



Instituto Brasiliense de Direito Público
Escola de Direito de Brasília
Escola de Administração de Brasília

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

MARIANA MELLO OTTONI

**O LIMITE DO PODER REGULAMENTAR NAS LICITAÇÕES
PÚBLICAS FEDERAIS: uma análise da Instrução Normativa
MP/SLTI nº 2/2008**

**BRASÍLIA
MARÇO 2017**

MARIANA MELLO OTTONI

**O LIMITE DO PODER REGULAMENTAR NAS LICITAÇÕES
PÚBLICAS FEDERAIS: uma análise da Instrução Normativa
MP/SLTI nº 2/2008**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão da disciplina Monografia
do Curso de Pós-Graduação *lato sensu*
em Direito Administrativo

**BRASÍLIA
MARÇO 2017**

MARIANA MELLO OTTONI

**O LIMITE DO PODER REGULAMENTAR NAS LICITAÇÕES
PÚBLICAS FEDERAIS: uma análise da Instrução Normativa
MP/SLTI nº 2/2008**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão da disciplina Monografia
do Curso de Pós-Graduação *lato sensu*
em Direito Administrativo

Brasília-DF, 2 de março de 2017.

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

Este estudo analisa a Instrução Normativa nº 02/2008, expedida pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), sob o enfoque da natureza e competência do poder regulamentar, destinando-se a verificar os limites de validade e eficácia do ato normativo. A edição da norma e suas alterações tiveram por objetivo incorporar recomendações do Tribunal de Contas da União (TCU) para implementação de normas tendentes a afastar eventuais prejuízos advindos da aplicação de responsabilidade subsidiária trabalhista. No âmbito de competência, concluiu-se que a norma se limita às atividades descritas no Decreto nº 1.094/1994 e à aplicação aos órgãos do Poder Executivo Federal. No tocante à análise de validade, identificou-se que alguns de seus dispositivos desbordam de sua competência regulamentar. Por fim, ao se analisar a atual aplicabilidade da instrução normativa, verificou-se que há grande tendência de se impor um caráter cogente às instruções normativa, que elimina a discricionariedade do agente público na condução de casos concretos, razão por que se conclui que a norma poderá ser afastada a depender do caso, mediante devida justificação, para fins de melhor adequação da norma aos fins propostos pela Administração Pública.

Palavras-chave: Terceirização, contratos administrativos, poder regulamentar, instrução normativa.

ABSTRACT

This study examines the Normative Instruction nº 02/2008, issued by the Secretariat of Logistics and Information Technology, part of the Ministry of Planning, Budget and Management, by the focus of the nature and competence of regulatory power, to verify the limits of validity and effectiveness of the normative act. The purpose of this edition and its amendments was to incorporate recommendations from the Federal Audit Court for the implementation of rules designed to eliminate any losses arising from the application of subsidiary labor liability. Within the scope of competence, it was concluded that the standard is limited to the activities described in Decree nº 1.094/1994 and to the application to the Federal Executive Branch. Regarding the validity analysis, it was identified that some of its devices go beyond its regulatory competence. Finally, when analyzing the current applicability of normative instruction, it was verified that there is a great tendency to impose a cogent character on the normative instructions, which eliminates the discretion of the public agent in the conduct of concrete cases, reason why It is concluded that the standard may be removed dependind of the case, with due justification, for purposes of better adaptation of the standard to the purposes proposed by the Public Administration.

Keywords: Outsourcing, administrative contracts, regulatory power, normative instruction.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1 A DISCIPLINA NORMATIVA DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS | 3 |
| 1.1 A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA..... | 3 |
| 1.2 A ATUAL DISCIPLINA NORMATIVA E A HIERARQUIA LEGAL..... | 5 |
| 1.2.1 <i>A supremacia da Constituição.....</i> | <i>5</i> |
| 1.2.2 <i>As normas gerais de licitações e contratos e a hierarquia das leis</i> | <i>8</i> |
| 1.2.3 <i>A regulamentação infralegal.....</i> | <i>12</i> |
| 1.2.4 <i>As instruções normativas.....</i> | <i>13</i> |
| 2 AS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 16 |
| 2.1 A TERCEIRIZAÇÃO | 16 |
| 2.2 A REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL..... | 18 |
| 3 A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/2008 E SUAS ALTERAÇÕES..... | 23 |
| 3.1 HISTÓRICO | 23 |
| 3.2 A COMPETÊNCIA DA SECRETARIA DE LOGÍSTICA E DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO | 26 |
| 3.3 A ABRANGÊNCIA DA NORMA..... | 27 |
| 3.4 ANÁLISE DA VALIDADE DOS DISPOSITIVOS DO ATO NORMATIVO..... | 28 |
| 3.4.1 <i>Provisionamento de valores.....</i> | <i>29</i> |
| 3.4.2 <i>Requisitos de habilitação.....</i> | <i>31</i> |
| 3.4.3 <i>Instituição de sanção administrativa não prevista em lei</i> | <i>35</i> |
| 3.4.4 <i>Entrega de documentos para fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas.....</i> | <i>36</i> |
| 3.4.5 <i>Repactuação contratual</i> | <i>38</i> |
| 3.5 A ADEQUABILIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA AO CASO CONCRETO | 40 |
| CONCLUSÃO..... | 45 |
| REFERÊNCIAS..... | 49 |

INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos realizam o ideal do Estado Democrático de Direito ao concretizar um processo político de consensualização do desempenho dos poderes públicos, com relevância política e econômica, utilizados para a satisfação imediata e direta das necessidades estatais e para a promoção de políticas públicas no âmbito econômico e social.

Considerada a natureza das contratações que são realizadas, como contratos de obras, compras ou serviços, bem como a amplitude de sua utilização em todas as áreas de conhecimento, é rica a regulamentação da matéria, de forma geral e específica, em âmbito federal ou local, razão pela qual é importante que se observe a natureza das normas e os limites de atuação formal e material dos regulamentos que pretendem padronizar e limitar o poder discricionário do administrador durante o processo de contratação.

Por essa razão, analisa-se no Capítulo 1 do presente trabalho a competência para legislar sobre a matéria, as diversas normas incidentes sobre o tema, bem como sua natureza e posição hierárquica na ordem jurídica, com ênfase no estudo dos limites do poder regulamentar do Poder Executivo para dispor sobre a matéria de licitações e contratos.

Aborda-se nesse capítulo a aplicação do princípio da legalidade e da reserva de lei, como alicerces do Estado Democrático de Direito, em virtude da supremacia da Constituição Federal e do princípio da hierarquia das leis. Analisa-se também a regulamentação da matéria de licitações e contratos no âmbito infralegal, que ocorre por meio de atos do Poder Executivo, como decretos e regulamentos, e seu limite material e formal de atuação.

No Capítulo 2, traça-se um histórico das contratações realizadas pelo Poder Público, abarcando o surgimento do conceito de terceirização de serviços, o seu surgimento no Brasil e sua ampliação, ocorrida a partir dos anos 1990, com a tomada de medidas efetivas para reduzir o tamanho da estrutura estatal, por meio de programas de desestatização e de reforma do Estado.

Traça-se, ainda, um relato sobre a regulamentação normativa existente no âmbito das contratações de serviços, com enfoque nas normas aplicáveis à Administração Pública Federal e às instruções normativas expedidas para regulamentar o setor.

Por fim, no Capítulo 3, analisa-se amplamente a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, expedida pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Essa instrução normativa, considerada um marco regulatório, teve grande importância na tentativa de adequação do modelo de terceirização utilizado pela Administração Pública Federal às normas e à jurisprudência vigente à época, em atenção a diversas recomendações do Tribunal de Contas da União.

O que se analisa no presente caso é se a Instrução Normativa respeita os seus limites de atuação formal e material, conforme as normas superiores às quais se subordina, e como está sendo realizada sua aplicabilidade nos casos concretos, objetivando investigar se o ato normativo cumpre os fins a que se destina.

1 A DISCIPLINA NORMATIVA DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato administrativo é, na doutrina de Hely Lopes Meirelles, “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público”¹.

Marçal Justen Filho, por sua vez, defende a relevância do instituto ao afirmar que os contratos administrativos possuem íntima relação com a democratização do Estado, que amplia sua legitimidade e promove a satisfação imediata e direta das suas necessidades. A contratação administrativa ainda se revela importante para a promoção de políticas públicas no âmbito econômico e social².

