



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

DECISÃO SINGULAR DSG - G.WNB - 3278/2019

PROCESSO TC/MS	: TC/13858/2017
PROTOCOLO	: 1826605
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUA CLARA
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: EDVALDO ALVES DE QUEIROZ
TIPO DE PROCESSO	: LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO - 1ª E 2ª FASES - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA EM GESTÃO PÚBLICA DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA - FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL E DE TERMOS ADITIVOS – IRREGULARES E ILEGAIS - MULTA REGIMENTAL

Vistos, etc.

O processo em epígrafe se refere ao Contrato Administrativo nº 32/2017 (fls.228) oriundo do procedimento licitatório na modalidade Tomada de Preços nº 1/2017 - tipo melhor técnica e preço, estando sob análise o procedimento licitatório, a formalização contratual e os termos aditivos, firmado entre o **Município de Água Clara**, como contratante e de outro lado à empresa **Jeanne S. dos Santos - Epp** como contratada.

O objeto do presente instrumento é prestação de serviços técnicos especializados de assessoria e consultoria em gestão pública da administração direta para assistir e orientar normativamente na execução dos contratos e ainda manifestando e opinando por meio de pareceres, notas técnicas escritas sobre procedimentos sujeitos a fiscalização e acompanhamento dos órgãos



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

de controle interno e externo mediante a minuta e elaboração de respostas às notificações e eventuais recursos administrativos, com o valor de R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais).

O 1º Termo Aditivo (fls. 295) teve como objeto a prorrogação da vigência do Contrato Administrativo nº 32/2017 por mais 12 (doze) meses, com término previsto para 12/04/2019.

Inicialmente, a 2ª Inspeção de Controle Externo procedeu à intimação do Senhor Edvaldo Alves de Queiroz, Prefeito do município, para que encaminhasse a esta Corte de Contas o documentos, dados ou informações faltantes, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 95 do Regimento Interno, conforme Termos de Intimação “**INT-2ICE-19491/2017**” (fls.252/253) e “**INT-2ICE-8273/2018**” (fls. 277/279).

Respostas juntadas às fls. 257/276 e 302/361.

Após a análise das razões da defesa e dos documentos que compõem os autos, a 2ª ICE emitiu o seu juízo de valor manifestando-se pela **irregularidade** e **ilegalidade** do procedimento licitatório em razão que objeto licitado deveria ser realizado por servidores do quadro próprio do órgão, investidos por meio de concurso público, prazo inferior de 30 dias entre a divulgação da licitação e a realização do evento e pelas irregularidades das exigências do edital licitatório para a habilitação dos licitantes, pela **Irregularidade** e **ilegalidade** da formalização do contrato administrativo e dos 1º termo aditivo já que amparados em procedimento licitatório irregular, contaminando os atos subsequentes, nos termos do § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993, consoante Análise “**ANA - 2ICE - 4781/2018**” (fls. 367/378).

O douto Ministério Público de Contas, analisando os documentos acostados nos autos, por meio do Parecer “**PAR - 4ª PRC - 3255/2019**”



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

(fls. 379/381) opinou pela **irregularidade** e **ilegalidade** do procedimento licitatório, em razão do objeto ser consistente em atividades permanentes e contínuas do Órgão, caracterizando substituição de mão-de-obra, pelas exigências do edital licitatório, caracterizando comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época, **irregularidade** e **ilegalidade** da formalização do contrato administrativo e dos 1º termo aditivo por contaminação dos atos antecedentes e aplicação de **multa regimental** em razão do objeto ser consistente em atividades permanentes e contínuas do Órgão, caracterizando substituição de mão-de-obra, pelas exigências do edital licitatório, caracterizando comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época.

É o relatório.

Cumpridos os pressupostos processuais, estando regularmente instruído, passo ao exame do mérito, nos termos do artigo 112, Parágrafo único, II, “b”, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Normativa nº 76/2013.

O mérito da questão assenta-se sobre a análise do procedimento licitatório, formalização do instrumento contratual e de seu aditivo, nos termos do art. 120, I e II, e § 4º do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013.

