



Vínculo empregatício e comprovação da capacidade técnico-profissional

Em princípio, recorde-se que existe entendimento uníssono no âmbito do Tribunal de Contas da União apontando a ilegalidade da exigência do vínculo empregatício nos procedimentos licitatórios, uma vez que seria excessiva (e restritiva da concorrência) a exigência de que determinado profissional tenha vínculo empregatício com o licitante, porquanto o mesmo poderá prestar os serviços por intermédio de outros vínculos jurídicos, conforme Acórdão paradigma 2297/2005 – TCU – Plenário.

Apresenta-se, por oportuno, excerto de outros Acórdãos do Plenário do Tribunal de Contas da União, nos quais a Corte de Contas assim se pronunciou:

Acórdão nº 1110/2007 – TCU – Plenário

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2. determinar à(...)

que: 9.2.1. abstenha-se de dar prosseguimento à Concorrência Pública 002/2006, adotando as providências necessárias ao exato cumprimento da lei visando, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, à anulação da mencionada licitação, tendo em vista a presença, no instrumento convocatório do certame, de cláusulas em afronta às disposições contidas no art. 3º, § 1º, inciso I, 30, § 1º, inciso I, art. 30, §§ 2º, 3º e 5º, e art. 48, § 1º, da Lei 8.666/93, bem como a inobservância do disposto no art. 167, § 1º, da Constituição Federal, e no art. 7º, § 2º, inciso IV, da Lei 8.666/93;

(...) 9.2.4. observe, no instrumento convocatório do certame que vier a dar lugar à Concorrência 002/2006, as disposições da Lei 8.666/93, especialmente quanto ao seguinte:

(...) 9.2.4.5. a abstenha-se de exigir que o profissional indicado na comprovação de capacitação técnico-profissional pertença ao quadro da licitante previamente à data da licitação (art. 30, § 1º, inciso I);

9.2.4.6. preveja, no instrumento convocatório, a possibilidade de o profissional indicado na comprovação de capacitação técnico-profissional ser vinculado à licitante por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum (Acórdãos 2.297/2005-TCU-Plenário, 361/2006-TCU-Plenário, 291/2007-TCU-Plenário e 597/2007-TCU-Plenário);

(...)

(Destacou-se)

Acórdão nº 141/2008 – TCU – Plenário

Voto do Ministro Relator

(...)

7. No tocante à não-aceitação de contratos de prestação de serviços como comprovação da existência de profissional no quadro funcional da licitante, também acolho as conclusões da Secex/PI. A compreensão mais adequada de quadro permanente, mencionado no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, deve ser a do conjunto de profissionais disponíveis para prestar os serviços de modo permanente, durante a execução do objeto licitado, conforme jurisprudência e doutrina citadas pela unidade técnica.



8. Nesse sentido, não há necessidade de que os profissionais mantenham vínculo de emprego ou societário para que se caracterize o compromisso de realizar o serviço ao longo da execução do contrato. Tal exigência viria, apenas, impor ônus desnecessário às empresas, uma vez que se veriam obrigadas a manter entre seus empregados, ao longo dos anos, um número muito maior de profissionais ociosos. (...)

11. Portanto, a compreensão é no sentido de que, tanto na data da entrega da proposta quanto ao longo da execução do contrato, a contratada deve contar com profissional qualificado, vinculado à empresa por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, ou que tenha vínculo trabalhista ou societário com a empresa.

12. Assim entendido, a exigência em comento também restringiu o caráter competitivo do certame licitatório, podendo ter afastado, inclusive, potenciais interessados em participar do certame. (...)

Acórdão

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, conhecer desta Representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei nº 8.443/92, fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que a Cofruvale adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, anulando a Tomada de Preços nº 03/2007, em face das exigências inseridas no subitem 8.3, alíneas “c.2” e “e.1”, restritivas ao caráter competitivo do certame;

(...)

(Destacou-se)

Analisando o inteiro teor do Acórdão 141/2008 – TCU – Plenário, conclui-se que o subitem 8.3, alínea ‘c.2’ do edital previa que não seriam aceitos contratos de prestação de serviços como comprovativos da existência de profissional no quadro de pessoal da concorrente.

Como visto, o Tribunal de Contas da União aponta para a necessidade de anulação do “*processo licitatório*”, sendo de se supor que a anulação também englobaria as consequências decorrentes do mesmo (inclusive eventual contrato).

Todavia, e apenas a título de exemplo, pergunta-se: como proceder em situações em que o contrato esteja próximo do fim, e quase todo o valor previsto contratualmente já tenha sido despendido pela Administração Pública?

Evidentemente, se houve a prestação dos serviços, deve haver o respectivo pagamento. Mas o fato de a Administração necessitar pagar pelos serviços efetivamente prestados, designadamente se a contratante estiver de boa fé – diante da vedação ao enriquecimento sem causa – não lhe retira a obrigação de averiguar se no caso concreto não houve pagamentos em sobrepreço (como reflexo de eventual burla à concorrência, ou outro motivo). Tudo isso, sem prejuízo da apuração de possíveis responsabilidades.

Veja-se, nessa altura, o disposto nos artigos 49 e 59 da Lei 8.666, de 1993:



Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (Grifou-se)

De tal modo, quanto ao restante do contrato (na situação hipotética apontada), entende-se que se confirmado não ter ocorrido preterição de empresa concorrente, ou contratação em sobrepreço, o mesmo poderia ser concluído, e desde que a Administração demonstrasse, também, que da imediata paralisação do contrato decorreriam gravosos danos ao interesse público. Portanto, tal curso de ação se justificaria se ficasse demonstrado que do ato (cláusula editalícia exigindo somente o vínculo empregatício como capaz de comprovar a capacidade-técnica, em detrimento de outras possibilidades) não decorreu prejuízo à Administração e que, ao contrário disso, o prejuízo adviria justamente da sustação do contrato.

Marçal Justen Filho, *in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª edição, São Paulo: Dialética, 2009. pp. 647,648 e 653 , assevera:

“(...) Mais precisamente, evolui-se para a concepção de que a nulidade deveria da incompatibilidade do ato concreto com valores jurídicos relevantes. Se um certo ato concreto realiza os valores, ainda que por vias indiretas, não pode receber tratamento jurídico equivalente ao reservado para os reprováveis.

Então, a nulidade vai se afirmando como uma categoria integrante do âmbito da antijuridicidade, antes do que como uma manifestação de descompasso formal com rituais jurídicos.

Por isso, passa-se a investigar o efeito e a significação da infração para reconhecer a existência da nulidade.



Dito de outro modo, não se admite que a invalidade resulte da mera discordância entre o ato concreto e um modelo jurídico. É imperioso agregar um componente axiológico ou finalista. A nulidade evidencia-se como um defeito complexo, em que se soma a discordância formal e a infração aos valores que dela derivam. Então, a discordância é a causa geradora desse defeito, consistente no sacrifício de valores jurídicos. Sem a consumação de efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente) não se configura invalidade jurídica.

Aliás, a doutrina tradicional do Direito Administrativo já intuía a necessidade de algo além para pronunciar-se a invalidade do ato administrativo. A asserção ´pas de nullité sans grief` (´não há nulidade sem dano`) já refletia a concepção de que a mera desconformidade era insuficiente para a invalidação dos atos jurídicos. (...)

