DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 5564/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/6473/2014
PROTOCOLO	: 1489670
ENTIDADE/ÓRGÃO	: ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL DE VICENTINA
JURISDICIONADO	: HÉLIO TOSHIITI SATO
CARGO	: PREFEITO MUNICIPAL NA ÉPOCA DOS FATOS RELATADOS
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 22/2014
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	:CONVITE N. 7/2014
CONTRATADO	: BASMAGE & RODRIGUES ADVOGADOS ASSOCIADOS
OBJETO	: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA/CONSTITUCIONAL
RELATOR	: CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria dos autos compreende o julgamento da expedição do Convite n. 7/ 2014, pela Administração municipal de Vicentina, e da celebração do Contrato Administrativo n. 22/2014, entre aquele Município e Basmage & Rodrigues Advogados Associados, tendo como objeto a prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídica administrativa/constitucional**.**

Ao examinar os documentos da prestação de contas, a ex-1ª Inspetoria de Controle Externo-1ª ICE concluiu, por meio da Análise ANA-1ICE-13611/2014 (peça 26, fls. 118/122), nos seguintes termos:

> **"***Após análise dos documentos que instruem o procedimento licitatório na modalidade* ***CARTA CONVITE nº. 007/2014*** *e a formalização do* ***CONTRATO nº. 022/2014****, verificamos que a Prefeitura Municipal de* [Vicentina] *informa que contratação de pessoa jurídica/física para prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídica administrativa/constitucional, objeto do presente contrato, se faz necessária por ser técnica e especializada, demostrando assim interesse público, por ser consultorias e assessorias especializadas e não atividade fim do Município.*
>
> **"***Mesmo diante das justificativas do Ordenador, esta Inspetoria continua no entendimento que, o objeto da contratação é um serviço que deveria ser realizado por parte da própria Administração, através de advogados do próprio município ou, na ausência destes, por outros advogados, selecionados através de procedimento licitatório indispensável.*
>
> **"***Ademais, nos termos do Parecer C nº. 00/0044/2001, não se discute essa possibilidade.*
>
> (...)
>
> **"***Isto posto, concluímos pela* ***IRREGULARIDADE*** *do Procedimento Licitatório na modalidade* ***Convite nº. 007/2014*** *e da formalização do* ***Contrato n°. 022/2013.*****"**

Em seguida, o representante do Ministério Público de Contas-MPC emitiu o PARECER PAR-MPC-GAB.2 DR. JOAOMJ-3758/2015 (peça 27, fls. 124/129), opinando pelo seguinte julgamento**:**

> **"**(...)**:**
>
> **"*I – Pela* ILEGALIDADE *e* IRREGULARIDADE *do procedimento licitatório****, com lastro nas disposições constantes no art. 120, inciso I da Resolução Normativa TC/MS nº***

076 de 11 de dezembro de 2013.

"*II* – *Pela* ***ILEGALIDADE*** *e* ***IRREGULARIDADE da formalização do Contrato Administrativo nº 4/2011****, com lastro nas disposições constantes no art. 120, inciso II da Resolução Normativa TC/MS nº 076 de 11 de dezembro de 2013.*

"*III* – *Pela* ***APLICAÇÃO DE MULTA ao responsável****, pela prática de ato com grave infração à norma legal, com lastro no artigo 42, inciso IX c/c artigo 44, I, ambos da Lei Complementar Estadual nº 160, de 2 de janeiro de 2012.*

"*IV* – *Pela* ***DETERMINAÇÃO ao ordenador de despesa****, responsável pelo Município de Vicentina* ***para que se abstenha de executar o Contrato Administrativo nº 4/2011****, sustando os seus efeitos na fase em que se encontrar, dando ciência a esta Corte de Contas das medidas adotadas, com lastro na disposição constante no artigo 57, inciso III da Lei Complementar Estadual nº 160, de 2 de janeiro de 2012.***"**

É o relatório.

D E C I S Ã O

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. 7/2014, bem como da celebração do Contrato Administrativo n. 22/2014, entre o Município de Vicentina e Basmage & Rodrigues Advogados Associados, 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)**.**

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 jurídica**.** E**:**

— lembro que o Contrato Administrativo n. 22/2014 foi celebrado após realizada a licitação na modalidade de convite (Convite n. 007/2014)**;**

— anoto que o entendimento concordante das pessoas que se manifestaram nos autos decorreu do entendimento de que o objeto da avença compreendia atividade-fim da Administração municipal, cuja atividade deve ser exercida por servidor(es) integrante(s) do seu corpo jurídico, ordinariamente Assessor(es) ou Procurador(es) Jurídico(s) investido(s) no(s) cargo(s) mediante prévia aprovação em concurso público**;**

— o objeto do contrato está assim delimitado em sua Cláusula Primeira (fl.98)**:**

"*1.1- O objeto do presente contrato é a prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídica administrativa/constitucional, visando a elaboração de minutas de projetos de leis, vetos e demais atos normativos da administração municipal, com a emissão de manifestações e pareceres jurídicos, sempre que solicitados, bem como a reestruturação, revisão e acompanhamento do valor adicionado que compõe a base de cálculo da distribuição do ICMS deste Município de Vicentina, MS, referente ao exercício de 2015***."**