Depreende-se da leitura dos autos que a Equipe Técnica e o Ministério Público de Contas foram unânimes ao se manifestarem pela **irregularidade** e **ilegalidade** do procedimento licitatório, da formalização contratual e do 1º Termo Aditivo.

Primordialmente, há de se ressaltar que o procedimento licitatório escolhido para a contratação de serviços técnicos especializados de assessoria e consultoria em gestão pública da administração direta foi na modalidade Tomada de Preços do tipo melhor técnica e preço.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

Acerca do tema, imperioso destacar que a terceirização de serviços públicos é aplicada, em regra, nos casos que envolvam atividades-meio (instrumentais) do órgão público, salvo alguns casos que, em função da especificidade (ou singularidade) e da complexidade do objeto, da notoriedade profissional do prestador dos serviços e da absoluta necessidade ou urgência da contratação, admite-se a contratação de terceiros para a realização de atividade-fim.

No caso em testilha, é inegável a pretensão do jurisdicionado em substituir servidores concursados por empresa contratada (terceirizada), com violação dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inscrito no art. 37 “caput” da Constituição Federal, especialmente com afronta ao disposto no seu inciso II, que estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Nessa ocasião, a vigência do contrato por doze meses, com a possibilidade de prorrogação (cláusula quinta do contrato colacionado as fls. 228/238), demonstra que se trata de prestação de serviço continuada com a substituição indevida de servidor, sendo que o prazo estendido para a execução do objeto caracteriza, ostensivamente, ofensa ao princípio constitucional da eficiência.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

Destarte, os cargos de assessoria e consultoria em gestão pública deve ser de provimento efetivo e requer obrigatoriamente prévia aprovação em concurso público, conforme determina a regra do art. 37, II, da Constituição Federal. Trata-se, pois, de cargo que deve estar previsto e preenchido/ocupado no quadro de servidores efetivos de órgão público, visto ser função essencial, de caráter contínuo e permanente.

Outrossim, o presente tema já foi objeto de análise no Parecer C n. 00/0044/2001 deste Tribunal (Processo TC/MS n. 4643/2001), em Consulta formulada pela Câmara Municipal de Ponta Porã, que no quesito n. 5, respondeu do modo seguinte:

“Qual a possibilidade da Câmara Municipal terceirizar os serviços de: Assessoria Jurídica, Segurança, Copeira, Faxineira, Operador de Som e Escriturário, e quais os limites permitidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal?”

Resposta - **“Somente poderão ser terceirizados pela Câmara Municipal, os serviços relativos à atividade-meio**, dentre os quais, os que se referem à “segurança”, “copeira”, “faxineira” e “operador de som”.

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.” (grifei e destaquei)

Nesta mesma linha de pensamento, tem-se manifestado o Tribunal de Contas da União conforme se extrai da leitura dos Acórdãos n.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA
1521/2016 e 1466/2010 – Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

“ 9.9.2.1 . a terceirização de atividades finalísticas ou de funções contempladas nos planos de cargos configura ato ilegítimo e não encontra amparo no art. 25, § 1º, da Lei 8.987/95, cuja interpretação deve se amoldar à disciplina do art. 37, inc. II, da Constituição Federal;

9.9.2.4. não será considerada de boa -fé por este Tribunal a terceirização de serviços que envolvam a contratação de profissionais existentes no Plano de Cargos e Salários do órgão ou entidade por contrariar o art. 37, inc. II, da Constituição Federal e, ainda, por poder implicar futuros prejuízos ao Erário, decorrentes do eventual acolhimento, pela Justiça do Trabalho, de pleitos dos terceirizados, garantindo-lhes o direito ao recebimento das mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, na esteira da Orientação Jurisprudencial 383 SDI-1 do TST; (...). (grifei e destaquei)

“ Não devem ser terceirizados serviços relativos às atividades fins da instituição pública contratante, bem como aqueles contemplados nas atribuições dos cargos que compõem sua estrutura organizacional. Por conseguinte, quando existir tal previsão com relação a serviços advocatícios e contábeis, a terceirização só deverá se referir a casos pontuais , em que a natureza dos serviços a serem executados exija conhecimento técnico específico.” (grifei e destaquei)

Quanto à atestação de capacitação técnica fornecida pela empresa licitante vencedora, é de se ter presente o teor dos itens 6.6.2.3 e 7.3.3 do Edital ora discutido: atestados de capacidade técnica que comprove atuação de no mínimo 3 (três) serviços em Administração Pública e em consultoria na área do objeto licitado, prestado dentre o período de 2012 aos dias atuais".



