

O dinamismo das normas administrativas nas contratações públicas: impedâncias na implementação de novos procedimentos

Primeiro-Tenente (AA) Vania Menezes Pereira da Silva

Assessora Jurídica da DOCM. Graduada em Engenharia Civil pela Universidade Veiga de Almeida, Graduada em Direito pela Universidade do Rio de Janeiro, Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho e Pós-Graduada em Direito Público na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Toda sociedade é regida por normas, escritas ou não, como o direito posto por costumes ou orientações de Cortes Supremas. No Brasil, tem-se na Constituição da República Federativa o nosso fundamento de validade e eficácia das normas, que são elaboradas principalmente pelo Poder Legislativo. Essas podem ser complementadas pelas normas emanadas do Poder Executivo, por meio de Medidas Provisórias, Portarias, Instruções Normativas, dentre outros atos administrativos, que são normas de observância obrigatória em cada esfera de Poder, seja Federal, Estadual ou Municipal.

A elaboração das normas é uma resposta aos anseios da sociedade e um reflexo do protecionismo constitucional, decorrente da entrega da atividade legiferante ao poder estatal, o que gera o que se denomina segurança das relações jurídicas. A despeito disso, a realidade das regras nelas dispostas nem sempre corresponde a sua eficácia, o que cria verdadeiro descompasso entre a pretensão da ordem normativa e o que se pode executar de forma eficiente.

Assim, enfrenta-se a contrastante posição que ocupa o Estado, ora como grande detentor do poder de compras, ora como elaborador de suas próprias regras de aquisição. Ao atender a atual política econômica, o Estado implementa novas normas, que buscam a eficiência nas contratações públicas e a inserção do fator sustentabilidade, o que vai ao encontro do desejo da sociedade moderna e tecnológica, atendendo aos seus anseios de preservação do planeta. Porém, também gera grandes dificuldades no plano da

eficácia das mesmas, quando aplicadas pelos seus agentes públicos.

De fato, existem regras a serem cumpridas e que devem melhorar, em muito, a seleção das empresas contratadas, buscando-se aquelas que vejam a Administração Pública como parceira, que melhorem a qualidade da prestação dos serviços públicos, que implementem o uso de tecnologias e métodos que preservem o meio ambiente, protejam a saúde, retratando-se um projeto ambicioso de ter uma Administração Pública eficiente, moderna, sustentável e estruturada para otimizar novas gestões políticas nacionais, em resposta ao que demanda a própria Carta Constitucional.

Ocorre que, com a edição reiterada de diversas normas administrativas, os agentes públicos tentam, em vão, preparar editais adequados e eficientes, que insiram as novas regras em seus textos, mas enfrentam dificuldades de todas as espécies, desde a falta de regras claras de implementação efetiva das ordens administrativas, até a falta de especificação técnica adequada do objeto a ser licitado, de forma a definir e delimitar os novos editais sustentáveis, por falta ou desconhecimento do que se precisa comprar. E comprar rápido, já que a distribuição dos recursos pelo Governo é, muitas vezes, inopinada, o que afeta o planejamento do gestor público, que se vê obrigado a licitar com urgência, sob pena de perder os parcos recursos recebidos e solicitados há muito tempo.



Nesse contexto, passa-se ao estudo de algumas impedâncias, observadas quando da implementação de novos procedimentos, necessários à efetivação das diversas normas expedidas pela Administração Pública Federal, de observância obrigatória pelos agentes públicos, em decorrência do poder hierárquico exercido pelo Chefe do Poder Executivo.

A primeira dificuldade a ser estudada é a definição dos Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) nos orçamentos de obras e serviços de engenharia. É indiscutível que o BDI deve ser previsto nos editais e que as empresas devem apresentar seu BDI decomposto, para permitir a análise de seus componentes unitários e a aferição da conformidade da proposta da empresa, por meio de um julgamento objetivo.

