DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 5711/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/5647/2013
PROTOCOLO	: 1410544
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE ANGÉLICA
ORDENADOR DE DESPESAS	: LUIZ ANTÔNIO MILHORANÇA
CARGO DO ORDENADOR	: EX-PREFEITO MUNICIPAL
ASSUNTO DO PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 41/2013
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	: CONVITE N. 1/2013
CONTRATADO	: EC TAVEIRA CONSULTORIA ADMINISTRATIVA – ME
OBJETO	: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM ORIENTAÇÕES, ACOMPANHAMENTOS E ANÁLISE DE CONSISTÊNCIA DAS INFORMAÇÕES
VALOR INICIAL	: R$ 74.100,00
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os documentos dos autos da prestação de contas referente ao Contrato Administrativo n. 41/2013, originado do procedimento licitatório na modalidade Convite n. 1/2013, celebrado entre o Município de Angélica e a empresa EC Taveira Consultoria Administrativa – ME, tendo por objeto a prestação de serviços em orientações, acompanhamento e análise de consistência das informações, no período de 21/01/2013 a 21/01/2014.

A equipe técnica da 1ª ICE concluiu, na análise ANA – 21843/2016 (peça 31, fls. 221-229), pela irregularidade do procedimento licitatório, da formalização contratual e da execução das despesas orçamentárias do contrato conforme excertos que seguem:

> **"**Mesmo diante do relatório e das justificativas apresentadas pelo Ordenador as (Peças nº 24 fls. 147/180), esta Inspetoria RATIFICA o entendimento que, o objeto da contratação é um serviço que deveria ser realizado por parte da própria Administração, voltados às atividades de assessoria e consultoria inserem-se na atividade-fim, através de Contadores, Administradores, Economistas do próprio município ou, na ausência destes, por outros profissionais selecionados através de procedimento licitatório indispensável ou Concurso Público.
>
> Face ao exposto, concluímos pela IRREGULARIDADE do procedimento licitatório, da formalização contratual e de sua execução.**"**

Por sua vez, o representante do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer n. 19531/2017 (peça 32, fls. 230-234), opinando pela declaração de ilegalidade e irregularidade do procedimento licitatório, da formalização contratual e da execução financeira, de acordo com o mencionado abaixo:

> **"**Este Tribunal de Contas já possui entendimento consolidado pela impossibilidade jurídica de terceirizar serviços de atividade-fim, nos termos do Parecer C nº 0044/2001 (...).

Dessa forma, paira a impossibilidade jurídica de contratar a empresa habilitada por não estar apta a desenvolver a atividade na qual foi designada na licitação.

Como o Procedimento Licitatório contém vício de irregularidade entende-se que a Formalização Contratual não produziu efeitos legais maculando todo o processo desde a 1ª Fase até a presente formalização do instrumento contratual.

(...)

Mesmo as despesas terem sido efetivamente comprovadas, estas merecem o efeito da impugnação dos valores a ser ressarcido pelo ordenador de despesas, em virtude da contratação irregular.

Diante do acima exposto, esta Procuradoria de Contas, se manifesta no seguinte sentido: I – Pela irregularidade e ilegalidade do Processo Licitatório e formalização do instrumento contratual e da execução financeira do Contrato Administrativo nº 041/2013, com fulcro nas disposições do artigo 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, c/c o art. 120, incisos II e III, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Normativa TC/MS 76/2012.

II – pela impugnação total das despesas em virtude da irregularidade na licitação prevista pela Lei Complementar nº 160/2012 ao senhor Luiz Antônio Milhorança.**"**

É o relatório.

DECISÃO

Acerca da matéria em exame, tenho que o feito está adequadamente instruído, motivo pelo qual declaro encerrada a instrução processual para o julgamento do procedimento licitatório relativo ao Convite n. 01/2013, bem como da celebração e execução do Contrato Administrativo n. 041/2013, entre a Prefeitura Municipal de Angélica/MS com a empresa E C TAVEIRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS, tendo como objeto a "prestação de serviços em orientações, acompanhamento e análise de consistência das informações relativas à transição de mandato 2012/2013", nos termos dos arts. 4º, III, a, 11, II, e 70 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 19 de dezembro de 2018).

DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA MODALIDADE CONVITE N. 1/2013

A. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÕES DE CONSULTORIAS, ASSESSORIAS E AUDITORIAS (TRABALHOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS) POR PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

No mérito, registro de início que tanto os analistas da ex-1ª Inspetoria de Controle Externo-1ª ICE quanto o Procurador de Contas concluíram pela impossibilidade de "terceirização" de serviços de assessoria. E:

— lembro que o Contrato Administrativo n. 041/2013 foi celebrado após realizada a licitação na modalidade de convite (Convite n. 001/2013);

— anoto que o entendimento concordante das pessoas que se manifestaram nos autos decorreu do entendimento de que o objeto da avença compreendia ativi-

dade-fim da Administração Municipal, cuja atividade deveria, ao juízo deles, ser exercida por servidor(es) integrante(s) do seu corpo técnico, investido(s) no(s) cargo(s) mediante prévia aprovação em concurso público;

— o objeto do contrato está assim delimitado em sua Cláusula Primeira (fl.91):

"1.1 O objeto desta licitação é a seleção da proposta mais vantajosa para a Contratação de Empresa para prestação de serviços em orientações, acompanhamento e análise de consistência das informações relativas a transição de mandato 2012/2013 [...]"

E as conclusões do Procurador de Contas PARECER PAR - 2ª PRC - 19531/2017, peça 32, fls. 230-234) foram então baseadas, especialmente, no Parecer C n. 00/0044/2001, que formalizou, nos termos abaixo, a resposta à Consulta dirigida a este Tribunal:

> "(...)
> "Com relação aos serviços de '**Assessorias' e 'Consultorias'** aqui incluídos os de assessoria de finanças e contabilidade, recursos humanos, compras, licitações e contratos, por estarem diretamente relacionados com a atividade-fim do órgão e, também, por representarem contratação de mão-de-obra em substituição a servidores públicos, não poderão ser terceirizados."

De modo geral, sem maiores aprofundamentos, existe o entendimento de que, salvo em casos especiais, devidamente justificados, é permitido à Administração pública contratar a prestação de serviços para o exercício de atividade-meio, mas está vedada para a atividade-fim, como também afirmaram os analistas da ex-1ª ICE e o representante do MPC.

O Supremo Tribunal Federal-STF se pronunciou recentemente sobre a responsabilidade da Administração Pública pela isonomia entre os empregados contratados por "terceirização" de atividade-fim e os servidores públicos efetivos (Reclamação : Rcl 002307178.2019.1.00.0000 MG [...]), seguindo destacados os seguintes trechos de interesse:

> "(..)
> "Portanto, prevalece nesta d. Primeira Turma o entendimento de que, os julgamentos proferidos pelo STF no RE nº 958.252 e ADPF 324, por meio dos quais firmou-se a tese da licitude da terceirização ou de qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, "independentemente do objeto social das empresas

envolvidas", não alcança as hipóteses de contratação de terceirizados por ente público, para laborar em atividades afetas à atividade essencial do órgão ou da entidade. (...).

(STF - Rcl: 34975 MG - MINAS GERAIS 0023071-78.2019.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 05/03/2020, Data de Publicação: DJe-051 10/03/2020)

Como visto, a tese é a de que está vedada à Administração pública a contratação de serviço que, de algum modo, implique a substituição de atribuições ou competências caracterizadas como atividades-fim (ditas atividades ou competências típicas de estado), compreendendo assim as que

"*impliquem limitação do exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanação dos atos administrativos*" [1],

em confronto com a exigência constitucional do concurso público. E que, ademais, ensejaria abrir novos campos para a prática de nepotismo e a quebra da necessária impessoalidade administrativa.

Portanto, quanto a esse aspecto não há como discordar de plano das conclusões do ilustre Procurador de Contas.

Todavia, essa ótica de aparência objetiva não subsiste se não for realizada adequada reflexão diante de cada caso concreto, e submetido este à verificação de que a contratação provoca, ou não, a burla, a ofensa à regra constitucional do necessário concurso público.

Não é, pois, tão fácil como pode parecer a diferenciação, em alguns ou muitos casos, de atividade-fim ou função essencial do órgão e atividade-meio, especialmente porque tenta-se incluir os entornos preparativos do ato administrativo no ato que, efetivamente emanado, manifesta a vontade do Estado, malferindo princípios constitucionais não menos importante, como o da eficiência, da razoabilidade e da primazia do interesse público. Ademais, há uma frequente confusão que se tende a fazer entre *"terceirização de mão de obra"* e *"prestação de serviços"*.

Neste sentido, ao meu sentir, a contratação da *prestação de serviços* de assessoria, aqui no caso examinado de auditoria (trabalhos técnicos-profissionais que não caracterize *terceirização de mão de obra*), que constituam serviços preparatórios do ato a ser emanado pelo titular da manifestação da vontade do Estado não se refere de forma alguma à atividade fim e sua contratação é permitida pelas razões que passo a expender.

[1] [1]Lei de Licitações Públicas comentadas /Ronny Charles Lopes de Torres. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. P. 149

A.1. Devo de início dizer que a constituição, em seu artigo 37, incisos II, IX e XXI tratou da prestação de serviços de pessoas físicas e jurídicas para o ente público, sem olvidar da outras formas, como concessão, permissão e delegação que estão dispostas nos artigos 175 e 236.

A.2. A prestação de assessorias, consultorias e de auditoria, como aqui no caso examinado, bem como outros serviços técnicos especializados, serviços advocatícios e de patrocínio de causas judiciais e administrativas, tem sustentação em sede privilegiada no inciso XXI do art. 37, da Constituição, que assim dispõe:

> Art. 37 [...]
>
> [...]
>
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, **serviços**, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

A.3. E a União autorizada pela competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, da CF/1988) [2] editou a Lei n. 8.666, e nela conceituou os serviços que poderiam ser contratados através do procedimento licitatório no inciso II, do artigo 6º, abaixo transcrito:

> Art. 6o Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> [...]
>
> II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

E mais a frente detalhou os serviços técnicos profissionais, nos quais estão enquadrados os aqui examinados. Vide art. 13 do referenciado Diploma legal:

[2] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
[...]
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;

> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
>
> I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
> II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
> III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
> IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
> V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
> VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
> VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Assim, no mesmo artigo 37 da Constituição Federal coexistem três incisos que desenham a prestação de serviço público. Existem outros. Mas no tema de interesse temos os inciso II e IX que tratam da investidura em cargos públicos e prestação direta de serviços por pessoas físicas permanentes ou temporárias. E o inciso XXI, de discricionariedade do administrador, que, na forma da disposição legal, autoriza a contratação de prestadores de serviços.

Assim, primando-se pelo interesse público, conveniência e oportunidade, a contratação de tais serviços, é lícita, e permitida pela lei de licitações.

O permissivo legal autoriza a contratação de trabalhos técnico-profissionais, exatamente como o do caso examinado, já que o objeto contratual enquadra-se no art. 13 do Estatuto, mormente pela produção de serviços técnicos, pareceres, assessorias, auditorias ou consultorias. Alerto, desde já, que estou me referindo que aqui, inserida está, a ideia de prestação desses serviços e nunca de mão de obra.

A.4. Importante lembrar o imperioso contorno sistemático que deve ser dado à hermenêutica infraconstitucional. Nesse passo, é necessário deixar claro que não se pode utilizar a autorização da contratação da prestação de serviços se revestir de terceirização de mão de obra, especialmente a ligada às atividades fins de monopólio do Estado, e assim malferir o provimento por concurso público de que trata o inciso II, do art. 37 da Constituição.

Do outro lado, não se pode entender que certos cargos efetivos não possam ser considerados atividade meio, porque não detém a prerrogativa do monopólio estatal (como é o caso, por exemplo, de vigias, auxiliares administrativos, pessoal de limpeza, etc.), bem como que não possam ser assessorados (com serviços de as-

sessoria consultoria etc.) os referenciados servidores efetivos, para melhor emanarem seus privativos atos administrativos de monopólio estatal, bastando que estes assessoramentos sejam entregues em forma de serviço, ou seja, relatórios, pareceres e manifestações técnicas, auditorias, cálculos, e até patrocínio de causas judiciais e administrativas que sejam, com maior eficiência que as procuradorias , prestadas por especialistas que tenham expertise no tema.