Considerada a diversidade das contratações realizadas, que englobam contratos de obras, compras ou serviços, bem como a amplitude de sua utilização em todas as áreas de conhecimento, é extensa a regulamentação da matéria, de forma geral e específica, em âmbito federal ou local, razão por que é importante que se observe a natureza das normas e os limites de atuação formal e material dos regulamentos que pretendem padronizar e limitar o poder discricionário do administrador durante o processo de contratação.

Por essa razão, analisa-se neste capítulo a competência para legislar sobre a matéria, as diversas normas incidentes sobre o tema, bem como sua natureza e posição hierárquica na ordem jurídica, para, enfim, tecer sobre os limites de atuação do poder regulamentar.

1.1 A competência para legislar sobre a matéria

A repartição de competências entre os entes federados é pressuposto

¹ LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 21.

da autonomia de cada ente para o exercício de sua atividade normativa. A Constituição de 1988 estruturou um sistema de competências exclusivas, privativas e principiológicas combinadas com competências comuns e concorrentes, predominando o interesse de cada ente federado, conforme ensina José Afonso da Silva:

O princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de interesse local, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência.³

Todavia, em razão das dificuldades de se estabelecer o que seria de interesse nacional e o que se caracterizaria como matéria de interesse local, da evolução do federalismo e da ampliação de tarefas do Estado contemporâneo, surgiram outras técnicas de repartição de competências.

A Constituição Federal de 1988, intencionando realizar o equilíbrio federativo, adotou uma complexa técnica de repartição de poderes, que compreende a enumeração dos poderes da União, nos arts. 21 e 22, na definição indicativa de poderes para os Municípios, no art. 30, e na delegação de poderes remanescentes para os Estados (art. 25, §1º, CF), combinando essa reserva específica com a possibilidade de delegação (art. 22, parágrafo único), atuações paralelas da União, Estados Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência complementar⁴.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p. 481.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p. 481.

A respeito da matéria de licitações e contratos, a Constituição preconiza, no art. 22, XXVII, que caberá à União privativamente definir as normas gerais sobre licitação e contratos administrativos, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Por sua vez, os §§ 2º e 3º do art. 24 da CF/88 permitem aos Estados legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades, outorgando-lhes a competência complementar⁵. Estabelecem, ainda, que os Estados poderão exercer a competência legislativa plena quando inexistente lei federal sobre normas gerais. A respeito dos Municípios, a Constituição outorgou-lhes, em seu art. 30, inciso II, a competência para complementar a legislação federal e estadual no que couber.

A partir dessa repartição de competências, buscou-se evitar que os entes federados buscassem soluções normativas muito diferenciadas no que diz respeito ao regime jurídico da matéria. Garantiu-se, assim, o mínimo de padronização de disciplina legislativa.

1.2 A atual disciplina normativa e a hierarquia legal

1.2.1 A supremacia da Constituição

Em virtude da supremacia da Constituição Federal e do princípio da hierarquia das leis, o eixo fundamental da disciplina da matéria de licitações e contratos é

⁵ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.”

a própria Constituição, que consagra princípios e normas fundamentais sobre a organização do Estado e do desenvolvimento da atividade administrativa⁶.

A respeito da supremacia constitucional, segundo as palavras de J.J. Gomes Canotilho, “o estado de direito é um **estado constitucional**”⁷, no qual a constituição normativa constitui uma ordem jurídico-normativa estruturante vinculativa de todos os poderes públicos, conferindo medida e forma à ordem estadual e aos atos dos poderes públicos.

A constituição é, portanto, uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia. Essa supremacia, ou princípio da constitucionalidade, constitui princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

Do princípio da supremacia da constituição extraem-se diversos outros fundamentos, como a vinculação do legislador à constituição, que sugere que as leis formuladas pelos órgãos devem observar os parâmetros formais e matérias constitucionalmente dispostos. Esse fundamento também orienta o princípio da conformidade dos atos de estado, que exige a conformidade intrínseca e formal de todos dos poderes públicos, em sentido amplo, com a constituição. Em outras palavras, mesmo atos não normativos (atos políticos) devem sujeitar-se aos parâmetros e ao controle de sua conformidade conforme a constituição⁸.

A esse respeito, importante salientar que “Como corolário lógico do princípio da constitucionalidade e do princípio da legalidade deve-se registrar o *dever*

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 23.

⁷ CANOTINHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 245.

⁸ CANOTINHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 246.

da administração revogar os actos ilegais que eventualmente tenha praticado.”⁹

Nessa linha de pensamento, assoma o princípio da reserva da constituição, estabelecendo que as funções e competências dos órgãos do poder político devem ser exclusivamente constituídas pela constituição ou ter fundamento na constituição, e que as restrições a direitos, liberdades e garantias devem ser feitas “diretamente pela constituição ou através de lei, mediante autorização constitucional expressa e nos casos previstos pela constituição”. Em outras palavras:

O princípio fundamental do estado de direito democrático não é o de que o que a constituição não proíbe é permitido (transferência livre ou encauçada do princípio da liberdade individual para o direito constitucional), mas sim o de que os *órgãos de estado só têm competência para fazer aquilo que a constituição lhes permite*.¹⁰

A formação e a conservação dessa unidade política, a atuação e a execução dos deveres conferidos aos órgãos públicos são reguladas pelo ordenamento jurídico, competindo à Constituição fazer com que órgãos públicos, com estruturas e fins distintos, complementem-se e garantam cooperação, responsabilidade, controle, limitação do poder e impeçam abusos no exercício das competências. Ao instituir órgãos e confiar-lhes objetivamente certas tarefas estatais, mas com competências e fins, distintos e delimitados, e com poder estatal regulado pelo direito, a Constituição procura adequar as respectivas tarefas estatais à natureza do órgão de maneira coordenada e complementar aos demais.

Por fim, do princípio da constitucionalidade emana a força normativa da Constituição, tema classicamente trabalhado por Konrad Hesse, em obra de mesmo nome, e que dita, em resumo, que “havendo uma norma *jurídico-constitucional* ela não pode ser postergada quaisquer que sejam os pretextos invocados”, sejam eles supostas pretensões políticas, realismo financeiro, valores da nação ou, até mesmo, um

⁹ CANOTINHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 247.

¹⁰ *Ibidem*, p. 247.

apelo a uma superlegalidade que pretenda substituir ou neutralizar a força normativa da constituição¹¹.

Em conclusão, em razão do princípio da constitucionalidade e da supremacia constitucional, todas as normas que integram o ordenamento jurídico somente serão válidas se estiverem em conformidade com a Constituição Federal.

Feitas essas ponderações, é de se ressaltar que as normas regentes da administração pública e, especificamente, de licitações e contratos administrativos devem conformar-se, em primeiro plano, com as normas e princípios constitucionais. Tais regras não se limitam, contudo, àquelas constantes no art. 37 da Constituição, que estabelece disposições gerais sobre a Administração Pública. A norma constitucional deve ser compreendida como uma unidade normativa, levando-se em consideração seus “princípios de unidade e máxima eficácia, circunstâncias políticas, sociológica, históricas e relativas à adequação e proporcionalidade dos resultados à situação que regula, porquanto a interpretação constitucional é concretização”.¹²

Aplicam-se, pois, à análise das normas reguladoras de licitações e contratos administrativos o sistema político acolhido pela República Federativa, os fundamentos do Estado, o sistema de divisão de poderes, o regime jurídico do Estado Democrático de Direito, os princípios fundamentais, ou seja, os limites formais e materiais impostos pelo texto constitucional como um todo.

1.2.2 As normas gerais de licitações e contratos e a hierarquia das leis

Abaixo das normas constitucionais, encontram-se as leis, entendidas, neste tópico, como atos emanados do Poder Legislativo e elaborados conforme o pro-

¹¹ CANOTINHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 248.

¹² HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009 Apud CARMARGO, Nilton Marcelo de. Konrad Hesse e a teoria normativa da constituição. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS | v. 17 | n. 33 | Jan./Jun. 2015.

cesso legislativo previsto na Constituição, em seus arts. 59 a 69.

É nesse sentido que o princípio da legalidade, alicerce concretizador do Estado Democrático de Direito, subordinado à Constituição e fundado na legalidade democrática, realiza-se em sua forma plena, conforme consagrado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O princípio da legalidade, contudo, deve ser compreendido em consonância com o sistema constitucional, em função de suas regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, donde se extrai a competência do Poder Legislativo para criar regras que contenham originalmente novidade modificativa da ordem jurídico-formal, ou seja, conteúdo inovativo, ideia central que a distingue da competência regulamentar¹³.

