Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Segunda Câmara

DELIBERAÇÃO AC02 - 1237/2016

PROCESSO TC/MS	**:** TC/18198/2012
PROTOCOLO	**:** 1316664
TIPO DE PROCESSO	**:** CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE CARACOL
JURISDICIONADO	**:** MARIA ODETH CONSTANCIA LEITE DOS SANTOS
INTERESSADO	**:** NELSON WILIANS & ADVOGADOS ASSOCIADOS
VALOR	**:** R$54.000,00
ADVOGADO	**:** GESIENE MARTINS MORAES OAB/MS 14.546
ADVOGADO	**:** GIOVANA PALIARIN CASTELLUCCI OAB/MS 14.478 E OUTROS
ADVOGADO	**:** FELIPE MATTOS DE LIMA RIBEIRO OAB/MS 12.492 E OUTROS
RELATOR	**:** CONS. MARISA JOAQUINA MONTEIRO SERRANO

EMENTA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA E ASSESSORIA TRIBUTÁRIA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADO – INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – REQUISITOS LEGAIS – NÃO ATENDIMENTO – IRREGULARIDADE – MULTA.

É inadequado o procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial para a contratação de prestação de serviços técnicos profissionais especializados, de complexidade e especificidade tais que não podem ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidas pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

É irregular a formalização contratual decorrente de licitação de serviços de assessoria e consultoria tributária, vez que incabível a contratação por esta modalidade.

A irregularidade na prestação de contas caracteriza infração que sujeita ao responsável a aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 16ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, de 28 de junho de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em declarar a irregularidade do procedimento licitatório, na modalidade Pregão Presencial n° 5/2012, pela irregularidade da formalização do Contrato Administrativo n° 84/2012, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Caracol, por sua prefeita municipal Sra. Maria Odeth Constância Souza e Nelson Wilians & Advogados Associados e, aplicar multa à Sra.Maria Odeth Constância Souza, no montante equivalente a 100 (cem) UFERMS, por irregularidade na contratação.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

Conselheira **Marisa Joaquina Monteiro Serrano** – Relatora

RELATÓRIO

Exma. Sra. Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano – Relatora

Trata-se do Procedimento Licitatório pela modalidade Pregão Presencial n. 5/2012 e do Contrato Administrativo n. 84/2012, dele decorrente, celebrado entre a PREFEITURA MUNICIPAL DE CARACOL e NELSON WILIANS & ADVOGADOS ASSOCIADOS, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria e assessoria tributária.

Aprecia-se, neste momento, o procedimento licitatório (1ª fase) e a formalização contratual (2ª fase).

Ao final da instrução processual, a equipe técnica da 6ª Inspetoria de Controle Externo opinou pela **regularidade e legalidade** do procedimento licitatório e da formalização contratual, tendo em vista o atendimento de todas as prescrições legais contidas na Lei Federal n. 8.666/93.

O representante do Ministério Público de Contas divergiu da análise da inspetoria. Opinou pela **irregularidade e ilegalidade** das duas primeiras etapas da contratação, por entender que os serviços licitados deveriam ser executados pelos próprios advogados/procuradores do município.

Vieram os autos conclusos.

É O RELATÓRIO.

VOTO

Exma. Sra. Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano – Relatora

De acordo com o edital de abertura, o processo licitatório em questão tem por objeto a *"contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria e assessoria tributária para a execução de serviços de levantamento, identificação e aproveitamento de créditos e outros benefícios tributários".*

A modalidade licitatória eleita pelo contratante foi o pregão, indicada, segundo a Lei Federal n. 10.520/02, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim entendidos como *"aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado."* (art. 1º, parágrafo único)

Pela simples leitura do objeto contratual, confrontado com o texto legal que instituiu a modalidade pregão no âmbito da administração pública, percebe-se a inadequação do procedimento escolhido pelo contratante.

Isso porque, os serviços ora licitados caracterizam-se, sem sombra de dúvidas, como **serviços técnicos profissionais especializados**, de complexidade e especificidade tais que não podem ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidas pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Diferentemente dos serviços advocatícios rotineiros, ordinários, passíveis de serem prestados pela maioria dos profissionais da área jurídica, o objeto contratual exige do contratante conhecimento técnico diferenciado, específico, dada a excepcionalidade do trabalho realizado e do resultado que se pretende alcançar (levantamento, aproveitamento/recuperação de créditos previdenciários e tributários).

Por isso, a modalidade recomendada ao caso seria a tomada de preços, tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço", ou, eventualmente, a contratação por inexigibilidade, desde que observadas as condições previstas em lei.

Sobre os serviços licitados por pregão, Hely Lopes Meirelles leciona que: *"o que caracteriza os bens e serviços comuns é sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência. Isto afasta desde logo os serviços de Engenharia, bom como todos aqueles que devam ser objeto de licitação nas modalidades de melhor técnica ou de técnica e preço. No pregão o fato técnico não é levado em consideração, mas apenas o fator preço".* (Direito Administrativo Brasileiro, 34 ed., f. 327)

Assim, não há como se admitir que a prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídica, bem como para o patrocínio de causas judiciais ou administrativas na área tributária, objeto do certame, sejam licitados pela modalidade pregão, justamente por não existir a padronização que caracteriza os bens e serviços comuns.

