

AS NOVIDADES E OS IMPACTOS DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 05/2017 NAS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

João Luiz Domingues

É especialista em Gestão Pública e em Orçamento Público.
É Auditor Federal de Finanças e Controle da CGU
e Colaborador do Portal L&C.

O L&C comenta de hoje abordará as principais novidades trazidas pela Instrução Normativa n. 05/2017 publicada recentemente pela Secretaria de Gestão (Seges) e os impactos para sua implementação.

A novel Instrução Normativa aborda a importância do planejamento da contratação dos serviços em capítulo específico e apresenta inúmeras novidades no capítulo destinado à Gestão do Contrato, como por exemplo, a forma e os critérios da indicação e designação do gestor e fiscais de contratos; os servidores responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização contratual; a substituição do Acordo de Níveis de Serviços (ANS) pelo Instrumento de Medição de Resultados (IMR); os procedimentos para recebimento provisório e definitivo dos serviços; e as condições para emissão da nota fiscal pela empresa contratada.

Depreende-se da leitura do normativo infralegal que além da originalidade proposta pela Seges, houve a preocupação de “mapear” todo o processo de contratação, iniciando pelo planejamento da contratação e finalizando na execução contratual.

Entendemos que a Seges busca estabelecer padrões mínimos para que os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional possam efetuar as contratações de serviços terceirizados de que necessitam. O “pano de fundo” da Instrução Normativa n. 05/2017 é aperfeiçoar o estágio de governança e da gestão das aquisições públicas, em especial das que envolvam a contratação de serviços sob o regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Nessa senda, encontramos como precursor para a Instrução Normativa n. 05/2017: o **Acórdão n. 2.622/2015-Plenário**, que teve como premissa avaliar o estágio da governança e da gestão das organizações da Administração Pública Federal, tendo como uma das destinatárias de suas recomendações, a Seges.

Assim, a partir do art. 19, identificamos o delineamento para as contratações de serviços terceirizados e as respectivas fases: Planejamento da Contratação; Seleção do Fornecedor; e Gestão do Contrato. A fase de Planejamento da Contratação subdivide-se em três etapas: Estudos Preliminares; Gerenciamento de Riscos; e Termo de Referência ou Projeto Básico. Aqui, a grande novidade: **Gerenciamento de Riscos**.

Depreende-se da norma, que o Gerenciamento de Riscos deve ser adotado em todas as fases da contratação, especialmente no que tange a Gestão Contratual, com destaque para os serviços prestados com regime de dedicação exclusiva

de mão de obra, tendo em vista a probabilidade de a empresa contratada descumprir com as obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS.

Contudo, a Instrução Normativa n. 05/2017 não pode ser vista como a “solução” das contratações de serviços terceirizados de forma isolada. Não obstante a sua importância, não podemos perder de vista a política da governança e o planejamento estratégico, elementos fundamentais nas contratações públicas. Temos que nos voltar e fazer a leitura da Instrução Normativa Conjunta MP/CGU n. 01, de 11 de maio de 2016, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal, elo importante no alcance dos resultados traçados pela norma de serviços.

A Seges, ciente da importância do desenvolvimento da “cultura do planejamento”, previu no parágrafo único do art. 27 da própria Instrução Normativa n. 05/2017 a possibilidade em estabelecer regras e procedimentos para elaboração **do Plano Anual de Contratações** do órgão ou entidade, que será registrado em sistema informatizado.

Plano Anual de Contratações, segundo o Anexo I, é o documento que consolida informações sobre todos os itens que o órgão ou entidade planeja **contratar no exercício subsequente**, acompanhado dos respectivos **Estudos Preliminares e Gerenciamento de Riscos**.

A elaboração do **Plano Anual de Contratações** alinha-se com a recomendação contida no Acórdão n. 2.622/2015-Plenário:

*9.6. Recomendar à Secretaria de Orçamento Federal (SOF/MPOG) que, com base no art. 20, II, do Decreto 8.189/2014, inclua nas normas de elaboração do orçamento federal a **obrigatoriedade de as organizações encaminharem, juntamente com as propostas orçamentárias, documento que materialize a gestão de riscos das aquisições relevantes, contendo identificação, análise, avaliação e tratamento dos riscos.** (Grifos nossos).*

Entretanto, enxergamos como grande percalço ao alcance dos objetivos idealizados pelas Instrução Normativa n. 05/2017 e Instrução Normativa Conjunta MP/CGU n. 01/2016 a estrutura atual de Recursos Humanos da Administração Pública federal.

O cenário mostra uma Administração Pública federal formada por algumas ilhas de excelência em que os conhecimentos adquiridos não são propagados, multiplicados ou disseminados dentro dos próprios órgãos e entidades ou entre as Instituições. A situação hodierna reverbera a falta de gestão de conhecimento. O resultado dessa lacuna é o desnível de capacidade técnica entre os diversos servidores, associado, muitas das vezes, ao perfil inadequado no exercício de suas atividades.

O TCU, ciente do quadro atual, ao proferir o Acórdão n. 2.622-2015-Plenário, alertou da necessidade em capacitar os gestores da área de aquisições em gestão de riscos; estabelecer programa de capacitação em governança e em gestão das aquisições; e de implantar e disponibilizar comunidade de prática do tema governança e da gestão das aquisições no âmbito da Administração Pública federal.

E ao falar de riscos, não podemos esquecer que uma das principais fontes de riscos reside na pessoa (ser humano), cuja vulnerabilidade está associada ao **quantitativo; qualificação técnica; perfil; e motivação** dos servidores.

Portanto, mais uma vez, não podemos olhar apenas para a Instrução Normativa n. 05/2017, o contexto é muito maior e complexo. Caso contrário, corre-se o risco de a nova norma ser **“apenas mais uma norma”!!!**

Quanto às novidades trazidas pela instrução Normativa n. 05/2017, irei me ater às relacionadas à Gestão e Fiscalização Contratual. É importante destacar que a redação da Instrução Normativa n. 05/2017 buscou criar um “padrão” para gestão e fiscalização dos contratos terceirizados, elencando o servidor responsável pela realização de determinado ato e as atividades de sua competência a ele atribuídas. A ideia é válida por sinal, é estabelecer um modelo ou paradigma de atuação da Administração Pública na gestão e fiscalização de seus contratos administrativos de serviços terceirizados.

O gestor do contrato permanece como sendo o responsável pela coordenação das atividades de gestão e fiscalização contratual, contudo, há duas novidades. A primeira reside em definir de forma clara e expressa as ações a serem apoiadas durante todo o período em que o contrato vigor, como por exemplo, a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos.

A segunda novidade consiste nas atividades de fiscalização setorial e do público usuário. A fiscalização setorial refere-se quando a execução do contrato ocorrer em mais de um local, cabendo ao órgão ou entidade designar representantes nesses locais para atuarem como fiscais, enquanto a fiscalização pelo público usuário se processa por pesquisa de satisfação junto ao usuário com o objetivo de aferir os resultados da prestação dos serviços.

Dentre as definições dos atores que atuam na gestão e fiscalização contratual, podemos inferir que a fiscalização administrativa (art. 40, inciso III) somente se fará necessária nas contratações que observem ao regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

O recebimento provisório dos serviços ficou a cargo do fiscal técnico, administrativo ou setorial, devendo elaborar relatório circunstanciado e encaminhá-lo ao gestor do contrato para análise, recebimento definitivo e comunicação à empresa para que emissão da nota fiscal ou fatura com o valor exato dimensionado pela fiscalização com base no Instrumento de Medição de Resultado (IMR). Portanto, cabe ao gestor do contrato efetuar o ateste nas notas fiscais ou fatura a partir da atuação dos fiscais técnico, administrativo ou setorial.

No que tange à indicação e designação do gestor e fiscais do contrato, inclusive os substitutos, a Instrução Normativa n. 05/2017 estabeleceu os procedimentos necessários para todo o processo visando à transparência e eficiência das atividades envolvidas em seus arts. 41, 42 e 43.

Por fim, a Instrução Normativa n. 05/2017 não tratou de forma específica os serviços prestados sem a dedicação exclusiva de mão de obra, principalmente quanto aos critérios e condições a serem observados para reajuste de preços e a demonstração da vantajosidade na prorrogação contratual.

O que se observa na prática é a aplicação do instituto da preclusão lógica prevista no art. 57, § 7º, aos contratos sem dedicação exclusiva de mão de obra, o que não encontra guarida na legislação, vez que a Lei n. 10.192/2001 não traz essa previsão. A melhor interpretação a ser dada em virtude da lacuna da Instrução Normativa n. 05/2017 seria a adoção do instituto da prescrição prevista na Lei n. 10.406/2002, Código Civil, caso a empresa contratada não solicite o realinhamento de preços.

Cabe frisar que a Câmara Permanente de Licitação e Contrato enfrentou o assunto por meio do Parecer nº 06/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, que recomendou a leitura atenta de seus termos.

Identificamos, também, um vácuo normativo da Instrução Normativa n. 05/2017 quanto à demonstração da vantajosidade da prorrogação contratual aos contratos prestados sem cessão de mão de obra vez que a regra do Anexo IX, Da Vigência e da Prorrogação, Item 7, aplica-se tão somente aos prestados sob regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Entendemos que se está assegurada a vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos com mão de obra exclusiva, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, caso sejam atendidas as alíneas 'a', 'b' e 'c' do item 7, muito mais resguardada estaria a Administração no caso dos serviços prestados sem cessão de mão de obra, vez que, segundo a Orientação Normativa AGU n. 23/2009 e a Lei n. 10.192/2001, em seu art. 2º, a correção contratual dar-se-á por adoção de índices gerais, específicos ou setoriais.

Agora é esperar a Instrução Normativa n. 05/2017 entrar em vigor a partir da última semana do mês de setembro; observar a sua implementação por parte da administração; e aguardar novas regulamentações por parte da Seges, como por exemplo, o pagamento pelo Fato Gerador como tratamento dos riscos advindos do descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada, e as regras e procedimentos para a instituição do Plano Anual de Contratações.

As referências a este L&C Comenta deverão ser feitas da seguinte maneira:

DOMINGUES, João Luiz. As novidades e os impactos da Instrução Normativa n. 05/2017 nas contratações de serviços terceirizados. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.