Paralelamente ao princípio da legalidade, encontra-se o princípio da reserva legal, que estabelece que a regulamentação de determinadas matérias, seja em razão do órgão competente, da natureza matéria, ou do vínculo imposto pelo legislador, deverá ser realizada somente por lei em sentido estrito ou formal.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.666, de 1993, editada pela União, foi a primeira norma elaborada com o papel de definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 1º). As regras originais contidas nesse normativo foram resultado de regras e princípios dispostos em leis anteriores e amoldados conforme o sistema da Constituição de 1988, de acordo com o contexto histórico da época de sua edição. Todavia, ao longo do tempo, grande parte das normas contidas nesse diploma, para amoldar-se às mudanças práticas ocorridas, sofreu mutação normativa,

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 421.

alterando sua disciplina jurídica, sem, contudo, modificar sua redação.¹⁴

Outros diplomas que lhe sucederam apresentam normas que influenciam direta ou indiretamente a disciplina da Lei nº 8.666/93, como a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), a Lei do Regime Diferenciado de Licitação (Lei nº 12.462/2011) e a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016).

A relevância e abrangência do tema de licitações e contratos permite, ainda, que regras encontradas em diplomas que regulam outras áreas do direito sejam também aplicáveis à matéria, como o Código Civil, ao dispor sobre a atividade empresarial, e o Código Tributário Nacional, a respeito da regularidade fiscal das empresas, por exemplo. O restante da legislação, contudo, será aplicável subsidiariamente, no que seja compatível com as peculiaridades do regime de direito público¹⁵.

Por outro lado, a Lei nº 8.666/93, vinculante para todos os Poderes dos entes políticos, uma vez que estes, ao contratarem com terceiros, desempenham atividade de natureza administrativa, sujeitando-se aos princípios de regras da atividade administrativa do Estado, apresenta não apenas "normas gerais" – que ostentam âmbito nacional – como também normas de cunho "específico", aplicáveis apenas à própria União.¹⁶

No julgamento da ADI nº 927-3 (MC), o Supremo Tribunal federal, ao analisar a constitucionalidade de diversos dispositivos desse normativo, “reputou constitucionais os arts. 1º e 118 da Lei nº 8.666 e a grande maioria dos dispositivos objeto de questionamento foi reconhecida como enquadrável no conceito de normas gerais”¹⁷.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 22.

¹⁵ *Ibidem*, p. 23.

¹⁶ *Ibidem*, p. 32.

¹⁷ *Ibidem*, p. 30.

Naquele julgamento, o eminente Ministro Relator, buscando elucidar as diferenças entre "norma geral" e "norma específica", transcreveu o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, dentre outras, reputa serem "normas específicas" aquelas concernentes à definição de valores, prazos e requisitos de publicidade (art. 21), a regulamentação sobre registros cadastrais (arts. 34 a 37), o arrolamento exaustivo de recursos cabíveis e os prazos de interposição (art. 109), o estabelecimento dos documentos exigíveis de licitantes (arts. 27 a 33), os casos de dispensa de licitação (art. 24) e a especificação dos tipos e o *iter* procedimental dos procedimentos licitatórios (art. 45).

A despeito da inexistência de um critério preciso para a caracterização de "norma geral" e "norma específica", é possível depreender, a partir da análise jurisprudencial e doutrinária, que se enquadram como "normas gerais" os princípios, os fundamentos e as diretrizes conformadoras do regime licitatório e o que desbordar dessa disciplina será de aplicação específica para a Administração Pública Federal.

Mas a regulação de licitações e contratos administrativos não se limita às normas constitucionais e leis, uma vez que não é possível que a norma de lei contenha todos os procedimentos ou regule todos os elementos do provimento, para os quais é possível a atuação discricionária do agente administrativo. O princípio da legalidade "vincula-se a uma reserva genérica ao Poder Legislativo, que não exclui a atuação secundária de outros poderes"¹⁸.

Isso não quer dizer que essa atuação secundária seja livre e desinibida para regulamentar quaisquer matérias. Os elementos essenciais da providência impositiva devem constar na lei, único instrumento apto a criar direitos e impor obrigações positivas ou negativas.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p. 421.

1.2.3 A regulamentação infralegal

No âmbito infralegal, a regulação do tema dá-se por meio de atos do Poder Executivo, como decretos e regulamentos, normas que não possuem valor normativo primário, com função meramente regulamentar da lei.

Os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo possuem a natureza de ato administrativo normativo, a cuja categoria pertencem os decretos, regimentos, resoluções, deliberações, instruções normativas e portarias de conteúdo geral. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, ato administrativo é a:

(...) declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional¹⁹.

A competência desse poder regulamentar encontra autorização no art. 84 da Constituição Federal, que estabelece que cabe ao chefe do Poder Executivo o poder para editar regulamentos de *caráter executivo* e de *natureza organizatória* “na forma da lei”, ou seja, com função normativa secundária ou subordinada à lei.

A diferença essencial entre lei e regulamento reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão-somente desenvolve, concretiza ou especifica. Segundo Oswaldo Bandeira de Mello, o “regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, e a legislação em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta”²⁰.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 389.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. V. I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 426.

Com a Emenda Constitucional nº 32/2001, que alterou a redação do art. 84, inciso VI, da CF/88, parte da doutrina passou a entender a Constituição Federal teria recepcionado o decreto independente ou autônomo. A matéria foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.239, quando se discutia a possibilidade de se exercer o controle de constitucionalidade do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, considerado como decreto autônomo pelo STF. Todavia, alguns doutrinadores, como José Afonso da Silva, entendem que a Constituição não recepcionou essa modalidade de regulamento.

A finalidade primeira da competência regulamentar é regular a liberdade relativa constante no interior das balizas legais (poder discricionário), quando caiba à Administração executar lei que demande atuação administrativa. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Daí que o regulamento discricionariamente as procede e, assim, cerceia a liberdade de comportamentos dos órgãos e agentes administrativos para além dos cerceios da lei, impondo, destarte, padrões de conduta que correspondem aos critérios administrativos a serem obrigatoriamente observados na aplicação da lei aos casos particulares²¹.

O titular da competência para exercer o poder regulamentar é o Chefe do Poder Executivo, que, no exercício de seu poder hierárquico, restringe os comportamentos de seus subordinados, uniformizando, processual e materialmente, o procedimento que deve ser adotado em determinadas situações, na órbita de discricionariedade que dispõe.

1.2.4 As instruções normativas

A Instrução Normativa é ato administrativo de natureza infralegislativa, razão pela qual a disposição contida em uma instrução normativa não revoga nem se sobrepõe à disciplina legal ou regulamentar em sentido próprio (decreto proveniente do

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356.

Chefe do Poder Executivo) e a “contradição entre a norma legal e a norma veiculada por uma instrução normativa se resolve pela invalidade da última”²².

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ADI 531 AgR, de relatoria do Exmo. Min. Celso de Mello, externou o posicionamento da Corte, até hoje utilizado, no que diz respeito à natureza e à hierarquia desse ato normativo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 62, DO DEPARTAMENTO DA RECEITA FEDERAL - SUA NATUREZA REGULAMENTAR - IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - SEGUIMENTO NEGADO POR DECISÃO SINGULAR - COMPETÊNCIA DO RELATOR (RISTF, ART. 21, § 1º; LEI 8.038, ART. 38) - PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO PRESERVADO (CF, ART. 97) - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - E inquestionável que assiste à Suprema Corte, em sua composição plenária, a competência exclusiva para julgar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (CF, art. 97; RISTF, art. 5º, VII e art. 173). Essa regra de competência, no entanto, muito embora de observância indeclinável por qualquer órgão judiciário colegiado, não subtrai ao Relator da causa o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata, o que inclui, dentre outras atribuições, o exame dos pressupostos processuais e das condições da própria ação direta. A possibilidade de controle recursal, "a posteriori", dos atos decisórios que o Relator pratica, no desempenho de sua competência monocrática, dá concreção, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao princípio da reserva de Plenário, inscrito no art. 97 da Lei Fundamental da República. - **As Instruções Normativas, editadas por Órgão competente da Administração Tributária, constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares.** Não se revelam, por isso mesmo, aptas a sofrerem o controle concentrado de constitucionalidade, que pressupõe o confronto direto do ato impugnado com a Lei Fundamental.²³

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 211.

²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 531 AgR*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/1991, DJ 03-04-1992 PP-04288 EMENT VOL-01656-01 PP-00095 RTJ VOL-00139-01 PP-00067.

