



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
CÂMARA PERMANENTE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

PARECER n. 00002/2019/CPLC/PGF/AGU

NUP: 00407.007719/2019-17

INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA DA PGF

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. SUCESSÃO DE NORMAS NO TEMPO. IN SLTI/MPOG n. 02, DE 2008 / IN SEGES/MP n. 5, DE 2017 / IN SEGES/MP n. 7, DE 2018. INSEGURANÇA JURÍDICA. REGRAS DE TRANSIÇÃO. NOVOS ÍNDICES DE PRODUTIVIDADE PARA SERVIÇOS DE LIMPEZA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AUTOMÁTICA.

I. A segurança jurídica diz respeito à estabilidade das situações jurídicas. Expressa a condição do indivíduo como o sujeito ativo e passivo das relações sociais, quando, podendo saber quais são as normas jurídicas vigentes, tem fundadas expectativas de que elas se cumpram.

II. Não é juridicamente válido determinar a aplicação da revogada IN SLTI/MPOG n. 02, de 2008, aos atos processuais já praticados e aos contratos já firmados com base na própria IN SEGES/MP n. 5, de 2017, por força das alterações trazidas pela IN SEGES/MP n. 07, de 2018, considerando o princípio da segurança jurídica.

III. Para as situações em que, não obstante o disposto na redação original do art. 75 da IN SEGES/MP n. 5, de 2017, e da orientação da PGF constante no Parecer n. 06/2017, a Administração permaneceu aplicando a antiga IN SLTI/MP n. 02, de 2008 para os atos de gerenciamento dos contratos e respectivas renovações contratuais, permanecem os contratos regidos pela Instrução Normativa nº 2, de 2008, até a realização de nova licitação pelas regras atuais, consoante prega a nova redação do art. 75 da IN SEGES/MP n. 5, de 2017 trazida pela IN SEGES/MP n. 07, de 2018. Por outro lado, é possível utilizar as orientações constantes da IN SEGES/MP nº 05/2017, no que for cabível (desde que não crie novas obrigações para a Contratada), para os processos que foram instaurados antes da vigência da IN SEGES/MP n. 5, de 2017, considerando se tratarem de boas práticas administrativas, resultantes da orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União (Acórdãos n. 2622/2015-P e 2353/2016-P).

IV. Os índices de produtividade pactuados na vigência da IN SLTI/MP n. 02, de 2008 não podem ser alterados pelo simples advento da nova IN nº 5, de 2017, que prevê produtividade mais eficiente. É preciso que haja uma avaliação pelo fiscal técnico que aponte a necessidade de adequação da produtividade pactuada, caso essa esteja subdimensionada, independentemente de estar em vigor uma nova produtividade de referência. Essa já era a lógica do sistema.

V. Cabe ao gestor, com fundamento na manifestação do fiscal técnico, avaliar se é possível fazer a adaptação da produtividade, observando os limites do art. 65, I, "a", e § 6º da Lei 8.666, de 1993, até mesmo como forma de aferir a vantajosidade da renovação ou não da contratação.

Senhora Diretora do Departamento de Consultoria da PGF,

1. Cuida-se de manifestação da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos - CPLC, órgão integrante do Departamento de Consultoria, cujos objetivos e competências são estabelecidos pelo art. 36, § 1º, da

Portaria nº 338/PGF/AGU, de 12 de maio de 2016, nos seguintes termos:

Art. 36, § 1º As Câmaras Permanentes têm o objetivo de aperfeiçoar as teses jurídicas relacionadas às atividades de consultoria e assessoramento jurídico das autarquias e fundações públicas federais, bem como discutir questões jurídicas relevantes afetas à referidas atividades, competindo-lhes, no âmbito de sua atuação temática, devendo para tanto:

I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal;

III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

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

3. A Procuradoria Seccional Federal do INSS em Manaus, em resposta ao MEMORANDO-CIRCULAR n. 00019/2018/DEPCONSU/PGF/AGU, submete questionamento para o DEPCONSU, a respeito da aplicabilidade nas prorrogações contratuais da Instrução Normativa SEGES n. 05, de 2017, em especial a alteração dos índices de produtividade nos serviços de limpeza e conservação.

4. A consulta foi feita nos seguintes termos:

Em atenção ao MEMORANDO-CIRCULAR n. 00019/2018/DEPCONSU/PGF/AGU, submeto à apreciação do Departamento o seguinte tema:

“PRORROGAÇÃO CONTRATUAL E ALTERAÇÃO DOS ÍNDICES DE PRODUTIVIDADE NOS SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO (IN SEGES/MP N. 05/2017)”.

Em suma, esta Procuradora observou que existem divergências de entendimento entre órgãos de execução da PGF acerca da aplicação dos novos índices de produtividade nos serviços de limpeza e conservação constantes do item 3, do Anexo VI-B na nova IN SEGES/MP n. 05/2017 aos contratos celebrados sob a vigência da legislação antiga, por ocasião da prorrogação.

Considerando o princípio da segurança jurídica e o limite de alteração unilateral dos contratos administrativos, bem como a conclusão do PARECER n. 00013/2017/CPLC/PGF/AGU, no sentido de que “não cabe à Administração criar obrigações para o contratado que não foram exigidas no momento da seleção do fornecedor que importem mudança substancial do objeto contratual, por conta da aplicação da IN SEGES nº 05/2017, devendo ser observado o art. 65, I, “a”, e § 6º da Lei 8.666, de 1993”, esta Procuradora conclui ser indevida a alteração dos índices de produtividade nas prorrogações tão somente para adequar aos índices da nova IN SEGES/MP 05/2017.

Entretanto, existe entendimento segundo o qual a Administração deve recalcular o índice de produtividade para todas as áreas de limpeza e conservação, a fim de igualar aos índices da nova IN SEGES/MP 05/2017, a partir da prorrogação contratual, ao argumento de que a prorrogação seria considerada como uma renovação da contratação, devendo obediência às novas regras.

Assim, considerando a importância do tema e dada a quantidade de contratos de limpeza e conservação que são submetidos à análise jurídica, sugiro a apreciação do tema por parte da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos.

5. Considerando a relevância do tema, e por se tratar de matéria que envolve pronunciamento anterior da CPLC, necessário se faz que haja pronunciamento sobre o tema.

6. Esse é o quadro.

1. INOVAÇÕES DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES N. 07, DE 2018. SUCESSÃO DE NORMAS. SEGURANÇA JURÍDICA. REGRAS DE TRANSIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DOS §§ 1º E 2º DO ART. 75 DA IN SEGES 05/2017.

7. Para responder à indagação a respeito da incidência dos novos índices de produtividade trazidos pela IN SEGES n. 05, de 2017, é preciso enfrentar uma questão prévia, que foi trazida pela IN SEGES n. 07, de 2018.

8. Como se sabe, no âmbito da Administração Pública Federal, a contratação de serviços terceirizados é atualmente regida pela Instrução Normativa n. 05, de 26 de maio de 2017, da Secretaria de Gestão do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, conforme determina o art. 1º do referido normativo:

Art. 1º As contratações de serviços para a realização de tarefas executivas sob o regime de execução indireta, por órgãos ou entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, observarão, no que couber: [...] (g.n.)

9. Anteriormente, a disciplina da contratação dos serviços terceirizados constava da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, da extinta da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

10. A IN 05, de 2017, ao trazer uma substancial modificação na fase de planejamento da contratação em relação à disciplina da IN 02, de 2008, buscou ressaltar a sua aplicação em relação a esse momento pré-contratual, permitindo que os procedimentos instaurados antes de sua entrada em vigor tivessem seu curso normal, sem a necessidade da Administração praticar novos atos processuais à luz da recente normatização.

11. A IN 05, de 2017, definiu de maneira bem clara as fases do planejamento da contratação (art. 19, I; arts. 20 a 32), e da seleção do fornecedor (art. 19, II; arts. 33 a 38), que constituem o procedimento de contratação.

12. O parágrafo único do art. 75 da Instrução Normativa n. 5, de 2017, na sua redação original, ressaltou de sua aplicação os atos procedimentais relativos aos processos instaurados antes de sua entrada em vigor, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 75 (...)

Parágrafo único. Permanecem regidos pela Instrução Normativa nº 2, de 2008, os procedimentos administrativos autuados ou registrados até a data de entrada em vigor desta norma.

13. Analisando o referido dispositivo, a Procuradoria Geral Federal emitiu o PARECER n. 00006/2017 /CPLC/PGF/AGU, que entendeu pela obrigatoriedade da aplicação da IN n. 05, de 2017, para os processos instaurados após o dia 25 de setembro de 2017, quando se encerrou o prazo de *vacatio legis*, na forma do art. 75, caput, da IN n. 05, de 2017, devendo todos os feitos serem regidos em sua totalidade pela nova normatização.

14. No referido parecer também ficou consignado que a ressalva do parágrafo único do art. 75 da IN n. 05, de 2017, restringe-se à fase do planejamento da contratação e à seleção do fornecedor e, uma vez alcançado o objetivo do procedimento, que é o contrato administrativo, passa a incidir o novo regime jurídico na fase de gestão contratual.

15. Para melhor visualização das orientações expedidas pela PGF, colaciono as conclusões do Parecer 06/2017, lançadas nos seguintes termos:

- a) a Instrução Normativa n. 05, de 26 de maio de 2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Desenvolvimento, passará a vigor no dia 23 de setembro de 2017, sábado, considerando o disposto no § 1º do art. 8º da Lei Complementar 95, de 1998;
- b) como somente podem ser praticados atos processuais em dias úteis, a Instrução Normativa n. 5, de 2017, será efetivamente aplicada aos processos de contratações públicas autuados ou registrados a partir do dia 25 de setembro de 2017, segunda-feira;
- c) não será aplicada a Instrução Normativa n. 5, de 2017, à fase interna dos processos de contratação autuados ou registrados antes do dia 25 de setembro de 2017;
- d) após 25 de setembro de 2017, será aplicável a Instrução Normativa n. 5, de 2017, aos contratos

firmados antes da entrada em vigor do referido normativo ou decorrentes de processos instaurados sob a vigência da legislação anterior, referentes à gestão e fiscalização dos contratos, renovação/prorrogação da vigência contratual, a aplicação de sanções, e motivos que levem à rescisão contratual;

e) não é admissível à Administração criar obrigações na fase de gestão contratual, com base na Instrução Normativa nº 05, de 2017, que não foram exigidas no momento da seleção do fornecedor, por força da aplicação da Instrução Normativa nº 02, de 2008.

16. Com o início da vigência da IN 05, de 2017, algumas indagações foram surgindo, demandando nova análise por parte da CPLC, que elaborou o PARECER n. 00013/2017/CPLC/PGF/AGU, que expediu as seguintes orientações:

a) é possível utilizar as orientações constantes da IN SEGES nº 05/ 2017 para os processos que foram instaurados antes da vigência da referida norma, considerando se tratarem de boas práticas administrativas, resultantes da orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União (acórdãos n. 2622/2015-P e 2353/2016-P), ficando no âmbito da discricionariedade do gestor adotar ou não tais práticas;

b) é recomendável que o contrato seja aditado para prever a disciplina da gestão contratual à luz da IN 05, de 2017, de modo a deixar claras as condutas de ambas as partes, facilitando a operacionalização do cumprimento do objeto contratual, evitando questionamentos sobre a forma de gestão contratual;

c) no momento da elaboração da minuta de instrumento convocatório para os processos instaurados antes da vigência da IN 05, de 2017, é recomendável que as cláusulas que tratem da gestão sejam elaboradas seguindo esse novo diploma, uma vez que, quando houver o início do cumprimento do contrato, sua gestão será feita à luz da atual normatização;

d) não cabe à Administração criar obrigações para o contratado que não foram exigidas no momento da seleção do fornecedor que importem mudança substancial do objeto contratual, por conta da aplicação da IN SEGES nº 05/2017, devendo ser observado o art. 65, I, "a", e § 6o da Lei 8.666, de 1993.

17. Não obstante, quase um ano depois do início da vigência da IN 05, de 2017, foi editada a Instrução Normativa SEGES nº 07, de 20 de setembro de 2018, que incluiu os §§ 1º e 2º do art. 75, trazendo uma nova orientação, determinando que não só os procedimentos, mas também os contratos anteriores à vigência da IN 05, de 2017, sejam integralmente regidos pela antiga IN n. 02, de 2008, inclusive no que tange às renovações contratuais, conforme dispositivos assim lançados:

Art. 75. (...)

§ 1º Permanecem regidos pela Instrução Normativa nº 2, de 2008, todos os contratos decorrentes dos procedimentos administrativos autuados ou registrados até a data de entrada em vigor desta norma. (Incluído pela Instrução Normativa nº 7, de 2018)

§2º Incluem-se na previsão do §1º deste artigo, as respectivas renovações ou prorrogações de vigência desses contratos, ainda que venham a ocorrer já na vigência desta Instrução Normativa. (Incluído pela Instrução Normativa nº 7, de 2018)

18. Note-se que a alteração efetuada pela IN SEGES/MP n. 07, de 2018, um ano após a vigência da IN SEGES/MP n. 05, de 2017, tem por consequência a superação da orientação constante do PARECER n. 00006/2017/CPLC/PGF/AGU, passando a antiga IN SLTI/MP n. 02, de 2008, a ganhar uma sobrevida (ultratividade), regendo a fiscalização e o gerenciamento dos contratos firmados com base neste normativo, além do processo de renovação e prorrogação contratual desses mesmos contratos.

19. Não podemos olvidar que decorre do comando constitucional do art. 5º, *caput*, o direito à segurança, determinando que o ambiente normativo tenha a capacidade de conciliar as mudanças com o valor da segurança jurídica, evitando que pessoas e organizações vivam em permanente risco e instabilidade.

