamente, a participação de várias especialidades técnicas para consecução do fim último, que é o atendimento à demanda de interesse público surgida. Mas, como cada ator soma sua expertise à dos demais atores, seu ofício somente será bem cumprido se tiver conhecimento amplo de todo o ciclo de formação do processo de trabalho.

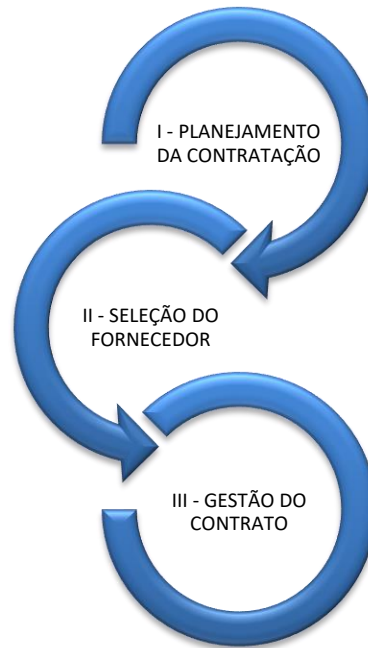
Para que seja possível uma melhor visualização dos novos instrumentos e diretrizes para o planejamento da contratação de serviços, instituído pela nova IN, cumpre, em primeiro plano, lançar um olhar sistêmico sobre o processo administrativo da contratação, de forma a termos a visão do “todo”, identificando as principais fases e atividades que envolve o Ciclo de Formação do Processo da Contratação, desde o surgimento da demanda de interesse público até o encerramento do contrato, tanto nos processos licitatórios, como na contratação direta, já, por óbvio, de acordo com as orientações da IN 05/2017/MPDG.

#### **Procedimentos iniciais para o planejamento da contratação**

Ao contrário da norma anterior, que representava um conjunto de dispositivos regulatórios da contratação de serviços, mas despreocupada com o encadeamento do processo, a IN 05/2017/MPDG foi construída a partir de uma opção metodológica bastante útil no sentido da sistematização do processo de contratação. Nela se percebe a identificação de fases, subfases e etapas bem distintas e distribuídas com coerência, cada qual com estabelecimento das suas e atividades correlatas. Segundo o art. 19 do normativo ora em estudo, o processo se divide em três grandes fases, a saber:

---

<sup>5</sup> CHAVES, Luiz Claudio de Azevedo. *O Exercício da função de Assessor Jurídico nos processos licitatórios: competências e responsabilidades*, in Revista do TCU no. 130 maio/agosto 2014, Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/publicacoes-institucionais/periodicos-e-series/revista-do-tcu/>



Figura

1

Pela clássica divisão do processo em Fase Interna (ou preparatória) e Fase Externa (ou executória), adotada quase à unanimidade pelos autores, a primeira conteria o *Planejamento da Contratação* e a segunda, englobaria a *Seleção do Fornecedor* e *Gestão do Contrato*. Para a fase do planejamento, o art. 20 apresenta três etapas:

- I. estudos preliminares;
- II. gerenciamento de riscos
- III. Termo de Referência ou Projeto Básico

Muito embora o art. 20 anote três produtos para a fase de planejamento (cada etapa gerará um documento próprio), dando como ponto de partida o desenvolvimento dos *Estudos Preliminares*, o art. 21 cria uma etapa prévia chamada de *Procedimentos Iniciais*, que deverá ser desenvolvida a partir da elaboração do *Documento de Formalização da Demanda* a ser preenchido com base no modelo proposto no ANEXO II da Instrução Normativa.

A produção de tal documento, pelo que se depreende dos dispositivos seguintes, deverá ficar a cargo do setor requisitante. Nele, deverão ser apontadas a justificativa da contratação, a quantidade do serviço a ser contratado e a previsão para o início da execução. O documento deverá ainda indicar o servidor que integrará a equipe que irá conduzir o processo de contratação, podendo ser indicado mais de um servidor, sendo que, desde já, poderá ser indicado o agente que cumprirá a função de fiscal do contrato.