A eficácia da instrução normativa cinge-se à Administração, sem vinculação aos particulares. Ademais, o descumprimento de norma constante em instrução normativa não configura violação à lei e, portanto, não gera nulidade do ato, mas sim o cabimento de punição disciplinar²⁴.

O exercício desse poder pode ser delegado aos órgãos ou agente que a ele se vinculem. Todavia, as resoluções, instruções, portarias, regimentos e quaisquer outros atos gerais do Executivo, que não sejam expedidos pelo Chefe do Poder Executivo alojam-se em nível inferior na pirâmide jurídica, uma vez que expedidas por autoridades subalternas, cujos poderes encontram limites no próprio regulamento geral expedido pelo Presidente²⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello conclui, nessa linha de pensamento, que “se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções”²⁶.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 212.

²⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 374.

²⁶ *Ibidem*, p. 373.

2 AS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 A terceirização

A contratação de serviços de terceiros é comumente chamada de terceirização, que teve origens no mercado privado e, conforme consenso doutrinário, é definida como “contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiros para o desempenho de atividades-meio”²⁷.

Seu surgimento deu-se nos Estados Unidos, durante a Segunda Guerra Mundial, notadamente na indústria bélica, para aumentar sua capacidade de produção. Logo após, em meados da década de 40, a terceirização foi largamente utilizada pelos países europeus que participaram da Segunda Guerra Mundial, para produção de armamentos.²⁸

No Brasil, a terceirização começou a surgir em 1929, utilizada por cafeicultores, que investiram em indústrias que empregavam terceiros para execução de tarefas secundárias, no intuito de poupar a verba destinada a mão-de-obra²⁹.

Apesar de já fazer parte da realidade do país, a terceirização somente foi regulamentada em meados da década de 1960, pelos Decretos-Lei nº 1.212 e nº 1.216, que previram a possibilidade da contratação de serviços de segurança bancá-

²⁷ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 214.

²⁸ NASCIMENTO FILHO, Adeildo Feliciano do. *Terceirização: aspectos práticos e teóricos*. 2001. Apud FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. *Terceirização no serviço público*. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf> Acesso em: 28 fev. 2017.

²⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. *Terceirização no serviço público*. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf> Acesso em: 28 fev. 2017.

ria³⁰.

No âmbito da Administração Pública, a contratação de serviços foi regulamentada a partir da edição do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que previa, em seu art. 10, que a execução das atividades da Administração Federal deveria ser amplamente descentralizada.³¹

A partir da década de 1980, teve início o processo de desestatização e redução do tamanho do Estado, diminuindo sua presença em atividades econômicas, por meio de privatização de empresas estatais e da concessão de serviços públicos à iniciativa privada³².

Nesse contexto, adveio o Decreto-Lei nº 2.300/1986, que permitiu a contratação de empresas para a execução de obras e serviços públicos, mediante a realização de processo licitatório.

Em seguida, foi promulgada a Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 175, estabeleceu a faculdade de a Administração Pública prestar serviços por intermédio de terceiros, mediante concessão ou permissão, e também buscou limitar a exploração de atividades econômicas pelo Estado (art. 173), consagrando o princípio da livre concorrência na economia (art. 170).³³

³⁰ MATIAS, Maria Stella Vidal. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Reflexos nas relações trabalhistas a partir da década de 90. Angra dos Reis, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.uff.br/jspui/bitstream/1/2696/1/TCC-%20TERCEIRIZA%C3%87%C3%83O%20NA%20ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2017.

³¹ SAIGG, Ibrahim Gonçalves. Terceirização de Mão de Obra na Administração Pública Federal: efeitos da Instrução Normativa nº 2/2008 na execução da despesa orçamentária. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513272/TCC%20-%20Ibrahim%20Goncalves%20Saigg.pdf?sequence=1>> Acesso em 01/03/2017.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

Esse cenário incentivou o aumento da contratação de serviços terceirizados, que ganhou força no final dos anos 80, com as empresas ligadas a indústria automobilística.

Todavia, somente nos anos 1990, em meio a um cenário de crises econômica e política, é que foram tomadas medidas efetivas para reduzir o tamanho da estrutura estatal, por meio de programas de desestatização e de reforma do Estado, implementando-se, em 1995, o Plano Diretor da Reforma do Estado, que envolveu a privatização de empresas estatais e previu a terceirização de atividades auxiliares ou de apoio (limpeza, vigilância, transporte, copa, informática), que tinha por objetivo tornar a estrutura do Estado menos onerosa e mais eficiente. Dentro desse contexto, por meio da Emenda Constitucional nº 19, o princípio da eficiência foi inserido no texto constitucional em 1998.³⁴

Por fim, embora a contratação de serviços pela Administração Pública já estivesse amparada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, pelo Decreto nº 5.645/1970 (art. 3º, parágrafo único) e pela Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993), à época, foi com o Decreto 2.271/1997 que atividades de apoio, de caráter continuado, começaram a ser preferencialmente contratadas com terceiros³⁵.

2.2 A regulamentação no âmbito do Poder Executivo Federal

A terceirização de serviços não dispõe de norma própria no ordenamento jurídico brasileiro e sua regulamentação ocorre indiretamente, mediante a aplicação de normas afins, como o Decreto-Lei nº 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), a Lei nº 6.019/1974 (contratação de trabalho temporário) e a Lei nº 7.102/1983

³⁴ SAIGG, Ibrahim Gonçalves. Terceirização de Mão de Obra na Administração Pública Federal: efeitos da Instrução Normativa nº 2/2008 na execução da despesa orçamentária. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513272/TCC%20-%20Ibrahim%20Goncalves%20Saigg.pdf?sequence=1>> Acesso em 01/03/2017.

³⁵ Ibidem.

(contratação de serviços de vigilância).³⁶

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nº. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, a jurisprudência no período de 1985-1990 firmou-se no sentido de que seria ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (Enunciado 256 do TST).³⁷

Esse enunciado foi revisto em 1993 e, depois, em 2000, quando aprovada a redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que foi alterada por diversas vezes até dispor sobre sua atual redação, que segue abaixo:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evi-

³⁶ Ibidem,

³⁷ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 216.

denciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.³⁸

A contratação de serviços no âmbito do Poder Executivo Federal foi disciplinada pela IN/MARE nº 18/1997, a qual definiu serviços continuados aqueles necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cujos serviços não pudessem ser interrompidos e com duração de mais de um exercício financeiro.³⁹

Referida Instrução Normativa, que teve aplicação exclusiva no ordenamento até 2008, permitia que a contratada fosse remunerada por postos de trabalho ou com base na quantidade de horas de serviço, quando o contrato especificasse o quantitativo de pessoal alocado.

Em 2008, porém, após insistentes recomendações do Tribunal de Contas da União (TCU) no sentido de que o planejamento das foi instituída a Instrução Normativa 02/2008 (IN-02), da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que alterou as regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados no âmbito do Executivo Federal⁴⁰. Referida Instrução também sofreu diversas alterações, sendo a mais significativa aquela introduzida pela IN 6/3013.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

³⁹ SAIGG, Ibrahim Gonçalves. Terceirização de Mão de Obra na Administração Pública Federal: efeitos da Instrução Normativa nº 2/2008 na execução da despesa orçamentária. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513272/TCC%20-%20Ibrahim%20Goncalves%20Saigg.pdf?sequence=1>> Acesso em 01/03/2017.

⁴⁰ Ibidem.

Em seguida, foram editadas outras Instruções Normativas destinadas a regulamentar as contratações de serviços, todas elaboradas pela Secretaria de Logística e de Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, das quais merecem destaque:

- a) Instrução Normativa nº 4/2008-SLTI, que dispõe sobre o processo de contratação de serviços de Tecnologia da Informação pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional;
- b) Instrução Normativa nº 1/2010-SLTI, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências;
- c) Instrução Normativa nº 2/2011-SLTI, que estabelece procedimentos para a operacionalização dos módulos e subsistemas que compõem o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, para os órgãos da Presidência da República, Ministérios, Autarquias e Fundações que integram o Sistema de Serviços Gerais - SISG, assim como para os demais órgãos e entidades que utilizam o SIASG.
- d) Instrução Normativa nº 5/2014-SLTI, que dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.

Especificamente sobre contratações de serviços no âmbito da União, e objeto do presente estudo, destaca-se a Instrução Normativa nº 2/2008, que se destina a disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Tal instrução possui fundamento, conforme preâmbulo, no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, no Decreto nº 8.189, de 21 de janeiro de 2014, no Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994, e o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Como já dito anteriormente, essa instrução normativa, como regulamento deve observância e obediência a toda uma cadeia de normas, constitucionais e infra-constitucionais, inclusive a outros atos administrativos, como os decretos, para que seja considerada válida. Essa análise que se procura realizar a seguir.