20. Com todas as vênias, a inclusão dos §§ 1º e 2º ao art. 75 da IN SEGES/MP n. 05, de 2017, pela IN SEGES/MP n. 07, de 2018, gerou um estado de insegurança jurídica em relação aos processos e rotinas administrativas que seguiram a redação original do parágrafo único do seu art. 75, uma vez que determinou uma mudança normativa sem fazer qualquer ressalva em relação a situações pretéritas, não levando em consideração todos os atos processuais produzidos e os termos aditivos firmados em um ano de vigência da IN SEGES/MP n. 05, de 2017, tudo fundamentado em orientação de parecer jurídico de órgão da Advocacia-Geral da União.

21. A aplicação literal da nova normatização pode gerar situações de verdadeira perplexidade, com a desconstituição de atos e contratos validamente produzidos segundo as orientações administrativas vigentes na época.

22. Diante desse quadro, é imperioso fazer uma leitura da inovação legislativa à luz do postulado da segurança jurídica, em especial segundo a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB, com as inovações da Lei 13.655, de 2018.

23. Em primeiro lugar, as autoridades públicas devem buscar aumentar a segurança jurídica na aplicação normas pela edição de atos complementares, conforme determina o art. 30 da LINDB nos seguintes termos:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

24. Em essência, segundo Odete Medauar, segurança jurídica diz respeito à estabilidade das situações jurídicas. Expressa a condição do indivíduo com o sujeito ativo e passivo das relações sociais, quando, podendo saber quais são as normas jurídicas vigentes, tem fundadas expectativas de que elas se cumpram. A sociedade necessita de uma dose de estabilidade, decorrente sobretudo do sistema jurídico. A segurança jurídica permite tornar previsível a atuação estatal e esta deve estar sujeita a regras fixas. Diz respeito, assim, à estabilidade da ordem jurídica e à previsibilidade da ação estatal. (MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. Jan/Jul 2008, p. 228).

25. Nesse ponto, interessante é a lição de Humberto Ávila, que defende que, se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função. Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito (ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 207).

26. Para Humberto Ávila, a segurança jurídica é norma principiológica composta por três elementos: a **cognoscibilidade**, a **confiabilidade** e a **calculabilidade**. Para que a **cognoscibilidade** seja afirmada, é preciso que os cidadãos tenham possibilidade de acesso e entendimento da norma. Já a **confiabilidade** assegura a estabilidade e a segurança quanto à permanência de seu conteúdo, permitindo a racionalidade do processo de mudança, reconhecendo que as transformações são indispensáveis sem permitir que ocorram de forma abrupta. Por fim, a **calculabilidade** exige que haja previsibilidade do ordenamento jurídico, impedindo que o cidadão seja surpreendido, permitindo que antecipe as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos próprios ou alheios (ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 291-2).

27. Com base nessas premissas, a segurança jurídica, segundo Humberto Ávila, possui duas dimensões, a saber: estática e dinâmica.

28. A dimensão estática refere-se às questões de conhecimento e comunicação, ou seja, requisitos que o Direito deve apresentar para que o cidadão possa conhecer e se orientar pelas normas, sendo uma espécie de segurança para o indivíduo frente ao Direito, e obtida através do próprio direito (ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 290).

29. Ainda na dimensão estática, temos a cognoscibilidade material, que abrange a acessibilidade, abrangência e possibilidade de identificação da norma; e a cognoscibilidade intelectual, que se refere ao entendimento da norma, que deve ser linguisticamente clara (com conteúdo determinado) e coerente, em face do ordenamento como um todo (MARQUES, Paula Cristina Mariano. Segurança Jurídica e a Extrafiscalidade Tributária. Revista *Quaestio Iuris*, vol.05, nº01. ISSN 1516-0351, p. 351; ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 290).

30. Já a dimensão dinâmica refere-se às mudanças, tanto das leis como da jurisprudência, no decorrer do tempo, com garantias a fatos passados e previsibilidade aos acontecimentos futuros (MARQUES, Paula Cristina Mariano.

op.cit, loc. cit.). Neste sentido, o Direito deve ser confiável e calculável (ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 291).

31. A confiabilidade abrange a questão da estabilidade, que será possível através da permanência das normas (conteúdo: cláusulas pétreas e normas: durabilidade do ordenamento), intangibilidade de situações por razões objetivas (tempo: Decadência e Prescrição; consolidação de situações: ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada, fato gerador ocorrido) e intangibilidade de situações por razões subjetivas (confiança) (MARQUES, Paula Cristina Mariano. op. cit, p. 352; ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 291).

32. A calculabilidade, por sua vez, envolve a anterioridade, continuidade normativa (suavidade e regras de transição), vinculatividade normativa pela limitação, tempestividade (duração razoável do processo) e proibição de arbitrariedade (MARQUES, Paula Cristina Mariano. op. cit., p. 352; ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 292)

33. Pois bem, a segurança jurídica da atuação estatal deve estar presente quando houver mudanças do enunciado da norma, ou de sua interpretação, que são atitudes que acabam produzindo consequências semelhantes. Daí a necessidade de igual proteção no tocante à preservação das relações jurídicas constituídas antes da alteração.

34. Com base nessas premissas, foi incluído na LINDB o art. 24, que trata da vedação não só à aplicação retroativa de norma jurídica, mas também à interpretação administrativa retroativa, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

35. O referido dispositivo está em perfeito diálogo com o disposto no inc. XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784, de 1999, que já previa a vedação à aplicação retroativa de nova interpretação da norma administrativa, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

36. A legitimidade de qualquer ato jurídico deve ser aferida segundo a legislação vigente no momento de sua prática. É essencial e indispensável que cada cidadão ou agente público, ao agir ou decidir, sempre saiba, antecipadamente, quais serão as consequências de sua opção. Para isso servem as normas jurídicas: para permitir essa antevisão; e para assegurar que aquelas determinadas consequências irão perdurar ao longo do tempo.

37. As normas jurídicas se aplicam no tempo, às situações de fato, conforme ocorram em um determinado momento, sendo da natureza da lei reger casos futuros (*natura legis est decidere casus futuros*).

38. De fato, os atos processuais praticados sob vigência da lei revogada mantêm plena eficácia depois de promulgada a lei nova, embora ditando preceitos de conteúdo diferente. *Tempus regit actum*: a lei processual prevê apenas para o futuro, ou seja, para os atos processuais ainda não realizados ao tempo em que se iniciou a sua vigência (MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, n. 42, p. 100-101).

39. Considerando a regra da irretroatividade das leis e o princípio do *tempus regit actum*, a legislação nova não tem força para invalidar ou reduzir efeitos do ato ou contrato consumado com observância dos requisitos da lei anterior.

40. A definição de ato jurídico perfeito consta do art. 6º da LINDB, sendo o ato “já consumado segundo a lei vigente do tempo ao tempo em que se efetuou”, servindo o novel art. 24 da LINDB uma complementação ao sistema de

segurança jurídica.

41. Podemos tomar de empréstimo o disposto no art. 14 do Código de Processo Civil de 2015, que traz regra sobre a aplicação imediata da lei processual aos processos em curso, ressalvando que devem ser respeitados os atos processuais já praticados e seus respectivos efeitos:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

42. Esta regra é aplicável aos processos administrativos, por força do art. 15 do CPC/2015:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

43. Percebe-se que foi adotado o sistema do isolamento dos atos processuais, segundo o qual a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir da sua vigência. Por outras palavras, a lei nova respeita os atos processuais realizados, bem como os seus efeitos, e se aplica aos que houverem de realizar-se (SANTOS, Moacyr Amaral dos. Primeiras linhas de direito processual civil. V. 1 . 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, p. 32).

44. Com base nessa lição, os atos já praticados são isolados, e sua validade e seus efeitos não poderão ser alterados pela nova legislação.

45. Entendimento diverso causará o efeito retroativo da nova legislação, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (CF, art. 5º, XXXVI).

46. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493, o Supremo Tribunal Federal seguiu o voto memorável do ministro MOREIRA ALVES, que, com base na lição de MATTOS PEIXOTO, definiu sobre os três graus de retroatividade de uma norma (máxima, média e mínima), nos seguintes termos:

Dá-se retroatividade máxima, também chamada reitutória, quando a lei nova abrange a coisa julgada (sentença irrecurível) ou os fatos jurídicos consumados. Está nesse caso, por exemplo, a lei canônica que aboliu a usura e obrigava o credor solvável a restituir ao devedor, aos seus herdeiros ou, na falta destes, aos pobres, os juros já recebidos. Também o era a lei francesa de 12 de brumário, do ano II (3 de novembro de 1793), que admitiu esses naturais à sucessão paterna e materna em igualdade de condições com os filhos legítimos, desde 14 de julho de 1789, data em que, segundo as leis revolucionárias da época, *les droits de la nature ont repris leur empire*. A retroatividade operava radicalmente no passado, até a data referida, refazendo mesmo as partilhas definitivamente julgadas. A retroatividade é média, quando a lei nova atinge os direitos exigíveis, mas não realizados antes da sua vigência. Exemplo: uma lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos, mas não pagos.

Enfim, a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor. Tal é a Constituição de Justiniano que limitou a seis por cento, em geral, após sua vigência, a taxa de juros dos contratos anteriores. No mesmo caso está o Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933, Lei de Usura, que reduziu a doze por cento, em geral, as taxas dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. (STF - ADIn 493, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 143, p. 724)

47. Dessa forma, não é juridicamente válido determinar a aplicação da revogada IN SLTI/MP n. 02, de 2008, aos atos processuais já praticados e aos contratos já firmados com base na própria IN 05, de 2017, pois haveria aplicação retroativa da nova legislação, com o risco de alterar os seus efeitos (retroatividade mínima), e até mesmo de desconstituir atos já praticados (retroatividade máxima), o que não é possível nem desejado.

48. Surge a questão dos atos futuros por força da inclusão dos §§ 1º e 2º ao art. 75 da IN SEGES/MP n. 05, de 2017, pela IN SEGES/MP n. 07, de 2018: passarão esses novos atos e termos aditivos a serem regidos pela antiga IN

SLTI/MP 02, de 2008, mesmo tendo todo o processo de gerenciamento e fiscalização dos contratos observado a IN 05, de 2007, segundo a orientação do Parecer 06/2017 da PGF?

49. Pela regra de direito intertemporal, a lei processual nova deve respeitar os atos processuais já realizados, bem como os seus efeitos, **aplicando-se somente aos atos subsequentes** que não tenham nexos imediato e inafastável com o ato praticado sob o regime da lei antiga ou com os seus efeitos (AMARAL, Guilherme Rizzo. Estudos de direito intertemporal e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 22).

50. Contudo, entendo que essa solução pode também gerar problemas práticos, além de causar um retrocesso.

51. É preciso destacar que a IN SEGES/MP n. 05, de 2017, é fruto de diversas orientações por parte do Tribunal de Contas da União (Acórdão 2622/2015-Plenário; Acórdão 2353/2016-Plenário, v.g.), que propôs medidas para o aperfeiçoamento da governança e da gestão das contratações realizadas pela Administração Pública Federal, dentre elas a previsão de uma fase de planejamento de contratações bem clara, com modelo de documento de formalização da demanda, a previsão de gestão de riscos, com o gerenciamento e fiscalização dos contratos, incluindo o procedimento de renovação contratual.

52. A IN n. 05, de 2017, trouxe, assim, uma mudança de paradigma no plano do direito positivo, revogando a antiga IN n. 02, de 2008, da SLTI que, apesar de seus evidentes méritos, possuía lacunas que foram colmatadas com o novo normativo, passando a ser obrigatória a sua disciplina para os órgãos e entidades integrantes do SISG.

53. Percebe-se que as orientações trazidas pela IN SEGES/MP n. 5, de 2017, atendem ao direito fundamental à boa administração, que decorre dos princípios da Administração Pública insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição, concretizando o direito 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. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22).

54. Pois bem, uma vez feitas as devidas adaptações nos contratos firmados anteriormente à vigência da IN n. 05, de 2017, não cabe retroceder e voltar a aplicar uma legislação revogada e considerada insuficiente pela Corte de Contas para atender a boa gestão pública.

55. A própria ideia de processo é de um caminhar para frente, não devendo haver retrocessos.

56. Nos valemos da lição de Guilherme Rizzo Amaral, que bem se aplica aos processos administrativos:

À medida em que vão sendo praticados os atos processuais pelas partes, pelo juiz ou mesmo por terceiros que participem do processo, diferentes situações jurídicas vão surgindo e, com elas, novas posições jurídicas são assumidas pelas partes que, com isso, adquirem direitos à prática de novos atos processuais, num caminhar constante rumo à tutela jurisdicional definitiva. (AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. Cit. p. 17.)

57. Dessa forma, é preciso fazer a devida interpretação dos novos §§ 1º e 2º do art. 75 da IN SEGES/MP n. 5, de 2017, considerando o princípio da segurança jurídica, motivo pelo qual entendo que, nos processos e nos contratos em que houve a observância das regras IN SEGES n. 05, de 2017, no que tange ao gerenciamento dos contratos, inclusive nas renovações contratuais, os atos anteriores e os futuros devem seguir essa normatização, sem retroceder ao antigo regime da IN SLTI/MP n. 02, de 2008.

58. **Assim, mesmo que o contrato decorra de processo autuado ou registrado antes da vigência da IN 05, não obstante a alteração trazida pela IN 07, de 2018, os atos de gerenciamento dos contratos e os termos aditivos deverão permanecer regidos pela IN n. 05, de 2017.**

59. E o que fazer com as situações em que, não obstante o disposto na redação original do art. 75 da IN SEGES/MP n. 5, de 2017, e da orientação da PGF constante no Parecer 06/2017, a Administração permaneceu aplicando a antiga IN SLTI/MP n. 02, de 2008 para os atos de gerenciamento dos contratos e respectivas renovações contratuais?

