

**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA**

**PARECER nº** 033 /2016/CONJUR-Minc/CGU/AGU (12.6)  
**PROCESSO nº** 01400.061894/2015-59  
**INTERESSADO:** Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração  
**ASSUNTO:** Termo de Referência para contratação de serviços de vigilância – RR/NE. Manifestação CONJUR..

I – Administrativo. Lei nº 8.666/1993. Decreto nº 5.450/2005. Instrução Normativa nº 02/2008/SLTI/MPOG.  
II – alterações no modelo de TR adotado pelo MinC

Senhora Coordenadora

A Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração, por meio do Despacho nº 1719/2015/SPOA/SE/MinC, em atendimento ao teor da Nota Técnica nº 17/2015/COMAN/CGLOG/SPOA/SE/MINC encaminha os presentes autos para análise e emissão de opinativo jurídico, às fls. 123.

2. Por meio da Nota Técnica nº 17/2015/COMAN/CGLOG/SPOA/SE/MinC, a COMAN informa que gostaria de promover alterações/supressões no modelo de Termo de Referência adotado para que determinadas previsões constem, apenas no Edital ou no Contrato, conforme prevê a legislação e os modelos de minutas disponibilizados pela AGU, nos seguintes termos:

4. Face a legislação que rege a matéria, entendemos de fundamental importância a apreciação da douta Consultoria Jurídica acerca das alterações e supressões propostas por essa área técnica junto ao termo de Referência, tendo em vista que em consultas as normas vigentes avaliamos que determinados assuntos devem constar do edital ou do contrato, motivo pelo qual expomos o que se segue :

**a) Item 3.- Justificativa e Objetivo da Contratação** – não foi atendido/justificado pela área técnica demandante<sup>1</sup>.

Análise: Por meio do Memorando nº 272/2015/COMAN/CGLOG/SPOA/SE/MINC, foi esclarecido que o Contrato nº 21/2012 firmado com a empresa RIMA Segurança Ltda. não pode ser prorrogado, uma vez que a aludida empresa encontrava-se em situação de irregularidade fiscal. A não prorrogação ocasionou a não cobertura contratual para a execução dos referidos serviços, motivo pela qual tornou-se imprescindível a abertura de novo processo licitatório.

Por tratar-se de contratação de serviços de vigilância a Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas foi instada a se manifestar acerca da existência dos referidos cargos no Plano especial de Cargos do Ministério da Cultura, onde por meio da nota Técnica nº 565/2015-COGEP/SPOA/SE-MINC (fls. 02 e 03) informou de que as atividades de vigilância pretendidas não são inerentes as categorias funcionais do plano de cargos do Ministério da Cultura, nos termos do Decreto nº 2.271/1997.

(...)

Segundo Nota explicativa da AGU, constante no modelo de Termo de Referência, foi esclarecido de que a Súmula 177 do TCU prevê que a justificativa há de ser clara, precisa e suficiente, sendo vedadas justificativas genéricas, incapazes de demonstrar de forma cabal a necessidade da Administração. Deve a Administração justificar:

- a) a necessidade da contratação do serviço;
- b) as especificações técnicas do serviço;

<sup>1</sup> No relatório técnico no item 3 consta que não consta justificativa para serviço continuado, fl. 40v.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA**

c) o quantitativo de serviço demandado, que deve se pautar no histórico de utilização do serviço pelo órgão ou em dados demonstrativos da perspectiva futura da demanda.

Conclusão: Tomando com base a Súmula 177, concluímos de que não há pendências em relação a esse assunto, uma vez que as justificativas e o objetivo da contratação constam dos itens 1, 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 do Termo de Referência e dos autos do processo, tendo também como fundamentação legal o Decreto nº 2.271/1997 e a Instrução Normativa nº 02/2008.

Isso posto, solicitamos orientação jurídica quanto as justificativas apresentadas e se há algum normativo legal necessário constar que não foi citado.

**B) Item 6 (RT) (sic) E 7 (TR) – Custos estimados –** Em relação ao referido item entende-se ser necessário conter o valor unitário, mensal e anual de cada item, bem como a soma total anual dos postos, conforme tabela abaixo:

Análise: Preliminarmente, informamos que o apontamento que consta no Despacho nº 60/2015 (fls. 79 a 80) não é o mesmo do Relatório Técnico nº 19/2015 (fls. 39 a 40), o que concluímos tratar-se de uma nova demanda e não pendência, em contraponto a afirmação constante no referido despacho.

Verificamos, ainda, que a IN nº 02/2008, art. 15 inciso XII assim estabelece:

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

...

