Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Segunda Câmara

DELIBERAÇÃO AC02 - 3731/2017

PROCESSO TC/MS	**:** TC/12154/2013
PROTOCOLO	**:** 1432101
TIPO DE PROCESSO	**:** CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTA PORA
JURISDICIONADO	**:** LUDIMAR GODOY NOVAIS
INTERESSADO	**:** CESTREIN CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA
VALOR	**:** R$ 1.800.000,00
RELATORA	**:** CONSª. MARISA JOAQUINA MONTEIRO SERRANO

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SEGURANÇA DO TRABALHO – REMUNERAÇÃO – MODALIDADE LICITATÓRIA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – TERMO ADITIVO – IRREGULARIDADE – MULTA.

É irregular o procedimento licitatório quando verificado, por meio da documentação juntada, que os requisitos legais vigentes não foram devidamente cumpridos, como quando há previsão no termo de referência de que a remuneração da contratada precede a homologação da compensação do recolhimento previdenciário reduzido e a modalidade licitatória eleita, pregão, não se enquadra no objeto licitado, ensejando aplicação de multa ao responsável. A irregularidade do procedimento licitatório torna irregular o contrato administrativo dele decorrente e o termo aditivo, a que se aplica a sanção de multa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 13ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, de 20 de junho de 2017, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto da Relatora, em declarar a irregularidade do procedimento de licitação Pregão Presencial n.º 052/2013, da formalização do Contrato Administrativo n.º 134/2013 e do 1º Termo Aditivo, formalizado entre a Prefeitura Municipal de Ponta Porã e Empresa Cestrein Consultoria Empresarial LTDA. Aplica-se multa regimental no valor de 100 (cem) UFERMS ao Ordenador de Despesas, Sr. Ludimar Godoy Novais, prefeito Municipal de Ponta Porã, por infração à norma legal.

Campo Grande, 20 de junho de 2017.

Conselheira **Marisa Joaquina Monteiro Serrano** – Relatora

Conselheiro **Osmar Domingues Jeronymo** – Designado para lavratura e assinatura do Acórdão, nos termos do art. 73, §3º, do RI/TCEMS (RN 76/2013).

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano – Relatora

Versam os presentes autos sobre o Contrato Administrativo n.º 134/2013, formalizado entre a ***Prefeitura Municipal de Ponta Porã*** e ***Empresa Cestrein Consultoria Empresarial LTDA.***, objetivando a contratação de empresa especializada em segurança do trabalho para a prestação de serviços administrativos com o objetivo de revisão de grau de risco, enquadramento pela preponderância, confecção de planilhas de cálculos dos pagamentos efetuados a maior da contribuição previdenciária, alíquota Gilbrat, a ser efetuado administrativamente junto a Receita Federal do Brasil, nos termos da IN/RFB 971/2009, artigo 72, inciso I, parágrafo 9, alínea "c", Lei Federal 8212/91, artigo 22, incisos I e II e SEFIP, com valor contratual no montante de R$ 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais).

Para tanto, foi realizado o procedimento licitatório na modalidade de pregão presencial n.º 052/2013.

Nesta fase processual objetiva-se analisar a regularidade do procedimento licitatório, da formalização contratual e do 1º Termo Aditivo ao Contrato Administrativo.

Prima facie, é cediço salientar determinados pontos do processo, senão vejamos.

Em sede de Análise Processual – ANP-6ÏCE – 8806/2013 (pp. 193/197), a Equipe Técnica da 6ª Inspetoria apontou pela insuficiência de documentos a validar a contratação pública.

Por sua vez, o G.MJMS – 10233/2013 (p. 199) determinou a intimação do Ordenador para apresentar defesa.

Devidamente notificado, o Ordenador de Despesas encetou ao feito a justificativa de pp. 215/224, no afã de legitimar o ato administrativo.

Diante disso, a Equipe Técnica da 6ª Inspetoria, ANA-6ÏCE – 15332/2014 (pp. 327/344) e ANA-6ÏCE – 6570/2015 (pp. 549/552), concluiu pela ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** do procedimento licitatório, da formalização do contrato e do 1º Termo Aditivo (**1ª, 2ª e 3ª fases**), ao argumento de que a forma de pagamento estabelecida pelo Termo de Referência está em desacordo com a legislação vigente.

Encaminhado o feito ao *Parquet* de Contas, este emitiu o Parecer PAR-MPC - GAB.3 DR.JAC/SUBSTITUTO – 12910/2016, manifestando-se pela ***ilegalidade*** e ***irregularidade*** das reportadas fases da contratação pública, sob a justificativa, além daquelas levantadas pela inspetoria, de que a modalidade licitatória não poderia ser mediante Leilão.

Novamente intimado, o Jurisdicionado apresentou resposta à intimação às pp. 568/574.

VOTO

A Exma. Sra. Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano – Relatora

Extrai-se do feito que tanto o Corpo Técnico quanto o representante do Ministério Público de Contas foram unânimes em se manifestar pela ilegalidade e irregularidade da 1ª, 2ª e 3ª fases da contratação pública.

Constata-se, por meio da documentação juntada, que os requisitos legais vigentes não foram devidamente cumpridos quanto à regularidade da matéria relativa a contratação.

Primeiramente, cumpre transcrever o Termo de Referência do procedimento licitatório em análise, onde consta a forma de pagamento e o custo da contratação, posteriormente reiterados na celebração do Contrato Administrativo:

> "Os serviços serão remunerados com base no benefício econômico-financeiro definitivamente obtido, na aprovação dos resultados apontados a partir dos levantamentos e demonstrações efetuadas e no consequente recebimento dos valores apurados no direito à repetição e/ou nas reduções de débito reconhecidos. Para fins de pagamento pelos serviços prestados e executados, entende-se por benefícios econômico-financeiros, a redução do recolhimento após a retificação do enquadramento real da Prefeitura Municipal, e/ou compensação de crédito informados à RFB – Receita Federal do Brasil.".

Diante disso, o Termo de Referência acima citado condiciona a remuneração dos serviços à obtenção de benefícios econômico-financeiros em definitivo (modalidade de risco).

Por conseguinte, fixa que tais benefícios, para fins de pagamento, seriam considerados como obtidos após a redução do recolhimento e/ou a compensação de créditos em GFIP.

Nesse momento, então, impera o comando legal disposto na Lei n.º 9.430/96, que disciplina a tributação federal e contribuições para a seguridade social:

> Art. 74 - O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.
>
> §5º - O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

Assim, diferentemente da forma prevista no Termo de Referência, a

compensação ocorre com a homologação pela Receita Federal do Brasil.

Denota-se, pois, que, na forma licitada, a empresa contratada fará jus a remuneração pelos seus serviços no momento em que reduzir o recolhimento previdenciário ou compensar os créditos declarados em GFIS.

No entanto, como a compensação dá-se tão somente com a homologação por parte da Receita Federal, deve-se considerar a possibilidade de o pedido de compensação ser indeferido pela autoridade tributária, caso seja considerado indevido.

Como acertadamente destacou os Órgãos de Apoio, é patente a irregularidade quando a remuneração da contratada precede a homologação da compensação do recolhimento previdenciário reduzido.

Como se não bastasse, evidencia-se que o procedimento licitatório adotado não poderia ser mediante pregão.

De acordo com o edital de abertura, o processo licitatório em questão tem por objeto a **"contratação de empresa especializada em segurança do trabalho para a prestação de serviços administrativos com o objetivo de revisão de grau de risco, enquadramento pela preponderância, confecção de planilhas de cálculos dos pagamentos efetuados a maior da contribuição previdenciária, alíquota Gilbrat, a ser efetuado administrativamente junto a Receita Federal do Brasil, nos termos da IN/RFB 971/2009, artigo 72, inciso I, parágrafo 9, alínea "c", Lei Federal 8212/91, artigo 22, incisos I e II e SEFIP".**

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

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

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

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

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

transcrito:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diferentemente dos serviços rotineiros e ordinários, o objeto contratual exige do contratante conhecimento técnico diferenciado, específico, dada a excepcionalidade do trabalho realizado e do resultado que se pretende alcançar.