3 A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/2008 E SUAS ALTERAÇÕES

3.1 Histórico

No ano de 2003, o Acórdão 1.815/2003-Plenário, do Tribunal de Contas da União, ao analisar o tratamento dispensado à realidade das relações entre a Administração Pública Federal e as cooperativas, verificou que o modelo de terceirização utilizado pela Administração Pública Federal estava em desconformidade com o que preceitua o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, e o Enunciado de Jurisprudência nº 331 do TST⁴¹.

Observou-se ainda, à época, que as atividades que obrigatoriamente devem ser realizadas por servidores ou empregados aprovados em concurso público eram desempenhadas por terceirizados, em afronta ao texto constitucional.

Dada a importância do tema, foi concedido caráter normativo àquele Acórdão, com as seguintes determinações:

9.5. conceder a este Acórdão caráter normativo;

9.6. cientificar os interessados constantes do item 3 retro, a Controladoria-Geral da União e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do inteiro teor deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam;

9.7. determinar a inclusão no Plano de Auditoria relativa ao 2º semestre de 2004 de trabalho de auditoria, a ser coordenado pela Secretaria-Geral de Controle Externo, com vistas a examinar o modelo de terceirização de serviços adotado no âmbito da Administração Pública Federal;⁴²

⁴¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 1.815/2003-Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 26/11/2003.

⁴² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 1.815/2003-Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 26/11/2003.

A partir daquele momento, a Corte de Contas continuou abordando o tema terceirização em reiteradas ocasiões, a exemplo dos Acórdãos nºs 864/2005, 2.147/2005, 1.823/2006, 2.624/2007, 2.105/2008 e 2.720/2008, todos do Plenário.

Por meio do Acórdão 1.520/2006-Plenário, o TCU recebeu como um compromisso a proposta oferecida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para diminuir gradualmente, entre os anos de 2006 e 2010, a terceirização irregular de postos de trabalho na Administração Pública Federal Direta, autárquica e fundacional, mediante a substituição dos terceirizados por servidores concursados⁴³.

Foi nesse contexto, em que muito se discutia a regularidade das contratações de serviço pela Administração, que o Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa nº 2/2008 que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.

Então, o TCU, por meio do Acórdão nº 2.270/2008-Plenário, realizou uma Fiscalização de Orientação Centralizada - FOC realizada em cumprimento aos termos do item 9.7 do Acórdão 1.815/2003-Plenário, no intuito de verificar o cumprimento das obrigações que haviam sido impostas naquele Acórdão⁴⁴.

O Acórdão cita a elaboração da IN 2/2008 pelo MPOG e reproduz matéria publicada na Gazeta do Espírito Santo em 7/10/2008, e reproduzida pelo informativo União, na edição nº 189, destacando as principais inovações contidas nessa instrução, destacando-se as seguintes⁴⁵:

⁴³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 1.520/2006-Plenário*. Relator: Min. Marcos Vinicius Vilaça. Data da sessão: 23/08/2006.

⁴⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 2.270/2008-Plenário*. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Data da sessão: 15/10/2008.

⁴⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 2.270/2008-Plenário*. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Data da sessão: 15/10/2008.

- e) Mensuração de serviços por resultados e não caracterização de serviços como fornecimento de mão-de-obra;
- f) licitação separada de serviços distintos, com a celebração de contratos independentes;
- g) agrupamento de serviços distintos em lotes, por empreitada de preço global, somente quando houver necessidade de inter-relação entre os serviços contratados, gerenciamento centralizado ou implicar vantagem para a Administração, justificadamente;
- h) obrigatoriedade da segregação das funções de executor e fiscalizador;
- i) vedação expressa da contratação de atividades que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários;
- j) vedação à Administração de fixar nos instrumentos convocatórios o quantitativo de mão-de-obra a ser utilizado na prestação do serviço.

Aquele Acórdão ainda externa que, a despeito da expedição desse ato regulamentar, ainda haveria diversas irregularidades na utilização do instituto da terceirização, razão por que, além de outras medidas, foram realizadas, alterações na Instrução Normativa, na tentativa de regularizar a contratação de serviços pela Administração.

Referida Instrução foi alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009, Instrução Normativa nº 4 de 11 de novembro de 2009, Instrução Normativa nº 5 de 18 de dezembro de 2009, Instrução Normativa nº 6 de 23 de dezembro de 2013, Instrução Normativa nº 3, de 24 de junho de 2014 e Instrução Normativa nº 4 de 19 de março de 2015.

A alteração mais significativa foi aquela introduzida pela IN 6/3013, que foi editada para incorporar recomendações feitas pelo TCU no Acórdão nº 1.214/2013 – Plenário, com o objetivo de indicar aos gestores públicos elementos necessários para minimizar o risco e fornecer instrumentos para reduzir eventual prejuízo decorrente da responsabilidade subsidiária trabalhista que possa ser atribuída à Administração tomadora de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra⁴⁶.

3.2 A competência da Secretaria de Logística e de Tecnologia da Informação

A competência para orientar normativamente as atividades de administração de serviços gerais e tecnologia da informação foi atribuída à antiga Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, pelo art. 23 e Anexo I do Decreto nº 3.224/1999, que aprovou, naquele ano de 1999, a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e funções gratificadas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão⁴⁷.

Posteriormente, diversos outros decretos mantiveram inalteradas as regras sobre a existência e a competência daquela secretaria. A competência para edição da IN 2/2008, conforme preâmbulo do ato normativo, foi prevista no Decreto nº 8.189, de 21 de janeiro de 2014, que assim dispunha em seu 34:

Art. 34. À Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação compete:

I - propor políticas, planejar, coordenar, supervisionar e orientar normativamente as atividades:

a) de gestão dos recursos de tecnologia da informação, no âmbito do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP, como órgão central do sistema;

⁴⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 1.214/2013 – Plenário*. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Publicado em 22/05/2013.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 214.

b) de gestão dos recursos de logística sustentável, no âmbito do Sistema de Administração de Serviços Gerais - SISG, como órgão central do sistema;

c) de gestão de convênios e contratos de repasse;

d) de governo eletrônico, relacionadas à padronização e à disponibilização de serviços eletrônicos interoperáveis, acessibilidade digital e abertura de dados; e

e) de segurança da informação no âmbito do SISG;

A SLTI foi extinta pelo Decreto nº 8.578/2015, que renomeou o órgão como Secretaria de Tecnologia da Informação e lhe atribuiu competência para a área de tecnologia da informação – inclusive do SISG - e deixou as demais atribuições atinentes ao SISG à Secretaria de Gestão.

Essas atribuições foram mantidas pelo Decreto nº 8.818, de 21 de julho de 2016, que revogou o Decreto nº 8.578/2015, e que se encontra atualmente em vigor.

3.3 A abrangência da norma

A IN 2/2008 disciplinou a contratação de serviços no âmbito do Sistema de Serviços Gerais-SISG, estabelecido inicialmente pelo Decreto nº 75.657, de 24 de abril de 1975, revogado pelo Decreto 1.094, de 23 de março de 1994, que assim dispõe sobre a abrangência do SISG, em seu art. 1º:

Art. 1º Ficam organizadas sob a forma de sistema, com a designação de Sistema de Serviços Gerais (SISG), as atividades de administração de edifícios públicos e imóveis residenciais, material, transporte, comunicações administrativas e documentação.

§ 1º Integram o SISG os órgãos e unidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, incumbidos especificamente da execução das atividades de que trata este artigo.

O Decreto nº 8.578/2015, em seu art. 26, VIII, estabeleceu como órgão central do SISG a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Essa disciplina normativa impõe o limite formal de competência da SLTI para orientar normativamente apenas relativamente às atividades descritas no decreto nº 1.094/1994, ou seja, “as atividades de administração de edifícios públicos e imóveis residenciais, material, transporte, comunicações administrativas e documentação”⁴⁸.

Conforme Marçal Justen Filho, outro limiar de eficácia a ser abordado seria o fato de a Instrução, em observância ao Decreto nº 1.094/1994, ter a pretensão de aplicar-se a todos os órgãos da Administração Direta, autárquica e fundacional, uma vez que estas duas últimas seriam dotadas de autonomia própria, com extensão determinada por sua lei instituidora. Assim, tais entidades não se caracterizam como órgãos vinculados e subordinados ao Poder Executivo Federal, razão pela qual a Instrução Normativa não lhes seria aplicável⁴⁹.

Importante salientar, contudo, que essa Instrução Normativa não é apenas utilizada hoje circunscrita ao seu âmbito de atuação. Diversos órgãos, inclusive de outros Poderes, na ausência de regulamentação, utilizam-se de regras dispostas nesse ato normativo para o planejamento de suas contratações.

3.4 Análise da validade dos dispositivos do ato normativo

A IN 2/2008 tratou por disciplinar minuciosamente as atividades administrativas relativas ao planejamento, a concepção e a execução dos contratos, utilizando-se de normas aplicáveis à espécie e, principalmente, de Acórdãos do Tribunal de Contas da União.

Contudo, a análise de alguns de seus dispositivos, principalmente aqueles inseridos pela Instrução Normativa SLTI nº 6/2013, desbordam de sua competência regulamentar, inserindo-se no âmbito de atuação legal ou mesmo contrariando normas constitucionais e legais, conforme pontuado a seguir.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 216.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 216

3.4.1 Provisionamento de valores

O art. 19-A da IN 2/2008, introduzido pela Instrução Normativa nº 6/2013, incluiu a necessidade de se prever em edital deverá regras para provisionamento de valores para o pagamento das férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, que serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, como forma de garantia de cumprimento de obrigações trabalhistas, confira-se:

Art. 19-A. O edital deverá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

I - previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, que serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no Anexo VII desta Instrução Normativa; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

§ 1º Os valores provisionados na forma do inciso I somente serão liberados para o pagamento das verbas de que trata e nas seguintes condições: (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

I - parcial e anualmente, pelo valor correspondente ao 13º (décimo terceiro) salário dos empregados vinculados ao contrato, quando devido; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

II - parcialmente, pelo valor correspondente às férias e a um terço de férias previsto na Constituição, quando do gozo de férias pelos empregados vinculados ao contrato; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

III - parcialmente, pelo valor correspondente ao 13º (décimo terceiro) salário proporcional, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da dispensa de empregado vinculado ao contrato; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

IV - ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

§ 2º Os casos de comprovada inviabilidade de utilização da conta vinculada deverão ser justificados pela autoridade competente. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

§ 3º Em caso de impossibilidade de cumprimento do disposto no inciso III do caput deste artigo, a contratada deverá apresentar justificativa, a fim de que a Administração possa verificar a realização do pagamento. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

§ 4º O saldo existente na conta vinculada apenas será liberado com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

§ 5º quando não for possível a realização dos pagamentos a que se refere o inciso V do caput deste artigo pela própria administração, esses valores retidos cautelarmente serão depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

O Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre a questão nos Acórdãos nº 1.937/2009-2ª Câmara e 4.720/2009-2ª Câmara. Na primeira oportunidade, orientou o Banco do Brasil a respeito da pertinência de reter parte das faturas como garantia de pagamento de verbas trabalhistas. Na segunda, em grau de pedido de reexame interposto pela instituição bancária, o Tribunal de Contas da União reconheceu que a retenção desses valores é ilegal, pois constitui garantia excessiva àquela fixada pela Lei nº 8.666/1993.

No Acórdão nº 1.214/2013–Plenário daquela Corte de Contas, que orientou a própria elaboração da IN nº 6/2013, o grupo de estudos formado para analisar o caso, bem como a unidade técnica responsável, entenderam que *“a utilização da conta bancária vinculada prevista na IN/SLTI/MP 02/2008 não é indicada”*, com base nos seguintes fundamentos:

(...) o processo de operacionalização dessas contas representa acréscimos ainda maiores aos custos de controle dos contratos terceirizados, pois são milhares de contas com infindáveis operações a serem realizadas. Os riscos são altos, especialmente para os servidores responsáveis por essas tarefas – é comum que os fiscais dos contratos não possuam os conhecimentos do sistema bancário necessários para o desempenho dessa atribuição;

(...) a adoção desse procedimento representa interferência direta da Administração na gestão da empresa contratada. Sendo assim, nos parece que contribui ainda mais para que a Justiça do Trabalho mantenha o entendimento de que a União é responsável subsidiária pelas contribuições previdenciárias, FGTS e demais verbas trabalhistas; e

(...) Por todo o exposto, o Grupo de Estudos conclui que a gestão dos contratos deve ser realizada da forma menos onerosa possível para o erário; compatível com os conhecimentos dos fiscais desses contratos; com critérios estatísticos e focados em atos que tenham impactos significativos sobre o contrato e não sobre erros esporádicos no pagamento de alguma vantagem. Nesse sentido, a utilização da conta bancária vinculada prevista na IN/SLT/MP 02/2008 não é indicada.

O Relator do processo, Ministro Aroldo Cedraz, corroborou a conclusão final da unidade técnica, ressaltando que vários itens tratados não eram recomendados para utilização na fiscalização dos contratos, entre eles, a existência de conta vinculada para pagamento dos encargos trabalhistas, e propôs que os pagamentos efetuados às contratadas sejam realizados exclusivamente com base na documentação prevista no art. 29 da Lei 8.666/1993, não se exigindo os diversos outros documentos previstos na IN nº 2/2008-SLT/MPOG.

3.4.2 Requisitos de habilitação

Em termos sumários, o termo “qualificação técnica” consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas, bem como no conjunto de recursos organizacionais e humanos necessários à boa execução do objeto a ser contratado⁵⁰.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 682.

As exigências relativas à qualificação técnica de licitantes guardam amparo constitucional, no art. 37, XXI da CF/88, bem como possuem delimitação bem definida no art. 30 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

O art. 19 da IN 2/2008, por sua vez, estabeleceu a possibilidade de inclusão nos instrumentos convocatórios de cláusulas que impõem exigência cuja razoabilidade e legalidade são questionáveis, veja-se:

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem 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: (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)

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)

§ 6º Para a comprovação da experiência mínima de 3 (três) anos prevista no inciso I do § 5º, será aceito o somatório de atestados. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

§ 7º Na contratação de serviços continuados com mais de 40 (quarenta) postos, o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados. (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)

§ 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)

§ 9º Somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos, um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

A inclusão dessas exigências está contida em recomendação realizada pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.214/2013–Plenário, aplicando-se, à espécie, o entendimento segundo o qual “a interpretação que mais se coaduna com o interesse da Administração de se resguardar quanto à real capacidade técnica da licitante de prestar adequadamente os serviços pactuados é a que vincula a vedação de exigências de quantidades mínimas ao número de atestados, e não aos serviços objeto dos atestados fornecidos”.

Contudo, há de se salientar que a matéria não se encontra pacificada no âmbito do Tribunal de Contas da União, que possui inúmeros precedentes em sentido contrário, a saber: Acórdãos nº 2.081/2007, 608/2008, 1.312/2008, 2.585/2010, 3.105/2010 e 276/2011, todos do Plenário.

Isso porque essa fixação de experiência mínima de 3 (três) anos viola as normas estampadas no art. 3º, § 1º, inciso I, e art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/1993⁵¹, notadamente deste último dispositivo, que veda a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época.

Em verdade, o próprio voto condutor do Acórdão nº 1.214/2013-Plenário deixou assente o seguinte:

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.

Em consonância com esse entendimento, e com a diversidade de objetos contratuais que serão regidos por essa norma, bem como de órgãos que serão afetados, é temerária a adoção de critério único ou uniforme tão restritivo para habilitação das licitantes, haja vista que não é recomendável adotar-se interpretação que deve ser exceção, como regra geral, afigurando-se ilegal por contrariar norma expressa.

⁵¹ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...)

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

3.4.3 Instituição de sanção administrativa não prevista em lei

Merece também discussão o disposto no art. 19, inciso XXVI, da IN 2/2008, uma vez que institui na ordem jurídica uma nova conduta típica, segundo a qual a empresa contratada que deixar de recolher o FGTS e as contribuições previdenciárias, ou não realizar o pagamento do salário, do vale-transporte, ou do auxílio alimentação dos seus empregados, será declarada impedida de licitar e contratar com a União, com base no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, *in verbis*:

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

(...)

XXVI - disposição que caracterize como falta grave, compreendida como falha na execução do contrato, o não recolhimento do FGTS dos empregados e das contribuições sociais previdenciárias, bem como o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio alimentação, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013 e retificado em 9 de janeiro de 2014 – publicado no DOU nº 6, Seção 1, pg.58/59)

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, o princípio da reserva legal assegura aos particulares que eventual ilícito administrativo e a respectiva sanção somente serão criados mediante lei formal, que, de fato, é o ato dotado de eficácia para inovar a ordem jurídica de modo primário, conforme a escolha do legislador.