XII - o custo estimado da contratação, o valor máximo global e mensal estabelecido em decorrência da identificação dos elementos que compõem o preço dos serviços, definido da seguinte forma:

...

b) por meio de fundamentada pesquisa dos preços praticados no mercado em contratações similares; ou ainda por meio da adoção de valores constantes de indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes, se for o caso

Constatamos também que os valores unitário, mensal e anual dos postos de serviços não constam dos modelos de Termo de Referência disponibilizados pela AGU

Conclusão: Os valores unitário, mensal e anual dos postos de serviços foram incluídos no item 6 do Termo de Referência, haja vista a normativo legal vigente. Entretanto, entendemos necessária a apreciação da CONJUR quanto a inclusão do texto.

Modelos: Termo de Referência Pregão presencial, eletrônico – AGU.

**C) Item 12 (RT) (sic) e 14 (TR) – OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA –** O SUBITEM 12.21.1 – FOI RETIRADO. Cumpra esclarecer que a referida obrigação está prevista no Art. 19, XXVI, § 5º, II da IN nº 06/2013, devendo a área técnica ponderar sobre a sua retirada.

Análise: Verificamos que o artigo 19, § 5º, item II da IN nº 02/2008, alterada pela IN nº 06/2013 não estabelece a obrigatoriedade junto a empresa contratada para instalação de escritório em local (cidade/município), mas sim de que a Administração Pública poderá exigir do licitante.

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

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

II - declaração de que o licitante instalará escritório em local (cidade/município) previamente definido pela Administração, a ser comprovado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contado a partir da vigência do contrato. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

Verificamos, ainda, que o artigo 19 da referida IN 02/2008 vincula tal exigência (caso a Administração Pública opte por exigi-la) ao instrumento convocatório e não ao Termo de Referência

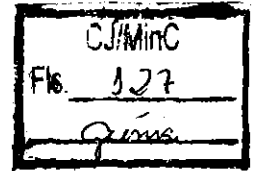
De acordo com o item 9.1.11 do Acórdão nº 1214/2013 – TCU, a obrigatoriedade de instalação de escritório deve ser fixada em contrato.

Em contrapartida, constatamos que o Modelo de Termo de Referência Pregão Presencial, Eletrônico – AGU contém parágrafo com a menção em evidência.

Conclusão: Haja vista a IN nº 02/2008 e o Acórdão nº 1214/2013 – TCU, ficou mantida a retirada do subitem 12.21.1 do Termo de Referência, com proposta de inclusão no Termo de Contrato ou



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA**



no instrumento convocatório (caso a Administração opte por exigí-la). Entretanto, consideramos de fundamental importância a apreciação da CONJUR quanto a adequação necessária junto ao TR, de forma a subsidiar a área técnica quanto as normas que devem ser observadas.

**Modelos:** Termo de Referência Pregão Presencial, eletrônico – AGU.

(...)

**F) 4.3. Retirar do item 28 – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS – os ANEXOS IV, V, VI, VII e IX, uma vez que os mesmos são partes integrantes do Edital e não do Termo de Referência.**

**Análise:** Tomando como base o Modelo de Edital Pregão da AGU, identificamos que os anexos III e VIII, além dos anexos IV, V, VI, VII e IX constantes do TR também são partes integrantes do edital e não do TR, o que nos levar a concluir que devam ser adequados.

**Seguem, abaixo, os anexos que integram o edital, conforme modelo da AGU:**

(...)

**Conforme rege a IN 02/2008, inciso I e II do art. 21 e inciso XXIV do art. 19,** verificamos ainda que o anexo I "Declaração de contratos firmados com a iniciativa privada e a Administração Pública" e o anexo II "Modelo de Proposta Comercial" devem constar de instrumento convocatório, motivo pelo qual avaliamos que deverá ser feita retirada dos anexos do TR e que os mesmos devam constar como anexos do edital.

**Conclusão:** Propomos a retirada dos anexos I, II, III e VIII, além dos anexos IV, V, VI, VII e IX, salientando que a supressão seja avaliada pela CONJUR.

**Modelos:** Edital Pregão – AGU

**G) 4.4. Ajustar o enunciado do item 24 – da Repactuação, o qual versa sobre o Reajuste também, devendo o mesmo ter o seguinte enunciado – DA REPACTUAÇÃO E DO REAJUSTE.**

**Conclusão:** Termo de Referência ajustado.

**5. a fim de conferir segurança a essa área técnica, cabe, ainda, uma reavaliação dos seguintes itens**

**I) Item 23 – Garantia Contratual**

**Análise:** Segundo o artigo 19-A da IN nº 02/2008 e o artigo 56 da Lei nº 8.666/1993, a exigência de apresentação da garantia deverá estar prevista no edital/instrumento convocatório.

Conforme Modelo da AGU, identificamos que os parágrafos relacionados a garantia contratual também estão previstos no edital;

Constatamos, ainda, que não constam dos modelos de Termo de Referência disponibilizados pela AGU, os parágrafos relacionados sobre o assunto.