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

Note-se que a exigência em comento não encontra respaldo legal, havendo jurisprudência assentada a respeito, como podemos constatar da análise do Acórdão n. 1.948/2011, emitido pelo TCU de cujo voto reproduzo o seguinte trecho:

"10. Nesse prisma, ressalto que, em regra, a exigência de mais de um atestado de capacidade técnica (mínimo dois) , fornecidos por empresas diferentes, restringe a competitividade do certame, violando o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que, nos processos de licitação pública, somente serão admitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações que serão contratadas.

Ainda sobre o assunto, importante se faz salientar o voto exarado pelo Ministro Augusto Sherman Cavalcanti no voto condutos do acórdão nº 1.937/2003, vejamos:

"Nesse contexto, o estabelecimento de uma quantidade mínima e/ou certa de atestados fere o preceito constitucional da isonomia porque desigualta injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Como dizer que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois? **Ora, a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não existe.** Garantida a capacitação por meio de um atestado, não vejo como a Administração exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais. A partir desses comentários, **considero não restar dúvidas de que a exigência de um número mínimo e/ou certo de atestados ou certidões de qualificação técnica é incompatível com o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e, consequentemente, com o art. 3º da Lei n. 8.666/1993.**"



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

Compulsando os autos, ainda verifico que houve várias irregularidades no que diz respeito às exigências do edital licitatório das quais, comungo o entendimento sedimentado pela Inspeção técnica.

Com relação ao instrumento de contrato, este foi formalizado de acordo com as determinações do capítulo III da Lei Federal nº 8.666/93 e estabelece com clareza e precisão as condições para a sua execução. No entanto, aponta-se que tendo havido o julgamento quanto à **irregularidade** do procedimento licitatório, não há como se ratificar o contrato administrativo dele decorrente, nos termos do artigo 49 §2º, da Lei nº 8.666/93¹.

Quanto à intempestividade, verifico que não fora respeitado o prazo previsto pela INTC/MS n.º 54/2016, vigente à época conforme se observa do quadro abaixo:

ESPECIFICAÇÃO	MÊS/DATA
Publicação do extrato do contrato	19/04/2017
Prazo para remessa eletrônica	19/05/2017
Remessa	29/06/2017

Dessa forma, entendo que deve ser aplicada a multa regimental a Sr Sr. Edvaldo Alves de Queiroz Prefeito municipal de Água Clara/MS, como prevê o art.46,§ 1º, da Lei Complementar n.º 160/2012² c/c o Provimento n.º

¹ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. § 2º **A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato**, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

² Art.46 – A multa incidente sobre a falta de remessa tempestiva de informações, dados ou documentos ao Tribunal corresponde ao **valor de uma UFERMS por dia de atraso, não podendo**



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA
02/2014, haja vista que o prazo fora extrapolado em **mais de 30 dias.**

De igual forma, quando da verificação de irregularidade do Contrato Administrativo, o advindo Termo Aditivo segue a mesma sorte, nos termos do artigo 59, caput, da Lei n.º 8.666/93³.