Uma vez elaborado o *Documento de Formalização da Demanda*, o mesmo deverá ser encaminhado ao setor de licitações para designação formal da equipe de planejamento, tudo, conforme o fluxograma abaixo:

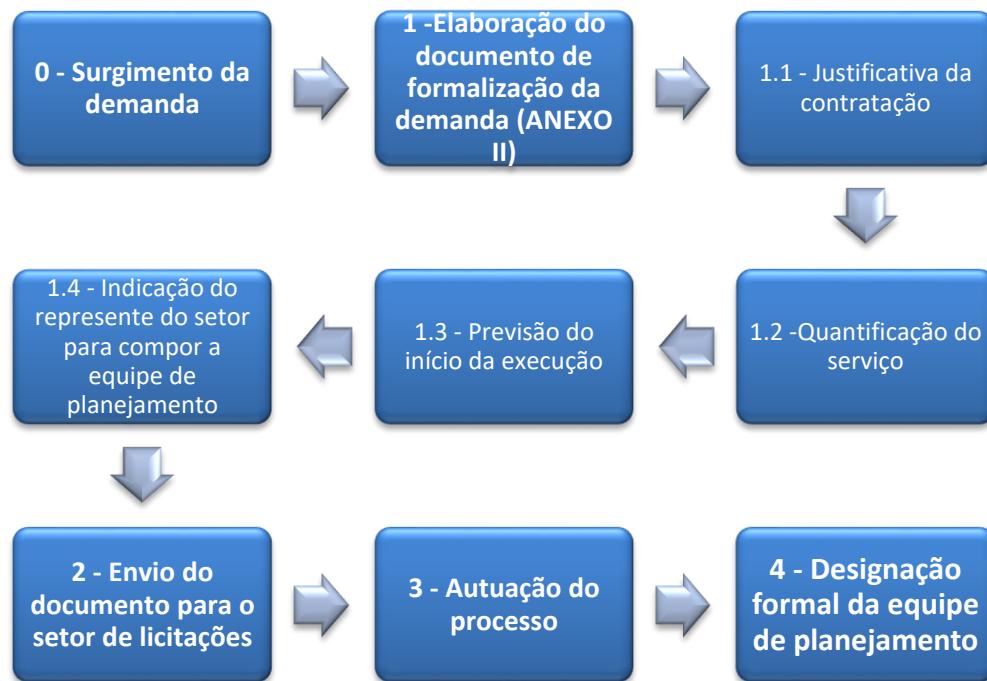


Figura 2

O processo de contratação somente nasce após o surgimento de uma necessidade de interesse público que exija a contratação do serviço para que a mesma seja satisfeita. É o marco '0' da contratação. Sem isso, quer dizer, sem que o objeto do futuro contrato venha a atender a um interesse coletivo, a contratação seria nula por desvio de finalidade.

Por demanda de interesse público entenda-se toda e qualquer situação fática que exija do Gestor a providência de contratar algo para ser satisfeita e sem a qual a Administração não pode prescindir sem prejuízo de atividades-fim, atividade auxiliar ou programa de governo ou política pública a ser implantada, ampliada ou mantida. Digo isso para afastar a falsa noção de que a demanda de interesse público a qual se faz referência se constitua apenas de situações emergenciais. A aproximação do fim de um contrato de natureza continuada de que não caiba mais prorrogação é uma situação fática que faz surgir a necessidade (de interesse público) de se providenciar regular licitação para celebração do novo ajuste, o que não significa que este fato, em si, seja presumidamente emergencial.

Portanto, sem que tenha surgido uma demanda de interesse coletivo, não haverá motivo para a deflagração de um processo licitatório. Uma vez que tenha sido identificada, o setor competente, via de regra, aquele que identificou a tal demanda, deverá iniciar o procedimento de elaboração do *Documento de Formalização de Demanda*. Dele, o item mais crítico é a justificativa da contratação (**Passo 1.1**), que deverá apontar as razões que dão suporte fático ao processo. Dada a relevância desse elemento, vamos a ele nos estender com um pouco mais de dedicação

#### Elaboração do Documento de Formalização de Demanda

Trata-se do documento que inaugura o processo e, conforme já mencionado acima, deve ficar a cargo da unidade requisitante. Deverá conter: a) justificativa da contratação; b) quantidade do serviço; c) previsão do início da execução; e, d) indicação de seu representante.

Uma avaliação superficial do modelo proposto no ANEXO II conduzirá a uma falsa ideia de que se trata de um formulário de preenchimento simples. Não é verdade. Os dois primeiros, dos quatro elementos que devem constar do referido documento, são altamente complexos. O terceiro e o quarto, de extrema relevância a exigir muita atenção do agente responsável.

O primeiro, porquanto determinante na própria estratégia a ser adotada pelo órgão para a sua contratação. Dependendo da utilidade do objeto do contrato ou das razões que tornaram necessária sua contratação, as soluções técnicas a serem escolhidas e até mesmo a forma de contratar poderão variar segundo tais circunstâncias. O segundo é complexo em razão de que o serviço deve ser mensurado por demanda ou um índice de produtividade, o que, em alguns casos, é extremamente difícil estabelecer. Vejamos em pormenores cada componente do *Documento de Formalização de Demanda*.

