



Belo Horizonte, 03 de fevereiro de 2012.

**ASSUNTO:** Resposta ao questionamento efetuado pela empresa ALGAR TECNOLOGIA E CONSULTORIA S.A, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 21.246.699/0001-44, via e-mail, datado de 02/02/2012, relativo à Concorrência Pública – tipo técnica e preço nº. 1191001 200/2011 - Processo nº. 0060258-1190-2011-1 Contratação de fornecedor especializado na prestação de serviços técnicos de informática, sob demanda, para atendimento a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG, nas condições previstas neste Edital e seus anexos.

**QUESTIONAMENTO:**

*"Ressaltamos que para fins de contratação e qualificações habilitatória, exigir o vínculo empregatício dos profissionais sob a modalidade CLT, comprovado através da apresentação da carteira de trabalho assinada, registro do empregado ou Contrato Social no caso de sócios.*

*A Solicitação de Contrato de prestação de serviço ou termo de compromisso para a comprovação de vínculo abre oportunidade para a forma de contratação, conhecidas como PJ (Pessoa Jurídica) que faz com que o profissional fique de fora do sistema de proteção social. Esse tipo de contratação não está previsto em lei e, em geral, tenta encobrir uma relação de emprego, contrariando a Constituição Federal, artigo 7º, e a Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 2º, 3º e 29, que definem as regras do vínculo empregatício."*

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART. 7º**

*Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

*I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;*

*II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;*

*III - fundo de garantia do tempo de serviço;*

*IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;*

*V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;*

*VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;*

*VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;*

*VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;*

*IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;*

*X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;*



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA  
SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO E FINANÇAS

- XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
- XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)
- XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- XXIV - aposentadoria;
- XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
- XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
- XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
- XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)
- XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
- XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;



XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

*Parágrafo único.* São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

**CLT ART. 2º, 3º E 29º**

**Art. 2º** – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º – Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

**Art. 3º** – Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

**Parágrafo único** – Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

**Art. 29** - A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

“A regra não autoriza que terceiros que não componham o quadro empregatício, diretivo ou societário sirvam como prova para habilitação técnica.

Tal possibilidade autoriza usar de expertise alheia, servir-se de know how que não está integrado à capacidade técnica da licitante. É habilitar-se ao contrato por ação de quem não licitou.

Por analogia, é o mesmo que uma licitante servir-se de atestados técnicos de uma futura subcontratada para provar sua qualificação técnica para a fase de habilitação.

O contrato administrativo é personalíssimo, de onde se extrai que cabe às licitantes, de per se, provarem deter todos os requisitos e experiências para execução do objeto.

As figuras alteradas pela errata, descritas nos itens 2.3 a 2.5 do edital não podem, perante seus conceitos legais, perante o caráter intuitu personae do contrato administrativo e trato isonômico aos demais licitantes receber entendimentos que alarguem seu alcance porque seria desnaturar institutos jurídicos e legais aos quais se submete tanto o Certame quanto a ação do agente público.

Subcontratações não podem servir artifícios para classificação de licitantes sob pena de configurar fraude à licitação e incursão no artigo 90 da Lei 8.666/93.



Assim, a matéria é de fato. Somente as relações jurídicas - empregatícia ou societária - que demonstrem know how da organização empresária econômica podem servir, sendo vedadas alternativas que correspondam ao capital intelectual de terceiros estranhos à licitação."

#### ESCLARECIMENTO:

A exigência desta SEF/MG não se refere à comprovação de vínculo empregatício sob a modalidade CLT, e sim a comprovação do quadro permanente do licitante previsto no artigo 30, da Lei 8.666/93.

Oportuno ressaltar que a Comissão Especial de Licitação - CEL aprofundou estudos e pesquisas sobre o assunto em tela, verificando que o Tribunal de Contas da União possui entendimento firme e uniforme que para a comprovação do vínculo empregatício, do profissional com o licitante, **é suficiente a comprovação da existência de um contrato de trabalho ou de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.**

O TCU já se manifestou a respeito do entendimento da expressão "quadro permanente", presente no artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993.

No voto do Acórdão n.º 2297/2005 - Plenário, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, manifestou que

"a exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho assinada, com o profissional técnico qualificado mostra-se, ao meu ver, excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame, uma vez que o essencial, para a Administração, é que o profissional **esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato**". (grifo nosso)

4.2.2.16 Nessa deliberação, entendeu o Tribunal que seria suficiente a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.

4.2.2.17 Mesmo entendimento pode ser extraído do Voto do Relator Ubiratan Aguiar, no Acórdão n.º 361/2006 - Plenário, no qual concluiu que o que a lei determina é que na data da entrega dos envelopes e durante a execução da obra ou do serviço licitado a **contratada conte com profissional qualificado, vinculado à empresa por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, ou que tenha vínculo trabalhista ou societário com a empresa**". (grifo nosso).

E no ACÓRDÃO Nº 355/2010 - TCU - 2ª Câmara - "determinar à Fundação Osvaldo Cruz - Fiocruz que, nos próximos certames, se abstenha de exigir que as empresas licitantes tenham em seu quadro permanente determinados profissionais, pois a **jurisprudência nesta Corte de Contas é pacífica no sentido de reconhecer que o funcionário apontado a atender às exigências de qualificação técnico-profissional possa ser vinculado à empresa por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, sem, necessariamente, possuir vínculo trabalhista com a empresa licitante (Acórdãos 2.297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, 1.110/2007, 1.901/2007 e 2.382/2008, todos do Plenário)**". (grifo nosso).

