



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

PARECER Nº 05 /2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA

DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO EXIGIR PAGAMENTO DE SALÁRIO ACIMA DO PISO DA CATEGORIA NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS QUE ENVOLVAM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO-DE-OBRA.

I. A hodierna jurisprudência do TCU tem sido favorável à fixação de piso acima do teto, desde que atendidos os requisitos aplicáveis ao caso.

II. Reafirmação da necessidade de obedecer ao piso da categoria independentemente de se tratar de serviços contratados por postos de trabalho ou medidos e pagos por resultado.

III. Entendimento firmado pela viabilidade de serem fixados valores acima do piso da categoria, mas, nesse caso, apenas nos serviços contratados por postos de trabalho, desde que devidamente fundamentada a medida e justificado o valor adotado em respectiva pesquisa de mercado.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

I – identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da PGF, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II – promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da PGF; e

III – submeter à consideração do Procurador-Geral Federal a conclusão dos trabalhos.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da fixação de salário acima do piso da categoria nas contratações cujo objeto envolva dedicação exclusiva de mão-de-obra. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

4. É o relatório.

I. DO PROBLEMA NORMATIVO

5. A discussão acerca da possibilidade de a Administração estabelecer uma remuneração mínima a ser paga aos empregados alocados em contrato de prestação de serviços que envolva dedicação exclusiva de mão-de-obra (terceirização) decorre de possível antinomia existente na Lei 8.666/93.

6. Ao dispor sobre as cláusulas necessárias ao edital de licitação, o art. 40 da Lei, ao mesmo tempo em que recomenda a fixação de valores tidos como inaceitáveis (critérios de aceitabilidade de preço), veda expressamente a fixação de preços mínimos, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

(sublinhamos)

7. Note-se que o inciso ressalva os §§1º e 2º do art. 48, mas os dispositivos tratam de contrato de obras ou serviços de engenharia, não resolvendo o problema ora em apreço.

8. A alegada contradição é entre a vedação de fixação de preço mínimo e o que estabelece o §3º do art. 44 da mesma Lei 8.666/93, *in verbis*:



Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large 'A' and a signature with a circled '2'.

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

[...]

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também às propostas que incluam mão-de-obra estrangeira ou importações de qualquer natureza. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(sublinhamos)

9. Observe-se que o dispositivo é claro em não admitir preços incompatíveis com os valores de mercado dos salários, inaugurando aqui a dita contradição da norma: ao passo em que veda o estabelecimento de preços mínimos, a Lei manda não admitir preços (inclusive salários) incompatíveis com os de mercado, independente de previsão no ato convocatório. O §4º, inclusive, destaca a questão da mão-de-obra e dos insumos estrangeiros.

10. Numa licitação bem planejada, com robusta pesquisa de mercado, é possível que o gestor já saiba, de antemão, os preços que sejam incompatíveis com a natureza do serviço a ser contratado, estabelecendo esses valores no edital. Sucede que a previsão editalícia nesse sentido violaria a regra do art. 40, X, da Lei 8.666/93, residindo aí a contradição legal a ser dirimida. Ao comentar esta última questão (fixação de preço mínimo), Marçal Justen Filho contextualiza o tema:

Essa questão tem de ser enfrentada com cautela, especialmente tendo em vista experiências negativas do passado e a nova sistemática trazida pela Lei nº 9.678/98.

[...]

[...] a Administração tem tido amargas experiências com propostas inexecutáveis. É frequente licitante, atuando de má-fé, propor-se a executar certo objeto por preço inferior ao seu próprio custo. [...]

Esses motivos conduziram, no passado, ao surgimento da licitação de "preço-base". A figura consistia no estabelecimento de limites de admissibilidade de variações de preços, tomando por base certo valor estimado pela Administração. Assim, considerava-se o orçamento estimado e se determinava que as propostas poderiam variar em até, por exemplo, 20%. Propostas cujos valores ultrapassassem as margens de variação seriam automaticamente desclassificadas. O sistema acabou produzindo enormes desvios éticos, especialmente quando a Administração passou a manter em sigilo as margens de variação admissíveis. Então, essa informação se transformava no fator decisivo da vitória. Vencia a licitação quem tivesse acesso ao critério escolhido pela Administração e mantido em segredo dos demais licitantes.

Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large stylized signature, a smaller signature, and a circular stamp with the number 3.

A Lei 8.666 excluiu a admissibilidade de licitações de preço-base. Com isso retornaram à cena os problemas de propostas inexequíveis. Daí a tentativa de solução através da reforma trazida pela Lei nº 9.648. [...]¹.

11. Quando trazida para o contexto atual da contratação de serviço que envolve dedicação exclusiva de mão-de-obra, o problema não diz exatamente com a inexequibilidade, mas principalmente com o ônus da responsabilidade trabalhista por parte da Administração. O tema suscita ainda questões outras como a boa prestação do serviço contratado (eficiência) e os postulados constitucionais referentes à valorização do trabalho humano em que se funda a ordem econômica (art. 170, *caput*, CF).

II. DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

12. O Tribunal de Contas da União há muito debate sobre o tema ora em apreço, merendo registro os casos paradigmáticos.

13. Numa primeira discussão mais específica (Acórdão 256/2005-Plenário), o Min. Marcos Vinícios Vilaça entendeu que não infringiria o inciso X do art. 40 da Lei 8.666/93 o estabelecimento de pisos para categorias que não o possuíssem já normatizados por convenções ou acordos coletivos. O tratamento desigual implicaria injusta distinção em benefício das categorias melhor organizadas. Além disso, alegou o Ministro, seria preciso ponderar questões de eficiência e se questionar a que custos se estaria conseguindo a proposta mais vantajosa.

14. Outro substancioso julgado que se debruçou sobre o tema, resgatando a decisão supracitada, foi o Acórdão 290/2006-Plenário, muito citado em julgados mais recentes do TCU. Nele o Min.-Relator Augusto Nardes salienta que a utilização de um salário-base não implicaria necessariamente um "preço mínimo" para o serviço, que se compõe de outros custos, como o lucro, não obstante seja o salário o componente mais relevante. Conclui nos seguintes termos:

21. Ao arrimo do ensinamento exposto, considero que o aludido dispositivo da Lei de Licitações (art. 40, inciso X) não deve ser aplicado **Stricto sensu**, vez que não se apresenta completo em seu enunciado, mas, antes, deve este Tribunal considerar a dimensão do princípio da eficiência, sua aplicação ao caso concreto e o interesse público.

15. Dois anos depois, no Acórdão 614/2008-Plenário, o Min.-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti registrava no seu voto que a matéria ainda não era pacífica no âmbito da Corte. O julgado, à época, restou ementado da seguinte forma:

¹ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 387-388.



Handwritten signatures and initials at the bottom right of the page, including a large checkmark and several scribbles.

MONITORAMENTO DE LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NA FASE DE JULGAMENTO DE PREÇOS. FIXAÇÃO DE PISOS SALARIAIS PARA AS CATEGORIAS PROFISSIONAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO. ANÁLISE DE AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1 - A fixação de pisos salariais em editais de licitação de execução indireta de serviços é vedada porque constitui infração ao disposto no art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93, não sendo, portanto, admitida na licitação de serviços de tecnologia da informação, que devem ser pagos por medição de resultado, e também em outras licitações de execução indireta de serviços, sejam eles pagos por resultado, sejam eles pagos por disponibilidade, sejam eles baseados na alocação de postos de trabalho.

2 - No caso de execução indireta e contínua de serviços baseada na alocação de postos de trabalho abrangendo categoria profissional amparada por convenção coletiva de trabalho, ou outra norma coletiva aplicável a toda a categoria, determinando o respectivo valor salarial mínimo, a Administração, embora não deva fixar valores mínimos, poderá exigir, no ato convocatório do certame e no contrato, o cumprimento do pacto laboral daqueles que a ele estão sujeitos.