E as conclusões dos analistas da ex-1ª ICE (ANÁLISE ANA-1ICE-13611/2014, peça 26, fl. 122) 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**:**

> **“**(...)
>
> **“**Ocorre que o Excelso STF julgou, em **30/08/2018**, o mérito da questão constitucional suscitada no **Leading Case RE nº 958.252**, referente ao **Tema 725**, de repercussão geral, no qual se discutia, "à luz dos arts. 2º, 5º, II, XXXVI, LIV e LV e 97 da Constituição Federal, a licitude da contratação de mão-de-obra terceirizada, para prestação de serviços relacionados com a atividade-fim da empresa tomadora de serviços, haja vista o que dispõe a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e o alcance da liberdade de contratar na esfera trabalhista", declarando a constitucionalidade da terceirização de serviços em qualquer atividade, seja ela meio ou fim, do tomador de serviços.
>
> (...)
>
> **“**Desse modo, em se tratando de empresas privadas, não integrantes da Administração pública, direta ou indireta, não há mais como reconhecer vínculo de emprego direto com o tomador dos serviços, em razão apenas da terceirização da atividade-fim, fundamento consagrado na Súmula 331/TST e que não subsiste diante do julgamento do Excelso STF, preservada apenas a coisa julgada.
>
> (...)
>
> **“**Os julgamentos anteriores à fixação da tese definida pelo **E. STF para o tema 725**, acima transcrita, fixavam o entendimento de que, diante **da ausência de pessoalidade ou subordinação direta, a terceirização em atividade-meio era considerada lícita, inclusive para órgãos da Administração Pública direta ou indireta**, encontrando fundamento nas disposições do art. 37, XXI da Carta Magna, que assegurou a possibilidade de contratação de serviços, mediante processo licitatório, e no Decreto-Lei 200/67, que no art. 10, previu a possibilidade de exceção descentralizada das atividades da Administração Federal.
>
> (...)
>
> **“**Na linha de raciocínio aqui expendida, mesmo a partir da decisão adotada pelo E. STF quanto ao **tema 725, subsiste, no entendimento** desta Eg. Primeira Turma, um fator de discrímen (distinguishing) **que aparta as atividades finalísticas do ente público do rol daquelas que podem ser executadas por meio de contratos firmados com terceiros, que é justamente a necessidade de observância do princípio do concurso público.**
>
> **“**Admitir-se a terceirização das atividades essenciais de órgãos e entidades da Administração Pública implicaria em violação ao núcleo do princípio constitucional do concurso público, porque resultaria na substituição do recrutamento de pessoal por meio de concurso público, por trabalhadores terceirizados (...), uma vez que a seleção de pessoal ficaria excluída de qualquer controle governamental.
>
> **“**Assim, não obstante o entendimento firmado pelo Excelso STF, quanto à possibilidade de fracionamento da atividade produtiva empresarial, com a contratação de empregados,

por meio de empresa interposta, para labor em sua atividade-fim, **a terceirização, quando realizada no âmbito do ente público, não pode ocorrer nas suas atividades essenciais por violar os princípios que regem a atuação da Administração Pública, com ênfase no princípio do concurso público, tal como previsto no inciso II do art. 37/CF.**

(...)

"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 dos analistas da ex-1ª ICE e 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 e atividade-meio**.**

E constato isso no julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário 760.931/DF, relatado pela Ministra Rosa Weber (vencida na decisão), tendo como redator do Acórdão o Ministro Luiz Fux (30.03.2017) e que teve como foco o princípio da eficiência para reconhecer a licitude da **"**terceirização**"** realizada no âmbito da Administração pública**:**

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

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

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 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 Administra-ção 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.

(...)

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

(...)

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.

(...)."

Em outra decisão do STF, por meio da qual ele se pronunciou sobre a **"**terceirização**"** de serviço por empresa estatal que explora atividade econômica (no referente aos serviços jurídicos que ordinariamente eram prestados por servidores de carreira da empresa)**,** adotando, no julgamento, o princípio da razoabilidade**.**

E essa decisão ocasionou a flexibilização do entendimento judicial, no sentido de que não deve haver interferência indevida no âmbito da concorrência do mercado, demonstrando então que a regra estanque, que veda a **"**terceirização**"** de atividade-fim, fere muitas vezes o interesse público**.**

É, pois, atender ao legítimo interesse público o que deve ser também examinado para promover determinada **"**terceirização**"** de serviço**.** Esse é, portanto, um importante ponto de controle para tal espécie de contratação**.**

E com efeito, para terceirizar serviço deve ser levado na devida conta, além da necessidade dele, que seja dado atendimento ao interesse público sem promover, contudo, a quebra da impessoalidade e a burla ao concurso público**.**

Mas isso não significa dizer que se possa interpretar isolada e inflexivelmente a regra que exige o concurso público, como se este fosse absoluta e integralmente o único meio para que quase todas, ou todas, as atividades exercidas no âmbito do órgão ou ente público sejam exercidas somente por pessoas concursadas e empossadas em cargos públicos (exceto, logicamente, os casos de cargos em comissão)**.**

Eis a decisão do STF acima citada**:**

> ***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 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.
> (...)**.**
>
> **(MANDADO DE SEGURANÇA 31.718 DISTRITO FEDERAL. REL. MIN. ROBERTO BARROSO** (...).