A.5. Aqui há um ponto fundamental que deve ser deixado claro. Embora o termo “terceirização de serviços” é usado corriqueiramente nos meios jurídicos, quando se contrata uma empresa que preste serviços ao estado, não é disso que se trata. Essa confusão se dá porque é vedada a prestação de serviços quando esta venha se revestir de verdadeira terceirização de mão de obra, burlando a regra geral do concurso público, camuflando um nepotismo ou utilizando a vedada pessoalidade na contratação.

Esclarecedoras são as considerações do Professor Marçal sobre os limites que devem ser imposto a essas contratações:

> “O problema da terceirização no âmbito da Administração Pública não apresenta natureza trabalhista, mas se relaciona diretamente com a disciplina de direito administrativo.[...]. Por outro lado, a contratação de uma empresa para prestar serviços à Administração não configura “terceirização”. A terceirização pressupõe a existência de uma subcontratação, em que o sujeito contratado para executar um objeto promove a contratação de outrem para executar esse objeto. Ora, somente se poderia aludir à terceirização se um particular fosse contratado para executar certo objeto e avençasse um subcontrato com o terceiro para a execução dele.
>
> Quando a Administração contrata um particular para prestar-lhe serviço não se configura nenhuma espécie de terceirização.[...]
>
> É vedado à Administração Pública promover a contratação de uma empresa privada para a prestação de serviços sempre que a atividade envolvida abranger a necessária e inafastável atuação de uma pessoa física vinculada diretamente ao Estado – seja por relação de direito público, seja por relação de direito privado. Esse entendimento se fundamenta no monopólio pelo Estado de certas atividades, as quais não podem se delegadas a um particular que não integre de modo permanente a estrutura estatal.
>
> Existe competência discricionária para a Administração escolher entre execução direta e execução indireta de atividades necessárias à satisfação de suas necessidades. Verificada a conveniência e a economicidade na contratação de terceiros, essa orien-

tação pode manter-se indeterminadamente. Não existirá a violação à exigência de concurso. No caso, a exigência constitucional envolve a prévia licitação." [3]

Registro e repiso aqui minha integral concordância com o entendimento do Mestre Marçal Justen Filho. A contratação de prestador de serviço é prerrogativa constitucional dada pelo inciso XXI, do artigo 37 e traz inúmeras vantagens como redução dos custos da tomadora pela competição entre as prestadoras; substituições de custos fixos por variáveis de correntes da manutenção por vezes ociosas de estruturas de apoio, pela especialização da atividade, otimização de espaços físicos e a sua necessária infraestrutura como bem relatou a Ministra Rosa Weber relatora do RE n.760.931. [4]

A ideia é concentrar as ações e esforços em segmentos considerados mais relevantes e na atividade finalística.

Assim o gestor ou o assessor jurídico de carreira do município não se preocupará com construções braçais e até de demoradas pesquisas podendo se concentrar na sua atividade finalística de, com maior qualidade, apreciar os relatórios de acompanhamento dos atos de transferência de cargos, a conferência patrimonial organizada devidamente acompanhada pelo servidor efetivo, a verificação da consistências das informações repassadas pela gestão anterior, os pareceres contábeis e jurídicos todos opinativos sobre a real situação da gestão que irá assumir. Assim são serviços prestados diretamente para a Administração e não ao usuário do serviço público.

A aludida assessoria ou consultoria não emana nenhum ato administrativo em substituição ao funcionário efetivo. Quem pesquisará, reunirá o maior número de informações, avaliará possíveis resultados, condições e situações contábeis, jurídicas, patrimonial, positivas e negativas, elaborará parecer opinativo sobre a real situação a ser assumida e sugerirá ações iniciais para correções será o prestador de

[3] Curso de Direito Administrativo / Marçal Justen Filho – 13. Ed, rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters do Brasil, 2018. P.981

[4] "5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiii) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xiv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas." [RE 760.931, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 26.04.2017, DJe 12.09.2017]

serviços, mas de posse dessas informações quem tomará as providências necessárias e proporá as medidas cabíveis é o gestor, o secretário, etc.

Nesse sentido, é clarividente que são atividades de apoio e, portanto, nem há terceirização, e sim contratação de prestação de serviços de que trata o art. 37, XXI da CF/88.

Há de se atentar apenas às tutelas da atividade em que é inafastável e necessária que seja executada por pessoa física vinculada ao Estado, porque essas não podem ser delegadas de forma alguma, e, também, proteger também manifestas burlas a impessoalidade e do concurso público e a prática ao nepotismo.

Nesse passo cabe alertar que a melhor interpretação das competências dos cargos efetivos deve ser sistematizada com o princípio da eficiência imposto pelo art. 37 caput da Constituição. Especialmente porque alguns assuntos não são de conhecimento geral, ou precisam de verificação de consistência das informações de transição por terem sidos elaborados por alguém da gestão anterior que possa ter interesse em distorcê-las e, não raras vezes, mereçam estudos e tratamento mais especializado dos que os funcionário detém, e assim, é mais eficiente a contratação do prestador de serviços, ou de um consultor para orientá-la, é o mais correto constitucionalmente a fazer.

A.6. Nesse sentido há um raciocínio na doutrina que entende como excessiva a criação de cargos para funções, ou competências dentro de cargos que não são de monopólio estatal. Essa preocupação já tinha sido percebida pelo legislador federal quando da edição do Decreto-lei nº 200/67, o qual previa que a Administração Pública se utilizasse sempre que possível da execução indireta de algumas atividades, mediante contrato e desde que satisfeitas algumas condições:

> Decreto-Lei 200/67:
>
> Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
>
> § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Assim para Ronny Charles.

> "Para parte da doutrina, essa compreensão leva ao entendimento de que a regra de criação de cargo (por Lei) e seu provimento através de servidor aprovado em concurso público, deve ser restrita às atividades permanentes e típicas do Poder Público" [5]

As lições eivadas de razoabilidade do ilustre Advogado da União me leva a conclusão de que se por um lado há obstáculos constitucionais a qualquer prestação de serviços que venham se caracterizar como terceirização de mão de obra e dessa forma se prestar ao uso da pessoalidade para malferir à constitucional exigência de concurso público, abrindo situações para a prática do nepotismo, e burla aos limites fiscais de despesas com pessoal, por outro lado, afora essas hipóteses, tais prestações podem ser as mais adequadas ao interesse público e por tal não podem se submeter aos excessos, tanto das competências dadas aos cargos muitas vezes fruto de conquistas corporativistas; como da própria criação de cargos providos via concursos públicos que não se enquadrem em atividades permanentes e típicas e de monopólio do poder público.

A existência de um quadro permanente de vigias concursados, por exemplo, não justifica a proibição para a contratação de empresas com esse fim, se esses são insuficientes.

Da mesma forma a competência geral das procuradorias municipais para o patrocínio de lides na busca de direitos atinentes aos municípios não é absoluta. Há de ser conjugada com os princípios da eficiência e primazia do interesse público.

Destaco aqui as sabias lições do Doutor Fabrício Motta[6] :

> " Com fundamento na análise de acórdãos do STF, notadamente o Inquérito nº 3074-SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado pela Primeira Turma em 26/08/14, e o Inquérito nº 3.077/AL, rel. Ministro Dias Toffoli, julgado pelo Tribunal Pleno em 29/03/12), anotei as seguintes conclusões:
> "a) É possível a contratação precedida de inexigibilidade de licitação, com base no artigo 25, II, atendidos os requisitos da lei. As interpretações extremadas que pretendem simplesmente aniquilar a possibilidade fática de contratação direta não se coadunam com as disposições da Lei de licitações;
> b) Esta hipótese de contratação direta tem cabimento mesmo quando haja uma pluralidade de especialistas aptos a prestarem os serviços à Administração, porquanto não

[5] Lei de Licitações Públicas comentadas /Ronny Charles Lopes deTorres. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. P. 146-147

[6] Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador do Ministério Público do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