**Conclusão:** entendemos necessária a adequação do TR com a exclusão o item 23 e inclusão do referido item no edital, conforme rege a norma e o modelo da AGU, cabendo avaliação da CONJUR quanto a supressão proposta.

**Modelos:** Edital Pregão – AGU

**II) Item 24. – Repactuação**

**Análise:** De acordo com o art. 30-A, § 2º da IN nº 02/2008, os reajustes devem estar previstos no contrato para assegurar a vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos de serviços continuados.

Segundo Modelo da AGU, as regras acerca da repactuação do valor contratual são as estabelecidas no Termo de Contrato, anexo ao Edital.

Não consta nenhum item referente a repactuação /reajuste nos modelos de TR da AGU.

**Conclusão:** Haja vista o art. 30-A, § 2º da IN nº 02/2008 e os modelos da AGU, propomos a retirada do item 24 do TR e sua inclusão no termo de contrato, cabendo avaliação da CONJUR quanto a supressão proposta.

**Modelos:** Edital Pregão – AGU.

**III) Item 26 – Habilitação Técnica e Qualificação Técnica**

**Comprovação de 3 anos.**

**Análise:** Verificamos que o artigo 19, § 5º, item I da IN 02/2008, alterada pela IN nº 06/2013 não estabelece obrigatoriedade a empresa de comprovação de que tenha executado serviços de

Esplanada dos Ministérios, Bloco B, 3º andar – Brasília, DF



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA

terceirização por período não inferior a 3 anos, mas sim de que a Administração Pública poderá exigir do licitante.

Art. 19

...

§ 5º Na contratação de serviços continuados, a Administração Pública poderá exigir do licitante: **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

...

I - comprovação de que tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos; e **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

Verificamos, ainda, que o artigo 19 da referida IN 02/2008 vincula tal exigência (caso a Administração Pública opte por exigí-la) ao instrumento convocatório e não ao Termo de Referência.

Segundo Modelo da AGU, a referida exigência está prevista no edital.

De acordo com o item 9.1.13 do Acórdão nº 1214/2013 – TCU, a obrigatoriedade da apresentação de atestado de capacidade técnica deve ser fixada em edital.

Não há nenhum item referente a essa exigência nos modelos de Termo de Referência da AGU.

Mínimo de 20 postos

Quanto a comprovação de que a empresa tenha executado contratos com um mínimo de 20 postos, informamos que a obrigatoriedade consta do art. 19, § 8º da IN nº 02/2008, conforme transcrito abaixo:

Art. 19

§ 8º Quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) com um mínimo de 20 (vinte) postos. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013 e retificado conforme redação publicada na página 86 da Seção 1 do DOU nº 68, de 9 de abril de 2014)**

Verificamos, ainda, que o artigo 19 da referida IN 02/2008 vincula tal exigência (caso a Administração Pública opte por exigí-la) ao instrumento convocatório e não ao Termo de Referência.

De acordo com o item 9.1.12 do Acórdão nº 1214/2013 – TCU, a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos deve ser fixada em edital.

No entanto, no item 120 do citado acórdão há um alerta que transcrevemos abaixo:

120. Ademais, é pertinente alertar que, ainda que entendido que o mínimo de 20 postos é o número adequado para comprovar que a empresa tem capacidade em gerenciar pessoas, portanto apta a prestar serviços de natureza continuada, não se trata de determinação, mas tão somente de uma recomendação a ser seguida, haja vista que, a depender das peculiaridades do local onde será realizada a licitação, essa exigência poderá até mesmo impossibilitar a contratação do serviço pretendido.

Não há menção dessa obrigatoriedade nos Modelos de Edital e Termo de Referência da AGU.

Conclusão: Haja vista o art. 19, § 5º e § 8º da IN nº 02/2008 e o Acórdão nº 1214/2013 – TCU e os modelos da AGU, propomos a retirada do item 26 do Termo de Referência e, se obrigatório, que seja incluído no edital, cabendo avaliação da CONJUR, na forma proposta.

Modelos : Edital e Termo de Referência Pregão – AGU.

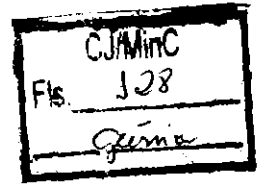
IV)

Item 21 – Acordo de Níveis de Serviço

A respeito da Tabela 2 do ANS, a descrição do item 12 trata de prestação de serviços eventuais, descrito da seguinte forma: "Atender as demandas relativas à prestação de serviços eventuais, por ocorrência". Sugerimos a avaliação jurídica quanto a aplicabilidade desse item como infração, no sentido de verificar se o termo "serviços eventuais" é conflitante com o tipo de contratação de "serviço contínuo".