Nessa decisão, o STF entendeu, portanto, que a **"**terceirização**"** de serviços advocatícios por estatais é possível, desde que a contratação siga o que foi estabelecido, ou está compreendido, nos mencionados termos decisórios**.**

Tal conclusão ensejou a concessão da segurança, para anular ato do TCU que vedava à Eletrobrás a renovação de contrato firmado com sociedade de advogados, tendo como objeto o acompanhamento e a participação da empresa estatal nos processos judiciais em que ela era parte ou terceira interessada, no Estado do Paraná**.**

Assim, no entendimento do Ministro relator, as empresas estatais que exploram atividade econômica, principalmente as que estão inseridas em regime concorrencial, podem, em respeito ao princípio da eficiência administrativa, promover **"**terceirização**"**, seguindo a lógica semelhante à prevista para a iniciativa privada**.**

E ressaltou o referido Ministro, que as estatais podem ter certa margem de discricionariedade para a escolha da melhor forma de atuação em demandas jurídicas, sendo legítima tanto a utilização de corpo jurídico próprio de forma exclusiva ou parcial, quanto à contratação de advogados ou escritórios de advocacia também de forma exclusiva ou parcial**.**

Em suma e em repetição: a escolha administrativa de empresas estatais (que exploram atividade econômica, principalmente em regime concorrencial), para a contratação de serviços advocatícios, deve atender às condições estabelecidas nos termos da decisão sobre o mandado de segurança impetrado pela Eletrobras:

> "(*i*) *observância, como regra geral, do 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***."

Nesta altura, digo que citei atrás os precedentes judiciais e expendi alguns comentários para demonstrar a complexidade do tema, bem como para anotar a importante ponderação que deve ser dada para cada caso. E esse raciocínio deve ser aplicado a este caso em exame.

Verifico então, que o próprio Tribunal de Contas da União-TCU, embora com foco mais conservador, evoluiu no seu entendimento sobre a "terceirização", quando foi necessário determinar quais atividades seriam incompatíveis com ela.

E vale lembrar que as decisões mais antigas do TCU se embasavam no entendimento de que, mesmo em relação à atividade-meio, a "terceirização" não poderia envolver atribuições ou funções exercidas por servidores públicos integrantes do quadro permanente do órgão ou ente público.

Isso se dava em razão da rigorosa regulamentação dada ao tema no âmbito federal (não aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios), por meio do Decreto/fed. n. 2.271, de 1997, que vedava incondicionalmente a "terceirização" para as atividades inerentes a cargos pertencentes à organização administrativa de entidade ou órgão público federal, ressalvada expressa disposição legal em contrário ou no caso de cargo extinto, total ou parcialmente, no quadro geral de carreira de servidores. [2]

Entretanto, essa regra foi sendo aos poucos flexibilizada para situações especiais, como observou o ilustre professor e representante do Ministério Público de Contas no TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado [3]:

> "*Acerca da terceirização, o Tribunal de Contas da União possui entendimento no sentido de que somente é possível a contratação de empresas para a prestação de serviços a entidades e órgãos da Administração Pública se esses serviços não estiverem*

---

[2] Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.
(...)
§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

[3] FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Atlas. 2001, pág. 123.

incluídos entre aqueles especificados como atribuição de cargos de carreira e que não venham a caracterizar terceirização de atividade-fim do órgão ou entidade administrativa contratante.**"**

Ressalva, porém o referido representante**:**

"*Essa regra, no entanto,* ***tem sido mitigada pelo próprio TCU****,* ***em face de situações especiais devidamente justificadas****. O objetivo principal é evitar que seja burlada a regra da obrigatoriedade da realização de concurso público para a investidura de cargos e empregos públicos*.**"**

Assim, em recentíssima manifestação do TCU (de 13/maio/2020), ao responder consulta sobre o tema, formulada pela Fundação Nacional de Saúde-Funasa, já se percebe avanço direcionado para as premissas de mitigação para a admissibilidade de execução indireta de **"***serviços acessórios e complementares***",** diante de **"***situações especiais devidamente justificadas***".** Eis o sumário e em seguida o Acórdão lavrado**:**

"GRUPO II – CLASSE III – Plenário
TC 023.746/2018-1
Natureza: Consulta.
Órgão/Entidade: Ministério da Saúde (vinculador).
(...)
"SUMÁRIO**:** 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**.**

[Relator: AUGUSTO NARDES, formulação da resposta em 13/05/2020]

"RELATÓRIO

(...)
"PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

(...)

"V O T O

(...)

"Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES – Relator

"DECLARAÇÃO DE VOTO

(...)

"RAIMUNDO CARREIRO Redator

"ACÓRDÃO Nº 1184/2020 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 023.746/2018-1.
(...)

"9. Acórdão:

"VISTO, relatado e discutido este processo de **consulta formulada pelo então Ministro de Estado da Saúde acerca da realização de contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/ complementares realizados pelas áreas técnicas e/ou a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, por intermédio de chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a**

responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde – Funasa,

"ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta (...);

9.2. responder ao consulente (...), que:

9.2.1. **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 categorias 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.

9.2.2. preliminarmente à possível contratação de terceiros para a execução dos serviços objeto da presente consulta, é salutar que a alta administração da Fundação Nacional de Saúde, observados as normas e os procedimentos a ela aplicáveis, implemente e mantenha os mecanismos de liderança, estratégia e controle insculpidos no Decreto 9.203/2017, de modo que, em seu planejamento estratégico, desdobrado em planos tático e operacional, sejam:

9.2.2.1. definidos os macroprocessos finalísticos e as correspondentes atividades-fim que se destinam à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, assim como aqueles que são considerados de apoio, nos termos definidos em sua política institucional de atuação;

9.2.2.2. adotadas as medidas necessárias para a recomposição original de sua força de trabalho, a exemplo do retorno de servidores integrantes do quadro da Fundação cedidos a outros órgão e entidades públicos;

9.2.2.3. **priorizadas a execução de suas atividades essenciais de modo a compatibilizar os resultados pretendidos com a estrutura disponível**;

9.2.3. com fundamento nas premissas de governança e gestão preconizadas no Decreto 9.507/2018, art. 3º, **entende-se como atividade finalística de um órgão da administração direta** e de uma entidade autárquica ou fundacional aquela que, por definição da alta administração e **em observância às normas legais de regência e ao regramento aplicável a seus agentes, corresponde aos seguintes atos praticados:**

9.2.3.1. **tomada de decisão, elaboração, implementação e revisão de diretrizes, assim como monitoramento, controle e gestão de riscos**, nos níveis estratégico e tático, com autoridade e responsabilidade para gerenciar os planos em direção ao cumprimento dos objetivos e das metas institucionais;

9.2.3.2. **ações, programas, projetos e planos institucionais que, no nível operacional, destinam-se à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização**, nos termos definidos na política e estratégia de gestão; e

9.2.3.3. **típicos de estado diretamente relacionados aos poderes de polícia, de fiscalização, de regulação, de outorga de serviços públicos, de aplicação de sanção, de arrecadação tributária,** assim como à política monetária, nos termos da lei.

9.2.4. **é possível a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento** sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde (...), **desde que não envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, a delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades**

exclusivas de Estado, nem estejam presentes as características da pessoalidade e subordinação na relação entre o pessoal da entidade privada e a entidade pública.

9.2.4.1 nos termos do art. 33, inciso V, alínea "a" da Lei 13.019/2014, com redação dada pela Lei 13.204/2015, **as entidades filantrópicas sem fins lucrativos, para poderem ser contratadas, deverão ter os serviços mencionados no item anterior em seu rol de atribuições constante de seus estatutos sociais** (...), nos termos do art. 33, inciso V, alínea "a" da Lei 13.019/2014, com redação dada pela Lei 13.204/2015.

9.2.5. **é recomendável, quando devidamente fundamentada em estudos que demostrem a carência de recursos humanos para o alcance dos resultados institucionais, 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. (Negritos adicionados)

9.3. arquivar o presente processo.

"10. Ata n° 16/2020 – Plenário.
11. Data da Sessão: 13/5/2020 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1184-16/20-P.**"**

Em síntese, na resposta dada à consulta (relator o Ministro Augusto Nardes), o TCU firmou de importante os seguintes pontos**:**

— reconhecimento de que é possível a contratação de prestadores de serviços acessórios ou complementares às ações de saneamento, sob reponsabilidade da consulente, inclusive admitindo a contratação de entidade filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público**.**

E é importante registrar que o TCU admitiu a contratação, para execução indireta, dos serviços que até então eram realizados somente por servidores efetivos da área técnica da Funasa**;**

— ressalva, no sentido de que não pode ser outorgada delegação a terceiros das atividades ou funções que compreendam atos típicos de estado relacionados com o exercício dos poderes de polícia, de fiscalização, de regulação, de outorga de serviços públicos, de aplicação de sanção, de arrecadação tributária e de outros que estejam compreendidos no significado das **"***atividades exclusivas de estado***";**

— limitação, restrição, com extrema razoabilidade, ao alcance dos efeitos da contratação, para que seja estabelecida a obrigatoriedade de afastar, de não permitir o exercício da pessoalidade e da subordinação na relação entre os servidores daquela Fundação e os funcionários da contratada, uma vez que tais caracterizantes são próprios da relação ou de vínculo empregatício**;**

—vedação à execução indireta dos serviços, no caso de atividade inerente às categorias funcionais do plano de cargos da Funasa, salvo disposição legal em contrário ou quando o cargo tiver sido extinto ou estiver em extinção**;**

— apontamento de que devem ser adotadas as medidas necessárias para a recomposição original da força de trabalho da Funasa, com o retorno de seus servidores que foram cedidos a outros entes e órgãos públicos.

E do exame da matéria realizado, o TCU também recomendou a necessidade de ser dada prioridade à execução das atividades essenciais da Fundação, de modo a compatibilizar os resultados pretendidos com a estrutura que ela tem disponível:

> "*É recomendável, quando devidamente fundamentada em estudos que demostrem a carência de recursos humanos para o alcance dos resultados institucionais, 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 e com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço*".

De qualquer modo, e em resumo da exposição acima, o que pode ser efetivamente concluído é que os serviços que podem ser executados indiretamente são acessórios e complementares e não abarcam a competência para a prática de atos administrativos privativos dos agentes do quadro de pessoal efetivo do contratante. E isso se vê claramente quando o Ministro relator recomendou 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*."

