Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

DELIBERAÇÃO AC01 - 2575/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/16450/2013
PROTOCOLO	: 1447981
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE DOIS IRMAOS DO BURITI
JURISDICIONADO	: WLADEMIR DE SOUZA VOLK
INTERESSADO	: MÁRCIO NATALÍCIO GARCIA DE BRITO
VALOR	: R$ 79.990,00
RELATOR	: CONS. RONALDO CHADID

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONVITE – CONTRATO ADMINISTRATIVO – SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – TERMOS ADITIVOS – PRORROGAÇÃO DE PRAZO CONTRATUAL – FORMALIZAÇÃO – EXECUÇÃO FINANCEIRA – INFRINGÊNCIA A LEI FEDERAL – INOBSERVÂNCIA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE FIM – AUSÊNCIA DE REAL NECESSIDADE – NÃO COMPROVAÇÃO EFETIVA DE SERVIÇOS CONTRATADOS – EXECUÇÃO FINANCEIRA – IRREGULARIDADE – IMPUGNAÇÃO DE VALOR – MULTA.

A prestação de serviços comuns de advocacia por empresa contratada, via certame licitatório, em detrimento da contratação de advogado por meio de concurso público caracteriza terceirização de atividade-fim. A não demonstração da real necessidade da contratação e a falta da comprovação da realização dos serviços contratados causa prejuízo erário e implica na impugnação dos valores para o ressarcimento ao erário.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 14 de março de 2017, ACORDAM os Senhores Conselheiros por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em declarar irregular o procedimento licitatório realizado na modalidade Convite nº 26/2013, a formalização do Contrato Administrativo nº 76/2013 e do 1º e 2º Termos Aditivos, e a execução financeira da contratação celebrada entre o Município de Dois Irmãos do Buriti – MS e Márcio Natalício Garcia de Brito, com impugnação de valor de R$ 24.308,55 (vinte e quatro mil, trezentos e oito reais e cinquenta e cinco centavos), relativo ao montante dispendido na execução do contrato, sob responsabilidade do Sr. Wlademir de Souza Volk, pela devolução aos cofres públicos da quantia impugnada devidamente atualizada, e aplicação de multa no valor correspondente 229 (duzentas e vinte e nove) UFERMS, equivalente a 20% do prejuízo causado ao erário, e pela intempestiva remessa dos documentos da execução financeira.

Campo Grande, 14 de março de 2017.

Conselheiro **Ronaldo Chadid** - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid – Relator

Os autos foram encaminhados para o julgamento do procedimento licitatório na modalidade Convite, sob o n. 26/2013, da formalização do 1º e 2º Termos Aditivos ao instrumento contratual, da formalização e da execução financeira do Contrato Administrativo n. 76/2013, celebrado entre o Município de Dois Irmãos do Buriti – MS e Márcio Natalício Garcia de Brito, tendo como objeto a contratação de serviços advocatícios para promover a cobrança da dívida ativa municipal dos contribuintes que se encontram inscritos, compreendendo, desde a atualização de cadastro à totalidade da fase administrativa, seguida por medida extrajudicial, culminado com a medida judicial, no valor inicial de R$ 79.990,00, pelo período de 5/9/2013 a 4/3/2014.

A equipe técnica da 5ª Inspetoria de Controle Externo, em apreciação aos documentos trazidos aos autos, manifestou-se pela regularidade do procedimento licitatório, da formalização do contrato e do 1º Termo Aditivo ao instrumento contratual. No entanto, entendeu pela irregularidade da formalização do 2º Termo Aditivo e da execução financeira do instrumento contratual (peça 27, fs. 135-136 e peça 52, fs. 213-218).

O Representante do Ministério Público de Contas, em seu parecer (peça 55, fs. 222-223), opinou pela legalidade e regularidade da licitação, do contrato e do 1º Termo Aditivo, mas pela ilegalidade e irregularidade do 2º Termo Aditivo e da execução financeira do contrato. Pugnou ainda, pela aplicação de multa ao Gestor.