#### *Justificativa da contratação*

O primeiro e primordial elemento a instruir o *Documento de Formalização de Demanda* é a justificativa da contratação. Não se admite que o gestor autorize a realização de despesa desprovida de utilidade ou tenha utilidade dissociada do atendimento a uma necessidade de interesse público. Trata-se do dever de o gestor informar à sociedade os motivos que permearam o ato da contratação. A indicação dos motivos que desencadearam a contratação, além de conferir transparência, atende à finalidade de possibilitar a verificação, pelos órgãos de controle (interno e externo), se houve o devido planejamento das ações da Administração, bem como controlar se o desiderato indicado na motivação foi realmente atendido.

A Instrução Normativa MPOG/SLTI n. 02/2008 discorria com maior cuidado sobre os componentes da justificativa da contratação, não tendo sido repetidos na nova regulamentação, o que é uma lástima. Importa destacar que, apesar de tal normativo obrigar apenas aos órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG, da União, o mesmo constitui um excelente referencial para todos os órgãos da Administração Pública. Assim dispunha o regulamento citado:

IN 02/2008/MPOG/SLTI

Art. 14. A contratação de prestação de serviços será sempre precedida da apresentação do Projeto Básico ou Termo de Referência, que deverá ser preferencialmente elaborado por técnico com qualificação profissional pertinente às especificidades do serviço a ser contratado, devendo o Projeto ou o Termo ser justificado e aprovado pela autoridade competente.

Art. 15 O Projeto Básico ou Termo de Referência deverá conter:

I - a justificativa da necessidade da contratação, dispondo, dentre outros, sobre:

- a) motivação da contratação;
- b) benefícios diretos e indiretos que resultarão da contratação;
- c) conexão entre a contratação e o planejamento existente, sempre que possível;
- (...)
- h) referências a estudos preliminares, se houver.

O novel regulamento não absorveu o teor das alíneas do inciso primeiro do art. 15, com exceção apenas o relativo à alínea “h”:

IN 05/2017/MPDG

Art. 21. Os procedimentos iniciais do Planejamento da Contratação consistem nas seguintes atividades:

I - elaboração do documento para formalização da demanda pelo setor requisitante do serviço, conforme modelo do Anexo II, que contemple:

a) a justificativa da necessidade da contratação explicitando a opção pela terceirização dos serviços e considerando o Planejamento Estratégico, se for o caso;

(...)

Art. 24. Com base no documento que formaliza a demanda, a equipe de Planejamento da Contratação deve realizar os Estudos Preliminares, conforme as diretrizes constantes do Anexo III.

§ 1º O documento que materializa os Estudos Preliminares deve conter, quando couber, o seguinte conteúdo:

I - necessidade da contratação;

II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;

A despeito disso, penso que tais elementos foram recepcionados pela nova IN, dado o espírito que os orienta e de sua elevada importância. Por esse motivo, devem os mesmos serem apontados. Com fundamento em tal premissa, passo a discorrer como devem ser tratados os componentes da justificativa da contratação.

A motivação é o componente determinante da contratação. Deve indicar com precisão a razão pela qual a Administração não pode prescindir da celebração do contrato. Não bastará indicação na forma genérica, *e.g.*, que a contratação tem por finalidade “*atender interesse público*”. Tal interesse — que deve sempre coroar o ato administrativo — deve ser objetiva e especificamente apontado.

Várias podem ser as razões que justificarão a contratação, tantos quantos os possíveis casuísmos, do mais simples ao mais complexo objeto. Pode ser a manutenção da prestação de um serviço de natureza continuada, a qual não comporta mais prorrogação por já ter ultrapassado os 60 meses permitidos pela lei (art. 57, II); ou, porque a prorrogação, mesmo ainda sendo possível, não ser, gerencial ou economicamente, vantajosa em detrimento de um novo contrato. A necessidade de contratar pode surgir para viabilizar a implantação de uma ação governamental nova. Desde que o elemento motivador seja real, razoável e que revele a utilidade e a relevância para a Administração, estará cumprida a obrigação de justificar a contratação.

Além da motivação, haverá casos em que o responsável deverá somar a indicação de quais benefícios diretos e/ou indiretos se pretende obter com a contratação. Essa indicação deverá sempre estar presente no documento na hipótese de o objeto do contrato pretendido for relacionado a uma inovação administrativa.