Em caráter excepcional, não seria pronunciável o defeito quando a invalidação produzisse efeitos maléficos mais graves do que a manutenção em vigência do ato defeituoso. Portanto, não se defende a existência de uma discricionariedade em sentido amplo. Há uma alternativa que se configura como regra geral e uma exceção, fundada na avaliação dos efeitos danosos derivados. (...)” (Grifou-se)

Para melhor elucidar e embasar esta argumentação, invoca-se o Acórdão 103/2009, do Tribunal de Contas da União, onde também ficou consignado um entendimento mais maleável, em que questões de interesse público foram sopesadas, concluindo-se pela possibilidade de manutenção do contrato, sem embargo da recomendação de que cláusulas restritivas, como a cláusula em voga, não fossem mais incorporadas aos editais do Órgão Representado:

Acórdão 103/2009 – TCU – Plenário

Voto do Ministro Relator

(...)

3. Logo, propôs aquela secretaria, no mérito, determinar à Entidade que proceda à anulação do procedimento licitatório em tela e, conseqüentemente, do contrato administrativo – celebrado entre dezembro de 2007 e janeiro de 2008 -, a teor do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, bem como que evite, em futuras licitações, a inserção de cláusula nos moldes questionados no presente feito, no intuito de privilegiar a competitividade.

4. A questão de fundo reside na interpretação do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, especialmente no que diz respeito à dimensão conferida à "comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente" profissional devidamente capacitado para o exercício das atividades requeridas pela Administração. Como visto no relatório precedente, por meio da análise empreendida pela Unidade técnica, trata-se de matéria pacificada no âmbito do Tribunal (v.g. Acórdãos nºs 2.297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, e 1.097/2007, do Plenário), em face do entendimento segundo o qual o vínculo entre o profissional e o licitante pode ser atestado pela apresentação de contrato de prestação de serviços, e não apenas por relação trabalhista direta – via Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS -, ou mesmo societária.

5. No mérito, estou de acordo com o exame levado a efeito pela Secex/AL, no tocante aos fundamentos lavrados, apesar de dissentir da proposta de se determinar ao (...) que proceda à anulação do certame e de seus atos decorrentes, ante as razões que se seguem.



(...)

7. De maneira geral, em aquiescência ao posicionamento desta Corte sobre o tema, não tenho dúvidas em afirmar que irregularidades dessa natureza podem ensejar medida destinada à anulação de procedimentos licitatórios em que figurem, bem como a responsabilização dos agentes públicos que as tenham dado causa, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, como o foram neste caso.

8. Contudo, a conclusão pela nulidade da licitação, com fundamento apenas na mencionada falha, não é tão simples como parece, pois se trata de questão que não encerra exegese única. Conforme salientou a Unidade instrutiva, há divergência doutrinária sobre o tema, além da ausência de uniformidade de entendimento na esfera administrativa, fato constatado pela comparação entre alguns editais de licitação publicados por Órgãos e Entidades da administração pública.

9. É certo que a Administração deve "anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos", nos termos da inteligência mais evoluída da Súmula nº 473 do STF. Ocorre que, no caso concreto, não houve afronta direta ao art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, mas interpretação restritiva desse comando normativo, cujos reflexos resultaram em prejuízo à Representante e, indiretamente, ao interesse público. Está-se diante de dispositivo legal que, embora cogente, não fornece e especifica todos os elementos para que os intérpretes apliquem-no às situações fáticas sem qualquer divergência de entendimento, eis que confere certa margem de liberdade para a adoção de interpretações restritivas ou extensivas. Estou certo de que o entendimento alinhavado nesta Casa coaduna-se com o interesse público e visa a ampliar a competitividade dos procedimentos licitatórios, ao permitir que a exigência contida no § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/1993 possa ser comprovada, também, mediante contrato de prestação de serviços entre os profissionais e os licitantes, e não somente por meio de vínculo empregatício estabelecido por carteira de trabalho. (...)