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA**



Conclusão: a inclusão da tabela de acordo de níveis de serviços visou o atendimento a norma citada acima, conforme recomendação da área de licitação. Quanto a descrição do item 12, sugerimos a avaliação jurídica quanto a aplicabilidade desse item como infração, no sentido de verificar se o termo "serviços eventuais" é conflitante com o tipo de contratação de "serviço contínuo"

Modelos : Edital Pregão – AGU (anexo)

(...)

8. Isto posto, consideramos de grande valia e oportuno que a presente Nota Técnica seja submetida a apreciação da douda Consultoria Jurídica, de forma a dar segurança a essa área técnica acerca das modificações propostas junto ao Termo de Referência.

(...)

3. Às fls. 125, Memorando nº 05/SE/MinC, de 04/01/2016, com solicitação do sr. Secretário-Executivo para que a análise jurídica seja efetuada em prazo inferior a 3(três) dias em decorrência de atraso causado por trâmites burocráticos,

4. É o que se tem a relatar. Passo à análise.

5. Preliminarmente, cumpre ressaltar que o exame desta Consultoria se dá nos termos dos incisos III e V do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93, subtraindo-se do âmbito da competência institucional deste Órgão Consultivo, delimitada em lei, análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária. E ainda que a presente manifestação não respeitou o prazo de 15(quinze) dias, nos termos previstos na Lei 9.784/99, em razão de solicitação de que processos fossem analisados prioritariamente conforme memorando do Sr. Secretário-Executivo.

## **I. DO TERMO DE REFERÊNCIA**

### **I. 1. Da justificativa**

6. Quanto ao primeiro questionamento, esse consultivo é instado a manifestar-se quanto ao atendimento ao apontado pela CGLIC no item 3 do Relatório Técnico nº 19/2015 (fl.39v), que segundo a CGLIC, não constaria a justificativa para que o serviço caracterizado como continuado, porém a área demandante entende que "... as justificativas e o objetivo da contratação constam dos itens 1, 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 do Termo de Referência e dos autos do processo, tendo também como fundamentação legal o Decreto nº 2.271/1997 e a Instrução Normativa nº 02/2008." E que tal informação seria o suficiente para atender o apontado no Relatório Técnico elaborado pela CGLIC. A CGLIC entende que não restou claramente demonstrado que o serviço seria contínuo. S.m.j., embora não esteja explicitado as razões para que o serviço seja caracterizado como serviço continuado, é possível subentender que o descrito no item 3.2. do TR seria uma justificativa plausível para caracterizar o serviço como contínuo, porém seria adequado que a COMAN/CGLOG apenas complementasse da necessidade trata-se de uma necessidade contínua.

3.2 Trata-se de serviço essencial para a administração, visando à segurança com o patrimônio público (instalações, equipamentos, acervo documental) e a integridade dos empregados e do público em geral, bem como tem por objetivo oferecer a CONTRATANTE, meios para a realização da guarda de seus bens, a fim de evitar roubos ou extravios.

7. A sugestão de que a informação seja complementada decorre do fato que, tanto o Decreto nº 2.271/ 97, como a IN nº 02/2008 e as Portarias da SLTI estabelecendo os valores limites para a contratação de serviços de vigilância, limpeza e conservação, tratam da contratação de serviços de natureza continuada ou não.

### **I. 2. Da inclusão dos custos unitários**

8. Quanto aos custos estimados para a contratação a CGLIC em seu Despacho nº 60/2015 (fls. 79/80), a CGLIC entende que além de constar o valor mensal e anual de cada item,



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**  
**CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA**

bem como a soma total dos postos, a COMAN/CGLOG acatou as alterações sugeridas, porém solicita que este Consultivo manifeste-se sobre a inclusão sugerida.

9. O normativo vigente não exige que sejam contemplados os valores unitários dos postos, porém não há prejuízo à realização do procedimento licitatório que sejam previstos tais valores, principalmente se tal informação auxiliar na avaliação da proposta ou na gestão do contrato.

I. 3. Da Alteração da nomenclatura do item Repactuação

10. Quanto a alteração sugerida pela CGLIC para que o item 24 seja acrescido o termo "REAJUSTE", tal mudança não deverá ser implementada conforme sugerido, pois a repactuação enquanto espécie de reajuste "lato sensu", engloba tanto as variações de preços decorrentes da Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo de Trabalho ou sentença normativa, como aquelas decorrentes das variações de custos decorrentes de mercado conforme preveem os arts. 37 a 40 da IN nº 02/2008. Portanto, o título do item 24 deve manter-se apenas como "**Da Repactuação**".

II. 4. Acordo de Níveis de Serviços

11. O questionamento da COMAN/CGLOG, refere-se sobre a adequabilidade de incluir um item de infração prevendo a possibilidade de aplicação de sanção por inexecução de um serviço eventual, considerando que a contratação pretendida é de natureza contínua.

