

Licitantes e contratados e a (EXTREMA) dificuldade de cumprir as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social: quando “o sistema” não respeita a realidade

Lindineide Oliveira Cardoso¹

Palavras-chave: Reserva de cargos. Lei nº 14.133/2021. Lei nº 8.213/1991. Certidão. IBGE. Benefício de prestação continuada. Sistema compras.gov.br. Ministério do Trabalho e Emprego-MTE. Boa-fé. Razoabilidade e proporcionalidade. Segurança jurídica.

O artigo 63, inciso IV, da Lei Geral de Licitações e Contratos, inclui a exigência de que o licitante, para participar de certames, declare que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência² e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas.

De sorte que, o artigo 92, em seu inciso XVII relaciona, entre as cláusulas necessárias aos contratos, a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz.

¹ Mestranda em Direito no Centro Universitário Cesmac. Ex-empregada pública da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba – Codevasf. Servidora pública de carreira da Justiça Eleitoral (TRE-BA). Membro do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas – IDAA. Colunista do portal Sollicita. Ex-Chefe da Seção de Gestão de Contratos - SEGEC, do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. Professora da Pós-graduação em Direito Municipal e em Licitações e Contratos do Centro Universitário Cesmac. Professora da Pós-graduação em Licitações e Contratos do Instituto Negócios Públicos. Professora da Pós-graduação em Licitações e Contratos da Faculdade 8 de julho. Colaboradora das obras Direito Administrativo e Novas Tecnologias (Juruá, 2023), Direito Administrativo Municipal (Juruá, 2022) e Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos (Juruá, 2021). Autora do livro Contratos Administrativos na Nova Lei de Licitações - Teoria e Prática - Editora Juspodivm. Criadora do perfil no Instagram @o_xdagestao onde compartilha conhecimento sobre Licitações e Contratos.

² De acordo com o INSS, pessoa com deficiência é aquela que apresenta impedimento de longo prazo (mínimo de 2 anos) de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/direitos-e-deveres/beneficios-assistenciais/beneficio-assistencial-a-pessoa-com-deficiencia-bpc-loas>. Acesso em: 16 de jan. 2025.

Na mesma toada e no âmbito da execução dos contratos, a Lei 14.133/2021 estabelece:

Art. 116. Ao longo de toda a execução do contrato, o contratado deverá cumprir a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, bem como as reservas de cargos previstas em outras normas específicas.

Parágrafo único. Sempre que solicitado pela Administração, o contratado deverá comprovar o cumprimento da reserva de cargos a que se refere o caput deste artigo, com a indicação dos empregados que preencherem as referidas vagas.

O não cumprimento das regras acima constituem motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos exatos termos do inciso IX do artigo 137 da LGL.

Referidas obrigações demonstram a preocupação do legislador com ações inclusivas, cumprindo aos agentes públicos que elaboram os artefatos da contratação detida atenção quanto à sua regular previsão no edital ou no contrato e aos gestores e fiscais de contrato, acompanhar, ao longo da execução, o cumprimento das obrigações ora previstas.

O presente artigo pretende apresentar uma breve reflexão quanto às dificuldades experimentadas por licitantes e contratados para cumprir a reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, em atenção às disposições da Lei nº 14.133/2021 e ao artigo 93 da Lei nº 8.213/1991:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

Dados do IBGE (PNAD 2022)³ estimam a população com deficiência no Brasil em 18,6 milhões de pessoas de 2 anos ou mais, o que corresponde a 8,9% da população dessa faixa etária. Entretanto, apesar dos números elevados, para muitas empresas, em que pese os

³ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37317-pessoas-com-deficiencia-tem-menor-acesso-a-educacao-ao-trabalho-e-a-renda#:~:text=Cerca%20de%2018%2C6%20milh%C3%B5es.anos%20ou%20mais%20de%20idade>. Acesso em: 16 de jan. 2025.

esforços para angariar essa força de trabalho e promover a função social que lhe cabe, cumprir o percentual reservado pela Lei nº 8.213/1991 não é tarefa das mais fáceis!

Um olhar mais atento aos dados coletados pelo IBGE torna perceptível as dificuldades enfrentadas por licitantes e contratados. De acordo com o instituto, apenas uma em cada quatro pessoas com deficiência concluiu o ensino básico obrigatório.

Para o Instituto de Geografia e Estatística⁴:

A maior parte das pessoas de 25 anos ou mais com deficiência não completaram a educação básica: 63,3% eram sem instrução ou com o fundamental incompleto e 11,1% tinham o fundamental completo ou médio incompleto. Para as pessoas sem deficiência, esses percentuais foram, respectivamente, de 29,9% e 12,8%. (Grifo nosso).

A falta de instrução necessária para preencher a vaga não é o único problema, o IBGE (PNAD 2022) destaca que o rendimento médio real habitualmente recebido, por mês, relativo ao trabalho das pessoas com deficiência foi de R\$1.860, equivalente a 70% do rendimento médio para o total Brasil (R\$ 2.652), enquanto o rendimento das pessoas sem deficiência era de R\$ 2.690, 1,4% acima da média nacional.

É fácil perceber que além dos salários baixos, a falta de qualificação das pessoas que compõem o grupo estão entre os principais fatores que inviabilizam o preenchimento da cota reservada.

Outro fator que tende a ser relevante, é a prestação, pelo governo, do Benefício Assistencial à Pessoa com Deficiência (BPC-Loas), que garante o pagamento de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família.

O recebimento de BPC-Loas e de outros benefícios, impede que as empresas tenham propostas atrativas para angariar a força de trabalho ativa de pessoas com deficiência, isso porque, a empregabilidade pode representar a “perda do(s) benefício(s)”, gerando um sentimento de que é melhor atuar na informalidade e manter “a ajuda” ofertada pelo governo do que ter um emprego regular.

Prova disso é que o IBGE aponta que, em 2022, “mais da metade (55,0%) da população ocupada com deficiência estava na informalidade, enquanto para as pessoas sem deficiência o percentual foi de 38,7%”.

⁴ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37317-pessoas-com-deficiencia-tem-menor-acesso-a-educacao-ao-trabalho-e-a-renda#:~:text=Cerca%20de%2018%20C6%20milh%C3%B5es,anos%20ou%20mais%20de%20idade>. Acesso em: 16 de jan. 2025.

Talvez, uma solução a ser considerada, seja a manutenção da totalidade ou de parcela significativa dos benefícios como incentivo à pessoa com deficiência e forma de recompor os baixos salários a que precisam se submeter, caso voltem ao mercado formal de trabalho.

Os dados acima demonstram que o teor da lei que obriga a reserva de cargos parece desconectado da realidade, não sendo incomum pregoeiros/agentes de contratação e fiscais de contratos se depararem com licitantes e contratados que, apesar dos esforços, não conseguem preencher as vagas ofertadas.

A situação é tão alarmante que em um único sítio eletrônico encontramos disponíveis mais de 2.400 (duas mil e quatrocentas) vagas para contratação imediata de PCD⁵.

A justiça trabalhista, quando invocada, tem entendido que cabe às empresas a demonstração, de forma inequívoca, do insucesso em angariar essa força de trabalho⁶. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017– CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. DIVULGAÇÃO EM MEIOS OFICIAIS. BUSCA ATIVA. DIFICULDADE DE CONTRATAÇÃO. VAGAS NÃO PREENCHIDAS. O art. 93 da Lei nº 8.213/1991 prevê que a empresa que possui 100 ou mais empregados está obrigada a preencher o seu quadro de pessoal com pessoas com deficiência ou com beneficiários da Previdência Social reabilitados, no percentual de 2% e 5% do total de cargos disponíveis. Trata-se de ação afirmativa que impõe ao empregador a obrigação de empreender todos os esforços necessários ao cumprimento das cotas mínimas reservadas a empregados reabilitados ou com deficiência. **Esta Corte Superior possui o entendimento no sentido de que, uma vez comprovado que a empregadora realizou notórias e relevantes ações para realizar as contratações estabelecidas pela lei, não lhe pode ser aplicada penalidade em razão de não ter atingido a quota mínima exigida. Necessário, portanto, analisar-se criteriosamente a alegação de “dificuldade de contratação”, constituindo-se ônus do empregador a demonstração de que realizou diversos esforços para o cumprimento do referido dispositivo legal, sob pena de se esvaziar a finalidade do que dispõe o art. 93 da Lei nº 8.213/1991.** No caso, o Tribunal Regional consignou que “os documentos apresentados pelo requerente demonstram que a maioria dos anúncios de vagas destinadas às pessoas com deficiência ou reabilitadas foram veiculados na internet, no jornal e na rádio local em datas posteriores à lavração do auto de infração”. Assim, o contexto fático delineado na origem não alberga as alegações da empresa no sentido de que agiu com a diligência necessária a fim de atender ao cumprimento das vagas exigidas legalmente. Conclusão diversa esbarra no óbice da Súmula 126 do TST. Recurso de revista de que não se conhece" (RR-12232- 33.2018.5.15.0111, 8ª Turma, Relator Ministro Sergio Pinto Martins, DEJT 16/09/2024).(Grifo nosso).

Assim, cumpre ao empregador comprovar uma atuação constante perante instituições sociais - SINE, APAE e associações de pessoas com deficiência - assim como a manutenção de

⁵ Vide: <https://www.deficienteonline.com.br/>

⁶ Jurisprudência extraída do PARECER n. 00060/2024/DECOR/CGU/AGU. Disponível em: https://sapiens.agu.gov.br/valida_publico?id=1711642245. Acesso em: 16 de jan. 2025.

veiculação de anúncios em rádios, jornais e/ou a adoção permanente de métodos para ampliar a informação de que “há vagas para PCD”.

Outro ponto que merece rigorosa análise e que assusta potenciais contratados, refere-se ao sistema do governo federal (compras.gov.br), que apresenta, como condição de participação, o dever de os licitantes marcarem no item “declarações para fins de habilitação” a afirmação de que cumpre as exigências de reservas de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas, na aba “termo de aceitação das declarações”.

Ressalte-se que, o não preenchimento da afirmação lhes impede de continuar na disputa!

Em nossa opinião, o automatismo do sistema do governo federal deixa de considerar o princípio da primazia da realidade, ceifando, antes mesmo da produção de qualquer tipo de prova em contrário, o direito que assiste ao pretense participante dos certames de expor as razões do não preenchimento das vagas. Além disso, expõe o mercado fornecedor a uma situação curiosa: caso não afirme o cumprimento, não pode cadastrar a sua proposta; já se assinalar o campo específico (do item declarações), podem ser surpreendidos com impugnações e até acusações de que prestaram declaração falsa.

Quanto à fase externa, é relevante colacionar o entendimento da colunista e servidora pública Érika Mello⁷:

Defendemos que de forma alguma a empresa deve ser inabilitada de pronto. (...) Sendo assim, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, **deve ser oportunizado à empresa o direito à manifestação, instaurando-se diligência com prazo razoável para que ela possa prestar os esclarecimentos que entender pertinentes, apresentar documentos complementares ou atualizar a certidão.** (Grifo nosso).

Vale lembrar que a instauração de diligência não é uma faculdade da administração, porém, como nos explica o professor Fábio Vilas⁸, trata-se de um “poder-dever, ou seja, não há discricionariedade da administração para optar ou não pela realização de diligência; sempre que houver dúvidas ou a necessidade de alguma complementação, a diligência torna-se obrigatória”.

Durante a fase de execução contratual, o artigo 116, da lei geral de licitações e contratos administrativos estabelece que, sempre que solicitado pela administração, o contratado deve comprovar o cumprimento da reserva de cargos na forma determinada pela lei.

Nessa situação, deve-se considerar que cabe à fiscalização do contrato, em momentos pontuais - rotinas de fiscalização pré-estabelecidas, prorrogação contratual, alterações

⁷ Artigo disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/21612/a-reserva-de-cargos-para-pcd-como-exig%C3%A2ncia-de-habilita%C3%A7%C3%A3o>. Consulta em: 16 de jan. 2025.

⁸ GONÇALVES FILHO, Fábio Vilas. Um novo olhar sobre o instituto da diligência e o pragmatismo dos agentes públicos. Salvador. Mentis Aberta: 2023. p.45.

contratuais - diligenciar ao contratado (ou extrair do sítio eletrônico do MTE⁹) a certidão de que emprega pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social em número SUPERIOR/INFERIOR ao percentual previsto no art. 93 da Lei nº 8.213 de 1991.

Nesta fase, também entendemos, que é possível a demonstração pelo contratado de que mantém permanente canal de busca da força de trabalho junto a organizações sociais, centros de integração empresa-escola, ou que mantém divulgação em sítio eletrônico próprio, aviso em rádios e jornais, justificando que, apesar dos comprovados esforços, não obteve êxito quanto ao preenchimento das vagas legalmente impostas.

Não devemos desconsiderar que embora o inciso IX, do artigo 137 da Lei nº 14.133/2021, determine que o descumprimento da obrigação implicará em extinção do contrato, a mencionada extinção depende de regular processo administrativo em que se oferte ao contratado o direito ao contraditório e à ampla defesa, inclusive, fazendo prova de que não há no mercado interessados em número suficiente para compor os cargos reservados.

Frisa-se, mais uma vez, que cumpre aos representantes da administração a busca por uma solução pragmática, que vislumbre as consequências da extinção antecipada do contrato e que reforce o postulado da segurança jurídica, afastando da relação contratual incertezas e instabilidades, isso porque, na lição de Sérgio Ferraz¹⁰, “o princípio da segurança jurídica, ou da estabilidade das relações jurídicas, impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido algum desvio de legalidade durante sua constituição”

Prudente, portanto, ponderar a situação fática e a demonstração inequívoca de atuação com a boa-fé da licitante/contratada, sem, no entanto, desconsiderar que a apresentação de declaração falsa durante a fase externa ou na execução do contrato é infração grave, que sujeita o declarante à sanção de inidoneidade, nos termos do inciso VIII, do art. 155 da Lei nº 14.133/2021.

Por fim, e ainda em relação à regra posta no artigo 63 da Lei de Licitações, o Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos DECOR/CGU/AGU aprovou o PARECER n. 00060/2024/DECOR/CGU/AGU¹¹, com o fito de sanar divergência entre órgãos jurídicos consultivos acerca da regularidade do cumprimento da exigência de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social por parte de empresa que não logrou êxito em atender o comando do art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, por circunstâncias alheias a sua vontade, consolidou o seguinte entendimento:

a) nos termos do inciso IV do art. 63 da Lei nº 14.133/2021, na fase de habilitação da licitação, somente se poderá exigir do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de

⁹ Certidão disponível em: <https://certidoes.sit.trabalho.gov.br/pcdreab>. Consulta em: 16 de jan. 2025.

¹⁰ FERRAZ, Sergio. Tratado de direito administrativo brasileiro (Parte Geral). Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 232.

¹¹ Disponível em: https://sapiens.agu.gov.br/valida_publico?id=1711642245. Acesso em: 16 de jan. 2025

cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas;

b) a declaração apresentada pelo licitante tem presunção de veracidade *juris tantum* (relativa). Se houver concomitantemente à apresentação da declaração um documento da fiscalização trabalhista que infirme o seu conteúdo, deverá prevalecer esse em detrimento daquela;

c) os autos de infração e as certidões expedidos pelos Auditores-Fiscais do Trabalho constituem documentos públicos oficiais, sendo vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, inclusive a seus servidores, recusar-lhes fé, conforme se pode atestar da leitura do inciso II do art. 19 da Constituição da República e do inciso III do art. 117 da Lei nº 8.112/1990; e

d) se autuado pela fiscalização trabalhista por inobservância da disposição constante do art. 63, IV, da Lei nº 14.133/2021, o licitante deverá providenciar a anulação ou a suspensão do auto para poder prosseguir no certame ou na execução do contrato.
(Grifo nosso)

A DECOR/CGU/AGU, ao consolidar a divergência tangenciada pelo supracitado parecer, embora reconheça a relatividade da declaração apresentada pelo licitante, deixa de considerar que, na fase externa, o sistema compras.gov.br, não faculta ao licitante outra opção ou campo para incluir autos de infrações e/ou decisões judiciais, conduzindo-o, para garantir a sua participação no certame, a prestar declaração que não corresponde à realidade.

Ainda que a DECOR/CGU/AGU afirme que “a documentação da fiscalização trabalhista (que reconheça as dificuldades do empregador) tem o condão de sobrepor a afirmação do pretenso participante”, não fica claro qual deve ser o mecanismo a ser utilizado pelos licitantes.

Por outro lado, com todas as escusas de praxe à DECOR/CGU/AGU, parece equivocado o disposto na alínea “d” da conclusão que uniformiza o entendimento, porque a atuação do fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, tem por objetivo aferir o cumprimento da regra posta no artigo 93 da Lei nº 8.213/1991 - ou a sua impossibilidade. Não é competência da fiscalização do MTE inferir quanto à regra indicada no artigo 63, IV, da Lei nº 14.133/2021¹². Assim, não nos parece possível que licitante ou contratado seja “autuado pela fiscalização trabalhista por inobservância da disposição constante do art. 63, IV, da Lei nº 14.133/2021 (...)”, o que pode acontecer, na prática, é autuação por descumprimento das disposições da Lei nº 8.213/1991.

Não resta dúvidas de que estamos diante de mais um impasse que tende a onerar a Administração Pública (como efeito de impugnação e judicialização), causar atrasos nas contratações e afastar boas propostas.

¹² Em nosso entendimento o MTE, por seus Fiscais do Trabalho, não possui competência para fiscalizar o cumprimento da disposição constante do art. 63, IV, da Lei nº 14.133/2021, sendo legitimados, em tese, os representantes da Administração ou seus substitutos (agente de contratação, pregoeiro, gestores e fiscais de contratos).

Aqui, sem esgotar o assunto, ressaltamos que a Administração Pública não deve ser omissa ou permissiva, por outro lado, também não deve aceitar que um sistema “programado para só aceitar o sim” goze de mais relevância que os princípios da boa-fé, da ampla defesa, da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo essencial uma postura participativa da Administração Pública que contribua para o alcance dessa importante regra protetiva (talvez mantendo em seus próprios sites a informação de que “contrata PCD” ou formatando o sistema para possibilitar a inclusão de justificativas e documentos).

O debate está aberto, qualquer que seja a sua posição (empresa, Administração ou PCD), qual é a sua opinião?