(sublinhamos)

16. Distinguiu-se, portanto, o caso em que se contrata com base na alocação de postos de trabalho daqueles em que se paga por resultado. Nestes (por resultado), não poderia a Administração exigir qualquer tipo de piso. Já naqueles (postos de trabalho), a Administração *poderia exigir* o cumprimento do pacto laboral. Como restará demonstrado mais adiante, o cumprimento dos pactos laborais não é uma faculdade, mas um dever da Administração.

17. As determinações do referido Acórdão foram mais enfáticas do que a Ementa, a saber:

9.3. determinar à [...] que:

[...]

9.3.3. observem as seguintes linhas de conduta na formulação de editais de licitação e na gestão de contratos de execução indireta e contínua de serviços:

9.3.3.1. para modelos de execução indireta de serviços, inclusive os baseados na alocação de postos de trabalho, se a categoria profissional requerida se encontra amparada por convenção coletiva de trabalho, ou outra norma coletiva aplicável a toda a categoria, determinando o respectivo valor salarial mínimo, esse pacto laboral deve ser rigorosamente observado nas licitações efetivadas pela Administração Pública e nas contratações delas decorrentes;

9.3.3.2. é vedada a fixação de piso salarial para serviços que devem ser medidos e pagos por resultados;

9.3.3.3 no âmbito do Contrato n. 24/2006 e em outros termos ajustados com a Administração Pública em que os respectivos editais de licitação fixaram os pisos salariais das categorias profissionais executoras dos serviços, o órgão contratante deverá efetuar os seguintes controles, entre outros que entenda necessários:

9.3.3.3.1. com fundamento nos arts. 54, § 1º, in fine, e 55, inciso XI, da Lei n. 8.666/1993, adotar as providências necessárias ao aditamento do contrato com vistas a explicitar que a empresa contratada se obriga a pagar os salários lançados em sua proposta;

9.3.3.3.2. fiscalizar periodicamente o efetivo pagamento dos valores salariais lançados na proposta contratada, mediante a verificação das folhas de pagamento referentes aos meses de realização dos serviços, de cópias das carteiras de trabalho dos



empregados, dos recibos e dos respectivos documentos bancários, entre outros meios de fiscalização cabíveis;

[...]

9.5. dar ciência deste acórdão, acompanhado do relatório e da proposta de deliberação e voto revisor que o fundamentam, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG) para inclusão das orientações contidas no subitem 9.3.3 retro no modelo de licitação e contratação de serviços de informática para a Administração Pública Federal formulado em atendimento ao Acórdão n. 786/2006-Plenário;

(sublinhamos)

18. Observa-se, portanto, a necessária vinculação da licitação às normas coletivas de trabalho (9.3.3.1), mas há aparente vedação de se fixar piso naqueles serviços pagos por resultado (9.3.3.2). No que toca à fiscalização, há recomendações bastante precisas: a Administração deve zelar pelo cumprimento da proposta, mais especificamente, pelo pagamento dos valores exigidos na licitação e prometidos pela contratada.

19. Em Acórdãos mais recentes, o TCU resgata o entendimento da possibilidade de se fixar piso mínimo, desde que obedecidos os pressupostos do Acórdão 256/2005-Plenário. Confira-se, por exemplo, o Acórdão 3894/2011 – Segunda Câmara, no qual a unidade técnica registra que a tendência atual da jurisprudência da Corte seria no sentido do Acórdão 614/2008-P. Contudo, no seu voto, o Min. Aroldo Cedraz pondera:

25. Embora seja possível a fixação de valores mínimos, consoante reconheceu o acórdão 256/2005 – Plenário, desde que o procedimento seja “realizado de forma clara, objetiva e fundamentada, devendo, ainda, restar adequadamente documentado no processo”, as justificativas do responsável devem ser rejeitadas, posto que não há nos autos qualquer indício de pesquisa ou justificativa que fundamente os pisos fixados, o que afasta a possibilidade de eventual afastamento da restrição contida no inciso X do art. 40 da Lei 8.666/1993.