> se trata de hipótese de exclusividade. Desta forma, não cabe o argumento de que a existência de potenciais outros profissionais ou empresas aptos a prestarem o serviço impede a inexigibilidade de licitação;
>
> c) Uma vez presentes os requisitos da Lei nº 8.666/93, a decisão de contratar e a escolha do contratado – dentre os que cumprem os pressupostos, obviamente - inserem-se na esfera de discricionariedade própria da Administração Pública;
>
> d) A eventual existência de corpo jurídico próprio não obsta a possibilidade de contratação direta, cumpridos os requisitos legais. Se a existência do corpo jurídico fosse impeditivo, o artigo 13, incisos II, III e V da Lei 8.666/93 seria inconstitucional, porquanto admite expressamente a contratação de pareceres, consultoria, assessoramento e patrocínio de causas judiciais e administrativas. Além disso, é de rigor avaliar concretamente a aptidão profissional do corpo jurídico disponível para a Administração e a questão da confiança, ligada a aspectos discricionários, deve ser considerada para fins de licitude da decisão".
>
> O correr dos dias ao invés de refrear parece ter aguçado as controvérsias. Embora se verifique razoável consenso sobre a possibilidade de utilização da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços específicos de advocacia – especificidade esta que deve ser aquilatada caso a caso – com prudência e sem paixões – ainda há registro de um sem número de feitos em tramitação no Poder Judiciário e nos Tribunais de Contas a discutir a regularidade das mencionadas contratações".

Devo registrar, além de tudo isso que é notória a insuficiência quantitativa e/ou qualitativa que assola a maioria dos municípios brasileiros. E ao contextualizar a estrutura de pequenos municípios, como é Angélica, vejo como justificada a contratação dos profissionais especializados para auxiliar na transição de mandato, e não havendo para tal a necessidade de nenhum requisito a mais que não seja a licitação em regra (inciso XXI, do art. 37 da CF/1998 e artigos 6º, II e 13 da Lei n. 8.666/1993). Desde que haja comprovação concreta da economicidade da medida, bem como da impossibilidade ou inconveniência da utilização do corpo técnico próprio da entidade. Isso é mais eficiente e de prioritário interesse público.

Presentes os requisitos a contratação é válida. Isso tem fundamento qualificado no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, norma programática que eleva a importância da decorrente norma infraconstitucional.

Assim, tirantes às expressas exceções, daqueles serviços indelegáveis pela Administração, esses podem ser entregues à execução de particulares, conforme interpretação fundada no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que não distingue os serviços que podem, ou não, ser contratados com terceiros. Desse modo,

não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não discrimina, especialmente para restringir o interesse público.

> "São também vedadas às contratações de atividades que impliquem limitação do exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanação dos atos administrativos." [7]

Vê-se, desde logo, que não são serviços públicos em sentido estrito. Não se destinam à fruição dos administrados, salvo indiretamente. São serviços para a Administração Pública.

A.7. No campo jurisprudencial, transcrevo o julgamento do Recurso Extraordinário 760.931/DF de relatoria da Ministra Rosa Weber, no qual o STF colocou sob o foco principal para avaliar a licitude da contratação no âmbito da Administração pública o princípio da eficiência:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.
>
> 1. A dicotomia entre "atividade-fim" e "atividade-meio" é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as "Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando

[7] [7] Lei de Licitações Públicas comentadas /Ronny Charles Lopes deTorres. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. P. 149

em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais" (ROBERTS, John. The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth. Oxford: Oxford University Press, 2007).

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. [...]

(Recurso Extraordinário 760.931 – DF – rel. Min. Rosa Weber – Red, Acordão – Min. Luiz Fux – 30.03.2017.)

Noutro julgamento, concluiu o Ministro Barroso, do STF, ao conceder MS para anular ato do TCU que vedou à Eletrobras a renovação de contrato firmado com sociedade de advogados para acompanhar processos judiciais em que a estatal é parte ou terceira interessada, no Estado do Paraná sob o fundamento de que a contratação de serviços advocatícios por estatais é possível, desde que a contratação siga os princípios da eficiência, impessoalidade e moralidade:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTRATAÇÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS PARA SERVIÇOS JURÍDICOS.

1. Em se tratando de empresas estatais que explorem atividade econômica, principalmente as que estão inseridas em um regime concorrencial, a terceirização deve seguir lógica semelhante àquela prevista para a iniciativa privada.
2. Deve ser concedida à empresa estatal que explora atividade econômica certa margem de discricionariedade para a escolha da melhor forma de atuação em demandas jurídicas, sendo legítima a utilização de corpo jurídico próprio de forma exclusiva ou parcial, bem como de contratação de advogados ou escritórios de advocacia também de forma exclusiva ou parcial
3. A escolha administrativa, no entanto, deve atender às seguintes condições:

(i) observância, como regra geral, do Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-

estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14839789. MS 31718 / DF procedimento licitatório, salvo os casos em cabalmente demonstrada sua inexigibilidade;

(ii) elaboração de uma justificativa formal e razoável;

(iii) demonstração, pautada por evidências concretas, da economicidade da medida, bem como da impossibilidade ou inconveniência da utilização do corpo jurídico próprio da entidade. [...]