12. O questão controversa está no item 12 da tabela 2 do item 21 que trata dos Acordos de Níveis de Serviços, que prevê que caso a Contratada deixe de "atender as demandas relativas a prestação de serviços eventuais, por ocorrência" será considerada uma infração de grau 3.

13. Entende-se que seria possível tal previsão, caso no contrato preveja a possibilidade de que algum serviço possa ser demandado, tenha natureza de serviço eventual, s.m.j., tal situação não encontra-se presente na presente contratação devendo ser excluída por ausência de pertinência.

**II. DAS ALTERAÇÕES DO TERMO DE REFERÊNCIA**

14. O art. 3º da Lei nº 10.520, de 2002, estabelece as regras de observância obrigatória para o caso do Pregão, constando dos seus incisos I e II a exigência da clara especificação do objeto:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I – a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas as especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição; [...].

15. O Decreto nº 5.504/2005, que regulamenta o Pregão na forma eletrônica, também exige o Termo de Referência na fase interna:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

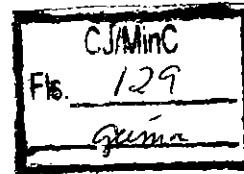
I – elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

II – aprovação do termo de referência pela autoridade competente;

(...)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA



§1º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apoiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração.

§2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

16. A partir da leitura dos dispositivos citados, pode-se concluir que o Termo de Referência deve contemplar todas as especificações técnicas relativas a contratação que será licitada por meio da modalidade de licitação Pregão. A partir dessa premissa é que passamos a nos manifestar sobre os demais questionamentos.

II.1 Da instalação do escritório da contratada no município/região metropolitana do local da prestação

17. A COMAN/CGLOG manifesta-se no sentido de que como a previsão contida no inciso II do § 5º do art. 19 da IN nº 02/2008 não estabelecerá uma obrigatoriedade junto a empresa contratada de que seja instalado o escritório no local em que ocorrerá a prestação de serviço entendeu que tal previsão deverá ser excluída do Termo de Referência ou ser incluída no instrumento convocatório ou no Termo de Contrato, nos seguintes termos:

Haja vista a IN nº 02/2008 e o Acórdão nº 1214/2013 – TCU, ficou mantida a retirada do subitem 12.21.1 do Termo de Referência, com proposta de inclusão no Termo de Contrato ou no instrumento convocatório (caso a Administração opte por exigí-la). Entretanto, consideramos de fundamental importância a apreciação da CONJUR quanto a adequação necessária junto ao TR, de forma a subsidiar a área técnica quantos as normas que devem ser observadas.

18. Quanto a este ponto, primeiramente deve ser avaliado, se a tal previsão é uma obrigação ou não da contratada, verifica-se que por tratar-se de uma obrigação mostra-se adequado que esteja previsto no TR conforme prevê o § 2º do art. 19 do Decreto nº 5.450/2005, apesar da discordância da COMAN/CGLOG. O que deve restar claro é, se for para constar tal obrigação ela deverá estar contemplada no Termo de Referência, devendo ser destacado que tal situação não impede que tal previsão esteja contemplada no Termo de Contrato, inclusive o modelo adotado pela AGU informa que as obrigações das partes estão contempladas no Termo de Referência.

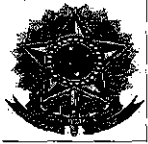
9. CLÁUSULA NONA – OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE E DA CONTRATADA

9.1. As obrigações da CONTRATANTE e da CONTRATADA são aquelas previstas no Termo de Referência, anexo do Edital.

19. Mostra-se adequado esclarecer a COMAN/CGLOG, quais as razões para que seja fosse previsto a inclusão de tal obrigatoriedade à contratada e o entendimento do relator do Acórdão nº 1214/2013- Plenário - TCU:

27. O grupo ressalta a importância de que a empresa contratada possua estrutura compatível no local onde são prestados os serviços, de forma que a administração e os próprios empregados possam discutir questões relacionadas à prestação dos serviços com a empresa contratada, sem maiores dificuldades. Registra o grupo de estudos que, com o pregão eletrônico, é cada vez mais comum empresas sediadas em determinados estados vencerem licitações para a prestação de serviços em outras unidades da federação. Se a contratada não tiver uma estrutura adequada no local de prestação dos serviços, a prática tem mostrado que isso causa dificuldades para a boa execução do serviço.

28. Não havendo impedimentos de caráter legal para tal exigência, que tem por objetivo diminuir potenciais problemas quanto à regular execução contratual, considero adequada a proposta do grupo de que a administração requeira, no edital, que a empresa contratada



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA

possua ou se comprometa "a montar matriz, filial ou escritório em local previamente definido no edital, com pessoal qualificado e em quantidade suficiente para gerir o contrato". Evidentemente, deve ser evitada a formulação de exigências desarrazoadas em termos de estrutura administrativa local, de forma a onerar desproporcionalmente as empresas, inibindo desnecessariamente a competitividade do certame, somente se exigindo que a contratada possua uma estrutura mínima que garanta a boa execução contratual. (destaquei)

20. Como tal exigência está relacionada a Gestão/Fiscalização do Contrato cabe a área demandante manifestar-se sobre a necessidade ou não de tal previsão estar contemplada no Termo de Referência/Contrato, se tal exigência mostra-se desarrazoada e desproporcional com a contratação pretendida.