Por inovação administrativa entenda-se toda aquela direcionada a alcançar uma nova atividade ou a que se destina a dar subsídio à ampliação (ou mesmo redução, apesar de menos comum) da ação governamental. Pode tratar-se de um objeto novo (primeiro contrato) ou algo de que a Administração já dispõe, porém que passará a ser executado de forma diversa. A finalidade de se identificar os benefícios da contratação é evitar que o gestor realize despesa para a qual não haverá um ganho operacional significativo, ou seja, evitar que haja gasto sem a correspondente vantagem. Como de hábito, exemplos podem ilustrar com melhor precisão o tema.

Vamos imaginar uma Secretaria Estadual resolva substituir seu parque de impressoras, por um contrato de prestação de serviço de impressão no regime de *outsourcing*. A justificativa da contratação deverá relacionar quais as vantagens operacionais e financeiras serão atraídas para a Administração, comparando os possíveis e esperados resultados com aqueles já anotados no modelo de contratação a ser substituído.

Quando o objeto se tratar de algo que vise à manutenção do funcionamento da máquina não será necessário apontar especificamente seus benefícios, pois restará obviamente implícito que estes correspondem à manutenção do correto funcionamento da máquina estatal.

Mantido no novo texto regulamentar, a indicação de conexão do objeto ao planejamento estratégico indicará se o objeto do contrato é instrumento para consecução de objetivos e metas traçadas nele apontadas.

Por planejamento estratégico deve-se entender o documento que aponta as medidas e objetivos da organização a médio e longo prazo. É desinfluyente a forma adotada (processo, informação, resolução, portaria) ou o título (Plano de Ação, Documento Estratégico, Metas Plurianuais, Plano de Ação Governamental) para esse documento. Desde que o mesmo aponte os objetivos e metas que a organização deverá realizar em médio ou longo prazo, caso a contratação tenha por objetivo satisfazer uma de suas metas, tal apontamento obrigatoriamente deverá ser feito do *Documento de Formalização da Demanda*.

Digamos que uma Secretaria Municipal de Educação tenha que executar a meta traçadas no Plano Plurianual — PPA que prevê para os próximos anos a extensão das ações de educação para jovens e adultos de modo a atingir cem por cento do território municipal. Para tal ação, a Secretaria terá de, entre outras ações, contratar serviços de capacitação de profissionais de educação. O documento deverá indicar o respectivo documento de planejamento estratégico na justificativa da contratação. Não será suficiente, todavia, que o responsável pela justificativa da contratação apenas mencione, também de forma genérica, que “a contratação atende ao planejamento estratégico do órgão”. Mister que aponte especificamente a qual item do planejamento ele atende e em que proporção e aonde pode ser encontrado tal documento estratégico.

Por fim, não raro, a contratação de determinado objeto é orientada a partir da elaboração de um estudo preliminar que indicou sua necessidade para a Administração. Pode ser o caso de um relatório elaborado por uma consultoria contratada, ou o resultado do trabalho desenvolvido por uma comissão interna. Mas é certo que este componente da justificativa deve ser apontado de forma objetiva. Caso a demanda tenha surgido a partir de um estudo preliminar, deverá o agente responsável pela justificativa indicar precisamente qual seria o referido documento e onde o mesmo pode ser acessado. Tal informação é preciosa para o controle Interno verificar se o objeto da contratação, de fato, é meio para atingir os objetivos traçados na solução.

#### *Quantificação do serviço*

Identificada a demanda e justificada a contratação, passo seguinte será determinar a quantidade do serviço a ser executada (**Passo 1.2**).

O item 3.4 do ANEXO III, da IN 05/2017 estabelece como diretrizes para quantificação dos serviços a serem contratados que o agente deverá:

- a) definir e documentar o método para a estimativa das quantidades a serem contratadas;
- b) utilizar informações das contratações anteriores, se for o caso;
- c) incluir nos autos as memórias de cálculo e os documentos que lhe dão suporte;
- d) para os casos em que houver a necessidade de materiais específicos, cuja previsibilidade não se mostra possível antes da contratação, avaliar a inclusão de mecanismos para tratar essa questão.