Cabe apenas à lei formal inovar a ordem jurídica de modo primário, criando infrações e sanções administrativas, e descrevendo as hipóteses de incidência. Ao regulamento, que além de inferior e subordinado, é ato dependente de lei, não é possível criar direitos ou obrigações, nem muito menos condutas típicas novas, estranhas à lei.

À competência regulamentar compete apenas complementar a norma

punitiva com elemento acessório e secundário, que porventura seja necessário para a completa tipificação do ilícito administrativo. Mas a inovação da ordem jurídica é reservada à lei formal, o que significa dizer que somente o legislador pode criar os ilícitos administrativos e as respectivas sanções. Segundo Rafael Munhoz de Mello:

Regulamentos administrativos não podem criar ilícitos administrativos e as respectivas sanções. Trata-se de incursão indevida da Administração Pública em matéria reservada ao legislador. (...) A hipótese de incidência da norma punitiva bem como seu mandamento devem ser estipulados pelo legislador, não pelo agente administrativo.⁵²

Ademais, referido artigo retra completamente do administrador a possibilidade de análise do caso concreto, considerando todas as variantes do direito sancionador e a aplicação dos princípios aplicáveis à matéria, que devem ser observados pelo aplicador por disposição legal.

Desse modo, tendo em vista que a hipótese de incidência da norma não encontra previsão no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, o artigo é ilegal.

3.4.4 Entrega de documentos para fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas

O art. 34 da IN 2/2008 estabelece a obrigatoriedade de entrega de diversos documentos comprobatórios para fins de fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela contratada. São eles:

Art. 34 A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

⁵² *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2007, p. 122-123.

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

(...)

c) entrega, quando solicitado pela Administração, de quaisquer dos seguintes documentos: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

3. cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

4. comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de convenção ou acordo coletivo de trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

5. comprovantes de realização de eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei ou pelo contrato; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

A obrigatoriedade de entregar à Administração documentos pessoais de terceiros, no caso, os seus empregados, tais como o extrato da conta do INSS e do FGTS, além do contracheque, constitui grave violação à privacidade e à intimidade, respaldados nos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, além de não encontrar respaldo legal.

A fiscalização, nesse caso, poderia ser realizada mediante a simples entrega dos comprovantes de pagamentos e depósitos realizados pela empresa contratada, razão por que também se afigura ilegal referida norma.

3.4.5 *Repactuação contratual*

A Instrução Normativa nº 2/2008 prevê, em seu art. 37, a obrigatoriedade de observância do instituto da repactuação nas contratações de serviços continuados, com dedicação exclusiva de mão de obra, *in verbis*:

Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

O artigo restringe a adoção da repactuação nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, sendo que não há nenhum respaldo legal que permita essa restrição.

Ao contrário. A existência de cláusulas que assegurem as condições efetivas da proposta em contratos públicos é mandamento constitucional, insculpido no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, que reflete a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato. Essa garantia pode ser assegurada mediante a utilização de 3 (três) institutos jurídicos presentes na legislação infraconstitucional: o reajuste, a repactuação e a revisão (realinhamento).

Dentre esses institutos, a repactuação se destina a recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, atingido pela variação dos custos dos insumos, que deve ser comprovada mediante planilha analítica demonstrativa da variação dos componentes dos custos, a exemplo do que ocorre nas hipóteses de dissídio coletivo.

O art. 65, inciso II, alínea 'd', da Lei 8.666/93 dispõe que os contratos administrativos poderão ser alterados para restabelecer a relação inicialmente pactuada entre as partes na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

II - por acordo das partes: (...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Tamanho a proteção legal conferida ao particular nesse ponto que até mesmo o exercício das cláusulas exorbitantes – característica que distingue os contratos administrativos dos demais – é limitado pelo respeito ao direito do particular de intangibilidade das cláusulas econômicas-financeiras e monetárias dos contratos administrativos, consoante se pode perceber da norma contida no art. 58, inciso I e § 1º, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (...)

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

O art. 58 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, aplicável à contratação em comento, determina que sejam respeitados os direitos do contratado, o que importa garantir que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja mantido e, por conseguinte, que as condições efetivas da proposta original sejam preservadas, conforme previsto no § 2º deste mesmo dispositivo legal:

Art. 58. (...)

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-

financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Assim, não poderia a Instrução Normativa restringir o alcance de normas constitucionais e legais que não fizeram a distinção pretendida pelo ato normativo.

Outra limitação não prevista em lei e que foi incluída pela IN 2/2008 ao direito de repactuação está prevista no art. 19 da norma, que assim estabelece:

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

(...)

§ 1º Nas contratações de serviços continuados, o instrumento convocatório poderá estabelecer, como condição para as eventuais repactuações, que o contratado se comprometerá a aumentar a garantia prestada com os valores providos pela Administração e que não foram utilizados para o pagamento de férias.

O direito à repactuação não pode ser condicionado ao aumento da garantia prestada com os valores providos pela Administração, considerando que os requisitos previstos no Decreto nº 2.271/1997, para seu deferimento, são apenas a previsão em edital, “o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada”.

3.5 A adequabilidade da Instrução Normativa ao caso concreto

Como já relatado anteriormente, uma instrução normativa não possui eficácia vinculativa similar à lei, pois destina-se somente a orientar e a padronizar a atividade administrativa.

Todavia, um grande problema que reside atualmente nas contratações administrativas é a tendência de se impor um caráter cogente às instruções normativa,

que agregariam um conteúdo inafastável a ser seguido pelo agente administrativo, eliminando, assim, toda e qualquer discricionariedade na condução de casos concretos⁵³.

Não se pode negar a importância desses regulamentos, que reduzem as incertezas e ampliam a segurança na contratação dos serviços pela Administração Pública, todavia, a adoção de soluções muito padronizadas, além de afastar a necessidade de cada órgão avaliar a melhor solução a ser adotada em um determinado caso, constrange o agente a aplicar condutas por vezes não desejadas, por ser a única solução contemplada no sistema⁵⁴.

Observe-se, nesse sentido, que grande parte das disposições contidas na IN nº 2/2008-SLT/MPOG destina-se à regulamentação dos serviços de vigilância, limpeza e conservação. Todavia, por ser uma norma de natureza de caráter geral, aplicável a toda e qualquer contratação indireta de serviços gerais, faz com que muitas de suas regras sejam utilizadas em contratações de serviços de natureza diversa, com disposições que não lhes seriam aplicáveis ou, pelo menos, que não consistiriam na melhor escolha da Administração para aquele caso concreto.

Assim, cria-se um cenário de rigidez autoritária, reforçado pelos órgãos de controle interno e externo, que tendem à aplicação de penalidades disciplinares quando da não observância do ato normativo pelo agente, eliminando quase que completamente “a riqueza e a pluridimensionalidade da disciplina legislativa”⁵⁵, indo na contramão das normas extraídas dos próprios princípios administrativos, ao adotar solução engessadas muitas vezes ineficientes e desvantajosas.

Importante destacar a doutrina de Juarez Freitas, segundo a qual a discricionariedade do ato administrativo está atrelada ao direito fundamental à boa admi-

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 212

⁵⁴ *Ibidem*, p. 212.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 213

nistração pública, como dever jurídico vinculativo à conduta do administrador. Confira-se:

O direito fundamental à boa administração pública vincula a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe de maneira exemplar suas atribuições. Nunca para o excesso ou para a omissão. Assim, a inibição auto-restritiva da sindicabilidade cede lugar sensato ao primado do direito fundamental à boa administração e ao correspondente dever de a administração pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.⁵⁶

Conforme o autor, o Estado da discricionariedade “consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública”, conceituado da seguinte forma:

(...) trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.⁵⁷

Freitas ainda admite que, atualmente, em circunstâncias várias, a escolha do administrador ocorre “mediante o uso de multicritérios, notadamente na seara das políticas públicas” e defende que essa liberdade é condição para “implementar as inovações, rumo à eficácia e à eficiência”, uma vez que essa escolha estaria atrelada à compatibilidade plena do ato com os princípios administrativos, mormente aqueles da eficiência, eficácia e economicidade.

Considerando, pois, a natureza da Instrução Normativa, como ato meramente regulamentar, Marçal Justen Filho entende que “é indispensável é reconhecer que a solução contemplada na Instrução Normativa poderá deixar de ser aplicada, tal como será cabível adotar práticas não previstas na Instrução Normativa”, mediante de-

⁵⁶ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito à boa Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 23.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 23.

vida justificação de suas escolhas em face da ordem jurídica e do caso concreto⁵⁸.