Destaco isso porque tem total pertinência ao caso ora examinado, na medida em que a assessoria jurídica legítima, efetiva pode ser contratada, quando realmente necessária, para o exclusivo desempenho de atividades acessórias e complementares daquelas exercidas por Assessor ou Procurador Jurídico, uma vez que a competência para a prática dos atos administrativos típicos do cargo e da decorrente função (que compreendem "*atividades exclusivas de estado*") é restrita a servidor integrante do quadro de pessoal permanente do órgão ou ente público, devendo ser também observado o regramento acaso estabelecido na lei e no regulamento locais.

Não vejo, pois, problema algum para que, por meio da assessoria jurídica contratada por órgão ou ente público, sejam também emitidos pareceres opinativos, elaboradas minutas de projetos de lei ou de decretos, resoluções e de outros atos normativos, bem como elaborados outros trabalhos de natureza técnico-jurídica, sempre que se tratar de questões de legítimo interesse administrativo e inclusive patrocinar ações administrativas ou judiciais, na medida em que nessa atividade não há emanação de atos administrativos privativos(permissivo no art. 13, V da lei n.8.666/1993).

Isso porque, afinal, quem deve assinar os materiais produzidos por meio da contratada assessoria jurídica e por eles se responsabilizar são as autoridades

competentes do órgão ou ente contratante**.** E isso o Ministro Augusto Nardes enfatizou ao asseverar na referenciada decisão que**:**

> **"***35. Tal comando demonstra que a Administração Pública poderá contratar serviços para o apoio das atividades previstas no caput do art. 3º* [do Decreto/fed. n. 9.507, de 2018]*,* ***sem poder, entretanto, transferir a decisão para terceiros, ou seja, o protagonismo deverá permanecer em suas mãos.*****"** (Negritos adicionados)

E ratificando o que já foi visto atrás, é muito importante **–** para que sejam delegadas à execução indireta os serviços/atividades **–**, **que:**

–– no instrumento do contrato celebrado para a prestação dos serviços (especificamente **"***auxiliares, acessórios ou instrumentais***"**) seja estabelecida a

> ***"****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 termos do Acórdão TCU n. 1184/2020 (Plenário **-** Processo nº TC 023.746/2018-1), resultante do julgamento do Processo relatado pelo Ministro Augusto Nardes**;**

— sejam rigorosamente cumpridas as prescrições das cláusulas contratuais, conforme os enunciados do item imediatamente acima, porquanto o erário do Município não pode, afinal, arcar ilicitamente com a dupla despesa para um mesmo serviço**:** uma com o pagamento das remunerações mensais do seu Assessor ou Procurador Jurídico e outra com os pagamentos indevidos à contratada, ocasionando dano ao erário e sujeição do contratante às sanções legais, inclusive no âmbito penal**;**

–– não haja o menor resquício de pessoalidade ou subordinação dos funcionários ou sócios da contratada aos agentes do órgão ou ente público contratante, de modo a não caracterizar ou tipificar relação ou vínculo empregatício**.**

Vê-se, claramente, que nessa resposta o TCU adotou o princípio da razoabilidade, de acordo com o novel regramento instituído pelas regras especialmente dos arts. 20, 21 e 22 do Decreto-Lei/fed. n. 4.657, de 1942 (***"****Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro-LINDB****"***), acrescidas pela Lei n. 13.655, de 2018**.**

E aqui há um ponto que deve ser esclarecido**.** Embora a expressão **"***terceirização de serviços***"** seja usada corriqueiramente, quando da contratação de entidade ou empresa para prestar serviços a órgão ou ente público, em verdade de terceirização não se trata, como muito bem explica Marçal Justen Filho**:**

> **"***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 ser 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 orientação pode manter-se indeterminadamente. Não existirá a violação à exigência de concurso. No caso, a exigência constitucional envolve a prévia licitação***."** [4]

Da minha parte, concordo com a lição de Marçal Justen Filho**.** A contratação de prestador de serviço está constitucionalmente autorizada pela regra do art. 37, XXI, da Constituição da República, e traz inúmeras vantagens, como as enumeradas no texto do item **5** do desdobramento da ementa do julgamento do RE n. 760.931/DF-STF [5]**,** rel. a Min. Rosa Weber, redator do Acórdão o Min. Luiz Fux (j. 26.04.2017 **-** DJE 12.09.2017)**.**

Portanto, o que deve ser concretizado no âmbito do órgão ou ente público é promover ações e esforços em segmentos mais relevantes e nas atividades finalísticas, valorando para um segundo plano as coisas de menor importância **–** sem, todavia, desprezá-las quanto aos seus aspectos de atividades acessórias ou complementares**.**

Exemplificando, o Assessor ou Procurador Jurídico de carreira do Município poderá concentrar-se mais detidamente na atividade finalística, realizando com maior amplitude e qualidade uma espécie de controle corriqueiro de legalidade de atos,

---

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

[5] **"*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.***"**

inclusive expendendo alertas sobre os atos praticados pelos gestores dos órgãos ou Fundos integrantes da Administração e do próprio Prefeito Municipal.

Do mesmo modo, pode ser dado como exemplo o fato de que uma empresa especializada em contabilidade pública pode ser contratada para orientar e capacitar o contador municipal e auxiliares (sem o caráter de pessoalidade e de subordinação), promovendo treinamentos, emitindo pareceres independentes e orientações técnicas relativas, por exemplo, às Normas de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público-NCASP, bem como atualizando e melhorando o Plano de Contas, os instrumentos de controle da gestão fiscal e financeira e os relatórios gerenciais – tudo em benefício direto da Administração e não do usuário do serviço público. **Em síntese presta-se serviço à Administração e não diretamente ao administrado.**

E confirmando o exposto, é comum que Administrações e Câmaras municipais contratem empresas como a IOB-Informações Objetivas e Publicações Jurídicas Ltda., e entidades como o IBAM-Instituto Brasileiro de Administração Municipal, para, dentre outros casos, prestarem assessoramento técnico, jurídico ou contábil, inclusive ofertando cursos *on line* e o fornecimento de materiais didáticos.

Está fora de dúvidas, portanto, que determinados serviços/atividades podem ser legalmente delegados para a execução indireta no âmbito administrativo, mediante a contratação de entidades ou empresas especializadas:

— tendo como objeto apenas a prestação de serviços de apoio, ou seja, o desempenho de atividades acessórias ou complementares, sem vínculos de pessoalidade ou de subordinação de funcionário(s) da contratada com servidor(es) do contratante;

— visto que em tal caso não ocorre sequer "terceirização", mas pura e simplesmente a contratação de serviços autorizada pelas regras do art. 37, XXI, da Constituição da República.

Ademais, vale lembrar que para prestar seus serviços, a empresa de assessoria ou consultoria contratada não pode praticar nem necessita praticar qualquer ato administrativo, em substituição a ato(s) de servidor(es) efetivo(s), pois quem é, ao final, o responsável pelos pareceres jurídicos, minutas de atos (inclusive normativos) e demais serviços técnico-jurídicos é o Assessor ou o Procurador Jurídico.

E no caso de matéria orçamentária e contábil, o responsável é o contador, que deve elaborar ou concordar com a o elaborado pelo prestador, mas exclusivamente assinar os balancetes, balanços, demonstrativos, relatórios de gestão fiscal, relatórios resumidos de execução orçamentária, proposta de orçamento e outros atos instrumentais.

Assim, impõe-se ratificar que é obrigatório que seja sempre considerada a inafastável competência de pessoa física vinculada a órgão ou ente estatal para a execução de atividades ou serviços finalísticos, que não podem ser delegados em nenhuma hipótese, sob pena de burla aos requisitos da impessoalidade e da exigência de concurso público – ou até mesmo propiciar o nepotismo.

No mesmo sentido, há doutrina que entende como excessiva a criação de cargos para o desempenho de funções que não sejam de monopólio estatal**.** E essa preocupação já fora percebida quando da edição do Decreto-Lei n. 200, de 1967, no qual foi prevista a ampla descentralização das atividades da Administração Federal**:**

> DECRETO-LEI Nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967
>
> (...)
>
> 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, entende Ronny Charles que**:**

> *"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***"** [6]

E Dora Maria Ramos também entende que a Administração Pública tem o dever de criar cargos ou empregos inseridos em seu núcleo fundamental, os quais só podem ser exercidos por servidores públicos devido à sua relevância para o interesse público**.** Porém, as atividades que não coincidem com o núcleo exclusivo de órgão ou ente público podem ser atendidas por prestadores de serviços, desde que observados os princípios da economicidade e moralidade**.**

E ela vai além**,** em relação aos limites dessas contratações, ao afirmar que**:**

> "(...) *desde que a contratação seja firmada dentro desse quadro, em que o ajuste fica caracterizado em termos similares àqueles em que a lei civil regula os contratos de locação de serviços ou de empreitada, tendo por escopo a execução de objeto determinado por empresa nele especializada, que conjugue os fatores de produção para isso necessários, envolvendo atividades materiais de apoio ao trabalho desenvolvido pelo setor público, dúvida maior não surge acerca da legalidade e legitimidade do ajuste.*
>
> **"***Para melhor atingir a finalidade pública de sua instituição, no entanto, sem se afastar das funções que lhe foram legalmente atribuídas, observados os instrumentos formais impostos pelo ordenamento jurídico, a princípio parece possível conceber uma terceirização* ***que se confunda com facetas da atividade-fim do órgão ou entidade".***[7]

As lições dos dois autores acima citados também me levam a entender que, se por um lado há obstáculos constitucionais para a prestação de serviço que caracterize a **"**terceirização**"** de mão de obra **–** que pode propiciar a pessoalidade e o descumprimento da exigência de concurso público, ao lado de até mesmo oportunizar o nepotismo e a burla aos limites das despesas com pessoal **–,** por outro lado, afora

[6] Lei de Licitações Públicas comentadas / Ronny Charles Lopes de Torres. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. P. 146-147
[7] RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. São Paulo: LTr, 2001. P.126-127

as hipóteses citadas, a **"**terceirização**"** de determinados serviços/atividades pode ser mais racional e adequada, evitando o excesso de cargos públicos, preenchíveis por meio de concursos, para o exercício de funções não compreendidas no âmbito do monopólio do poder público**.**

E exemplos que vêm muito a propósito são os quadros permanentes de pessoal compostos por tecnólogos da informação, técnicos em telecomunicações e reprografia, vigias patrimoniais, porteiros, recepcionistas, atendentes, servidores de copeiragem, limpeza, conservação ou de pequenos reparos de bens, lancheiros, cozinheiros e seus auxiliares, encadernadores, arquivistas, bibliotecários, motoristas, enfermeiros e seus auxiliares etc.**,** cujos quadros permanentes de pessoal não são mais justificados, porquanto a contratação de empresas especializadas é muitíssimo mais eficiente e não ocasiona ao contratante gastos com o pagamento de licenças remuneradas (habituais no serviço público)**,** direitos outros e demais ônus, inclusive pela duplicidade de gastos em face da substituição dos faltantes **–** ainda que temporária **–** em face da necessidade dos serviços**.**

No caso dos autos, a contratação decorreu de licitação mediante convite**.** E ao contextualizar a estrutura dos Municípios economicamente frágeis **–** como é o caso de Vicentina **–,** parece-me aceitável a contratação que teve como objeto as orientações e os trabalhos de profissionais para suprir o insuficiente corpo jurídico local**.**

Mas, logicamente, desde que os profissionais da contratada não tenham posteriormente praticado atos administrativos de competência exclusiva, indelegável de assessor ou Procurador Jurídico**.**

E daí é dizer que**:**

— em síntese, dando atendimento ao legítimo interesse público e observadas a conveniência e a oportunidade, a contratação de efetiva prestação de serviços jurídicos é lícita, pois que além da permissão constitucional, ela está também regulada pelas regras da cognominada **"***Lei de licitações***";**

— no caso, tendo sido justificada a necessidade da contratação e realizada a licitação, pode ser entendido que *a priori* a contratação foi lícita**.**

E a regulação positivo-legal está prevista na regra do art. 6º, II, da Lei/fed. n. 8.666, de 1993, que autoriza a contratação, desde que o seu objeto compreenda**:**

> **"***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***".**

Mais adiante, a regra do art. 13 da supracitada Lei explicita que são *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;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; e

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Claramente, se vê que nesse elenco de hipóteses está inserida a ideia da contratação de prestações de serviços e não a de mão de obra. E que tais serviços **não** são serviços públicos em sentido estrito, visto que eles não se destinam à fruição pelos administrados, salvo indiretamente. São serviços a prestar ou prestados direta e exclusivamente para os entes e órgãos públicos.

Demais disso, trata-se quase sempre de atividade-meio, operacionalizada por intermédio de licitação apropriada e de contrato, regulados pelas "*normas gerais*" da Lei/fed. n. 8.666, de 1993, e, no caso de Pregão, pela Lei/fed. n. 10.520, de 2002.

Assim, tirante os serviços absolutamente indelegáveis pelos entes e órgãos públicos, os serviços compreendidos nas regras dos arts. 6º, II, e 13 da Lei/fed. n. 8.666, de 1993, podem ser executados por particulares, mediante contratos, consoante permitido pela regra do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República – que não distingue os serviços que podem ou não ser prestados por terceiros.

Não cabe, pois, ao intérprete aplicador das regras positivas distinguir o que a Constituição e a lei não distinguiram, especialmente para restringir o atendimento ao interesse público.

Nesse sentido, estão descritas abaixo as lições de Marçal Justen Filho:

> "*Daí, não se segue, no entanto, a inviabilidade da opção por terceirizar os serviços advocatícios em determinadas hipóteses.*
>
> "*A terceirização dos serviços advocatícios permite a redução radical do número de advogados permanentes, promovendo-se contratação de profissionais autônomos para o desempenho contínuo das funções pertinentes. Então, produz-se a execução indireta dos serviços de advocacia.*
>
> "*Existem algumas atividades advocatícias cujo exercício pressupõe a integração do sujeito à estrutura estatal. São os casos em que a lei reserva o desempenho da função para um sujeito titular do cargo público. Em tais hipóteses, a terceirização dos serviços advocatícios* ***não é admissível****. Fora deles, no entanto, a decisão sobre a terceirização poderá ser adotada, mediante a observação dos requisitos próprios. Anote-se que tal alternativa poderá ser adotada com muito maior autonomia no âmbito das entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica de direito privado.* (...)
>
> "*Sob um certo ângulo, a decisão de terceirização reflete uma avaliação fundada em critérios de economicidade.* (...) *Por outro lado, pode haver situações que exijam profissionais altamente qualificados, que não se disponham a se vincular de modo permanente e contínuo a uma entidade administrativa.* (...)
>
> "*Ainda que a entidade administrativa mantenha um corpo permanente de advogados, poderá* ***haver hipóteses anômalas de contratação de serviços de advogados autônomos. Assim se passará quando se verificar que o desempenho da atividade advocatícia poderá fazer-se de modo mais satisfatório se houver a contratação de***

um terceiro, não integrante dos quadros administrativos." [8] (Negritos e sublinhas adicionados)

Diante do exposto, parece-me adequado dizer que a verificação da licitude da contratação – no concernente ao objeto, que obriga o contratado a efetivamente prestar serviços e não a simplesmente fornecer mão de obra – deve ocorrer na análise da fase da execução do contrato e da despesa da contratação.

E que neste caso significa, por exemplo, a comprovação documentada da prestação dos seguintes serviços:

— elaboração de pareceres jurídicos opinativos e de minutas de determinados projetos de leis e de decretos, portarias e resoluções regulamentares;

— feitura de minutas de determinados requerimentos, proposições de ações judiciais, e de contestações em ações judiciais movidas contra o Município, justificativas de vetos a leis aprovadas pela Câmara Municipal e de respostas a questionamentos de natureza administrativa ou judicial suscitados diante da Administração municipal ou contra ela;

— elaboração de trabalhos aptos para reivindicar as medidas administrativas ou judiciais cabíveis para obter a revisão do índice de participação do Município no rateio do ICMS;

— remessa de e-mails e de outros materiais informativos, de legítimo interesse administrativo.

A efetiva prestação de tais serviços é necessária para comprovar que o contratante recebeu um produto, um serviço, mesmo que de criação intelectual, enquanto os pagamentos devem ter sido realizados estritamente atrelados aos produtos entregues ou resultados alcançados.

Portanto, é dizer em síntese, neste ponto, que a execução do objeto (liquidação da despesa) do contrato deverá demonstrar **que:**

— o produto entregue pela contratada ou o resultado alcançado pelo contratante teve bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade e de adequação com os pagamentos;

— a contratada não realizou, por meio dos seus funcionários, as atividades que são típicas do Assessor ou Procurador Jurídico do Município, em verdadeiro fornecimento de mão de obra.

Nesta altura, devo reforçar que é importante a execução direta dos serviços advocatícios em órgão e ente público, visto que é necessária a atuação permanente e contínua de advogado integrante do quadro de pessoal – para atuação na defesa do legítimo interesse público. Inclusive porque a prática lhe dá maior conhecimento técnico-jurídico e a experiência necessária para atuação mais eficiente.

Entretanto, como já demonstrado nos tópicos anteriores, é licita a contratação de assessorias, inclusive a jurídica, sempre que a situação fática assim o exigir, desde

[8] Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.66/1993 -18. ed. rev. atual. e ampl. –São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, págs. 620-621.

que a atividade envolvida não abranja a necessária e inafastável atuação de uma pessoa física vinculada diretamente ao ente ou órgão público**.**

Ou seja, desde que a prestação de serviço contratada não esteja no âmbito do monopólio estatal, sem viabilidade de delegação a um particular, observado, no que couber, o disposto nos arts. 6º, II, *parte final*, e 13 da Lei/fed. n. 8.666, de 1993**,** pois o objeto da contratação deve ser o trabalho técnico-profissional e não o profissional**.**

Em suma, tratando-se de serviços alheios ao domínio técnico do servidor do órgão ou ente necessitado, ou em determinados casos ou circunstâncias, inexiste óbice jurídico para a contratação, devendo prevalecer, nesses casos, o interesse público**.**

Evidente, pois, que cada caso deve ser analisado concretamente, levando em conta, além do critério do serviço de natureza especializada, a realidade do Município contratante, que muitas vezes enfrenta dificuldades para realizar determinados trabalhos, inclusive os de natureza jurídica, em razão de não dispor de estrutura tecnológica e profissional adequada**.**

Nesse contexto, a contratação de prestador de **"***trabalhos técnico-profissionais***"** é solução cabível para satisfazer determinadas necessidades, desde que ela não implique ou signifique a simples contratação de mão de obra e não ocasione ofensa à exigência constitucional do concurso público.

Sendo assim, não há como concordar com os analistas da ex-1ª ICE e o representante do MPC**.**

A licitação, realizada por meio do Convite n. 7/2014, e a celebração do Contrato Administrativo n. 22/2014 estão regulares, porquanto atenderam ao exigido pelas disposições da Lei/fed. n. 8.666, de 1993, enquanto a execução do objeto contratado e da despesa decorrente deverão ser analisadas na prestação de contas apropriada, ocasião em que deverá ser verificado o exato cumprimento do que foi pactuado, bem como se ocorreu efetiva prestação de serviços advocatícios ou apenas a terceirização de mão de obra e a burla à exigência do concurso público.

Ante o exposto, em respeitosamente não concordando com termos conclusivos da Análise ANA-1ICE-13611/2014 (peça 26, fls. 118-122), e do Parecer PAR-MPC-GAB.2 DR.JOAOMJ-3758/2015 (peça 27, fls.124-129), do Procurador de Contas, **decido** nos sentidos de:

I - declarar, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a regularidade do procedimento licitatório relativo ao Convite n. 7/2014, realizado pela Administração Municipal de Vicentina, e da celebração do Contrato (Administrativo) n. 22/2014, entre o Município de Vicentina e a empresa Basmage & Rodrigues Advogados Associados**;**

II - determinar à Divisão competente deste Tribunal**,** que, em se podendo realizar a análise da execução do objeto e da despesa da contratação, considerando

o transcurso do tempo, que seja verificado o exato cumprimento do que foi pactuado pelos termos da Cláusula Primeira do supramencionado Contrato, assim como**:**

a) se o produto entregue pela contratada ou o resultado alcançado pelo contratante teve bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade e de adequação com os pagamentos realizados**;**

b) se a contratada não realizou, por meio dos seus funcionários, apenas as atividades que são típicas do Assessor ou Procurador Jurídico do Município, em verdadeiro fornecimento de mão de obra e não uma efetiva prestação de serviços advocatícios, ocasionando a burla à exigência do concurso público**;**

III - comunicar o resultado do julgamento ao interessado, nos termos do art. 50, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e do art. 99, *caput*, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 2018), observado o disposto no § 1º do art. 94 do mesmo ato normativo**.**

Campo Grande/MS, 18 de junho de 2020.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT

Relator

MMC/MRE