II. 2. Quanto a retirada dos Anexos.

21. A COMAN/CGLOG propõe a retirada de todos os anexos do TR, eis que os mesmos segundo o Modelo da AGU são tratados como anexos do Edital, porém o que a COMAN/CGLOG deve avaliar, é se todos os anexos poderão ser confeccionados pela área administrativa, tal possibilidade, em tese, mostra-se possível caso todos os detalhes técnicos que devem estar contemplados nas planilhas estejam contemplados no TR ou na instrução processual, ou seja, as informações necessárias para a confecção, por exemplo; dos Modelos de apresentação de proposta ou as Planilhas de Custos e Formação de Preços poderão ser obtidas a partir do TR ou da instrução processual

22. Portanto, não há necessidade de que tais planilhas sejam anexos do TR, mas as informações necessárias para a sua elaboração ou os modelos devem estar contempladas no TR ou na instrução processual.

II.3. Da Garantia Contratual.

23. A exigência de garantia nas contratações visa garantir a adequada execução do contrato, neste sentido manifestam-se ALEXANDRINO e PAULO<sup>2</sup>:

Como todo contrato administrativo deve atender a uma finalidade pública, o inadimplemento ou o adimplemento defeituoso acarretam lesão não apenas à Administração contratante, mas a toda a coletividade. Mediante a exigência de prestação de garantias pelos contratados, a Administração reduz o risco de ocorrência e má execução do contrato, ou, na hipótese de essa verificar-se, assegura uma rápida composição das perdas sofridas em decorrência da inexecução ou execução irregular

24. O art. 56 da Lei nº 8.666/93, estabelece que cabe a autoridade competente decidir pela necessidade ou não da exigência da garantia nas contratações, desde que prevista no instrumento convocatório, ou seja, tal exigência poderá constar no edital ou em seus anexos. Portanto, uma decisão discricionária da Administração que deve levar em conta a possibilidade de a inexecução adequada do objeto possa gerar prejuízos à Administração.

25. Nesse mesmo sentido, leciona JUSTEN FILHO<sup>3</sup>:

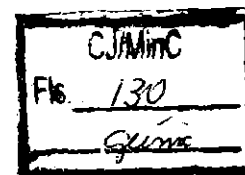
A lei remete à discricionariedade da Administração a exigência da garantia. Poderá (deverá) ser exigida apenas nas hipóteses em que se faça necessária. Quando inexistirem riscos de lesão ao interesse estatal, a Administração não precisará impor a prestação de garantia

26. A COMAN/CGLOG, entende que deveria ser excluída a previsão da garantia no TR para que conste apenas no edital conforme modelo sugerido pela AGU. Todavia, o que deve ser

<sup>2</sup> ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 360

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 719





verificado é se a exigência da garantia ou não, esta relacionada com o fiscalização e gestão do contrato, se estiver, entendo que cabe a área demandante manifestar-se sobre a necessidade ou não da exigência de garantia e em que percentual deve se dar tal garantia, porém não há necessidade de que todo o regramento relativo a execução da garantia esteja previsto necessariamente no TR. Todavia, caso a gestão administrativa esteja subordinada a outra área técnica deverá manifestar-se sobre a necessidade da garantia ou não.

#### II.4. Da Repactuação.

27. Quanto a retirada da previsão de Repactuação do TR para constar apenas no Termo de Contrato em conformidade com o § 2º do art. 30-A da IN nº 02/2008 e do Modelo da AGU, não vislumbram-se óbices jurídicos.

28. Cabe alertar que quanto a variação dos insumos o Acórdão 1214/2013, vislumbrou a possibilidade de adoção de reajuste com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato que guardem correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais, dispensando-se a realização de pesquisa de mercado. Portanto, quanto a adoção de um índice para a repactuação dos valores relativos aos insumos e materiais de consumo tal decisão poderá ser tomada tanto pela CGLIC que é a área responsável para analisar as repactuações ou ser sugerida pela COMAN/CGLOG que é a área demandante.