No entanto, em razão da existência de dúvidas e inconsistências relativas à contratação efetivada e, com suporte no Princípio do Contraditório, por meio do Despacho DSP-G.RC-33004/2016 (peça 56, fs. 224-226), foi determinada pela Relatoria dos presentes autos, a intimação do Gestor para que apresentasse defesa/documentos acerca das seguintes questões:

> “1. Relação de profissionais concursados (assessoria jurídica), integrante do quadro permanente do município; 2. Informação sobre a realização do último Concurso Público para o cargo de assessor jurídico. Em caso positivo, que se remeta a documentação correspondente. Em caso negativo, justifique porque houve a contratação por convite e não por Concurso Público; 3. Plano de Cargos, Carreiras e Salários, especificamente, nos comandos acerca da remuneração da assessoria jurídica municipal. Em não havendo igualdade entre o valor que é pago aos concursados (caso existam) e, o valor que está sendo pago aos contratados, justifique-se a razão; 4. Esclarecimentos sobre a forma como os serviços eram realizados anteriormente a presente contratação, sendo que, tendo havido celebração de contratos, que sejam encaminhadas as respectivas cópias; 5. Informação referente ao valor do subsídio do Prefeito Municipal, à época da presente contratação, juntamente com a cópia da lei que o fixou; 6. Justificativas para a remessa ilegível do comprovante da publicação do 2º Termo Aditivo; 7. Explicações acerca das inconsistências acima descritas, em relação à execução financeira do contrato.”.

A providência foi efetivada via Termo de Intimações INT – G.RC – 19008/2016 (peça 57, f. 227).

O ordenador de despesas manifestou-se nos autos, via Ofício n. PROC/GAB/PMDIB/025/2016, apresentando justificativas e documentos (peça 59, fs. 229-268).

É o relatório.

Das razões de decidir.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid – Relator

Denota-se que o feito foi instruído de forma a possibilitar o julgamento da 1ª, 2ª e 3ª fases da contratação, nos termos previstos no Regimento Interno desta Corte.

Em relação ao procedimento licitatório na modalidade de Convite, sob o n. 26/2013, conforme os documentos que se encontram nos autos e, de acordo com o descrito nas análises técnicas da 5ª ICE (peça 19, fs. 120-123 e peça 27, fs. 135-136), constata-se a presença dos requisitos necessários à comprovação da sua regularidade documental. Verifica-se também, que a remessa dos respectivos documentos foi efetuada dentro do prazo legal previsto.

Assim sendo, restaram observadas as disposições estabelecidas nos arts. 38 e 61, parágrafo único, da Lei Federal nº 8666/1993, bem como, se mostram atendidas as normas procedimentais descritas no Capítulo III, Seção I, 1.1.1, da INTC/MS n 35/2011.

No entanto, mesmo diante das questões acima descritas, entendo não ser adequada a contratação de profissionais da área jurídica, nos moldes como do caso em tela (licitação).

No presente caso, o que se verifica dos documentos trazidos aos autos, é que através da Lei Complementar n. 13, de 7 de julho de 2009, que tratou da reestruturação organizacional do Poder Executivo Municipal e transformou cargos em comissão, entre outras coisas, houve a extinção de 1 (um) cargo de Procurador Jurídico, de provimento em comissão.

Na mesma oportunidade, no Anexo I, Tabela 4, foi instituído (1) um cargo de Advogado Geral, para provimento em comissão, sendo que, logo em seguida, mais precisamente no dia 25/8/2009, ocorreu a nomeação de uma Advogada para o referido cargo (peça 59, fs. 250-253 e fs. 258-259). Assim, houve em verdade uma transformação de cargos.

Em 20 de maio de 2010, por meio da Lei Municipal n. 392, foi criado na estrutura funcional do ente municipal, 1 (um) cargo de Advogado, para provimento efetivo(peça 59, fs. 254-255).

Posteriormente, via Lei Municipal n. 566, de 26 de novembro de 2015, foi ampliado o número de cargos em provimento efetivo, para a função de Advogado, de 1(um) para 2 (dois) (peça 59, fs. 261-262).