12. Não se pode perder de vista, também, a necessidade de se perscrutar com acuidade os elementos do caso concreto, mormente no que se refere à verificação das circunstâncias com que se depararam os gestores quando da formulação do edital, de modo a indagar-se se lhes eram exigida conduta diversa. A meu ver, a resposta para esse questionamento deve ser negativa, pelas razões a seguir listadas:

(...)

c) a possibilidade de comprovação de vínculo entre o profissional e a empresa, para efeito de qualificação técnico-profissional, via contrato de prestação de serviço ainda não é uma prática totalmente pacificada no âmbito administrativo – não obstante estar em constante evolução -, de igual sorte na esfera doutrinária;

(...)

e) de acordo com o parecer da Unidade técnica, não se vislumbrou má-fé na conduta dos Responsáveis, no sentido de haver qualquer interferência no resultado do certame.

12. Ademais, devo ressaltar que, por intermédio de contato telefônico promovido por minha assessoria junto à Gerência Executiva do (...) em Maceió/AL, verificou-se que o contrato celebrado com a Construtora Carajás Ltda. encontra-se praticamente concluído, com aproximadamente 95% executados, fato que, somado às razões de fato e de direito acima consignadas, torna-se inadequada, neste momento, a adoção de medida que inviabilize a ultimação da avença.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2. determinar à Gerência Executiva do INSS em Maceió/AL, com amparo no art. 250, inciso II, do



Regimento Interno do TCU, que, doravante, a respeito da avaliação da capacidade técnico-profissional a que se refere o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, abstenha-se de exigir que a comprovação de vínculo trabalhista entre o profissional e a empresa se dê exclusivamente por meio relação empregatícia (Carteira de Trabalho e Previdência Social) ou societária, e passe a admitir que tal comprovação possa ser feita mediante contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum;

(...)

(Destacou-se)

Em texto (material de aula) intitulado “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, a Professora portuguesa Carla Amado Gomes esclarece que em casos específicos de “resolução-sanção”, também há de ser feito o necessário balizamento da conveniência e da oportunidade:

O CCP denota, quanto à resolução-sanção, uma orientação clarificadora e potenciadora do poder de conformação da Administração. Veja-se que, ao contrário do CPA, o artigo 302º/1/e), ao mencionar a resolução unilateral do contrato, não restringe esta hipótese à resolução por imperativo de interesse público — abrindo o seu âmbito, portanto, à rescisão-sanção. O facto de este poder não ter que estar previsto no instrumento contratual — por estar ancorado na lei geral que agora é o CCP — não desobriga a Administração do respeito por dois princípios “de contrapeso”: a legalidade e a proporcionalidade.

Com efeito, por um lado, os fundamentos de exercício do poder de resolução-sanção, ao contrário da faculdade de resolução por imperativo de interesse público, são vinculados: cfr. as várias alíneas do artigo 333º/1. Por outro lado, o legislador preocupou-se em balizar este poder de acordo com cânones de proporcionalidade — facto compreensível, dada a lesividade em que se traduz o seu exercício, quer para o adjudicatário, quer para o adjudicante. (Destacou-se)

Para finalizar, e para reforçar que esta necessidade de avaliação da situação concreta é uma tendência de pensamento que ultrapassa a hipótese em tela, traz-se a lume outro julgado do Tribunal de Contas da União, onde se decidiu que, nos casos de superveniente declaração de inidoneidade (se esta não disser respeito ao próprio contrato que deu ensejo à aplicação da sanção), a Administração deverá verificar a conveniência e a oportunidade em desfazer o contrato vigente, embora não o possa prorrogar (Acórdão n.º 1340/2011-Plenário, TC-029.352/2009-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, revisor Min.-Subst. Weder de Oliveira, 25.05.2011).

Referências:

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª edição, São Paulo: Dialética, 2009.

GOMES, Carla Amado. *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*[\[1\]](#).

[\[1\]](#) Conforme elucidado pela própria Professora: “Este texto serviu de suporte às comunicações da autora no Curso de Pós-Graduação em Contratos, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nos anos letivos de 2007/2008 e 2008/2009, organizada pelo Doutor Pedro Gonçalves, e pelos Mestres Rodrigo Esteves de Oliveira e Bernardo Azevedo”.

Date Created



22/12/2011