29. Deve ser destacado que a adoção de um índice para a repactuação dos insumos deve estar devidamente motivada.

#### II.5. Da Habilitação e da Qualificação Técnica.

30. Tanto quanto a exigência da comprovação de 3(três) anos, quanto a exigência de que a empresa demonstre que tenha executado contratos com no mínimo 20(vinte) postos, a CGLOG/COMAN entende que tais previsões devem constar, se for o caso, apenas no edital, e apresenta como fundamento as previsões contidas na IN nº 02/2008 da SLTI/MP e das recomendações contidas no Acórdão 11214/2013 – Plenário TCU. Por consequência, o tópico relativo a habilitação e a qualificação técnica seria retirado do TR elaborado pela área demandante.

31. No tocante a habilitação e qualificação técnica, em regra, é a área demandante que esta melhor capacitada para estabelecer os parâmetros que deverão ser exigidos daquela que pretende prestar serviços para a Administração capazes de demonstrar a *expertise* da licitante, porém não há necessidade de tal manifestação esteja contemplada no TR pois pode constar em outro documento da instrução processual.

32. Verifica-se que na Nota Técnica nº 17/2015/COMAN/CGLOG/SPOA/SE/MinC (fls. 118/122), no tocante aos dois requisitos não resta claro se a COMAN concorda ou não com tais exigências, eis reproduz um alerta constante do relatório da área técnica do TCU, nos seguintes termos:

120. Ademais, é pertinente alertar que, ainda que entendido que o mínimo de 20 postos é o número adequado para comprovar que a empresa tem capacidade em gerenciar pessoas, portanto apta a prestar serviços de natureza continuada, não se trata de determinação, mas tão somente de uma recomendação a ser seguida, haja vista que, a depender das peculiaridades do local onde será realizada a licitação, essa exigência poderá até mesmo impossibilitar a contratação do serviço pretendido.

33. Caso, a COMAN/CGLOG entenda que a tais exigências poderão impossibilitar a contratação do serviço deve apresentar as suas razões para tanto. Como bem destacado na Nota Técnica nº 17 da COMAN, a IN nº 02/2008 SLTI/MP dispôs que as duas exigências em questão poderão ser exigidas para demonstrar a capacidade técnica da empresa. Cabe destacar, que tais previsões contempladas no normativo da SLTI relativo a contratação de serviços pela Administração decorrem de estudos que foram submetidos à apreciação da Corte de Contas, cabendo trazer



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA

excertos do voto de Ministro-relator e das recomendações sobre os pontos em questão conforme Acórdão nº 1214/2013 –Plenário TCU

VOTO

(...)

79. A então 3ª Secex se manifesta contrariamente à possibilidade das exigências dos 20 postos e do mínimo de 3 anos de experiência, entendendo não haver amparo legal para elas. Até mesmo em relação ao percentual de 50% dos serviços a ser contratados a unidade entende não ser legal o estabelecimento dessa exigência.

80. Mais uma vez, com as devidas vêniás, discordo da unidade técnica. Tal como fez na análise das questões relacionadas à qualificação econômico-financeira, a unidade adotou uma visão bastante restritiva, basicamente argumentando que tais exigências (20 postos e experiência mínima de 3 anos) não estão previstas em lei e, portanto, sua exigência nos editais seria indevida. Particularmente em relação à experiência mínima, ressalta que seria necessária a expedição de decreto regulamentador para possibilitar a inserção de tal requisito nos editais.

81. Na mesma linha que defendi anteriormente, também nesse caso entendo de forma diferente. A lei possui caráter geral, pois se destina a regular todas as situações. Em razão disso, dada a diversidade de possíveis objetos, seria difícil e até temerário a legislação entrar em um nível de detalhe tal a especificar quantidades e percentuais a serem requeridos. O art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93 estabelece que a administração deve exigir que a licitante comprove a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto. Os parágrafos do citado artigo estabelecem algumas regras para tentar evitar abusos ou exigências desarrazoadas, no sentido de garantir a observância do art. 37, inciso XXI, in fine da Constituição Federal, que só permite as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Algumas das restrições feitas pela Lei 8.666/93 relativas às exigências que podem ser estabelecidas são as seguintes: vedação da exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou em locais específicos, proibição de exigências de propriedade e de localização prévia de equipamentos e pessoal.

82. Estando as exigências dentro dos limites autorizados pela lei, não há porque a priori, considerá-las indevidas. O que se deve verificar é sua pertinência para garantir a cumprimento (ou ao menos diminuir o risco de descumprimento) das obrigações das contratadas, sem restringir indevidamente a competitividade das licitações. Entendo que os argumentos utilizados pelo grupo demonstram a adequabilidade dessas exigências, que já foram consideradas legais pelo Tribunal em algumas ocasiões, conforme registrado abaixo. Mencione-se que nos processos abaixo mencionados, a própria 3ª Secex manifestou-se pela legalidade dessas exigências: (destaquei)

(...)

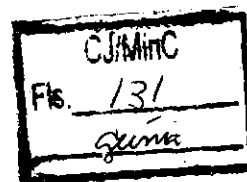
Acórdão:

(...)