Some-se aos fatos acima descritos, a afirmação do Gestor de foi realizado um concurso público no ano de 2010, cuja validade foi prorrogada até o ano de 2014, mas, no qual, não houve a previsão para o cargo de Advogado (peça 59, f. 230).

Portanto, o que se evidencia é que os Gestores de vários municípios têm optado por buscar a celebração de contratos com profissionais de diversas áreas para a realização de serviços que são de sua atividade-fim ao invés de realizarem concursos públicos para o provimento de cargos nas respectivas áreas, conforme o estabelecido no art. 37, II, da Constituição Federal, burlando assim, os entendimentos esposados nos julgados acima descritos.

E tal prática há tempos vem se perpetuando, apesar de inúmeras recomendações feitas aos Gestores por esta Corte para que se abstenham de tal prática, somente a elas recorrendo, conforme dito alhures, quando o objeto pretendido detiver, comprovadamente, natureza singular, optando-se, em caso contrário, pela realização dos serviços por servidores efetivos do órgão.

Em relação ao assunto trazido à baila, e contrárias a licitações nos referidos moldes, podemos citar as decisões exaradas por esta Corte nos autos TC/MS nº 23578/2012 e nº 118199/2012.

Aliás, com base nas informações trazidas aos autos pelo ordenador de despesas, depreende-se que o contratado passou efetivamente a desempenhar atividades-fim do ente público, entre eles, levantamento dos valores devidos, notificações extrajudiciais, elaboração e emissão de Certidões de Dívida Ativa (peça 59, f. 231).

Portanto, ao agir na forma acima descrita, o ordenador de despesas deixou de observar os Princípios da Economicidade e da Eficiência, que devem nortear os atos dos Gestores da coisa pública.

Esta Corte se manifestou em vários casos apresentados para julgamento e, firmou entendimento, no sentido de que serviços jurídicos, por se tratarem de atividade-fim do órgão contratante, são insuscetíveis de terceirização.

Neste sentido é a redação do Parecer-C nº 00/0044/2001, emitido em resposta à consulta formulada pela Câmara Municipal de Ponta Porã – MS, cujo teor reproduzo a seguir:

> “Com relação aos serviços de “assessorias” e “consultorias”, aqui incluídos os de assessoria jurídica, 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, podendo, porém, serem contratados quando envolverem serviços técnicos especializados e quando o serviço for singular, nos termos do que disciplina a Lei Federal nº 8666/93”.

E o conteúdo apresentado no Parecer-C supramencionado espelha justamente o entendimento do Egrégio Tribunal de Contas da União, conforme se verifica da redação do seguinte julgado:

> "O TCU entendeu que ter advogado no quadro não impede a terceirização; critério: pré-qualificação, com especialização; serviço específico e singular e não contínuo." (TCU. Processo nº TC-014.703/1996-3. Decisão nº 191/2000 – 1ª Câmara)".

No mesmo sentido é o Acórdão nº 712/2007 – Plenário, do TCU.

Também não se vê nos autos elementos que comprovem a natureza singular no objeto do contrato, conforme suscitado pelo Gestor em sua resposta ao expediente intimatório (peça 40, fs. 265-270), o que torna despicienda a necessidade de discussão acerca da notória especialização da contratada, caso a detenha.

Neste sentido é excerto do julgado do Egrégio Tribunal de Contas da União, no Processo nº TC-009.282/2000-8. Decisão nº 938/2000 - Plenário:

> "O TCU entendeu que se não há singularidade nos serviços advocatícios, não há razão para se discutir a notória especialização, pois esta somente poderá ser requerida quando evidenciada a singularidade do objeto"

Mesmo porque, se porventura estivessem presentes ambos os requisitos (natureza singular do objeto e notória especialização da empresa), o correto seria buscar-se a contratação via Inexigibilidade de Licitação, mediante a comprovação da inviabilidade de competição.

Consequentemente, resta demonstrado que o objeto do contrato se trata de serviço não singular, que deveria a toda evidência, ser realizado por servidores da área jurídica do órgão contratante, mormente diante do objeto previsto para o instrumento contratual.

Pontua o TCU a respeito de referida questão:

> "É considerada ilegal a terceirização de atividade-fim, uma vez que devem ser exercidas por servidores componentes dos quadros da entidade." Acórdão n. 712/2007 – Plenário.