(sublinhamos)

20. Em Acórdão anterior, mas do Plenário (Acórdão 3006/2010-P), a unidade técnica manteve a linha de orientação do julgado antes mencionado, destacando a incerteza do Tribunal quanto ao tema na época da licitação avaliada, entendimento acolhido pelo Min.-Relator. No entanto, a redação do Acórdão deixou margem para a utilização de salários-base superiores ao piso, desde que devidamente fundamentado o ato, a saber:

9.3. alertar o [...] quanto às demais impropriedades detectadas na condução do Pregão Eletrônico nº 76/2006, em relação às seguintes questões:

9.3.1. previsão de pagamento de salários superiores aos fixados pela Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria, sem a formalização, no processo licitatório, da devida fundamentação, em descumprimento ao art.



40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, e entendimento deste Tribunal firmado pelo Acórdão TCU nº 1.122/2008;

(sublinhamos)

21. Nota-se que a determinação não se fundamenta na posição restritiva do Acórdão 614/2008-P, mas naquela do Acórdão 1122/2008-P, julgado do mesmo ano e do mesmo Colegiado, mas em sentido contrário. Convém, pois, reproduzir a recomendação que constou expressa do referido Acórdão 1122/2008-P:

9.2. determinar à [...], com base no inciso II do art. 250, que:

[...]

9.2.2. apresente a devida fundamentação caso decida fixar a remuneração em valores superiores ao piso salarial das categorias profissionais a serem contratadas por meio de licitações de serviços terceirizados;

(sublinhamos)

22. Em recente Acórdão (189/2011-Plenário), no âmbito do qual o Ministério Público junto ao TCU defendeu a possibilidade excepcional de fixação de piso salarial acima do mínimo como medida de exceção apta a combater o aviltamento salarial dos trabalhadores, o Min. José Múcio Monteiro deixou consignado em seu voto que:

12. Ante a natureza da matéria, solicitei o pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, que [...], apenas ressaltando que a análise das justificativas relativas à fixação de salário base deveria ser feita à luz da nova jurisprudência desta Corte de Contas no sentido de que a regra de vedação de fixação de piso salarial mínimo para as contratações de serviços comporta exceções (Acórdãos nºs 256/2005-TCU-Plenário, 290/2006-TCU-Plenário, 1.327/2006-TCU-Plenário, 332/2010-TCU-Plenário, 1.584/2010-TCU-Plenário, entre outros).

[...]

14. Diante disso, entendo que pode ser afastada a audiência do pregoeiro e dos membros da comissão especial de licitação com relação à fixação de salário base no pregão em foco, uma vez que tal tipo de procedimento passou a ser admitido como legítimo em inúmeros julgados deste Tribunal.

(sublinhamos)

23. Assim, a conclusão que se retira é que existem duas posições bem claras no TCU: a do Acórdão 256/2005-P, entendendo possível o estabelecimento de remuneração mínima, desde que cumpridos alguns requisitos de modo a justificar a exigência, e a do Acórdão 614/2008-P, que somente admite a exigência de piso salarial quando vinculado a instrumentos coletivos de trabalho e ainda assim se a contratação basear-se em postos de trabalho, não em pagamento por resultado.

24. Observa-se, contudo, que a jurisprudência recente do TCU tem admitido, em caráter excepcional, a fixação de pisos salariais acima do mínimo, desde que cumpridos

Handwritten signatures and initials at the bottom right of the page. There are several distinct marks, including what appears to be a signature with a large 'S' and another signature with a '7' above it.

alguns requisitos, tais como a comprovada adequação e necessidade da medida e a exposição das devidas justificativas, os quais serão abordados mais à frente.

III. DA NECESSÁRIA VINCULAÇÃO AOS PISOS DAS CATEGORIAS

25. Embora o item 9.3.3.2 do Acórdão 614/2008-P tenha previsto ser “vedada a fixação de piso salarial para serviços que devem ser medidos e pagos por resultados”, é preciso deixar claro que não se trata do piso salarial estabelecido em convenções e acordos coletivos.

26. Isso significa dizer que mesmo nas licitações em que prevista a medição e o pagamento por resultado, havendo mão-de-obra alocada exclusivamente no contrato, a empresa contratada não se exime de cumprir as obrigações laborais pelo só fato de a Administração pagar-lhe conforme a produtividade.

27. Vale lembrar que, em relação às fontes, o Direito do Trabalho tem a peculiaridade de admitir a criação de normas jurídicas pelos próprios sujeitos de direito. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 611, define a convenção coletiva de trabalho como “acordo de caráter normativo” (sublinhamos). No dizer que Mauricio Godinho Delgado, “as convenções coletivas, embora de origem privada (*normas autônomas*), criam regras jurídicas, isto é, preceitos gerais, abstratos, impessoais, dirigidos a normatizar situações *ad futurum*”². Os acordos coletivos têm efeitos mas restritos, mas se assemelham às convenções no que toca à força normativa³.

28. A desobediência a essas normas, tal qual em relação às leis em sentido forma, gera sanções, as quais podem repercutir inclusive no patrimônio da Administração. Entre a lei e o contrato, não se deve ignorar o intermédio desses instrumentos coletivos, a reger as relações trabalhistas como se verdadeiras leis fossem.

29. Assim, ao planejar uma licitação, seja ela com base no sistema de postos de trabalho (pagamento simplesmente pelo número de empregados à disposição) seja no pagamento por resultado (a mão-de-obra é disponibilizada, mas se exigem algumas metas e resultados para fins de medição e pagamento), deverá o contratado pagar o piso salarial estabelecido nas normas aplicáveis a cada caso, sendo necessário à Administração, portanto, orçar o seu custo, julgar as propostas e depois fiscalizar com base nessa premissa.

30. O Superior Tribunal de Justiça tem precedentes nesse sentido, o que ajuda a entender a dirimir possível confusão na orientação do TCU acima citada:

² *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 159.

³ *Idem*, p. 160.

Handwritten signatures and initials at the bottom right of the page. There are several distinct marks, including a large 'G' at the top, a signature that looks like 'BZ' in the middle, and another signature with a circled '8' to its right. There are also some scribbles and other marks.

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO – POSTOS DE TRABALHO – FORMAÇÃO DO CUSTO – JORNADA DE 12X36 – LEGALIDADE.

1. Os editais de licitação devem, na formação dos custos, observar todas as normas de proteção ao trabalhador, sendo certo que os certames, cujo objeto toque relação laboral regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, devem pautar a composição do custo do serviço com a observância também das Convenções Coletivas.

[...]

(RMS 28.396/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, Dje 09/06/2009) – sublinhamos

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. PISO SALARIAL DA CATEGORIA DE MOTORISTAS E COBRADORES. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.

[...]

2. Na concorrência pública, a administração tem o poder discricionário de fixar, no edital, os valores de remuneração salarial dos empregados das empresas concorrentes, quando tais valores vierem a influir nos custos dos serviços públicos objeto da concorrência. Assim, não há ilegalidade na observância pela administração do piso salarial estabelecido em Acordo Coletivo de Trabalho que vincula apenas uma determinada empresa (a signatária), quando o valor nele previsto é adotado apenas como parâmetro. Ilegalidade haveria se tal critério viesse a burlar a legislação trabalhista, no sentido de fixar piso salarial inferior ao estabelecido em Convenção Coletiva de Trabalho que abrangesse a região onde os serviços públicos seriam prestados.

[...]

(REsp 796.388/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 05/09/2007, p. 236) – sublinhamos

31. No mesmo sentido do que ora se defende, a IN/SLTI/MPOG nº 02/2008, ao disciplinar a contratação de serviços no âmbito da Administração Federal, deixou clara a vinculação das propostas dos licitantes aos acordos e convenções coletivas respectivas. São exemplos disso o art. 19, IX; o art. 20, III; o art. 29, §3º, II; o art. 34, §5º, I, j, etc. Tudo isso é exigido sem mencionar se o contrato é medido e pago por resultado ou por simples alocação de postos de trabalho.

32. A título de argumentação, reforça a importância do piso salarial a previsão constante da recente Lei 12.690/2012. Ao disciplinar as cooperativas, a norma garantiu aos cooperados “retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo [...]” (art. 7º, I).

33. Concluindo esse ponto, consigna-se que a obediências aos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho é obrigação da Administração em qualquer contrato em que haja dedicação exclusiva de mão-de-obra, seja ele baseado na alocação de postos de trabalho seja medido e pago por resultado. Por via de consequência, a exigência



editância de obediência a essas normas coletivas, antes de implicar violação do inciso X, do art. 40 da Lei 8.666/93, na verdade revela simples cumprimento da legislação trabalhista que subsidia a contratação.

IV. DA POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE ESTABELECEER SALÁRIOS ACIMA DOS PISOS ESTABELECIDOS

34. Conforme noticiado mais acima, o TCU tem posição recente permitindo a fixação de salário acima do mínimo, embora ainda haja questionamentos internos acerca da legalidade da medida.

35. Nos julgamentos mais permissivos, a Corte destacou algumas vantagens da utilização de pisos salariais acima dos mínimos normativamente estabelecidos, tais como: a segurança das empresas quanto ao salário a ser minimamente obedecido, não oscilando necessariamente de acordo com a categoria ou sindicato de cada empresa/categoria, permitindo à empresa maior previsibilidade em relação aos seus custos; a redução do risco quanto à alocação de mão-de-obra qualificada; a prevenção ao aviltamento salarial dos profissionais terceirizados.

36. Analisando pragmaticamente a questão, melhor que se dê publicidade ao critério utilizado pela Administração do que, sem previsão editalícia, desclassificar-se uma proposta por incompatibilidade com os preços de mercado na forma do art. 44, §3º. Evita-se, assim, problemas do passado como o registrado por Marçal Justen Filho e reproduzido neste Parecer (item 10, supra).

37. Quanto à questão legal de se estar estabelecendo preço mínimo em confronto à disposição legal do inciso X do art. 40 da Lei de Licitações, vale o esclarecimento de que, na contratação por postos de trabalho, o salário é apenas um – embora o mais relevante – dos componentes do custo, que ainda depende de valores como insumo e lucro. Assim, o valor do salário não se identifica com o valor total do posto quiçá com o valor total do serviço. A isso, alie-se o comando do §3º do art. 44, que manda a Administração estabelecer e avaliar valores compatíveis com o de mercado, o qual, a depender das peculiaridades do caso concreto, pode não se identificar com o mínimo normativamente estabelecido.

38. É possível, ainda, que a terceirização seja estratégica para a atividade desempenhada no órgão, a exigir pessoal mais qualificado ou responsabilidades adicionais, a exemplo do serviço de limpeza em hospitais e da segurança em bancos ou aeroportos, para ficar com apenas dois exemplos hipotéticos. No Acórdão 3066/2010-P, entendendo admissível a fixação de salários acima do piso, o TCU levou em conta que:



Handwritten signatures and initials at the bottom right of the page, including a large signature and the number 10.

[...] o processo de mudança de suporte do acervo arquivístico envolve diversas etapas de alta complexidade no tratamento técnico dos conjuntos documentais, inclusive com valor histórico de relevância social, cultural e científica, cuja manipulação requer os cuidados necessários à salvaguarda e à preservação da autenticidade para fins de prova legal, exigindo a atuação de profissionais especializados na execução dos referidos serviços [...].