9.1.12 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, para a contratação de até 40 postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, para contratos de mais de 40 (quarenta) postos, seja exigido um mínimo de 50%;

9.1.13 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 anos;

34. Quanto a retirada do item 26 do TR verifica-se que não há óbices legais, porém como a COMAN questiona se as exigências devem ou não constar no edital, entende-se que, s.m.j., as duas exigências devem estar no edital, pois de acordo com os estudos realizados e confirmados pelo TCU, tais previsões dão mais segurança a União no tocante a boa prestação do serviço a ser contratado, todavia caso a Administração motivadamente entender que tais previsões podem prejudicar a realização do procedimento licitatório, essa situação mostra-se suficiente para afastar a inclusão de tais previsões no edital.



35. Finalmente, considerando que algumas questões suscitadas pela COMAN/CGLOG podem ser dúvidas de outras Pastas Ministeriais e mostrando necessário a inclusão de Notas Informativas em complemento as existentes, entende-se pertinente que cópia da presente manifestação acompanhada de cópia dos autos seja encaminhada para o Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos – DECOR para as providências cabíveis.

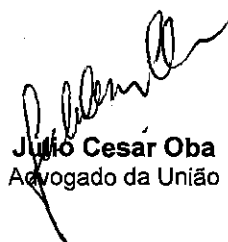
### III. CONCLUSÃO

36. Ante o exposto, conclui-se, abstendo-se de se imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e oportunidade, e destacando que o opinativo jurídico aqui emanado não é vinculante, que:

- a) a justificativa deverá ser complementada conforme razões apontadas nos itens 6 e 7 acima;
- b) quanto a inclusão de valores unitários em que pese não haver previsão legal para sua exigência para a contratação pretendida não vislumbra-se óbices para a sua inclusão;
- c) quanto a inclusão do Termo "reajuste", tal medida mostra-se inadequada conforme razões apresentadas no item 10 acima;
- d) Quanto ao item 12 da Tabela 2 que trata das infrações relativas ao Acordo de Níveis de Serviços, sugere-se a retirada por inaplicável a presente contratação;
- e) quanto a manutenção da obrigação de que a contratada estabeleça escritório no município ou região metropolitana do local da prestação de serviço, deve ser avaliado pela COMAN/CGLOG a pertinência de constar tal obrigação, caso decida por manter tal obrigação deve constar do TR, conforme fundamentos apresentados nos itens 17 a 20 acima;
- f) Quanto a retirada dos anexos do TR, não vislumbram-se óbices desde que observado o apontado nos itens 21 e 22 acima;
- g) quanto a garantia contratual deve ser observado o recomendado nos itens 23 a 26 acima;
- h) quanto a repactuação não vislumbram-se óbices para que tal previsão esteja apenas no contrato, desde que observado o exposto nos itens 27 a 29;
- i) Quanto a habilitação e qualificação técnica deve ser observado o apontado nos itens 30 a 34
- j) Por fim, sugere-se cópia da presente manifestação acompanhada de cópia dos autos seja encaminhada para o Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos – DECOR para as providências cabíveis.

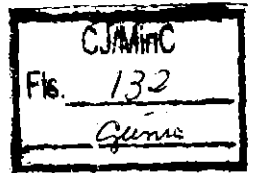
37. É o Parecer, salvo melhor juízo.

38. À consideração superior.

  
Julio Cesar Oba  
Advogado da União

Brasília, 12 de janeiro de 2016.

CONJUR/MinC  
EM BRANCO



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA  
COORDENAÇÃO GERAL DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS E  
JUDICIAIS

---

**DESPACHO n. 00013/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU**

**NUP: 01400.061894/2015-59**

**INTERESSADOS: SECRETARIA EXECUTIVA**

**ASSUNTOS: ALTERAÇÕES NOS MODELOS DE TERMO DE REFERÊNCIA.**

1. **Aprovo** o Parecer N° 033/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU.
2. Dispensada aprovação superior nos termos da Portaria N° 01, de 04.11.2009, desta Consultoria Jurídica. Publicada no DOU de 05.11.2009.
3. Ao apoio, com a urgência que o caso requer para atendimento dos artigos 35 e 36, alínea “j”, do parecer supramencionado. Com a observação de que a remessa ao DECOR/AGU poderá ser realizada por meio do sistema SAPIENS.
4. Em seguida, devolvam-se os autos à Secretaria Executiva, para as providências decorrentes.

Brasília, 13 de janeiro de 2016.

MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA  
ADVOGADA DA UNIÃO  
COORDENADORA-GERAL JURÍDICA DE ASSUNTOS  
ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400061894201559 e da chave de acesso be71378e

---

Documento assinado eletronicamente por MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5902607 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA. Data e Hora: 13-01-2016 12:45. Número de Série: 3457111354512309127. Emissor: AC CAIXA PF v2.

---