60. Para essa situação, fica tudo como está, consoante prega a nova redação do art. 75 da IN SEGES/MP n. 5, de 2017, trazida pela IN SEGES/MP n. 07, de 2018. Todos os contratos Permanecem regidos pela Instrução Normativa nº 2, de 2008, até a realização de nova licitação pelas regras atuais.

61. Por outro lado, é possível utilizar as orientações constantes da IN SEGES/MP nº 05/2017, no que for cabível (desde que não crie novas obrigações para a Contratada), para os processos que foram instaurados antes da vigência da IN SEGES/MP n. 5, de 2017, considerando se tratem de boas práticas administrativas, resultantes da

orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União (Acórdãos n. 2622/2015-P e 2353/2016-P).

2. OS NOVOS ÍNDICES DE PRODUTIVIDADE DA IN Nº 05, DE 2017. ORIENTAÇÕES DO PARECER N. 00013/2017/CPLC/PGF/AGU.

62. Feita a interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 75 da IN n. 05, de 2017, passamos a enfrentar a questão levantada quanto aos novos índices previstos na IN SEGES/MP nº 05, de 2017. Inicialmente, cumpre reforçar que o PARECER n. 00013/2017/CPLC/PGF/AGU orientou no sentido de que é possível que sejam adaptados os contratos anteriores às novas exigências da IN 05, de 2017, no que diz respeito à gestão e fiscalização dos contratos, por representarem boas práticas administrativas, desde que fossem respeitados os limites de 25% do valor do contrato nas alterações, e desde que não houvesse alteração da essência do objeto contratado.

63. Percebe-se que os índices de produtividade constantes do anexo VI-B da IN SEGES/MP n. 05, de 2017, que trata da contratação de serviços de limpeza e conservação, são superiores aos constantes da IN SLTI/MP n. 02, de 2008. Isso demonstra ter a Administração Pública Federal avaliado que deverá ser exigida das contratadas uma maior produtividade, sendo esses os novos patamares considerados satisfatórios para atender às necessidades dos órgãos e entidades em condições usuais.

64. Ocorre que os índices de produtividade a serem adotados pela Administração devem estar intimamente ligados às rotinas de execução dos serviços. Ou seja, a produtividade será estabelecida em função das rotinas de execução do serviço. Não é correto, em princípio, exigir a mesma produtividade para rotinas diferentes, salvo se, por coincidência, tais rotinas comportarem a mesma produtividade sem perda da qualidade na execução do serviço.

65. Para ilustrar o que foi dito linhas acima, seguem as definições de produtividade e de rotina de execução de serviços previstas tanto na revogada IN SLTI/MP n. 02, de 2008, quanto na atual IN SEGES/MP n. 5, de 2017 (as definições são idênticas):

PRODUTIVIDADE: capacidade de realização de determinado volume de tarefas, em função de uma determinada rotina de execução de serviços, considerando-se os recursos humanos, materiais e tecnológicos disponibilizados, o nível de qualidade exigido e as condições do local de prestação do serviço.

ROTINA DE EXECUÇÃO DE SERVIÇOS: detalhamento das tarefas que deverão ser executadas em determinados intervalos de tempo, sua ordem de execução, especificações, duração e frequência.

66. Observe-se que há a necessidade de observância de uma série de fatores para se definir a produtividade mínima a ser exigida das pretendidas contratadas, tudo em função de uma determinada rotina de execução de serviços estabelecida no Projeto Básico ou Termo de Referência. Vejamos como a IN SEGES/MP n. 5, de 2017, dispõe sobre o tema:

ANEXO VI-B

SERVIÇO DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO

1. **Deverão constar do Projeto Básico na contratação de serviços de limpeza e conservação**, além dos demais requisitos dispostos nesta Instrução Normativa:

- a) áreas internas, áreas externas, esquadrias externas, fachadas envidraçadas e áreas hospitalares e assemelhadas, classificadas segundo as características dos serviços a serem executados, periodicidade, turnos e jornada de trabalho necessários etc;
- b) **produtividade mínima** a ser considerada para cada categoria profissional envolvida, expressa em termos de área física por jornada de trabalho ou relação de serventes por encarregado;
- c) exigências de sustentabilidade ambiental na execução do serviço, conforme o disposto no Caderno de Logística; e
- d) **faixa referencial de produtividade**, delimitando o intervalo no qual será dispensada a necessidade de comprovação de exequibilidade.

2. Os serviços serão contratados com base na área física a ser limpa, estabelecendo-se uma

estimativa do custo por metro quadrado, **observadas a peculiaridade, a produtividade, a periodicidade e a frequência de cada tipo de serviço e das condições do local objeto da contratação.**

2.1. Os órgãos e entidades **deverão utilizar as experiências e os parâmetros aferidos e resultantes de seus contratos anteriores para definir as produtividades da mão de obra**, em face das características das áreas a serem limpas, buscando sempre fatores econômicos favoráveis à Administração Pública.

3. **Nas condições usuais** serão adotados índices de produtividade por servente em jornada de oito horas diárias, de acordo com os seguintes parâmetros:

[...]

10. **O caderno de Logística conterá metodologia de referência** para a contratação de serviços de limpeza e conservação, **compatíveis com a produtividade de referência estabelecida neste anexo**, podendo ser adaptadas às especificidades da demanda de cada órgão ou entidade contratante.

11. O órgão ou entidade contratante **poderá adotar índices de produtividade diferenciados dos estabelecidos neste anexo**, desde que devidamente justificado nos Estudos Preliminares. (grifo nosso)

67. A IN SLTI/MP n. 2, de 2008, não continha disposições muito diferentes. Vejamos:

Art. 15 O Projeto Básico ou Termo de Referência deverá conter:

[...]

XIV - a produtividade de referência, quando cabível, ou seja, aquela considerada aceitável para a execução do serviço, sendo expressa pelo quantitativo físico do serviço na unidade de medida adotada, levando-se em consideração, entre outras, as seguintes informações:

- a) rotinas de execução dos serviços;
- b) quantidade e qualificação da mão-de-obra estimada para execução dos serviços;
- c) relação do material adequado para a execução dos serviços com a respectiva especificação, admitindo-se, excepcionalmente, desde que devidamente justificado, a indicação da marca nos casos em que essa exigência for imprescindível ou a padronização for necessária, recomendando-se que a indicação seja acompanhada da expressão “ou similar”, sempre que possível; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)
- d) relação de máquinas, equipamentos e utensílios a serem utilizados; e
- e) condições do local onde o serviço será realizado.