Desta forma, acolho o posicionamento adotado pelo Corpo Técnico e pelo eminente Procurador de Contas porquanto, de fato, o procedimento licitatório e a formalização do contrato administrativo se mostram inadequados às normas legais vigentes.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 21, II e artigo 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, combinado com os artigos 9º e 10, II e artigo 120, I e II, da Resolução Normativa TC/MS nº 76, de 11 de dezembro de 2013, **DECIDO:**

I – Pela **IRREGULARIDADE** e **ILEGALIDADE** do procedimento licitatório Tomada de Preços nº 1/2017 realizado pelo Município de Água Clara, nos termos do inciso III do art. 59, cc. o inciso IX do art. 42, ambos da Lei Complementar nº 160/2012, cc. o inciso I, “b”, II, e 121 do Regimento Interno, pelas ; infringência ao artigos 42, I e IX, 59, III da Lei Complementar nº 160/2012; artigo 37, caput, da CF; artigos 3º, 30, IV, § 5º da Lei Federal nº 8.666/93;

II – Pela **IRREGULARIDADE** e **ILEGALIDADE** da formalização do Contrato Administrativo nº 32/2017, celebrado entre o Município de Água Clara (CNPJ nº 03.184.066/0001-77), e a empresa Jeanne S. dos Santos - Epp (CNPJ nº

ultrapassar o valor correspondente ao de trinta UFERMS.

³ Art. 59. **A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.**



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

14.984.073/0001-70), tendo em vista o vício da licitação o qual contamina toda a contratação, nos termos do § 2º do artigo 49 da Lei Federal nº 8666/93; do artigo 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012, c/c o inciso II, do artigo 120, e inciso II, do artigo 121, ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 76, de 11 de dezembro de 2013, pela infringência ao § 1º, do artigo 22, da Lei Complementar nº 160/2012, artigo 37, caput, da CF; artigo 49 da Lei Federal nº 8666/93;

III - Pela **IRREGULARIDADE** e **ILEGALIDADE** da formalização do Termo Aditivo nº 1 ao Contrato Administrativo nº 32/2017, celebrado entre o Município de Água Clara (CNPJ nº 03.184.066/0001-77), e a empresa Jeanne S. dos Santos - Epp (CNPJ nº 14.984.073/0001-70), nos termos do inciso III do art. 59 da Lei Complementar nº 160/2012, cc. o inciso III do § 4º do art. 120, cc. a alínea “a” do inciso IV do art. 121 do Regimento Interno, em razão do 1º termo aditivo, embora regular, se encontrar amparado procedimento licitatório ilegal e irregular, contaminando, os atos subsequentes uma vez que a irregularidade do procedimento licitatório e do contrato induz a da formalização do termo aditivo, nos termos do § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993.

IV – Pela aplicação de **MULTA** regimental no valor de **100 (cinquenta) UFERMS** ao Ordenador de Despesas, Sr. Edvaldo Alves de Queiroz Prefeito municipal de Água Clara/MS, por infração à norma legal, com base no artigo 170, inc. I c/c da Resolução Normativa nº 76, de 11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS) c/c o art. 45, inciso I, da Lei Complementar nº 160/12.4)

V - Pela aplicação de **MULTA** equivalente ao valor de **30 (vinte) UFERMS**⁴ ao Sr. Sr. Edvaldo Alves de Queiroz Prefeito municipal de Água Clara/MS, pela não remessa de documentação obrigatória ao Tribunal de Contas

⁴ Art.46 – A multa incidente sobre a falta de remessa tempestiva de informações, dados ou documentos ao Tribunal corresponde ao valor de uma UFERMS por dia de atraso, não podendo ultrapassar o valor correspondente ao de trinta UFERMS



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA
dentro do prazo legal, com base no art.10, §1, III, da RN n.º 76/13 c/c o art.44, I, da LC n.º 160/12.

VI – Pela **CONCESSÃO** do 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, inc. VI, § 1º, inc. II, da Resolução Normativa nº 76, de 11/12/2013, c/c art. 83, da Lei Complementar nº 160/12), sob pena de execução;

VII – Pela **COMUNICAÇÃO** do resultado do julgamento às autoridades competentes, com base no art.50, da LC n.º 160/2012.

É a Decisão.

Nos termos do artigo 70, §2º, do Regimento Interno, determino a remessa destes autos ao Cartório para providências regimentais, observando-se que, após, devem os autos ser encaminhados à inspetoria competente para análise da execução contratual (3ª fase).

Campo Grande/MS, 22 de março de 2019.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA