ACÓRDÃO - AC01 - 31/2021

PROCESSO TC/MS	**:** TC/8052/2018
PROTOCOLO	**:** 1917892
TIPO DE PROCESSO	**:** LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE MARACAJU
JURISDICIONADO	**:** MAURILIO FERREIRA AZAMBUJA
INTERESSADA	**:** FRANCO & BARBOSA LTDA.
VALOR	**:** R$ 117.600,00
RELATOR	**:** CONS. MARCIO CAMPOS MONTEIRO

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO TÉCNICO ADMINISTRATIVO EM GESTÃO PÚBLICA – MODALIDADE INADEQUADA – INEXISTÊNCIA DE PRECISÃO PRÉVIA E OBJETIVA – EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA EMITIDO EXCLUSIVAMENTE POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – TERMOS ADITIVOS – FORMALIZAÇÃO – CONTAMINAÇÃO DAS FASES SUBSEQUENTES – IRREGULARIDADE – MULTA – DETERMINAÇÃO – ABSTENÇÃO DE FORMALIZAR NOVOS TERMOS ADITIVOS.

1. Tratando-se o objeto licitado de serviços técnicos profissionais especializados, de complexidade e especificidade, que não podem ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital, a escolha da modalidade pregão mostra-se equivocada, que é indicada, segundo a Lei n.º 10.520/02, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim entendidos como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Inexistindo precisão prévia e objetiva no instrumento licitatório, é patente a violação ao disposto no artigo 3º, inciso II, da Lei n.º 10.520/02.
2. A exigência de atestado de capacidade técnica emitido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público constitui infração ao artigo 30, §1º, da Lei n.º 8.666/93, que prevê a possibilidade de emissão, também, por pessoa jurídica de direito privado, extrapolando os limites referentes à capacidade técnica, para fins de comprovação de aptidão, o que, por consequência, restringe a competitividade do licitatório. É vedado ao agente público interpretar de forma extensiva as exigências para habilitação, também lhe é defeso excluir disposições legais que permitem aos licitantes concorrerem isonomicamente.
3. O procedimento licitatório é declarado irregular diante da violação aos dispostos legais citados, e, consequentemente, não há como se chancelar o contrato administrativo dele decorrente, nos termos do artigo 49, §2º, da Lei n.º 8.666/93, assim como os seus termos aditivos. Tais irregularidades ensejam a aplicação de multa ao responsável e determinação ao atual gestor para que se abstenha de instrumentalizar novos aditivos ao contrato analisado.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 32ª Sessão Ordinária Virtual

da Primeira Câmara, realizada de 23 a 26 de novembro de 2020, ACORDAM os Senhores Conselheiros na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em declarar a **irregularidade** do Procedimento Licitatório **Pregão Presencial n.º 30/2018**, da formalização do **Contrato n.º 48/2018** e dos 1° e 2° Termos Aditivos da contratação celebrada entre a **Prefeitura Municipal de Maracaju** e a empresa **Franco & Barbosa LTDA.**, com aplicação de **multa** no valor de **100 (cem) UFERMS** ao Sr. **Maurílio Ferreira Azambuja**, concedendo **prazo de 45 (quarenta e cinco) dias** úteis para que efetue o recolhimento da multa em favor do FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, sob pena de cobrança executiva; com **determinação** ao Prefeito Municipal de Maracaju, Sr. **Maurílio Ferreira Azambuja**, bem como àquele que eventualmente lhe suceder, para que se abstenha de instrumentalizar novos termos aditivos ao Contrato Administrativo n.º 48/2018.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Versam os presentes autos sobre o Contrato Administrativo n.º 048/2018, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Maracaju e a empresa Franco & Barbosa LTDA., objetivando a contratação de empresa especializada, para prestação de serviços de apoio técnico administrativo em gestão pública visando à capacitação dos servidores públicos nas áreas de compras, licitações, contratos, controladoria e demais departamentos, com valor contratual no montante de R$ 117.600,00.

Nesta fase processual objetiva-se analisar a regularidade do procedimento licitatório, da formalização contratual e dos 1º e 2º Termos Aditivos (1ª, 2ª e 3ª fases).