Ocorre que a decomposição do BDI é inerente a cada Empresa, e a regra procedimental era que somente a empresa vencedora apresentasse o seu BDI decomposto. Atualmente, de acordo com as decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) e com a Súmula nº 258 desse órgão⁽¹⁾, todas as empresas licitantes devem apresentar o seu BDI decomposto.

Tal tarefa se torna de difícil análise para a Comissão de Licitação, se já não houver no edital o BDI decomposto da própria Administração, além de tornar o critério de julgamento subjetivo. Dessa forma, caso a Administração decida por licitar obras ou serviços de engenharia, deve incluir em seu orçamento o BDI decomposto.

Segundo o professor e Engenheiro Civil Paulo Roberto Vilela Dias, no seu livro intitulado Novo Conceito de BDI⁽²⁾, pode-se proceder

⁽¹⁾ “As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes, e não podem ser indicados mediante uso da expressão ‘verba’ ou de unidades genéricas.”

à decomposição conforme a fórmula sugerida abaixo:

$$BDI = \left[\frac{(1+AC+CF+S+G)}{1-(TM+TE+TF+MBC)} - 1 \right] \times 100$$

Onde:

- AC – Administração Central
- CF – Custo Financeiro
- S – Seguros
- G – Garantias
- TM – Tributos Municipais
- TE – Tributos Estaduais
- TF – Tributos Federais
- MBC – Margem Bruta de Contribuição

Esta fórmula reflete todos os custos indiretos que a empresa pode repassar ao contratante. Aconselha-se, todavia, que na Margem Bruta de Contribuição somente se considere a margem de lucro, ou seja, o lucro previsto, sem a incidência do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), pois esses devem ser suportados pela licitante, conforme determinação disposta no inciso II, § 7º, do art. 127, da Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2010⁽³⁾.

Um segundo problema enfrentado é a efetividade das normas dispostas na Instrução Normativa nº 2/2008, expedida pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/

⁽²⁾ DIAS, Paulo Roberto Vilela Dias. Novo Conceito em BDI. 2. ed. – Rio de Janeiro: IBEC, 2009, p 55.

⁽³⁾ BRASIL. Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12309.htm> Acesso em: 9 set 2010.

MPOG)⁽⁴⁾, alterada pela Instrução Normativa nº 3/2010, expedida pela SLTI/MPOG⁽⁵⁾. Essa norma regulamentou novas situações como a elaboração de uma tabela, disposta no Anexo III-B, da IN nº 3/2010, a qual contém e dados e cálculos para os serviços contínuos de limpeza e vigilância e inclui obrigações para as contratadas relativas a ações ambientais, assim como novas condutas para a própria Administração.

Em relação às novas obrigações das partes, verifica-se que a IN nº 2/2008, em seu item 5.1.9, dispõe que, dentre as obrigações e responsabilidades da contratada, deverá ser observada a conduta de “[...] Adotar boas práticas de otimização de recursos/redução de desperdícios/menor poluição [...]”. Tal obrigação indica a necessidade de criar uma nova consciência coletiva, no que tange à sustentabilidade, adotando-se meios de instrução dos agentes públicos e de introjeção do novo conceito, que surge desde a simples adoção de posturas ecologicamente aceitáveis até a definição do objeto da licitação. Observa-se que para a efetiva implementação das ações ali dispostas, necessita-se de elaboração de novas normas internas que regulamentem, por exemplo, a utilização racional da água e da energia, por meio de reuso e aquisição de lâmpadas de maior eficiência e de processo produtivo sustentável, procedimentos de descarte dos materiais eletrônicos de pequena dimensão, implementação da reciclagem, dentre outros. Além disso, disponibilizar os meios para que a empresa contratada possa executar a seleção do lixo coletado, treinar os agentes públicos para que gerenciem os contratos celebrados, desde a simples execução do objeto propriamente dito, até o acompanhamento das ações finais de descarte de materiais.

(4) BRASIL. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br>>. Acesso em: 8 set. 2010.

(5) BRASIL. Instrução Normativa nº 03, de 15 de outubro de 2009. Altera a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br>>. Acesso em: 8 set. 2010.

Acrescente-se a essas sugestões novas ações na aquisição de computadores, devendo-se adotar o que se denomina de computadores sustentáveis ou TI verde⁽⁶⁾, sendo certo que deve o agente público observar a inserção de apresentação de certificados na fase de habilitação e adotar especificações mais sustentáveis, como regulamentado pelo Decreto nº 7.174/2010⁽⁷⁾. Nesse ponto, surgiu a dificuldade maior que é definir qual o certificado a ser apresentado. Por meio de um comunicado no sítio do comprasnet, foi incluída uma orientação no que tange à verificação das empresas que possuem bens com tecnologia desenvolvida no país e atendem ao processo produtivo básico⁽⁸⁾. Contudo, não há qualquer definição mais exata de como proceder ou quanto à especificação dos certificados a serem exigidos pelos agentes públicos.

Diante dessa omissão, sugere-se que o próprio setor de licitações acesse o Guia Prático de Licitações Sustentáveis⁽⁹⁾, elaborado pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico da Advocacia da União no Estado de São Paulo, tendo em vista que lá se encontram algumas sugestões de certificação e procedimentos para serem incluídos nos editais e seus contratos decorrentes.

(6) BRASIL. Portaria nº 2, de 16 de março de 2010. Dispõe sobre as especificações padrão de bens de Tecnologia da Informação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências, § 1º, art. 1º. Disponível em: <www.comprasnet.gov.br>. Acesso em: 9 set 2010.

(7) BRASIL. Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=261265>>. Acesso em: 8 set. 2010.

(8) BRASIL. Disponível em: <www.mct.gov.br>. Acesso em: 9 set 2010.

(9) CSIPA. Luciana Pires. Guia Prático de Licitações Sustentáveis. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=138067&id_site=777>. Acesso em: 9 set 2010.

Em outros casos, porém, subsiste a omissão, pois não há como se conhecer nem definir a certificação atinente ao caso por puro desconhecimento das normas técnicas, já que a especificação é algo inerente aos profissionais que requisitam as compras, os quais, na maioria das vezes, também não estão capacitados para definir as certificações.

Acresça-se a esse problema a restrição à competitividade, já que somente serão habilitadas as empresas que possuírem o certificado especificado no edital. Alguns renomados advogados, como o Dr. Bernardo Loyola⁽¹⁰⁾, sugerem que nesses casos se utilize as certificações como uma especificação do material, o que passaria para a fase da contratação a análise do objeto a ser recebido que, estando de acordo com as especificações e atendendo aos requisitos de habilitação, permitiria que o certificado fosse apresentado quando da assinatura do contrato. Contudo, ainda permaneceria o problema já que não se especificaria o certificado e no ato da assinatura o agente público não saberia qual adotar.

No que tange à especificação do objeto a ser comprado, a Administração expediu normas que limitaram a escolha do gestor público, porquanto a Instrução Normativa nº 4/2008⁽¹¹⁾ foi regulamentada pela Portaria nº 2/2010⁽¹²⁾, que impõe, em seu Anexo I, a especificação do objeto a ser adquirido. Nesse ponto, cabe uma observação. Embora seja desejável a adoção da

⁽¹⁰⁾ LOYOLA, Bernardo. In: Curso de Licitações e Contratações sustentáveis. Rio de Janeiro: NDJ, 2010.

⁽¹¹⁾ BRASIL. Instrução Normativa no 04, de 19 de maio de 2008. Dispõe sobre o processo de contratação de serviços de Tecnologia da Informação pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: www.comprasnet.gov.br. Acesso em: 9 set 2010.

⁽¹²⁾ BRASIL. Portaria nº 2, de 16 de março de 2010. Dispõe sobre as especificações padrão de bens de Tecnologia da Informação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: www.comprasnet.gov.br. Acesso em: 9 set 2010.

sustentabilidade, essa busca honrosa não pode deixar de observar que entre a atual postura e a nova deve haver um período de transição, para que ambas as partes, contratante e contratada, consigam adaptar-se, não só capacitando seus agentes como também obtendo-se no mercado materiais e equipamentos com preços compatíveis com a média praticada, sob pena de onerar o erário e, por via indireta, a sociedade.

Outro problema surge em relação à contratação dos serviços contínuos. A grande novidade é a criação da conta vinculada, para gerência da própria Administração. Nesse caso, deve o gerente do contrato manter livros rigorosamente atualizados, contendo as presenças, faltas, acidentes e tudo o mais que for incidental à execução do contrato, já que, além da tradicional obrigação da retenção na fonte do INSS da Empresa, deverá haver também a retenção dos valores discriminados no Anexo VII, da IN nº 2/2008⁽¹³⁾, alterado pela IN nº 3/2009⁽¹⁴⁾.

É imperativo que um agente público esteja responsável pela verificação do cumprimento das obrigações trabalhistas, sob pena de ser responsabilizado por mau gerenciamento do contrato. Assim, deve-se estar sempre atento às reclamações dos funcionários das empresas terceirizadas sobre o recebimento dos vales-transportes, salários, férias, disponibilidade e uso de equipamentos de proteção e segurança do trabalho, reportando imediatamente ao setor jurídico da Organização a ocorrência de qualquer violação obrigacional, para que sejam tomadas as sanções cabíveis, de forma oportuna. Cabe também lembrar que será a empresa contratada que efetuará a solicitação para o levantamento

⁽¹³⁾ BRASIL. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br> . Acesso em: 8 set. 2010.

⁽¹⁴⁾ BRASIL. Instrução Normativa nº 03, de 15 de outubro de 2009. Altera a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br> . Acesso em: 8 set. 2010.

dos valores da conta vinculada referentes aos benefícios/direitos não repassados ao funcionário.

Acresça-se que cada demissão, férias, licença, horas extras, enfim, qualquer alteração no contrato do trabalho, deverá ser acompanhada, não só no aspecto da execução dos serviços prestados, mas também das obrigações trabalhistas e previdenciárias, o que deve ser efetuado, sempre, em livro próprio, diariamente. Vale dizer que os recursos para esse fim estarão em poder da Administração, na citada conta vinculada, e que serão liberados após a verificação dos cálculos atinentes à motivação específica a cada caso.

Outro assunto interessante é a contratação de projetos de engenharia para licitação de novas edificações/instalações e a denominação utilizada nos processos licitatórios, que pode causar confusão aos licitantes e prejudicar o andamento do certame.

Os projetos de engenharia podem ser do tipo básico ou executivo. Ocorre que o nome do objeto da licitação é “projeto básico para a construção de ...” ou “projeto executivo para a reforma de ...”, o que confunde o elaborador do edital, porque todo edital tem que possuir um projeto básico, em conformidade com o disposto no artigo 7º, da Lei nº 8.666/1993⁽¹⁵⁾. Então, esclareça-se: a denominação do objeto do edital é o projeto de engenharia para a construção de..., seja ele básico ou executivo. Dentro do edital teremos que juntar anexos e, entre estes, temos o projeto básico. Este projeto básico do edital é composto do projeto de engenharia (plantas, caderno de encargos, especificações), seja básico ou executivo, do orçamento estimado e de um cronograma, não esquecendo-se de decompor o BDI na planilha orçamentária.

⁽¹⁵⁾ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br>> . Acesso em: 8 set. 2010.

Assim sendo, a denominação projeto básico, utilizada no citado artigo da lei, trata-se de um conjunto de documentos que inclui, também, o projeto de engenharia, que pode ser básico ou executivo, conforme o seu nível de detalhamento. Essa a correta interpretação, posto que a sua redação é verdadeiramente contraditória.

Nesse ponto, é interessante esclarecer que nas contratações de obras e serviços de engenharia devem ser inseridos alguns critérios no edital, no intuito de adequá-lo à posterior execução do objeto. Logo, algumas obrigações devem constar na minuta do contrato, que estará anexa ao edital, permitindo que as licitantes tomem conhecimento prévio das condições de execução futuras, sob pena de serem penalizadas em caso de violação. Uma primeira obrigação da contratada é a de passar para a Marinha a propriedade do projeto, informando que o mesmo poderá ser utilizado mais de uma vez pelo órgão contratante, em lugares distintos, a fim de evitar que a Marinha tenha que licitar a elaboração do mesmo projeto por várias vezes ou pague ao autor do projeto a cada vez que for utilizá-lo.

Uma segunda obrigação a ser incluída é a apresentação do projeto de engenharia/arquitetura contendo a assinatura do profissional responsável, o número de registro junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA) e o comprovante do recolhimento da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) junto ao CREA.

Em relação ao orçamento a ser apresentado juntamente com o projeto de engenharia, esse deve conter a assinatura do profissional, o número de registro junto ao CREA, o comprovante do recolhimento da ART e uma declaração informando que utilizou o Sistema xxx (SINAPI, pertencente à Caixa Econômica Federal - CEF), destacando os itens que não foram encontrados no sistema e que foram cotados por fontes oficiais, anexando as fontes na declaração com as suas respectivas justificativas. Tal procedimento é necessário para

atender ao disposto no art. 127, da Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2010⁽¹⁶⁾.

Diversas são as questões polêmicas que surgem durante o procedimento das licitações e nas gestões dos contratos administrativos. É um caminho espinhoso, subjetivo, que necessita muito mais de criatividade do que aplicação literal das normas pelo gestor público, pois que essas, muitas vezes, não são exequíveis, devendo o administrador buscar o melhor meio de atender as imposições normativas, sem "engessar" a Administração, efetivando a missão que lhe é destinada.



REFERÊNCIAS:

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://ww6.senado.gov.br/sicon/PaginaDocumentos.action> Acesso em: 8 set. 2010.

BRASIL. Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2010. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2011 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12309.htm Acesso em: 9 set 2010.

BRASIL. Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais

⁽¹⁶⁾ BRASIL. Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2010. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2011 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12309.htm Acesso em: 9 set 2010.

organizações sob o controle direto ou indireto da União. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=261265> Acesso em: 8 set. 2010.

BRASIL. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br> . Acesso em: 8 set. 2010

BRASIL. Instrução Normativa nº 03, de 15 de outubro de 2009. Altera a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br> . Acesso em: 8 set. 2010

BRASIL. Instrução Normativa nº 04, de 19 de maio de 2008. Dispõe sobre o processo de contratação de serviços de Tecnologia da Informação pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: www.comprasnet.gov.br Acesso em: 9 set 2010

BRASIL. Portaria nº 2, de 16 de março de 2010. Dispõe sobre as especificações padrão de bens de Tecnologia da Informação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: www.comprasnet.gov.br Acesso em: 9 set 2010

BRASIL. Enunciado da Súmula nº 258, do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://tcu.gov.br> Acesso em: 8 set. 2010.

CSIPAI. Luciana Pires. Guia Prático de Licitações Sustentáveis. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=138067&id_site=777 Acesso em: 9 set 2010.

LOYOLA, Bernardo. In: Curso de Licitações e Contratações sustentáveis. Rio de Janeiro: NDJ, 2010

DIAS, Paulo Roberto Vilela. Novo conceito de BDI. 2. ed. Rio de Janeiro: IBEC, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22. ed. – São Paulo: Malheiros, 1998.