É como já decidiu, aliás, o TRF da 4ª Região, consoante aresto abaixo:

> MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE. ART. 2º DO DECRETO 3.555/2000. COMPLEXIDADE E PECULIARIDADE DO OBJETO. Os serviços de advocacia em discussão nos autos não se qualificam como serviços comuna passíveis de licitação na modalidade pregão em razão da complexidade e peculiaridade do objeto licitado. (Reexame Necessário Cível Nº 2009.71.00.007834-3/RS, Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler).

Há de se registrar, ainda, a questão ética que envolve a licitação dos serviços de advocacia pela modalidade pregão.

É da essência desse tipo de procedimento a oferta sucessiva de preços, sempre com a redução dos valores anteriormente propostos, até atingir um valor mínimo que force os demais interessados a abandonarem a disputa.

Esse tipo de enfrentamento, no entender de alguns juristas, caracteriza verdadeira guerra de preços – inaceitável e intolerável sob o prisma do que dispõem o Estatuto e Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Sobre o tema, assim se pronunciou Alice Gonzales Borges: *"O exercício ético da advocacia não se compadece com a competição entre seus profissionais, nos moldes das normas de licitação, cuja própria essência reside justamente na competição. Muito apropriadamente, o Código de Ética recomenda, no oferecimento do serviço de advogado, moderação, discrição e sobriedade (arts. 28 e 29)."* (BORGES, Alice Maria Gonzalez. Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia. Revista de Direito Administrativo nº 206/135).

No mesmo sentido, as seguintes manifestações, do Conselho Federal e do Tribunal de Ética da OAB/SP, condenando a contratação de advogados por pregão:

> *Pregão eletrônico. Menor preço. Contratação de serviços especializados de advocacia. Rejeição pela OAB, porquanto, de um lado, não garante a isonomia entre os participantes e, de outro, induz o lançamento de propostas em valores aviltantes para obtenção de contratação.* (CFOAB. Consulta n. 2007. 18.05916-02 - Relator: Marcelo Cintra Zarif)
>
> *A modalidade 'pregão' (Decreto 3555/00), cujo termo tem sinonímia com 'leilão', por sua forma e natureza, afronta a dignidade da advocacia. Ademais o Decreto não inclui a advocacia dentre os serviços comuns.* (Processo nº E – 3.474/2007. Consulente Conselho Seccional da OAB/SP. Relator: Benedito Édison Trama. Tribunal de Ética e Disciplina).

A questão já foi enfrentada, também, por este Tribunal, por ocasião do julgamento do processo TC/4071/2014.

Na ocasião, a 1ª Câmara, acompanhando o voto do Conselheiro Ronaldo Chadid, relator da matéria, considerou irregular e ilegal a contratação dos serviços de assessoria contábil, financeira e tributária por pregão, justamente pelo fato de seu objeto não se enquadrar naqueles considerados como "serviços comuns".

Desse modo, conclui-se que o procedimento licitatório e a formalização contratual não reúnem as condições necessárias para sua aprovação, porquanto incabível a licitação de serviços de assessoria e consultoria tributária – como os que ora se analisa – por meio de pregão.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, divirjo da análise da equipe técnica da 6ª Inspetoria de Controle Externo e acompanho o parecer do Ministério Público de Contas e **VOTO** no sentido de:

1 – declarar **irregular** o procedimento licitatório pela modalidade Pregão Presencial n. 5/2012, nos termos do o art. 59, III, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012, c/c o art. 120, I, 'a', do Regimento Interno (RITC/MS), aprovado pela Resolução Normativa n. 76/2013;

2 - declarar **irregular** a formalização do contrato administrativo n. 84/2012, com fulcro no art. 59, III, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012, c/c o art. 120, II, do RITC/MS;

3 – aplicar multa à Senhora MARIA ODETH CONSTÂNCIA LEITE DOS SANTOS, ordenadora de despesas e responsável pela contratação em apreço, no valor correspondente a **100 (cem) UFERMS**, com fundamento nas regras dos artigos 21, X e 44, I, da Lei Complementar nº 160/2012;

4 – conceder o prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação do Acórdão no Diário Oficial do TCE/MS, para que comprove o recolhimento da multa imposta ao Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul – FUNTC, consoante a regra dos artigos 50, I e 83 da Lei Complementar nº 160/2012, observado o disposto nos artigos 99 e 172, § 1º, I e II do Regimento Interno do TC/MS;

5 - comunicar o resultado do julgamento às autoridades administrativas competentes, na forma do art. 50 da Lei Complementar n. 160/2012, c/c o art. 99, do RITC/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Conselheiro relator e proferida para o fim de declarar a irregularidade do procedimento licitatório e da formalização do Contrato Administrativo em exame, aplicando multa ao responsável.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves

Relatora, a Exma. Sra. Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo e Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Presente o Exmo. Sr. João Antônio de Oliveira Martins Júnior, Procurador de Contas.

Campo Grande/MS, 28 de junho de 2016.

Conselheira **MARISA JOAQUINA MONTEIRO SERRANO**
Relatora

GAB SKG
SETAC ARP