A Divisão de Licitações, Contratações e Parcerias emitiu sua Análise ANA - 6442/2020, pela irregularidade do procedimento licitatório, da formalização contratual e do 1º e 2º Termos Aditivos, sob a seguinte argumentação: i) utilização equivocada da modalidade pregão; ii) objeto contratado caracterizado como atividade fim; iii) ausência de estabelecimento de critérios de fiscalização no termo de referência; iv) ausência de planilha orçamentária; v) falha na pesquisa de preços; vi) condição restritiva pela exigência do atestado de capacidade técnica; vii) ausência de comprovação da prestação do serviço contratado; viii) contratação de parentes de servidor municipal; ix) ausência de comprovação da vantajosidade da prorrogação; x) ausência de pesquisa de mercado a justificar o reajuste contratual; xi) ausência de comprovação da capacitação dos servidores; xii) parecer jurídico *pro forma*.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas, que emitiu seu Parecer PAR - 3ª PRC - 7670/2020, opinando pela irregularidade das reportadas fases em julgamento, sob a idêntica argumentação emanada pelo corpo técnico.

Ao final, o *Parquet* de Contas requestou pela concessão de medida cautelar, para o fim de suspender os pagamentos relacionados ao contrato em análise.

Estando o processo maduro para julgamento, e em observância ao postulado da segurança jurídica, posterguei a análise do pedido cautelar para apreciação conjunta com o mérito procedimental, conforme se denota do Despacho de peça 75.

O feito foi saneado e o Gestor responsável devidamente intimado, oportunidade em que apresentou as respostas de peças 80, 81 e 82.

Vieram os autos a esta Relatoria, para Voto.

Considerando o regular processamento dos autos, em observância ao comando inserto no artigo 112, inciso III, do RITCE/MS, encerra-se a instrução processual relativa às fases em julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

O presente julgamento recai sobre a regularidade do procedimento licitatório, da formalização contratual e dos seus Termos Aditivos (1ª, 2ª e 3ª fases).

Observadas as disposições regimentais, passo ao exame do mérito.

Extrai-se do edital de abertura, que a licitação objetiva a: "*contratação de empresa especializada, para prestação de serviços de apoio técnico administrativo em gestão pública visando à capacitação dos servidores públicos nas áreas de compras, licitações, contratos, controladoria e demais departamentos"*.

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

Faz-se mister ressaltar que doutrina e jurisprudência especializadas caminham para admitir a dita modalidade licitatória para a contratação de serviços de consultoria e assessoria jurídica.

Nesse sentido, inclusive, tem-se o seguinte Acórdão n.º 2932/2011, do Tribunal de Contas da União:

> Geralmente, os serviços de supervisão ou de assessoria podem ser considerados como serviço comum. Entretanto, se em casos excepcionais o serviço não se caracteriza como 'comum', não se admite a incidência da Lei nº 10.520/2020 e do Decreto nº 5.450/2005, mas sim, apenas, da Lei nº 8.666/1993. (Plenário. Processo n.º 007.9822008-2, Relator: Ministro VALMIR CAMPELO)

Percebe-se, então, que não há mais falar em vedação legal absoluta, partindo a resposta sobre a possibilidade da dita conjugação - pregão e serviços técnicos - sempre da casuística em concreto que envolver a licitação.

Não é o caso dos autos.

Conforme se observa da defesa apresentada à peça 80 (página 509), o próprio Gestor enfatiza a impossibilidade de precisar, no Edital, a gama de serviços a serem desenvolvidos pela contratada:

> A prestação de serviços técnicos em assessoria e consultoria é realizado **por meio de transferência intelectual de conhecimento que nem sempre fica registrado em sua totalidade, por exemplo aquelas realizadas por meio de telefones, whatsapp, annydesk, sendo que muitos seriam de impossível materialização para efeitos de comprovação**, porém, por via de e-mails são possíveis a comprovação da ação da empresa, assim como é possível a

> verificação de ida do profissional Itajubi Franco Cardoso neste Tribunal de Contas trata de casos específicos em processos destinados a credenciar profissionais médicos, contrato de gerenciamento de frotas, prestação de contas de agencia de publicidade entre outros.