(STF - MS 31.718. DF – Rel. Min.Luiz Roberto Barroso - 13.11.2017)

A.8. Acrescenta pontos de controles importantes, além de corroborar com contratações de empresas para substituir, inclusive, serviços de servidores efetivos, especialmente os relativos à execução contratual, recentíssima decisão do TCU, em resposta a consulta formulada pela FUNASA. Transcrevo trechos da decisão abaixo:

CONSULTA. MINISTÉRIO DA SAÚDE. CONHECIMENTO. CONTRATAÇÃO DA EXECUÇÃO INDIRETA DE SERVIÇOS ACESSÓRIOS E COMPLEMENTARES. CHAMAMENTO PARA SELECIONAR ENTIDADES FILANTRÓPICAS OU SEM FINS LUCRATIVOS PARA ATUAR DE FORMA COMPLEMENTAR. RESPOSTA AO INTERESSADO. ARQUIVAMENTO.

5. No intuito de contextualizar a questão, o mencionado ofício firmado pelo Presidente da Funasa apresenta as seguintes considerações:

(...) a **FUNASA, entidade da administração pública indireta, possui quadro técnico insuficiente**, fazendo com que os poucos servidores efetivos atuem também em atividades complementares, que possuem característica circunstancial, já que ligadas à variação do número de convênios e instrumentos congêneres em execução de acordo com a necessidade situacional do saneamento em cada região.[...] **A demanda justifica-se, também, porque a conjuntura tende a se agravar devido ao fato de que a área técnica de engenharia passará por grande redução no exíguo número de profissionais que trabalha no setor**, em virtude das aposentadorias previstas e do encerramento, este ano, do contrato temporário de servidores que atuam nas áreas técnicas.

O cenário iminente de escassez de profissionais para atuar na área estratégica de engenharia de saúde pública, certamente influenciará no resultado esperado nas metas de universalização estipuladas nas políticas públicas desenvolvidas

pelo Estado para assegurar o direito constitucionalmente previsto de acesso ao saneamento, e assim, garantir a saúde das populações alvo de suas atividades.

[...]

22. Por sua vez, o Ministério Público junto a este Tribunal (MPjTCU) assevera que:

é possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios/complementares hoje realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, com alterações das Leis 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, nos termos da Instrução Normativa MPOG 5, de 26 de maio de 2017, e do Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da pessoalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia,

[...]

34. **No mesmo artigo, o mencionado decreto flexibilizou a possibilidade de execução indireta para "os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput (...) , vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado**".

35. Tal comando demonstra que a Administração Pública poderá contratar serviços para o apoio das atividades previstas no caput do art. 3º**, sem poder, entretanto, transferir a decisão para terceiros, ou seja, o protagonismo deverá permanecer em suas mãos.**

[...]

38. Diante do exposto, acolho o ajuste proposto pelo parecer do Parquet no encaminhamento apresentado pela unidade técnica, apenas com a supressão da menção às Leis 6.019, de 3 de janeiro de 1974, com alterações das Leis 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, em face dos cuidados reportados no item 32 deste voto, no sentido de informar ao consulente que:

16.2.1**. é possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios/complementares hoje realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde**, nos termos da Instrução Normativa MPOG 5, de 26 de maio de 2017, e do Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da pessoalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do Decreto 9.507/2018, de modo que, dentre outras, não constituam atividade inerente às cate-

gorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.[...]

9.2.4**. é recomendável** a contratação de serviços auxiliares, acessórios ou instrumentais preferencialmente com previsão **de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis**, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, conforme a disciplina da Súmula TCU 269 e dos Acórdãos 508/2018, 2.679/2018, 874/2018 e 1.558/2003, todos do Plenário, nos quais se menciona o paradoxo do "lucro-incompetência", que na jurisprudência do TCU corresponde à distorção do princípio da eficiência, pois quanto menos competente e eficiente a empresa contratada for ao realizar determinada tarefa, mais horas ela consumirá e, a despeito disso, maior será a sua remuneração, proporcionando ganhos desarrazoados.) [...]