39. A posição contrária à fixação de piso salarial acima do mínimo normatizado tem-se, muitas vezes, sustentado no art. 3º da Lei de Licitações, notadamente quando diz que um dos objetivos do certame é “a seleção da proposta mais vantajosa para a administração”, o qual restaria malferido, na medida em que se tolhia dos licitantes a possibilidade de minimizar seus custos fixando os salários no mínimo que o ordenamento jurídico permite.

40. De início, vale destacar que proposta mais vantajosa não significa, necessariamente, proposta de menor valor, o que já seria suficiente para desconstituir o argumento calcado no dispositivo legal acima. Conforme registrou o Min. Marcos Vinícius Vilaça, em seu voto no Acórdão 256/2005 TCU-Plenário, “o pagamento de salários mais baixos tende, naturalmente, à seleção das pessoas menos capacitadas ou, no mínimo, contribui para o descontentamento dos contratados, afetando a sua eficiência e produtividade”. Além disso, a exigência de piso superior ao mínimo não fulmina a competição, de modo que, dentro dos requisitos estabelecidos, é possível que a Administração encontre, ainda assim, a proposta mais vantajosa, ou seja, aquela de custo mais baixo.

41. Por oportuno, cite-se que, além da proposta mais vantajosa, a Lei 12.349/2010, trouxe um novo objetivo ao procedimento denominado licitação: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, no que se inclui a garantia de direitos sociais aos trabalhadores, que se reflete numa remuneração compatível com a natureza e a complexidade da atividade. O aviltamento dos salários dos terceirizados na Administração Pública, como mencionado, foi uma das preocupações do TCU em entendimento recente a favor a estipulação de pisos superiores ao mínimo.

42. Não deve a Administração, contudo, adotar aleatória e indiscriminadamente, valores acima dos pisos legalmente estabelecidos. Na linha do que entende o TCU, devem restar devidamente justificadas no processo administrativo as razões por que não se utiliza simplesmente o piso. Devem-se juntar aos autos, ainda, os elementos utilizados para fixação da remuneração mínima em patamar superior ao piso.

43. Nos casos em que a categoria não seja sindicalizada, a adoção pura e simples do salário mínimo, por exemplo, pode não se mostrar adequada, facultando-se à

Handwritten signatures and initials at the bottom right of the page. There are several scribbles and a signature that appears to be '139' with a large flourish. To the right, there is a signature with the number '11' written above it.

Administração proceder à competente pesquisa de mercado para, com base nela, poder fixar o piso que utilizará na licitação.

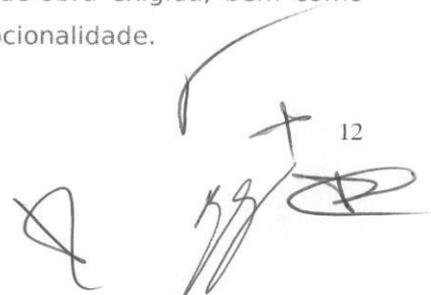
44. Resgatando entendimento do TCU sobre o tema, alguns requisitos devem ser preenchidos para a fixação de salário-base acima do piso salarial da categoria, tais como: fundamentar clara e objetivamente nos autos a adoção de piso superior e realizar pesquisa de mercado que dê embasamento ao valor a ser adotado. Um dos fundamentos para adoção de piso superior ao mínimo, conforme já considerou o TCU, poderia ser a realização de uma atividade mais complexa, que exigisse recurso humano mais qualificado, mas a rotina administrativa pode oferecer inúmeros outros fundamentos, os quais devem ser postos nos autos, a fim de legitimar a medida.

45. Ainda segundo a jurisprudência e os argumentos da Corte de Contas, não parece condizente com o princípio da razoabilidade a adoção de piso salarial superior ao mínimo para contratações medidas e pagas por resultado. A imposição de metas e o pagamento vinculado a sua consecução parece suficiente para garantir a qualidade dos serviços, a qualificação técnica da equipe e, por consequência, salários condizentes com a natureza e complexidade do trabalho. Assim, além de desnecessária e inadequada, a fixação de salários superiores ao piso, nesses casos, não se mostra razoável.