Dessa forma, pela adequação entre o objeto contratual e a forma que o mesmo vem sendo efetivamente executado, percebe-se que a via instrumental escolhida pelo contratante foi equivocada.

Isso porque, os serviços ora licitados caracterizam-se, sem sombra de dúvidas, como serviços técnicos profissionais especializados, de complexidade e especificidade tais que não podem ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital.

Tomando como exemplo a própria resposta oferecida pelo Jurisdicionado, percebe-se a impossibilidade do edital prever o número de vezes em que determinado servidor do município necessitará contatar a empresa consultiva, ou ainda, qual será a complexidade do conteúdo consultado.

Destarte, inexistindo precisão prévia e objetiva no instrumento licitatório, patente à violação ao disposto no artigo 3º, inciso II, da Lei n.º 10.520/02[1].

Dando prosseguimento, e não obstante o posicionamento ministerial, embora seja indiscutível que as atividades estatais devam ser desempenhadas por servidores dos quadros, a realidade nos mostra que algumas unidades jurisdicionadas, sobretudo as localizadas em municípios menos desenvolvidos, não conseguem transformar essa regra em realidade, por motivos que vão desde a falta de estrutura física, até a inexistência de mão de obra adequada para realizar os serviços, inclusive aqueles corriqueiros e ordinários da Administração.

Para essas hipóteses, a contratação de empresas de assessorias, consultorias e capacitação técnica surge como uma alternativa para que a Administração evite a interrupção da atividade e consiga prestar, com razoável qualidade, os serviços à população.

Assim, conquanto a regra seja a de que os serviços técnicos devam ser prestados pelos servidores dos quadros próprios do órgão, é admitida, em situações excepcionais, e mediante a análise circunstanciada de cada caso, a terceirização desses serviços por meio da contratação de escritórios especializados, desde que devidamente justificada, motivada e comprovada a sua necessidade.

No caso dos autos, a contratação restou justificada, porquanto a extensa gama de atividades que compõem o objeto contratual indica que a mão-de-obra própria

---

[1] Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
(...)
II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.

seria insuficiente para desempenhá-las.

Quanto à alegada ausência de fiscalização do contrato, não remanesce qualquer irregularidade.

Depreende-se da peça 17, a Portaria n.º 364/2017, designando o servidor Edmilson Alves Fernandes para exercer as atividades de fiscal do contrato.

Ademais, pode-se aferir na cláusula sexta do contrato, que a fiscalização será de responsabilidade do Contratante, por meio da Secretaria Municipal de Planejamento e Fazenda:

> CLÁUSULA SEXTA - DIREITOS E RESPONSABILIDADES: Cabe ao Contratante, a seu critério e através da Secretaria Municipal de Planejamento e Fazenda exercer ampla, irrestrita e permanente fiscalização de todas as fases de cumprimento do presente contrato, e, a contratada declara aceitar, integralmente, todos os métodos e processos de inspeção, verificação e controle a serem adotados pelo contratante.
>
> § 1° Os serviços objeto deste Contrato serão realizados no Município de Maracaju sendo necessário o efetivo acompanhamento no mínimo de 05 dias no mês, ainda o efetivo acompanhamento permanente a distância via Acesso Remoto.

No concernente à decomposição de todos os custos, ressalta-se que nas licitações envolvendo serviços técnicos e complexos, tal como este em concreto, não há como antecipar, de plano, todas as atividades que serão realizadas, especialmente pela natureza consultiva do objeto.

Ademais, o objeto em questão foi descrito da forma mais ampla possível pelo Termo de Referência, não sendo preciso mensurar o valor de cada serviço individualmente, sendo o valor contratado estipulado em sua totalidade.

Não há, pois, irregularidade nesse sentido.

Prosseguindo, o Ministério Público de Contas, subsidiado pela análise da Equipe Técnica, sustentou a deficiência da pesquisa de mercado.

Como é sabido, não há na legislação qualquer descrição quanto à formalidade que uma pesquisa de mercado deve possuir. Por isso, tem-se a necessidade de valorar o caso em concreto com a forma que eventualmente seja a adequada àquela determinada licitação, partindo, sempre, do pressuposto que a sua finalidade primeira é nortear a administração quanto aos preços praticados.

No caso dos autos, observa-se que a pesquisa de mercado fora realizada com 03 fornecedores distintos e os itens abordados para a prestação de serviços de apoio técnico administrativo estão relacionados no edital. Igualmente, a proposta vencedora foi registrada sob uma média de preço que atualmente se pratica.

Logo, não subsistem as razões levantadas pelos técnicos quanto à formação dos preços.

Sobre o argumento levantado de que o gestor exigiu atestado de capacidade técnica emitido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público, melhor sorte não assiste ao Órgão Jurisdicionado.

Pela simples leitura do artigo 30, §1º, da Lei n.º 8.666/93, consta a possibilidade de o referido atestado ser emitido, também, por pessoa jurídica de direito privado:

> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
>
> (...)
>
> § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes (...)

Nesse diapasão, infere-se que o aludido Licitatório extrapolou os limites referentes à capacidade técnica, para fins de comprovação de aptidão, o que, por consequência, restringe a competitividade do licitatório.

Da mesma forma que é vedado ao agente público interpretar de forma extensiva as exigências para habilitação, também lhe é defeso excluir disposições legais que permitem aos licitantes concorrerem isonomicamente.

Ato contínuo, infere-se que os órgãos de apoio arguiram que uma das sócias da empresa contratada é filha da Secretária de Educação, o que, por si só, macula a validade da contratação.

Em que pese a constatação da Equipe Técnica, inexiste no Estatuto Geral de Licitações e Contratos, disposição que proíba, de modo absoluto e genérico, a conduta acima descrita.

Assim, é o caso concreto que oferecerá ao julgador as condições necessárias para valorar se houve, ou não, favorecimento indevido recebido pela empresa contratada.

Novamente, não há nos autos elementos probatórios que apontem nesta direção.

A empresa contratada foi constituída em 03 de setembro de 2010, prestando, desde então, serviços correlatos a vários municípios do Estado. Logo, o exercício da empresa precede o período da atual administração municipal, onde se inclui, evidentemente, a figura da reportada Secretária de Educação.

Igualmente, a prestação dos serviços é direcionada a todos os departamentos do Município, não havendo vínculo direto com a Secretaria de Educação, descaracterizando, assim, qualquer violação normativa.

Por fim, tem-se à alegação de parecer jurídico *pro forma* na confecção do 2º Termo Aditivo.

A Lei n.º 8.666/93 dispõe em seu artigo 38, inciso VI, apenas que ao procedimento licitatório devem ser juntados, dentre eles, "pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade".

Note, pois, que não há na legislação de regência quaisquer formalidades a serem adotadas quando da elaboração do Parecer Jurídico, sendo, portanto, um ato discricionário do parecerista responsável.

Conforme resta sedimentado na jurisprudência da Suprema Corte, compete tão somente à assessoria jurídica, nos procedimentos licitatórios, zelar pela lisura formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de formalidades, somente.[2]

In casu, conforme atestado pelos próprios auditores, não existem outras irregularidades formais capazes de macular o aditivo em análise.

Por conseguinte, evidencia-se que tendo havido o julgamento de irregularidade do procedimento licitatório, não há como se chancelar o contrato administrativo dele decorrente, nos termos do artigo 49, §2º, da Lei n.º 8.666/93.

Não é outro o entendimento desta Corte de Contas, consoante se observa dos Relatórios-Votos n.º 1346/2011 e 1805/2012 (autos TC n.º 1829/2010 e 1827/2010, respectivamente).

Partindo desta mesma linha de raciocínio, quando da verificação de irregularidade do Contrato Administrativo, os Termos Aditivos dele decorrentes seguem a mesma sorte, nos termos do artigo 59, *caput*, da Lei n.º 8.666/93.