(TCU - CONSULTA (CONS): 02374620181, Relator: AUGUSTO NARDES, Data de Julgamento: 13/05/2020, Plenário)

Em síntese O TCU, sob a relatoria do Ministro Augusto Nardes, respondeu consulta acerca da contratação de empresa terceirizada de mão de obra para prestação de serviços acessórios ou complementares às ações de saneamento sob reponsabilidade da Funasa.

Importantes pontos foram esclarecidos nessa decisão.

(i) A Corte de Contas da União em sua resposta confirmou a possibilidade da contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios ou complementares hoje realizados por **servidores efetivos da área técnica** da Fundação Nacional da Saúde.

(ii) Com extrema razoabilidade o TCU limitou contratação de modo a, obrigatoriamente, evitar relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, a pessoalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia.

(iii) Ressalvou na decisão que não seria possível haver delegação das funções de regulação, fiscalização e exercício do poder de polícia ou de outro as atividades exclusivas de estado.

E isso se vê claramente quando o Ministro recomenda que

"a contratação de serviços auxiliares, acessórios ou instrumentais preferencialmente com previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento".

E, ainda:

"Tal comando demonstra que a Administração Pública poderá contratar serviços para o apoio das atividades previstas no caput do art. 3º, sem poder, entretanto, transferir a decisão para terceiros, ou seja, o protagonismo deverá permanecer em suas mãos."

(iv) Admitiu a complementação de serviços dos servidores de cargos efetivos em que o quadro se demonstrou insuficiente, desde que os serviços prestados sejam acessórios e complementares, e não abarcam a competência de emanar os atos administrativos que são privativos dos técnicos.

(v) E que a prestação de serviços deve ser demonstradas formalmente, com a entrega comprovada de produtos decorrentes dos serviços (pareceres, levantamentos, e-mails etc) bem como de resultados tangíveis e objetivamente observáveis.

A.9. Assim no caso aqui examinado, pelo menos quanto aos aspectos da possibilidade da espécie da contratação, bem como quanto ao próprio procedimento licitatório empregado me parecem regulares. Necessário verificar agora, se legais os requisitos formais do contrato e se condizente a prestação proposta no objeto contratual com os serviços realizados e resultados efetivamente alcançados e, por fim, se regular a execução das despesas orçamentárias do contrato em todos os seus estágios.

CELEBRAÇÃO CONTRATUAL

O Contrato Administrativo n. 41/2013 está de acordo com a legislação aplicável, uma vez que contém em suas cláusulas os elementos essenciais descritos no art. 55 e seguintes da Lei de Licitação (Lei Federal n. 8.666, de 1993).

EXECUÇÃO DAS DESPESAS ORÇAMENTÁRIAS DO CONTRATO

Verifico a regular execução da despesa orçamentária em todos os seus estágios já que devidamente demonstrada a correta emissão dos empenhos (art. 58 da

Lei n. 4320/1964), a comprovada a prestação efetiva do serviço e apuração da importância exata a se pagar na forma de sua cobertura contratual (liquidação de que trata o art. 63 da Lei n. 4320/1964), bem como o respectivo pagamento (art. 64 da Lei n. 4320/1964), não havendo, portanto, irregularidades a destacar.

De igual forma, constato a harmonia final entre os valores de cada estágio de despesa, conforme o resumo apresentado pela então 1ª Inspetoria de Controle Externo (peça 30, fl. 144), que transcrevo abaixo:

VALOR INICIAL DO CONTRATO N. 41/2013(CT)	R$ 74.100,00
VALOR TOTAL EMPENHADO	R$ 74.100,00
VALOR TOTAL LIQUIDADO	R$ 74.100,00
VALOR TOTAL EM PAGAMENTOS	R$ 74.100,00

Sendo assim, em face do exposto decido nos sentidos de:

I – declarar, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, a **regularidade** do procedimento licitatório, na modalidade Convite n. 1/2013, da celebração do Contrato n. 41/2013, e da execução das despesas orçamentárias, realizados entre o Município de Angélica e EC Taveira Prestação de Serviço Administrativa – ME.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 23 de junho de 2020.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

YL