Nesse ponto, o responsável pela elaboração do documento deverá indicar o volume de serviços que se pretende contratar. Não se deve confundir a quantidade do serviço com o tempo de execução. Mesmo nos contratos de execução contínua, em que a parte principal do objeto é o tempo de execução (limpeza, vigilância), a quantidade do serviço é volume de “coisas” que são executadas dentro do período contratado, e não o tempo dentro do qual tal volume deve ser executado. A quantificação dependerá, claro, do tipo de serviço a ser executado e está intimamente ligada ao critério de medição para fins de pagamento. Afinal, medir a execução significa contabilizar quantas “coisas” foram executadas, sendo esta a quantidade do serviço.

Nos casos de serviço em que não se utiliza mão de obra dedicada, são mais comuns as mensurações por hora/homem (manutenção de equipamentos, consultorias e assessorias, serviços de capacitação), por ponto de função (elaboração de projetos e serviços na área de TIC<sup>6</sup>); por produto realizado (perícias, pagamento por laudo exarado; auditorias, pagamento por relatório ou processo auditado; manutenção preventiva, pagamento por equipamento, digitação, pagamento por formulário digitado).

Nos serviços com mãos de obra dedicada, é mais frequente o uso de unidade de medida por posto de trabalho (vigilância, condução de elevadores, recepção) ou por índice de produtividade (limpeza, pagamento por m<sup>2</sup>; transporte de carga, peso/rota).

Todavia, o ANEXO V da IN 05/2017, que estabelece diretrizes para elaboração do Termo de Referência/Projeto Básico, em seu item 2.6, 'd' e 'd.1' estabelece que a unidade de medida para fins de medição de pagamento deve privilegiar a mensuração dos resultados, eliminando a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho.

Assim, deve o setor competente esforçar-se para obter um parâmetro de mensuração do serviço, evitando que o seja por hora/homem ou posto de trabalho, salvo se outra forma não for pertinente. A ideia é evitar que o dimensionamento do número de empregados terceirizados seja fruto do alvitre do gestor, evitando despesa desnecessária com a contratação de empregados em número superior à demanda.

Para os serviços com emprego de mão de obra dedicada, um dos melhores métodos é o de índice de produtividade, em que se calcula a quantidade de colaboradores terceirizados à razão de determinada quantidade de serviços. O ANEXO I da IN 05/2017 assim define índice de produtividade:

XVII - PRODUTIVIDADE: capacidade de realização de determinado volume de tarefas, em função de uma determinada rotina de execução de serviços, considerando-se os recursos humanos, materiais e

<sup>6</sup> Tecnologia da Informação e Comunicação.



tecnológicos disponibilizados, o nível de qualidade exigido e as condições do local de prestação do serviço.

Uma hipótese seria o serviço de *help desk*. Esta atividade é aquela em que o órgão monta uma central (terceirizada) de apoio a usuários em que o atendente soluciona suas dúvidas de operação do produto por meio de contato telefônico ou eletrônico. Tal serviço é muito comum na área tecnológica. É tipicamente um serviço com emprego de mão de obra dedicada, isto é, os atendentes ficam exclusivamente à disposição do tomador do serviço (o órgão contratante). Para a quantificação do número de atendentes que devem ser disponibilizados, pode-se estabelecer o índice de produtividade com base na média de chamadas atendidas e tempo gasto no atendimento, por exemplo, 01 (um) atendente X 20 chamadas/hora. Essa quantificação deverá ser projetada de modo a resguardar o nível de qualidade e desempenho esperado para a execução do serviço. Em homenagem ao princípio da proporcionalidade, não deverá ficar nem além, nem aquém do estritamente necessário ao cumprimento desse desiderato. Não poderá ser projetado número superior de atendentes, que, em razão disso, acabariam ficando ociosos ao longo do expediente, representando despesa desnecessária; ou número insuficiente, que sobrecarregue o atendente, provocando baixa qualidade do serviço, com atendimentos apressados, ou demora no atendimento e solução do problema do usuário.

Claro que para essa mensuração, o órgão deve manter pesquisa estatística de chamados. E é até possível não ter esse número em um primeiro momento, como o seria na primeira contratação. Nesse caso, como o órgão não possui histórico, não teria dados suficientes para precisar esse número.

Mesmo que seja estabelecida a quantificação com base em índice de produtividade ou ponto de função ou ainda outro congêneres, nos contratos com emprego de mão de obra dedicada, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento, ainda na vigência da IN 02/2008/MPOG, segundo o qual a determinação dos quantitativos de postos de trabalho devem ser estabelecidos a fim de que o fiscal do contrato possa acompanhar o cumprimento das obrigações trabalhistas.

**“1. Nas contratações de serviços continuados, a previsão no edital de critério de remuneração por resultados, em contraposição ao pagamento por postos de trabalho, não exige a Administração de fixar no contrato que vier a ser firmado o quantitativo de postos de trabalho, de modo a viabilizar a fiscalização sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas.** Em Representação formulada por sociedade empresária acerca de pregão eletrônico conduzido pela Coordenadoria Estadual do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas em Alagoas (DNOCS/CEST-AL), para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial, a unidade técnica apontara, dentre outras ocorrências, a *“utilização indevida do critério de remuneração por posto de trabalho em vez da remuneração por unidade de medida e produtividade...”*. Realizadas as audiências regimentais, o relator observou que *“a contratação dos serviços de limpeza deveria, em princípio, ter sido feita com base nas áreas a serem limpas, em detrimento do estabelecimento do número de postos de trabalho, conforme prevê a IN SLTI/MPOG 2/2008: ‘Art. 11. A contratação de serviços continuados deverá adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho. § 1º Excepcionalmente poderá ser adotado critério de remuneração da contratada por postos de trabalho ou quantidade de horas de serviço quando houver inviabilidade da adoção do critério de aferição dos resultados’”*. Sobre a contratação de serviços de limpeza por postos, o relator teceu as seguintes considerações: *“Em que pese os termos do art. 11 da IN SLTI/MPOG 2/2008, não se pode desconsiderar a necessidade de a administração fiscalizar o adimplemento do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, de molde a evitar a responsabilização subsidiária prevista no item IV do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) ...”*. Nesse contexto, *“o fato de a administração lançar edital definindo o objeto de acordo com a área a ser limpa não a exime de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos postos que vierem a ser ocupados, que deverão estar fixados no contrato, consoante a produtividade esperada (estabelecida no edital) ou demonstrada pela licitante vencedora”*. Acrescentou ainda o relator que a própria IN SLTI/MPOG 2/2008, alterada pela IN SLTI/MPOG 6/2013, estabelece normas para a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, que *“deve ocorrer, necessariamente, em relação ao número de empregados utilizados na prestação de serviço”*. Assim, concluiu o relator que, mesmo não sendo fixado no edital o número de postos, em razão dos termos do art. 11 da citada instrução normativa, *“deverá a administração fazê-lo no contrato celebrado, de modo a permitir a adequada fiscalização do*

*cumprimento das obrigações trabalhistas*". Considerando a complexidade relativa à contratação dos serviços de limpeza, os quais exigem da administração não apenas a aferição da qualidade dos serviços prestados, mas também o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada, o Tribunal, pelos motivos exposto pelo relator, julgou a representação parcialmente procedente, deixando de aplicar multa aos gestores em razão dessa irregularidade. (TCU, Acórdão 1606/2015-Plenário, TC 010.139/2014-1, relator Ministro Benjamin Zymler, 1.7.2015. Informativo de Licitações e Contratos no. 249)

#### *Previsão da do início da execução*

A data prevista para o início da execução também deverá, desde logo, ser informada logo na etapa inicial do processo. Essa informação servirá de baliza para os demais setores envolvidos priorizarem sua instrução.

Se um serviço for solicitado tendo em vista a proximidade do encerramento do contrato em vigor, e o mesmo não puder sofrer solução de continuidade, a data do início coincidirá com o dia seguinte ao do encerramento do atual ajuste, o que exigirá dos demais setores envolvidos na contratação (setor de contratos, de licitação, orçamentários, assessoria jurídica) estabelecimento de ordem de prioridades de modo a atender a esse reclame. A data do início da execução pode ser também a data pretendida para a implementação do programa ou política pública a qual ela servirá.

#### *Indicação do servidor para integrar a equipe de planejamento da contratação*

A nova instrução normativa prevê a formação de uma equipe multidisciplinar que se responsabilizará pelo planejamento da contratação:

Art. 22. Ao receber o documento de que trata o inciso I do art. 21<sup>7</sup>, a autoridade competente do setor de licitações poderá, se necessário, indicar servidor ou servidores que atuam no setor para compor a equipe de Planejamento da Contratação.

§ 1º A equipe de Planejamento da Contratação é o conjunto de servidores, que reúnem as competências necessárias à completa execução das etapas de Planejamento da Contratação, o que inclui conhecimentos sobre aspectos técnicos e de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros.

§ 2º Os integrantes da equipe de Planejamento da Contratação devem ter ciência expressa da indicação das suas respectivas atribuições antes de serem formalmente designados.