Na mesma esteira de raciocínio também verificamos que o Contrato Administrativo n. 76/2013, documentalmente, foi formalizado conforme os ditames estabelecidos nos arts. 55 e 61, parágrafo único, da Lei Federal n. 8666/1003 e, às normas procedimentais contidas no Capítulo III, Seção I, 1.2.1, da INTC/MS n. 35/2011.

Isto porque, se verifica estarem presentes em suas cláusulas os elementos essenciais a demonstrar com clareza e precisão, as condições para a sua execução, sendo, a descrição detalhada do objeto, o prazo de duração da sua vigência, o valor a ele atribuído, as condições de realização do pagamento, a dotação orçamentária segundo a qual correrão as despesas e ainda, as condições para a sua prorrogação (peça 16, fs. 110-113). E ainda, vê-se que tanto a sua publicação quanto a sua remessa a esta Corte, foram tempestivamente realizadas (peça 17, f. 118 e peça 1, f. 4).

Porém, a efetiva necessidade da sua formalização não restou comprovada nos autos, uma vez que, conforme dito alhures, não demonstrada a natureza singular do objeto previsto no contrato, evidenciado que os serviços deveriam ser realizados por Advogado concursado do Município, quando necessário e/ou, pelo Setor de Tributação do município, conforme anteriormente era realizado, segundo o Gestor (peça 59, fs. 230-231).

Em relação à formalização do 1º e 2º Termos Aditivos ao contrato, que prorrogaram o prazo de vigência do contrato, respectivamente, de 5/3/2014 a 5/9/2014 e 5/9/2014 a 5/3/2015 (peça 29, fs. 143-144 e peça 38, fs. 183-184), documentalmente, atendem às disposições constantes do art. 57, II, da Lei Federal n. 8666/1993 e, normas procedimentais do Capítulo III, Seção I, 1.2.2, da INTC/MS n. 35/2011.

No entanto, como restou injustificada a formalização do contrato em tela, também não se sustenta a prorrogação da sua vigência, o que denota a irregularidade dos aditivos celebrados.

Quanto à execução financeira do contrato, depreende-se da análise elaborada pela equipe técnica da 5ª ICE (peça 52, f. 216), que foram apurados os seguintes valores:

Valor do Contrato:	R$ 79.990,00
Valor Empenhado:	R$ 159.980,00
Valor Anulado:	R$ 79.990,90
Valor Empenhado (-) Valor Anulado:	R$ 79.989,10
Despesa Liquidada (NF):	R$ 38.567,25
Pagamento Efetuado (OB/OP):	R$ 19.308,55

No entanto, em resposta ao expediente intimatório, o Gestor trouxe aos autos novos documentos referentes à execução financeira do contrato, tendo demonstrado ainda que o valor pago em relação à Nota Fiscal n. 8640 foi na ordem de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e, não o total nela constante, de R$ 29.258,70.

Assim, o montante total final da liquidação das despesas resultou nos seguintes valores:

Valor do Contrato:	R$ 79.990,00
Valor Empenhado (NE):	R$ 159.980,00
Valor Anulado (NAE):	R$ 135.672,35
Valor Empenhado (-) Valor Anulado (NE-NAE):	R$ 24.308,55
Despesa Liquidada (NF):	R$ 24.308,55
Pagamento Efetuado (OB/OP):	R$ 24.308,55

Portanto, a princípio, a equivalência de valores entre os estágios da despesa (empenho, liquidação e pagamento), seria o suficiente à comprovação da regular execução financeira do instrumento contratual.

Porém, vê-se que não foram trazidos aos autos, elementos hábeis a comprovar a efetiva realização dos serviços contratados.

Ao contrário, há tão somente cópias de listas geradas pelo Setor de Tributos Municipais, constando os nomes de contribuintes que, ao que se depreende, se encontravam em débito com o Município. No entanto, nada induz ao entendimento de que tais serviços tenham sido desempenhados pelo contratado (peça 29, fs. 155-161), o que configura o pagamento por serviços não prestados, infringindo o disposto no art. 63, § 2º, da Lei Federal n. 4320/1964.