Quanto ao pleito cautelar, insta salientar que, diferente das medidas liminares normalmente concedidas, amparadas em exames sumários, o caso dos autos permitiu uma apreciação exauriente das irregularidades levantadas, porquanto concluída a instrução processual, com o cumprimento de todas as etapas regimentais.

Via de consequência, a este Tribunal cumpre o papel de obstar o prosseguimento de determinados atos, como forma de evitar a perpetuação de uma relação jurídico-administrativa reconhecidamente irregular.

Todavia, quanto à natureza da medida a ser aplicada, é pertinente tecer determinados apontamentos.

As consequências práticas de uma imediata suspensão dos pagamentos relacionados à contratação, bem como a drástica paralização dos serviços que vêm sendo desenvolvidos, representarão um prejuízo maior do que o seu prosseguimento provisório.

Neste viés, insta ressaltar o artigo 20 da LINDB, cujo teor modernizou, enfaticamente, a forma de se pensar às decisões judiciais e administrativas, quando confrontadas com a gestão da coisa pública:

---

[2] STF. 2ª Turma. HC 171576/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17/08/2019 (INFO 952).

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
>
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Isso porque, conforme se observa do detalhado relatório de peças 81 e 82, os serviços contratados estão sendo efetivamente prestados, e, com isso, e pela sua própria natureza, são dotados de certa indispensabilidade para a continuidade das atividades públicas desempenhadas.

Portanto, a alternativa que se apresenta como mais adequada, ao invés de paralisar de imediato a contratação, é determinar que o Município de Maracaju se abstenha de celebrar novos termos aditivos referentes ao presente Contrato Administrativo.

Segunda consta, o 2º Aditamento possui vigência até a data de 17 de maio de 2021, período mais do que suficiente para a Administração providenciar a abertura de um novo processo licitatório, com a observância dos ditames legais e jurisprudenciais atinentes ao tema.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, com arrimo no artigo 4º, inciso III, alínea “b”, do RITCE/MS, acompanhando parcialmente o entendimento da Divisão e do Ministério Público de Contas, **VOTO**:

1) Pela declaração de **IRREGULARIDADE** do Procedimento Licitatório Pregão Presencial n.º 30/2018 (1ª fase); da formalização do Contrato n.º 48/2018; e dos 1° e 2° Termos Aditivos ao Contrato (2ª fase), celebrado entre a Prefeitura Municipal de Maracaju (CNPJ: 03.442.597/0001-12) e a empresa Franco & Barbosa LTDA. (CNPJ: 12.520.589/0001-38), haja vista que os atos praticados não atenderam as disposições legais aplicáveis à espécie, nos termos do art. 59, inciso III, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c art. 121, incisos I, II, III, e §4º, do RITCE/MS;

2) Pela aplicação de **MULTA** no valor de **100 (cem) UFERMS** ao jurisdicionado **Maurílio Ferreira Azambuja**, portador do CPF: 106.408.941-00, por infração à norma legal, com base nos artigos 44, inciso I, e 45, inciso I, ambos da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c o artigo 181, inciso I, do RITCE/MS;

3) Pela **CONCESSÃO DO PRAZO** de 45 (quarenta e cinco) dias úteis para que o responsável nominado no item “2” supra, efetue o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, conforme estabelecido pelo art. 83, sob pena de cobrança executiva, e pelo art. 78, ambos da Lei Complementar n.º 160/2012;

4) Pela **DETERMINAÇÃO** ao Prefeito Municipal de Maracaju**, Sr. Maurílio Ferreira Azambuja,** bem como àquele que eventualmente lhe suceder, para que se abstenha de instrumentalizar novos termos aditivos ao Contrato Administrativo n.º 48/2018;

5) Pela **INTIMAÇÃO** do resultado do julgamento às autoridades administrativas competentes, nos termos do artigo 50 da Lei Complementar n.º 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a irregularidade do procedimento licitatório, da formalização do contrato administrativo e da formalização dos termos aditivos, com aplicação de multa ao responsável e determinação ao atual gestor.

Presidência e relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros, Waldir Neves Barbosa e Flávio Kayatt.

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

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**

Relator

BFJV / VAB/dssm