Art. 23. O órgão ou entidade poderá definir de forma diversa a formação de equipe responsável pelo Planejamento das Contratações quando contemplarem área técnica específica em sua estrutura, observadas as disposições desta Seção, no que couber.

O ponto nodal da indicação é que a escolha recaia em servidor que detenha a expertise sobre o objeto da contratação. Contribui de forma negativa para o alcance dos objetivos almejados pela contratação quando seu planejamento é realizado por agente que desconheça as minúcias sobre o objeto e a execução. Não se pode admitir a ideia segundo a qual um profissional que não conheça o objeto possa bem descrever as atividades, atribuições, procedimentos, metodologias e quantificar o volume de serviços a serem contratados; ou ainda, prever situações e circunstâncias que eventualmente possa prejudicar o alcance dos objetivos (gestão de riscos).

A necessidade de se entregar a execução de um projeto a profissional competente já era uma premissa muito debatida pelo Tribunal de Contas da União, que já firmou entendimento no sentido de que a designação para fiscal do contrato deve recair em profissional com capacidade técnica para exercer tal mister:

"(...)5.7.6. Acerca das incumbências do fiscal do contrato, o TCU entende que devem ser designados servidores públicos qualificados para a gestão dos contratos, de modo que sejam responsáveis pela execução de atividades e/ou pela vigilância e garantia da regularidade e adequação dos serviços." (TCU, Acórdão 2.632/2007 – Plenário)

"(...) 9.1.2. designe fiscais considerando a formação acadêmica ou técnica do servidor/funcionário, a segregação entre as funções de gestão e de fiscalização do contrato, bem como o comprometimento

<sup>7</sup> Documento de Formalização da Demanda.

concomitante com outros serviços ou contratos, de forma a evitar que o fiscal responsável fique sobrecarregado devido a muitos contratos sob sua responsabilidade.” (TCU, Acórdão 1.094/2013 – Plenário)

Outra questão em que se deva ter atenção é o acúmulo de funções na pessoa do mesmo servidor. É bem verdade que não será na maioria dos órgãos e entidades públicas que se vai encontrar um leque sortido de profissionais bem qualificados disponíveis. Por isso, não são raros, infelizmente, os casos em que um mesmo servidor acaba recebendo várias incumbências, acumulando várias funções, responsabilizando-se por vários processos. Mas, tanto o quanto possível, o órgão deve distribuir o máximo possível as várias funções, e, claro, promover o adequado treinamento do seu quadro de servidores e implementar processos de capacitação continuada para atualização e aperfeiçoamento contínuo.

Quanto ao acúmulo de funções, é necessário a autoridade competente atentar para a observância do princípio da segregação de funções. Tal princípio decorre do princípio da moralidade (art. 37, da CF/88), e consiste na necessidade de a Administração repartir funções entre os agentes públicos cuidando para que esses indivíduos não exerçam atividades incompatíveis umas com as outras, especialmente aquelas que envolvam a prática de atos e, posteriormente, a fiscalização desses mesmos atos.<sup>8</sup> Na fixação das diretrizes para as Normas do Controle Interno do Setor Público da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores – INTOSAI (2007, p. 45-46), ficou assentado que:

“não deve haver apenas uma pessoa ou equipe que controle todas as etapas-chave de uma transação ou evento [ou processo de execução das despesas públicas]. As obrigações e responsabilidades devem estar sistematicamente atribuídas a um certo número de indivíduos, para assegurar a realização de revisões e avaliações efetivas. As funções-chave incluem autorização e registro de transações, execução e revisão ou auditoria<sup>3</sup> das transações.”

A segregação de funções, além de operar no campo da moralidade administrativa, evitando que haja concentração de poder nas mãos de um mesmo agente, que controlaria vários (ou todos) aspectos relevantes do contrato, também milita no sentido de possibilitar a produção de resultados mais adequados aos fins a que se destina o projeto, sobretudo, reduzindo os riscos, mitigando os danos que não eram evitáveis e identificando procedimentos inadequados. Em relação ao processo da contratação assim já se manifestou a Corte Federal de Contas:

**“Na realização de processos licitatórios deve ser observada a segregação de funções, não se admitindo o acúmulo de atribuições em desconformidade com tal princípio.** Por intermédio de representação, foram trazidas informações ao Tribunal a respeito de possíveis irregularidades ocorridas em procedimentos licitatórios para a aquisição de medicamentos pela Secretaria Municipal de Saúde do Município de Cachoeiro de Itapemirim, no Espírito Santo. Diversas condutas adotadas pelos responsáveis pelas licitações examinadas mereceram a reprovação do relator, em especial, a condição de um dos membros da Comissão de Licitação, que, ao mesmo tempo, seria Chefe do Setor de Compras do órgão. Tal situação seria inadequada, pois o referido membro, ao exercer a dupla função de elaborar os editais licitatórios e de participar do julgamento das propostas, agiria em desconformidade com o princípio de segregação de funções. Em consequência, por conta dessa circunstância, propôs o relator a expedição de determinações corretivas ao Município de Cachoeiro do Itapemirim, de maneira a evitar falhas semelhantes nas futuras licitações que envolvam recursos públicos federais, em especial a inobservância da segregação de funções. **Acórdão nº 686/2011-Plenário, TC-001.594/2007-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 23.03.2011.**”

No entanto, como dito alhures, casos haverá em que o órgão não terá condições de distribuir as funções em razão de não contar com corpo técnico em número suficiente a isso, o que exigirá do Gestor a devida justificativa, bem como o apontamento das providências que está tomando para que, nos próximos processos, já tenha melhores condições de distribuição de designações, sob pena de eventual responsabilização por culpa *in omitindo*.

<sup>8</sup> Este conceito foi o mesmo que balizou o Acórdão nº 5.615/2008-TCU-2ª Câmara: “(...) 1.7.1. [...] consiste na separação de funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações, evitando o acúmulo de funções por parte de um mesmo servidor.

### Encerramento dos procedimentos iniciais

Uma vez que o *Documento de Formalização da Demanda* tenha sido elaborado encerrar-se-á a fase de procedimentos iniciais com o encaminhamento do dito documento ao “setor de licitações”, cuja autoridade responsável terá a competência de promover a designação formal da equipe de planejamento da contratação. Por “setor de licitações” deve ser entendido o setor organizacional que tem competência para instruir e conduzir o procedimento licitatório.

Claro que a IN não teria competência para normatizar a estrutura interna dos órgãos e entidades que a ela se submetem, por tratar-se de matéria administrativa afeta ao próprio órgão ou entidade. Diante disso, caberá a cada órgão/entidade a definição de qual setor ficará encarregado de presidir a instrução do processo licitatório. Quanto à autoridade competente, o ANEXO I da IN no. 05/2017 assim define:

I - AUTORIDADE COMPETENTE DO SETOR DE LICITAÇÕES: A referida autoridade, para fins do disposto nesta Instrução Normativa, é aquela que possui poder de decisão indicada na lei ou regimento interno do órgão ou entidade como responsável pelas licitações, contratos, ou ordenação de despesas, podendo haver mais de uma designação a depender da estrutura regimental.

Uma dúvida de ordem administrativa pode saltar da redação dos artigos 21 a 23 da IN no. 05/2017, no que tange à abertura do processo. Penso que o *Documento de Formalização da Demanda* cumpriria o papel da solicitação da contratação do serviço, tendo caráter de comunicação interna. Como a IN define que o responsável pelo “setor de licitações” é a autoridade competente para designar a equipe de planejamento, penso que a este também incumbirá a abertura do processo administrativo no qual serão entranhados, à medida que forem sendo produzidos, os documentos da etapa de planejamento da contratação. Somente após concluído o Termo de Referência/Projeto Básico, é que o processo seguirá à autoridade competente para exercer o juízo de conveniência e oportunidade quanto à contratação pretendida, deflagrando o processo licitatório ou determinando o arquivamento dos autos.

No que se refere à equipe de planejamento, segundo o já transcrito art. 22, § 1º da IN no. 05/2017 orienta no sentido de que a mesma deverá ser composta por servidores que detenham conhecimentos técnicos de uso do objeto e também de servidores que tenham conhecimento sobre as normas sobre licitações e contratos.

Não se trata de órgão colegiado, ou seja, não terá a característica de decisão por votos. A equipe terá que atuar de forma colaborativa e, cada um dos membros, dentro da sua especialidade deverá oferecer a sua contribuição técnica para que, somadas, resultem em um trabalho harmonioso e preciso. Todavia, o fato não ser um colegiado, não quer significar que não deva haver uma coordenação. Apesar do silêncio da IN quanto a esse aspecto, competirá à autoridade competente não só a escolha e designação da equipe de planejamento, mas também a indicação de seu coordenador.

Ultimadas essas providências, ou seja, elaborado e encaminhado o *Documento de Formalização da Demanda*, e designada a equipe de planejamento, o processo poderá ser autuado e iniciados os trabalhos a partir da elaboração dos estudos preliminares, que será alvo do nosso próximo texto.