Não é demais relembrar que, em razão do certame realizado ter sido com a finalidade de terceirizar atividade-fim do órgão licitante, o que é vedado pelo ordenamento jurídico e, ante a injustificada formalização contratual, tais questões também fulminam a execução financeira do contrato, posto que, originada de procedimentos anteriores irregulares.

Por fim, deve-se salientar que a remessa dos documentos da execução financeira foi intempestivamente providenciada, pois, o último pagamento, representado pela Ordem de Pagamento n. 2313, ocorreu em 15/7/2014 (peça 59, f. 245), mas ela somente foi encaminhada a esta Corte em 31/10/2016, junto com a resposta ao expediente intimatório, contrariando o descrito no Capítulo III, Seção I, 1.3.1, A, da INTC/MS n. 35/2011.

DISPOSITIVO

Dessa forma, em parte com o Parecer do Ministério Público de Contas, sob o fundamento do art. 120, I, II e III, da RNTC/MS n. 76/2013, voto:

a) Pela **IRREGULARIDADE** do procedimento licitatório na modalidade Convite, sob o n. 26/2013, da formalização do 1º e 2º Termos Aditivos, da formalização e da execução financeira do Contrato Administrativo n. 76/2013, por infringência ao disposto no art. 13, da Lei Federal n. 8666/1993, art. 63, § 2º, da Lei Federal n. 4320/1964, INTC/MS nº 35/2011 e, inobservância às disposições contidas no art. 37, II, da Constituição Federal, em razão da insuscetibilidade de terceirização de atividade-fim do órgão via certame licitatório na modalidade apresentada nos autos, pela ausência de demonstração da real necessidade da formalização do contrato e, pela injustificada execução do contrato;

b) Pela **IMPUGNAÇÃO** do valor de R$ 24.308,55 (vinte e quatro mil, trezentos e oito reais e cinquenta e cinco centavos), relativo ao montante dispendido na execução do contrato, responsabilizando o ordenador de despesas, atual Prefeito Municipal de Dois Irmãos do Buriti – MS, Wlademir de Souza Volk, pela devolução aos cofres públicos da quantia impugnada, a ser devidamente atualizada a partir de 15/7/2014, quando se deu o último pagamento e, acrescida de juros legais, conforme redação do art. 172, IV, “a”, 1, da RNTC/MS n. 76/2013 c.c art. 61, I, da Lei Complementar n. 160/2012;

c) Pela **APLICAÇÃO DE MULTA** ao atual Prefeito Municipal de Dois Irmãos do Buriti - MS – MS, Wlademir de Souza Volk, em valor correspondente a aproximadamente **229 (duzentas e vinte e nove) UFERMS**, assim distribuídas:

c.1) **199 (cento e noventa e nove) UFERMS**, equivalente a 20% do prejuízo causado ao erário, em razão das inconsistências acima descritas, nos termos do art. 170, II, da RNTC/MS n. 76/2013;

c.2) **30 (trinta) UFERMS**, em razão da intempestiva remessa dos documentos da execução financeira, conforme previsto no art. 46, da Lei Complementar n. 160/2012;

d) Pela **COMPROVAÇÃO** nos autos do efetivo recolhimento da multa aplicada, bem como, a devolução aos cofres municipais do valor impugnado, no prazo de 60 (sessenta) dias, conforme estabelecido no art. 172, § 1º, I, II e III, da RNTC/MS n. 76/2013, sob pena de cobrança executiva judicial, nos termos do art. 78, § 1º, da Lei Complementar n. 160/2012;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Conselheiro Relator, em declarar irregular o procedimento licitatório realizado na modalidade Convite, a formalização do contrato administrativo e dos termos aditivos, e a execução financeira da contratação, com impugnação de valor e aplicação de multa.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

Tomaram parte no julgamento o Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral e Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Presente o Exmo. Sr. José Aêdo Camilo, Procurador de Contas.

Campo Grande, 14 de março de 2017.

Conselheiro **RONALDO CHADID**

Relator

GAB. MLS
SETAC. VAB/ARP