E ainda:



**Acórdão 80/2010 Plenário**

Noutro giro, o edital em análise exige, como requisito de qualificação técnica, que a empresa possua, em seu quadro permanente, na data da licitação, profissional de nível superior em Engenharia Civil detentor de atestado de responsabilidade técnica ou Acervo Técnico por execução de obras/serviços com as características técnicas especificadas no Projeto Básico (...).

(...)

Transcrevo, por oportuno, excerto do Voto condutor daquele decisum, da lavra do Exmo. Ministro Benjamin Zymler:

*"7. Conforme ressaltai na oportunidade em que apreciei a medida cautelar, a Lei nº 8.666/1993 disciplinou de modo minucioso a matéria referente à qualificação técnica e uma das características mais marcantes dessa norma foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. Com isso, **buscou-se evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica se tornassem instrumento de restrição indevida à liberdade de participação em procedimentos licitatórios.(grifo nosso)***

*O artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, utiliza a expressão "qualificação técnico-profissional" **para indicar a existência, nos quadros permanentes de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico conste a responsabilidade pela execução de obras ou serviços similares àqueles aspirados pelo órgão ou entidade da Administração.(grifo nosso).***

*Todavia, há que se atentar para o fato de que a Lei nº 8.666/1993 não define o que seja "quadro permanente". Assim, essa expressão poderia ser compreendida como o conjunto de pessoas ligadas à empresa de modo permanente, sem natureza eventual, por meio de vínculos de natureza trabalhista e/ou societária. Esse conceito, entretanto, reclama certa ampliação nas hipóteses em que a autonomia no exercício da profissão descaracteriza o vínculo empregatício sem afastar a qualificação do sujeito como integrante do quadro permanente, como é o caso dos profissionais da área de engenharia.*

***A exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho assinada, com o profissional técnico qualificado mostra-se, ao meu ver, excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame, uma vez que o essencial, para a Administração, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato. (grifo nosso)** Em outros termos, o sujeito não integrará o quadro permanente quando não estiver disponível para prestar seus serviços de modo permanente durante a execução do objeto do licitado.*

*A regra contida no artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, **não pode ser tomada em caráter absoluto**, devendo-se sopesá-la diante dos objetivos que se busca alcançar com a realização das licitações, quais sejam, a garantia de observância ao princípio da isonomia e à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.*

***Assim, se o profissional assume os deveres de desempenhar suas atividades de modo a assegurar a execução satisfatória do objeto licitado, o correto é entender que os requisitos de qualificação profissional foram atendidos.(grifo nosso)***

*Não se pode conceber que as empresas licitantes sejam obrigadas a manter profissionais de alta qualificação, sob vínculo empregatício, apenas para participar da licitação, pois a interpretação ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configuraria como uma modalidade de distorção.*

*Atender, no caso em tela, à letra fria desse dispositivo, sem considerar os objetivos da Administração e os limites de exigência de qualificação técnica, suficientes para a garantia do cumprimento das obrigações, seria desbordar para o formalismo que se basta em si mesmo, sem ter em vista qualquer outro objetivo consentâneo com o interesse público.*

***As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais. (grifo nosso)***



***Nesse sentido, entendo que seria suficiente, segundo alega a representante, a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.(grifo nosso)***

*Esse posicionamento encontra guarida no entendimento segundo o qual a Constituição Federal somente autoriza exigências que configurem um mínimo de segurança. Portanto, não há de se admitir exigências que vão além disso com base no argumento de que a segurança da Administração restaria ampliada, na medida em que o máximo de segurança corresponderia, inequivocamente, ao máximo da restrição. E essa não é a solução proclamada pela Carta Magna. (...)"*

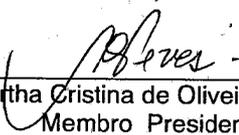
Portanto, o entendimento majoritário dos ministros do TCU é de que a habilitação, quanto à qualificação técnica, não está adstrita à comprovação de vínculo de emprego do profissional com a empresa licitante, mas com a capacidade técnica que se perfaz com prova de que está qualificado e apto à prestar os serviços que se pretende contratar, objeto da licitação, ainda que não seja empregado efetivo da empresa participante do certame.

A retificação do edital, quanto aos itens 2.3 a 2.5, vai ao encontro do princípio da isonomia, visando adjudicar a proposta mais vantajosa para a Administração, bem como dos demais princípios constitucionais básicos para um julgamento objetivo do processo licitatório.

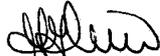
Ressaltamos que os documentos apresentados para a referida comprovação estarão sujeitos à diligência por esta SEF/MG, caso seja necessário, de acordo com o item 28.2 do edital.

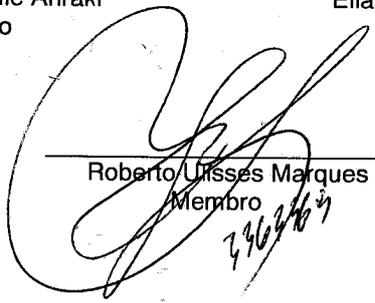
Atenciosamente,

MEMBROS COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO

  
Martha Cristina de Oliveira Neves  
Membro Presidente

  
Lucia Elena Tamie Anraki  
Membro

  
Eliané Mara Marcolino  
Membro

  
Roberto Urisses Marques  
Membro