Pode-se afirmar que esse pensamento se conforma com o tema da “adequabilidade normativa”, proposto por Flávio Unes, que, ao citar Klaus Gunter, ensina que “a partir do paradigma procedimental do Direito, são delineados os contornos entre o momento de elaboração e de aplicação normativa, admitindo-se discricionariedade no primeiro e vinculação no segundo”. O autor prossegue falando a respeito do juízo de validade sob ambos aspectos da discricionariedade:

Dessa forma, no juízo de validade haveria espaço para a chamada discricionariedade legislativa, quando se tratar da produção de lei, ou discricionariedade regulatória, quando se tratar da edição de ato administrativo regulador. Em ambos, há espaço de avaliação subjetiva, ainda que pautados por comandos constitucionais e legais, dos quais emergirão regras de conduta.⁵⁹

De forma muito similar à tese da racionalidade administrativa, o jurista esclarece que a aplicação do Direito se dá “por meio de um processo de concreção em que se revelam todas as características da situação, bem como se analisam as normas que possam ser aplicadas ao caso concreto”. Assim, não se analisa a validade da norma, “mas a sua adequação ou não às características de uma única situação”⁶⁰.

Esse procedimento, que envolve a consideração de todas as particularidades do caso concreto, com base nas normas produzidas no juízo de validação, chega-se à decisão adequada à espécie. Nesse caso, no âmbito do discurso de aplicação, a motivação da decisão se torna indispensável, pois esta será o meio pelo qual se

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 214.

⁵⁹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 2 de fev. 2017.

⁶⁰ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 2 de fev. 2017.

examinará se o exame da adequabilidade normativa foi realmente observado pelo administrador.

CONCLUSÃO

A partir da década de 1980 foram implementadas reformas com o objetivo de reduzir o tamanho do Estado, diminuindo sua presença em atividades econômicas, sobretudo por meio de privatização de empresas estatais e da concessão de serviços públicos à iniciativa privada.

No esteio da desestatização e redução do tamanho do Estado, ganha impulso a terceirização na administração pública, caracterizada pela contratação de empresas privadas para a prestação de serviços, em substituição à execução direta por parte do setor público.

A contratação de serviços no âmbito do Poder Executivo Federal foi disciplinada pela IN/MARE nº 18/1997, que definiu serviços continuados aqueles necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção pudesse comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação se estendesse por mais de um exercício financeiro.

Referida Instrução Normativa teve aplicação exclusiva no ordenamento até 2008, até que, após insistentes recomendações do Tribunal de Contas da União (TCU) no sentido de que o planejamento das contratações do Poder Público se adequasse às normas do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, e à Súmula 331 do TST, foi instituída a Instrução Normativa 02/2008 (IN-02), da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que alterou as regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados no âmbito do Executivo Federal.

A Instrução Normativa nº 2/2008 foi alterada diversas vezes, mas a alteração mais significativa foi aquela introduzida pela IN 6/3013, que veio para incorporar recomendações feitas pelo TCU no Acórdão nº 1.214/2013 – Plenário, com o objetivo de indicar aos gestores públicos elementos necessários para minimizar o risco e fornecer instrumentos para reduzir eventual prejuízo decorrente da responsabilidade subsidi-

ária trabalhista que possa ser atribuída à Administração tomadora de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra.

Dada a importância e a abrangência desse ato normativo às licitações e contratos públicos, o presente estudo buscou realizar uma análise concreta da norma, sob o enfoque da natureza e competência do poder regulamentar, limitado pelas normas e princípios constitucionais, legais e infralegais hierarquicamente superiores, e verificar se sua atual aplicabilidade tem se destinado a alcançar o interesse público que regula.

Nas conclusões obtidas, constatou-se que essa instrução normativa encontra limite formal de competência às atividades descritas no decreto nº 1.094/1994, ou seja, “as atividades de administração de edifícios públicos e imóveis residenciais, material, transporte, comunicações administrativas e documentação”.

Outro limiar de eficácia seria a limitação de eficácia da norma aos órgãos do Poder Executivo Federal, excluídas as autarquias e fundações, uma vez que estas duas últimas seriam dotadas de autonomia própria, com extensão determinada por sua lei instituidora

No tocante a análise de validade de seus dispositivos, principalmente aqueles inseridos pela Instrução Normativa SLTI nº 6/2013, identificou-se que alguns desses dispositivos desbordam de sua competência regulamentar, inserindo-se no âmbito de atuação legal ou mesmo contrariando normas constitucionais e legais.

Pontualmente, concluiu-se que a previsão de provisionamento de valores conforme previsto no art. 19-A e anexos, é ilegal, pois constitui garantia excessiva àquela fixada pela Lei nº 8.666/1993, sendo que os pagamentos efetuados às contratadas sejam realizados exclusivamente com base na documentação prevista no art. 29 da Lei 8.666/1993.

Inferiu-se que os requisitos de habilitação previstos no § 5º do art. 19 violam as normas estampadas no art. 3º, § 1º, inciso I, e art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, notadamente deste último dispositivo, que veda a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época.

Analisou-se o disposto no art. 19, inciso XXVI, da IN 2/2008, que institui na ordem jurídica uma nova conduta típica, segundo a qual a empresa contratada que deixar de recolher o FGTS e as contribuições previdenciárias, ou não realizar o pagamento do salário, do vale-transporte, ou do auxílio alimentação dos seus empregados, será declarada impedida de licitar e contratar com a União, com base no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, inovando na ordem jurídica, caracterizando, pois, a ilegalidade do dispositivo.

No tocante ao art. 34 da Instrução, verificou-se que a obrigatoriedade de entregar à Administração documentos pessoais de terceiros, no caso, os seus empregados, tais como o extrato da conta do INSS e do FGTS, além do contracheque, constitui grave violação à privacidade e à intimidade, confrontando com os artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, além de não encontrar respaldo legal.

Quanto à previsão de repactuação contratual, constatou-se que o artigo 37 da norma restringe a adoção da repactuação nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, sendo que não há nenhum respaldo legal que permita essa restrição, além de condicionar o direito à repactuação à majoração de garantia em afronta às disposições previstas no Decreto nº 2.271/1997.

Por fim, ao se analisar a atual aplicabilidade da instrução normativa, verificou-se um grande problema que reside na tendência de se impor um caráter cogente às instruções normativa, que agregariam um conteúdo inafastável a ser seguido pelo agente administrativo, eliminando, assim, toda e qualquer discricionariedade na condução de casos concretos.

É temerária a adoção de critério único ou uniforme tão restritivo para habilitação das licitantes, haja vista que não é recomendável adotar-se interpretação que deve ser exceção, como regra geral, afigurando-se ilegal por contrariar norma expressa.

Por essa razão, considerando a natureza da Instrução Normativa, como ato meramente regulamentar, é indispensável reconhecer que a solução contemplada na Instrução Normativa poderá deixar de ser aplicada, tal como será cabível adotar práticas não previstas na Instrução Normativa, mediante devida justificação de suas escolhas em face da ordem jurídica e do caso concreto, para fins de melhor adequação da norma aos fins propostos pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *Súmula 331*. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

CAMARGO, Nilton Marcelo de. *Konrad Hesse e a teoria normativa da constituição*. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 17 | n. 33 | Jan./Jun. 2015.

CANOTINHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito à boa Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MATIAS, Maria Stella Vidal. *TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Reflexos nas relações trabalhistas a partir da década de 90*. Angra dos Reis, 2016. Disponível em: <http://repositorio.uff.br/jspui/bitstream/1/2696/1/TCC-%20TERCEIRIZA%C3%87%C3%83O%20NA%20ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 2 de julho de 2015.

SAIGG, Ibrahim Gonçalves. *Terceirização de Mão de Obra na Administração Pública Federal: efeitos da Instrução Normativa nº 2/2008 na execução da despesa orçamentária*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513272/TCC%20-%20Ibrahim%20Goncalves%20Saigg.pdf?sequence=1>> Acesso em 01/03/2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 531 AgR*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/1991, DJ 03-04-1992 PP-04288 EMENT VOL-01656-01 PP-00095 RTJ VOL-00139-01 PP-00067.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 1.214/2013 – Plenário*. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Publicado em 22/05/2013.

_____. *Acórdão 1.815/2003-Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 26/11/2003.

_____. *Acórdão 1.520/2006-Plenário*. Relator: Min. Marcos Vinicius Vilaça.
Data da sessão: 23/08/2006.

_____. *Acórdão nº 2.270/2008-Plenário*. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Data da
sessão: 15/10/2008.