Por isso, a modalidade recomendada ao caso seria a concorrência ou, eventualmente, a contratação por inexigibilidade, desde que observadas as condições previstas em lei.

Por sua vez, mesmo notificado, o Prefeito Municipal apresentou documentos que não possuem o condão de afastar as irregularidades apontadas.

Posto isso, infere-se que o procedimento licitatório em análise encontra-se em total desconformidade com legislação vigente.

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.

Nesta mesma linha de raciocínio, quando da verificação de irregularidade do Contrato Administrativo, o Termo Aditivo dele decorrente segue a mesma sorte, nos termos do artigo 59, *caput*, da Lei n.º 8.666/93.

Dessa forma, como acertadamente concluíram os órgãos de apoio, a irregularidade da 2ª fase (análise do contrato administrativo) reflete em suas alterações, não havendo caminho a ser trilhado que não seja o da declaração de ilegalidade do Aditivo de n.º 01.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanhando o posicionamento da 6ª ICE e do Ministério Público de Contas, com arrimo no artigo 4º, inciso III, alínea "b", do Regimento Interno do TC/MS, VOTO no sentido de:

1) Declarar a ***irregularidade*** do procedimento de licitação na modalidade Pregão Presencial n.º 052/2013 (**1ª fase**), nos termos do art. 120, inciso I, alínea "a", da Resolução Normativa n.º 76, de 11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS) c/c artigo 59, I, da Lei Complementar n.º 160/12;

2) Declarar a ***irregularidade*** da formalização do Contrato Administrativo n.º 134/2013 (**2ª fase**), nos termos do art. 120, inciso II, da Resolução Normativa n.º 76, de 11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS) c/c artigo 59, I, da Lei Complementar n.º 160/12;

3) Declarar a ***irregularidade*** do 1º Termo Aditivo ao Contrato Administrativo n.º 134/2013 **(3ª fase)**, nos termos do art. 120, inciso III, também da Resolução Normativa n.º 76, de 11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS) c/c artigo 59, I, da Lei Complementar n.º 160/12;

4) Aplicar multa regimental no valor de **100 (cem) UFERMS** ao Ordenador de Despesas, Sr. ***Ludimar Godoy Novais***, Ex-prefeito Municipal de Ponta Porã, responsável pelo Procedimento Licitatório na modalidade Pregão Presencial n.º 052/2013, pela formalização do Contrato n.º 134/2013 e pelo 1º Termo Aditivo ao Contrato Administrativo, por infração à norma legal, com base no artigo 170, inc. I c/c da Resolução Normativa n.º 76, de 11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS) c/c o art. 45, inciso I, da Lei Complementar n.º 160/12;

5) Conceder o prazo de 60 (sessenta) dias para que comprove o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul – FUNTC (art. 172, § 1º, inc. II, da Resolução Normativa n.º 76, de 11/12/2013, c/c art. 83, da Lei Complementar n.º 160/12), sob pena de execução; e

6) Comunicar o resultado do julgamento às autoridades administrativas competentes, com base no artigo 50 da Lei Complementar n.º 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, nos termos do voto da Relatora, pela irregularidade do procedimento de licitação Pregão Presencial n.º 052/2013, da formalização do Contrato Administrativo n.º 134/2013 e do 1º Termo Aditivo, e aplicação de multa.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo e Iran Coelho das Neves.

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

Campo Grande, 20 de junho de 2017.

Conselheira **MARISA JOAQUINA MONTEIRO SERRANO**

Relatora

Conselheiro **OSMAR DOMINGUES JERONYMO**
Designado para lavratura e assinatura do Acórdão,
nos termos do art. 73, §3º, do RI/TCEMS (RN 76/2013).

GAB. MAT

SETAC. TST/DSSM