V. CONCLUSÃO

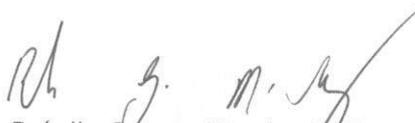
46. Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) Nas contratações que envolvam dedicação exclusiva de mão-de-obra, sejam aquelas por alocação de postos de trabalho sejam aquelas medidas e pagas por resultado, a administração está obrigada a obedecer aos pisos salariais das categorias;
- b) É admitida, excepcionalmente, a fixação de salário acima do piso da categoria nas contratações por postos de trabalho, sendo vedada naquelas em que o serviço é medido e pago por resultados;
- c) Quando utilizar-se da fixação de salário acima do piso da categoria, a administração deverá fazer constar expressamente dos autos fundamentação clara e objetiva que demonstre a necessidade e adequação da medida, com respaldo em estudos aptos a comprovar o valor adotado, o ganho de eficiência esperado, a especificidade dos serviços, a qualificação diferenciada da mão-de-obra exigida, bem como outros motivos idôneos a fundamentar a excepcionalidade.

 12

À consideração superior.

Brasília, 07 de dezembro de 2012.


Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).

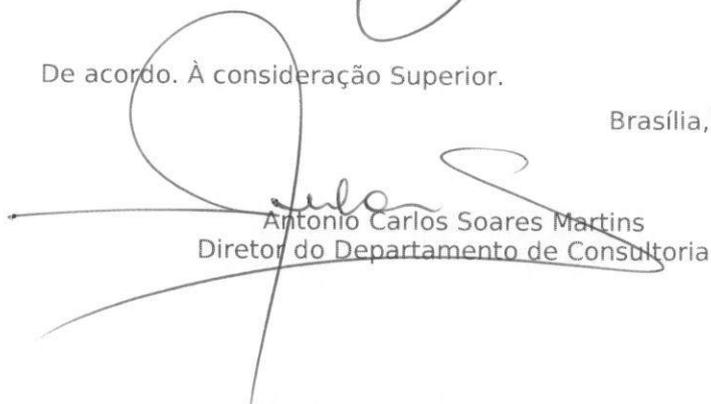

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal


Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal


Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 07 de dezembro de 2012.


Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 05 /2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 07 de dezembro de 2012.


MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 18 /2012

(Piso salarial. Fixação de salário acima do piso da categoria)

I. NAS CONTRATAÇÕES QUE ENVOLVAM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO-DE-OBRA, SEJAM AQUELAS POR ALOCAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO SEJAM AQUELAS MEDIDAS E PAGAS POR RESULTADO, A ADMINISTRAÇÃO ESTÁ OBRIGADA A OBEDECER AOS PISOS SALARIAIS DAS CATEGORIAS;

II. É ADMITIDA, EXCEPCIONALMENTE, A FIXAÇÃO DE SALÁRIO ACIMA DO PISO DA CATEGORIA NAS CONTRATAÇÕES POR POSTOS DE TRABALHO, SENDO VEDADA NAQUELAS EM QUE O SERVIÇO É MEDIDO E PAGO POR RESULTADOS;

III. QUANDO UTILIZAR-SE DA FIXAÇÃO DE SALÁRIO ACIMA DO PISO DA CATEGORIA, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ FAZER CONSTAR EXPRESSAMENTE DOS AUTOS FUNDAMENTAÇÃO CLARA E OBJETIVA QUE DEMONSTRE A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MEDIDA, COM RESPALDO EM ESTUDOS APTOS A COMPROVAR O VALOR ADOTADO, O GANHO DE EFICIÊNCIA ESPERADO, A ESPECIFICIDADE DOS SERVIÇOS, A QUALIFICAÇÃO DIFERENCIADA DA MÃO-DE-OBRA EXIGIDA, BEM COMO OUTROS MOTIVOS IDÔNEOS A FUNDAMENTAR A EXCEPCIONALIDADE.