DOS SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO

Art. 42. Deverão constar do Projeto Básico na contratação de serviços de limpeza e conservação, além dos demais requisitos dispostos nesta IN:

I - áreas internas, áreas externas, esquadrias externas e fachadas envidraçadas, classificadas segundo as características dos serviços a serem executados, periodicidade, turnos e jornada de trabalho necessários etc;

II - **produtividade mínima** a ser considerada para cada categoria profissional envolvida, expressa em termos de área física por jornada de trabalho ou relação serventes por encarregado; e

III – exigências de sustentabilidade ambiental na execução do serviço, conforme o disposto no anexo V desta Instrução Normativa.

Art. 43. Os serviços serão contratados com base na Área Física a ser limpa, estabelecendo-se uma estimativa do custo por metro quadrado, **observadas a peculiaridade, a produtividade, a periodicidade e a frequência de cada tipo de serviço e das condições do local objeto da contratação.**

Parágrafo único. Os órgãos **deverão utilizar as experiências e parâmetros aferidos e resultantes de seus contratos anteriores para definir as produtividades da mão-de-obra**, em face das características das áreas a serem limpas, buscando sempre fatores econômicos favoráveis à administração pública.

Art. 44 **Nas condições usuais** serão adotados índices de produtividade por servente em jornada de oito horas diárias, não inferiores a:

[...]

Art. 46. **O Anexo V desta IN traz uma metodologia de referência** para a contratação de serviços de limpeza e conservação, compatíveis com a produtividade de referência estabelecida nesta IN, podendo ser adaptadas às especificidades da demanda de cada órgão ou entidade contratante. (grifo nosso)

Art. 47. O órgão contratante **poderá adotar Produtividades diferenciadas das estabelecidas nesta Instrução Normativa**, desde que devidamente justificadas, representem alteração da metodologia de referência prevista no anexo V e sejam aprovadas pela autoridade competente.

68. Uma vez definidas as rotinas de execução de serviços e estabelecida a produtividade de referência, essa produtividade deverá ser avaliada permanentemente pelo fiscal/gestor do contrato, nos termos do que dispõe o art. 62 da IN SEGES/MP n. 5, de 2017:

Art. 62. O fiscal técnico, na fase da execução contratual, ao verificar que houve subdimensionamento da produtividade pactuada, sem perda da qualidade na execução do serviço, deverá comunicar à autoridade competente do setor de licitações para que esta promova a adequação contratual à produtividade efetivamente realizada, respeitando-se os limites de alteração dos valores contratuais previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

69. Essa já era a orientação durante a vigência da IN SLTI/MP n. 2, de 2008, a saber:

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:

[...]

§ 1º O fiscal ou gestor do contrato ao verificar que houve subdimensionamento da produtividade pactuada, sem perda da qualidade na execução do serviço, deverá comunicar à autoridade responsável para que esta promova a adequação contratual à produtividade efetivamente realizada, respeitando-se os limites de alteração dos valores contratuais previstos no § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

70. Enfim, a adequação da produtividade pactuada sempre foi possível, não em razão da recente alteração normativa sob comento, mas pela própria dinâmica da execução dos serviços em que se define uma produtividade de referência.

71. Sendo assim, o fato de a IN SEGES/MP n. 5, de 2017, ter previsto uma produtividade “mais eficiente” do que a produtividade prevista anteriormente na IN SLTI/MP n. 2, de 2008, não significa necessariamente que a Administração terá de adotar doravante, nas contratações já em curso, a produtividade da nova IN SEGES/MP n. 5, de 2017.

72. Até porque, consoante dito linhas acima, as rotinas previstas na IN SLTI/MP n. 2, de 2008 são diferentes das rotinas indicadas pela IN SEGES/MP n. 5, de 2017, pelo menos até o advento da edição do Caderno de Logística do Serviço de Limpeza, no ano de 2014.

73. Explico melhor. A IN SLTI/MP n. 2, de 2008, previa, em seu Anexo V, a metodologia de referência para a contratação de serviços de limpeza e conservação (rotinas de execução dos serviços), que eram compatíveis com a produtividade de referência estabelecida na IN, nos seguintes termos:

Art. 46. **O Anexo V desta IN traz uma metodologia de referência** para a contratação de serviços

de limpeza e conservação, compatíveis com a produtividade de referência estabelecida nesta IN, **podendo ser adaptadas às especificidades da demanda de cada órgão ou entidade contratante.** (grifo nosso)

74. Observe-se que o próprio art. 46 da IN SLTI/MP n. 2, de 2008, previa que a metodologia de referência poderia ser adaptada às especificidades da demanda de cada órgão ou entidade contratante, o que refletia necessariamente na produtividade de referência. Consoante já dito, uma é necessariamente o reflexo da outra. Basta verificar o teor do art. 47 abaixo transcrito:

Art. 47. O órgão contratante poderá adotar Produtividades diferenciadas das estabelecidas nesta Instrução Normativa, desde que devidamente justificadas, representem alteração da metodologia de referência prevista no anexo V e sejam aprovadas pela autoridade competente.

75. Por outro lado, a IN SEGES/MP n. 5, de 2017, remete diretamente ao caderno de logística quando indica qual será a metodologia de referência para a contratação de serviços de limpeza, nos seguintes termos:

ANEXO VI-B

SERVIÇO DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO

10. **O caderno de Logística conterá metodologia de referência** para a contratação de serviços de limpeza e conservação, compatíveis com a produtividade de referência estabelecida neste anexo, **podendo ser adaptadas às especificidades da demanda de cada órgão ou entidade contratante.** (grifo nosso)

76. Da mesma forma que o art. 46 da IN SLTI/MP n. 2, de 2008, o dispositivo acima transcrito da IN SEGES n. 5 de 2017 também alerta para o fato de a metodologia de referência (ou seja, rotinas de execução dos serviços) poder ser adaptada às especificidades da demanda de cada órgão ou entidade contratante, o que traz, como consequência, a alteração da produtividade de referência. A IN IN SEGES n. 5, de 2017, por sua vez, em seu Anexo VI-B, também traz esse alerta:

11. O órgão ou entidade contratante poderá adotar índices de produtividade diferenciados dos estabelecidos neste anexo, desde que devidamente justificado nos Estudos Preliminares.

77. Até aqui, pode-se concluir que somente haverá identidade de rotinas de execução de serviços e de produtividades em contratações regidas pela IN SLTI/MP n. 02, de 2008, e pela IN SEGES/MP n. 05, de 2017, quando o órgão ou entidade proceder à contratação de serviços de limpeza adotando a metodologia de referência (rotinas de execução de serviços) prevista no caderno de logística, sem que tenha feito qualquer adaptação. Ou seja, a partir de 2014, caso duas entidades (ou a mesma) tenham adotado o caderno de logística sem alterações como metodologia de referência, estariam elas adotando a **condição usual** a que se refere a atual IN SEGES/MP n. 5, de 2017. Consequentemente teriam de adotar os índices de produtividade previstos nas normas compatíveis com essas condições usuais.

78. Repita-se: a metodologia de referência para a contratação de serviços de limpeza e conservação (rotinas de execução dos serviços), constante do Anexo V da IN SLTI/MP n. 2, de 2008, que era compatível com a produtividade de referência estabelecida na referida norma, é diferente da metodologia de referência prevista no caderno de logística. Isso por si só já impede que se adote, sem qualquer critério técnico, a produtividade atualmente prevista na IN SEGES/MP n. 5 de 2017.

79. É de se reiterar, por oportuno, que tanto a IN SLTI/MP n. 2 de 2008 quanto a IN SEGES/MP n. 5, de 2017, permitem adequação da metodologia de referência para contratação de serviços de limpeza e, consequentemente, a adoção de produtividade diferenciada. E mais, essas normas autorizam também que o Edital preveja a permissão de as licitantes adotarem produtividade diferenciada, mesmo que sejam obrigadas a observar a metodologia de referência determinada pela Administração. Vejamos:

IN 2, de 2008

Art. 21. As propostas deverão ser apresentadas de forma clara e objetiva, em conformidade com o

instrumento convocatório, devendo conter todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, detalhando, quando for o caso:

[...]

IV - produtividade adotada, e se esta for diferente daquela utilizada pela Administração como referência, mas admitida pelo instrumento convocatório, a respectiva comprovação de exequibilidade;

Art. 22. **Quando permitido no edital**, e de acordo com as regras previstas nesta Instrução Normativa, os licitantes poderão apresentar produtividades diferenciadas daquela estabelecida no ato convocatório como referência, desde que não alterem o objeto da contratação, não contrariem dispositivos legais vigentes e apresentem justificativa, devendo comprová-las por meio de provas objetivas, tais como:

I - relatórios técnicos elaborados por profissional devidamente registrado nas entidades profissionais competentes compatíveis com o objeto da contratação;

II - manual de fabricante que evidencie, de forma inequívoca, capacidade operacional e produtividade dos equipamentos utilizados;

III - atestado do fabricante ou de qualquer órgão técnico que evidencie o rendimento e a produtividade de produtos ou serviços; e

IV - atestados detalhados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado que venham a comprovar a exequibilidade da produtividade apresentada. (grifo nosso)

ANEXO VII-A da IN nº 5, de 2017

DIRETRIZES GERAIS PARA ELABORAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

6. Da proposta:

[...]

d) a produtividade adotada e, **se esta for diferente** daquela utilizada pela Administração como referência, ou não estiver contida na faixa referencial de produtividade, **mas admitida pelo ato convocatório**, a respectiva comprovação de exequibilidade;

[...]

7. Da aceitabilidade da proposta vencedora:

[...]

7.3. De acordo com as regras previstas nesta Instrução Normativa, **o ato convocatório deverá permitir que os licitantes possam apresentar produtividades diferenciadas daquela estabelecida pela Administração como referência**, desde que não alterem o objeto da contratação, não contrariem dispositivos legais vigentes e, caso não estejam contidas nas faixas referenciais de produtividade, comprovem a exequibilidade da proposta;

80. Somente a partir de 2014, com o advento do caderno de logística e com a adoção deste sem alterações, tínhamos a condição usual referida pelas normas, como revelam os seguintes dispositivos:

IN nº 2, de 2008

Art. 44 **Nas condições usuais** serão adotados índices de produtividade por servente em jornada de oito horas diárias, não inferiores a: [...]

ANEXO VI-B da IN nº 5, de 2017

SERVIÇO DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO

3. **Nas condições usuais** serão adotados índices de produtividade por servente em jornada de oito horas diárias, de acordo com os seguintes parâmetros: [...] (grifo nosso)

81. Apenas nessa situação acima narrada (contrato fundamentado na IN SLTI/MP n. 2, de 2008, que adotou o caderno de logística como metodologia de referência da execução do serviço de limpeza, sem alterações, com a

produtividade compatível com o referido caderno de logística, e prorrogação do contrato na vigência da nova IN nº 5 de 2017), poder-se-ia pensar de alguma forma em adotar a produtividade da nova IN SEGES/MP n. 5 de 2017, considerando que as rotinas de execução dos serviços, nas condições usuais, seriam idênticas.

82. Ainda assim, entende-se que caberia ao fiscal técnico comunicar a autoridade competente do setor de licitações para que promovesse a adequação contratual à produtividade efetivamente realizada (que poderá ou não ser aquela prevista pela IN SEGES/MP n. 5, de 2017, com fundamento no caderno de logística), caso percebesse que teria havido subdimensionamento da produtividade pactuada, nos exatos termos do que dispõe o art. 62 da IN SEGES/MP n. 5, de 2017, já transcrito acima. O mesmo dispositivo alerta para a necessidade de se respeitar os limites de alteração dos valores contratuais previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

83. De tudo o que foi exposto, há que se concordar com os termos da consulta que deu origem a este parecer, no sentido de que, considerando o princípio da segurança jurídica e o limite de alteração unilateral dos contratos administrativos; bem como a conclusão do PARECER n. 00013/2017/CPLC/PGF/AGU, no sentido de que *“não cabe à Administração criar obrigações para o contratado que não foram exigidas no momento da seleção do fornecedor que importem mudança substancial do objeto contratual, por conta da aplicação da IN SEGES n. 05/2017, devendo ser observado o art. 65, I, “a”, e § 6º da Lei 8.666, de 1993”*; pode-se concluir ser indevida a alteração dos índices de produtividade nas renovações **tão somente para adequar aos índices da nova IN SEGES/MP 05/2017.**

84. Ou seja, os índices de produtividade pactuados não podem ser alterados pelo simples advento da nova IN SEGES/MP nº 5, de 2017, que prevê produtividade mais eficiente. É preciso que haja uma avaliação pelo fiscal técnico que aponte a necessidade de adequação da produtividade pactuada, independentemente de estar em vigor uma nova produtividade de referência. Essa já era a lógica do sistema.

85. Não se pode negar que os novos índices de produtividade previstos na IN SEGES/MP n. 05, de 2017, por serem mais eficientes, acendem o alerta para o Gestor, que deve provocar a manifestação do fiscal técnico, para que ele, por sua vez, verifique se a produtividade pactuada está ou não subdimensionada.

86. Essas conclusões, a nosso ver, não podem ser afastadas pelo argumento de que seria imperiosa a adaptação do contrato aos novos índices de produtividade da IN SEGES/MP n. 05, de 2017, apenas porque *“a prorrogação seria considerada como uma renovação da contratação, devendo obediência às novas regras”*. Com efeito, mesmo na renovação do contrato, a Administração ainda deve obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, assim como ao princípio da isonomia. Desse modo, é preciso avaliar previamente a natureza jurídica dessas novas regras, para se alcançar a conclusão pela sua incidência, ou não, ao contrato administrativo em curso. Não é possível, por conseguinte, alterar as condições da contratação quando da renovação do ajuste sem uma justificativa técnica ou jurídica aceitável. Deve-se respeitar, igualmente, os limites de alteração contratual previstos em lei.

87. Dessa forma, somente serão adotadas as novas normas que tratem de procedimento (em especial boas práticas de gestão e fiscalização dos contratos), nos exatos termos do que ficou definido no PARECER n. 00013/2017/CPLC/PGF/AGU. Normas procedimentais devem ser adotadas nos procedimentos em curso, desde que não haja necessidade de se repetir atos pretéritos (o processo anda para frente). Por outro lado, as normas que não forem procedimentais, em princípio, somente serão adotadas nas contratações futuras. A renovação do contrato não tem o condão de determinar obediência às novas regras pura e simplesmente, salvo, como já dito, no caso de normas procedimentais e boas práticas, e desde que não interfira nos direitos da outra parte contratante sem sua concordância.

3. CONCLUSÃO

88. Face ao exposto, concluímos que

a) para as situações em que, não obstante o disposto na redação original do art. 75 da IN SEGES/MP n. 5, de 2017, e da orientação da PGF constante no Parecer 06/2017, a Administração permaneceu aplicando a antiga IN SLTI/MP n. 02, de 2008 para os atos de gerenciamento dos contratos e respectivas renovações contratuais, permanecem os contratos regidos pela Instrução Normativa nº 2, de 2008, até a realização de nova licitação pelas regras atuais, consoante prega a nova redação do art. 75 da IN SEGES/MP n. 5, de 2017 trazida pela IN SEGES/MP n. 07, de 2018. Por outro lado, é possível utilizar as orientações constantes da IN SEGES/MP nº 05/2017, no que for cabível (desde que não crie novas obrigações para a Contratada), para os processos que foram instaurados antes da vigência da IN SEGES/MP n. 5, de 2017, considerando se tratem de boas práticas administrativas, resultantes da orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União (Acórdãos n. 2622/2015-P e 2353/2016-P);

b) não é juridicamente válido determinar a aplicação da revogada IN SLTI/MP n. 2, de 2008, aos atos já praticados com base na IN SEGES/MP n. 05, de 2017, por força das alterações trazidas pela IN SEGES/MP 07, de 2018, considerando o princípio da segurança jurídica;

c) nos contratos em que houve a observância das regras IN SEGES/MP n. 05, de 2017, no que tange ao gerenciamento dos contratos, inclusive nas renovações contratuais, os futuros atos deverão continuar seguindo essa normatização, afastando-se eventuais retrocessos para aplicar a legislação revogada;

d) os índices de produtividade pactuados na vigência da IN SLTI/MP n. 2, de 2008, não podem ser alterados pelo simples advento da nova IN SEGES/MP n. 05, de 2017, que prevê produtividade mais eficiente. Para tanto, deverá ser realizada uma avaliação pelo fiscal técnico que aponte a necessidade de adequação da produtividade pactuada, caso constatado o seu subdimensionamento, independentemente de estar em vigor uma nova produtividade de referência;

e) cabe ao gestor, com fundamento na manifestação do fiscal técnico, avaliar a possibilidade de adaptação da produtividade, observando os limites do art. 65, inciso I, alínea "a", e § 6º, da Lei 8.666, de 1993, até mesmo como forma de aferir a vantajosidade da renovação ou não da contratação.

À consideração superior.

Brasília, 14 de maio de 2019.

(assinado eletronicamente)

DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMÃO

PROCURADOR FEDERAL

RELATOR

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria nº 338/PGF/AGU, de 12 de maio de 2016).

(assinado eletronicamente)

ALESSANDRO QUINTANILHA MACHADO

SANTOS

PROCURADOR FEDERAL

(assinado eletronicamente)

CAROLINE MARINHO BOAVENTURA

PROCURADORA FEDERAL

(assinado eletronicamente)

EDUARDO LOUREIRO LEMOS

PROCURADOR FEDERAL

(assinado eletronicamente)

GABRIELLA CARVALHO DA COSTA

PROCURADORA FEDERAL

(assinado eletronicamente)

RENATA CEDRAZ RAMOS FELZEMBURG

BITTENCOURT

PROCURADORA FEDERAL

(assinado eletronicamente)

KARINA BACCIOTTI CARVALHO

PROCURADORA FEDERAL

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, de de 2019.

(assinado eletronicamente)

INGRID PEQUENO SÁ GIRÃO

DIRETORA DO DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o

fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407007719201917 e da chave de acesso 5b46d4b6

Documento assinado eletronicamente por INGRID PEQUENO SA GIRAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 257766223 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): INGRID PEQUENO SA GIRAO. Data e Hora: 17-12-2019 20:19. Número de Série: 17161680. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por INGRID PEQUENO SA GIRAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 257766223 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): INGRID PEQUENO SA GIRAO. Data e Hora: 17-12-2019 10:18. Número de Série: 17161680. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por ALESSANDRO QUINTANILHA MACHADO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 257766223 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALESSANDRO QUINTANILHA MACHADO. Data e Hora: 13-11-2019 11:59. Número de Série: 8321409668076781966. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por GABRIELLA CARVALHO DA COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 257766223 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GABRIELLA CARVALHO DA COSTA. Data e Hora: 19-11-2019 11:47. Número de Série: 2940005098800936016. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 257766223 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMAO. Data e Hora: 19-11-2019 11:29. Número de Série: 17142155. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por EDUARDO LOUREIRO LEMOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 257766223 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EDUARDO LOUREIRO LEMOS. Data e Hora: 19-11-2019 17:16. Número de Série: 13909752. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por KARINA BACCIOTTI CARVALHO BITTENCOURT, de acordo com os

normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 257766223 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KARINA BACCIOTTI CARVALHO BITTENCOURT. Data e Hora: 19-11-2019 16:03. Número de Série: 17381217. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 257766223 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS. Data e Hora: 19-11-2019 16:07. Número de Série: 17122948. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 257766223 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMAO. Data e Hora: 28-11-2019 11:31. Número de Série: 17142155. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADOR-GERAL FEDERAL

ED. SEDE I - SETOR DE AUTARQUIAS SUL - QUADRA 3 - LOTE 5/6, ED. MULTI BRASIL CORPORATE - BRASÍLIA-DF - CEP 70.070-030

DESPACHO n. 00189/2019/PGF/AGU

NUP: 00407.007719/2019-17

INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA DA PGF

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

1. Aprovo o Parecer n. 00002/2019/CPLC/PGF/AGU.
2. Ao DEPCONSU para ampla divulgação do entendimento então fixado.

Brasília, 17 de dezembro de 2019.

LEONARDO SILVA LIMA FERNANDES
PROCURADOR-GERAL FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407007719201917 e da chave de acesso 5b46d4b6

Documento assinado eletronicamente por LEONARDO SILVA LIMA FERNANDES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 359141793 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LEONARDO SILVA LIMA FERNANDES. Data e Hora: 20-12-2019 11:23. Número de Série: 168542. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v5.
