DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 8488/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/9751/2013
PROTOCOLO	: 1423911
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE ITAQUIRAÍ
ORDENADOR DE DESPESA	: RICARDO FAVARO NETO
CARGO DO ORDENADOR	: PREFEITO (gestão: 1/1/2013 a 31/12/2020)
ASSUNTO DO PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO Nº 28/2013
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	: CONVITE Nº 02/2013
CONTRATADO(A)	: CONSULTORIA E ASSESSORIA PARA AGRICULTURA FAMILIAR LTDA - SECAF
OBJETO	: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRSTAR ASSESSORAMENTO E CONSULTORIA NA SECRETARIA MUNICIPAL DE AGRICULTURA, PECUÁRIA E MEIO AMBIENTE E AOS AGRICULTORES FAMILIARES, NO ACOMPANHAMENTO E ORIENTAÇÃO NA ÁREA TÉCNICA E AGRONÔMICA
VALOR INICIAL	: R$ 79.866,00
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria dos autos trata do exame de regularidade do **procedimento licitatório (Convite nº 2/2013)**, bem como da **formalização do Contrato Administrativo nº 28/2013, dos Termos Aditivos nº 1 e 2 e da execução financeira e orçamentária da contratação**, celebrada entre o Município de Itaquirai e a empresa Consultoria e Assessoria para Agricultura Familiar Ltda. – SECAF, tendo como objeto a contratação de empresa especializada para prestar assessoramento e consultoria na Secretaria Municipal de Agricultura, Pecuária e Meio Ambiente e aos agricultores familiares, no acompanhamento e orientação na área técnica e agronômica.

Ao examinar os documentos, a 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ª ICE) concluiu pela regularidade da execução contratual, mas pela irregularidade do procedimento licitatório do Convite nº 2/2013, da formalização do Contrato Administrativo nº 28/2013 e os respectivos aditivos contratuais, face aos seguintes apontamentos (pç. 50, fls. 685-694):

> 1- Constatamos que o contrato em epígrafe trata-se de uma contratação de empresa para a prestação de serviços técnicos de assessoria e consultoria na Secretaria Municipal de Agricultura Pecuária e Meio Ambiente e aos agricultores familiares, no acompanhamento e orientação na área técnica e agronômica. Em conformidade com o Parecer C nº 00/0044/2001, de 17/10/2001, em regra os serviços de Consultoria e Assessoramento devem ser preenchidos, por intermédio de concurso público, pois relacionam a atividade fim do Órgão ou Entidade, podendo, porém serem contratados quando envolverem serviços relativos a área-meio, ou ainda quando envolverem serviços técnicos especializados e quando o serviço for singular, nos termos que disciplina (art. 13 e 25 da Lei Federal nº 8.666/93).

2- O somatório dos Termos Aditivos extrapola o valor permitido da modalidade realizada (Convite), contrariando o art. 23 c/c art. 57, inciso II da Lei Federal n° 8.666/93 e alterações.

O membro do Ministério Público de Contas, por sua vez, acompanhou em partes o posicionamento da 1ª ICE e emitiu o Parecer 2ª PRC 10175/2017 (pç. 51, fls. 695-698), opinando pela adoção do seguinte julgamento:

I – Pela **irregularidade e ilegalidade** do Processo Licitatório, da formalização do instrumento contratual, formalização dos termos aditivos e execução do Contrato Administrativo nº 028/2013, celebrado entre as partes inicialmente nominadas, com fulcro nas disposições do artigo 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, c/c o art. 120, incisos II e III, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Normativa TC/MS 76/2012, com aplicação de multa regimental devida as irregularidades apontadas ao Senhor Ricardo Favaro Neto.

II – pela **impugnação de despesas no valor de R$ 133.807,75** a serem responsabilizadas ao gestor nominado no item anterior, por exceder o limite legal previsto para a modalidade Convite previsto no artigo 23, inciso II, letra "a" da Lei nº 8.666/93.

É o Relatório.

D E C I S Ã O

A – DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (CONVITE Nº 2/2013)

Inicialmente, cumpre-me avaliar o ponto nodal das insurgências dos órgãos de apoio no caso sob exame, isto é, se o procedimento licitatório (Convite nº 2/2013), de fato, tem como objeto a alegada "terceirização da atividade-fim" inerente do Município de Itaquirai ou, ainda, se tal contratação ocasiona a substituição dos servidores efetivos e comissionados da Secretaria de Agricultura, Pecuária e Meio Ambiente do mencionado município.

Pois bem, o objeto da licitação em voga pretende a seleção da melhor proposta para contratação de empresa para prestar assessoramento e consultoria, no acompanhamento e orientação na área técnica e agronômica, objetivando captar recursos por intermédio da organização, elaboração, acompanhamento de projetos e orientação na prestação de contas, orientar tecnicamente os projetos pecuários que inclui o melhoramento genético do gado leiteiro, através de banco de sêmen e melhoramento da alimentação animal, a fim de proporcionar apoio na sustentabilidade e viabilidade econômica dos agricultores familiares (pç. 11, fl. 41).

De modo geral, 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.

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 destacado o trecho de interesse:

> "(..) "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.

Entretanto, convém mencionar não ser tão fácil a diferenciação, na análise do caso concreto, de atividade-fim ou função essencial do órgão e atividade-meio, especialmente porque tenta-se incluir os entornos preparativos do ato administrativo no ato que, efetivamente emanado, manifesta a vontade do Estado, malferindo princípios constitucionais não menos importante, como o da *eficiência*, da *razoabilidade* e da *primazia do interesse público*.

Além do mais, há uma frequente confusão que se tende a fazer entre *"terceirização de mão de obra"* e *"prestação de serviços"*, sendo este um ponto fundamental que deve ser esclarecido.

Embora o termo "*terceirização de serviços*" é usado corriqueiramente nos meios jurídicos, quando se contrata uma empresa que preste serviços ao estado, não é disso que se trata. Essa confusão se dá porque é vedada a prestação de serviços quando esta venha se revestir de verdadeira terceirização de mão de obra, burlando a regra geral do concurso público, camuflando um nepotismo ou utilizando a vedada pessoalidade na contratação.

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

Esclarecedoras são as considerações do Professor Marçal Justen Filho[2] sobre os limites que devem ser impostos a essas contratações:

> "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 se 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."

Condensando tais ensinamentos, o limite norteador das contratações de prestação de serviços das atividades administrativas envolve o poder de império estatal, ou seja, aquelas atividades que exigem atos de império e autoridade, como por exemplo, deliberação, segurança, fiscalização, regulação e poder de polícia.

Essas são atividades estatais que, em sua essência, dependem que as autoridades administrativas estejam investidas com prerrogativas necessárias à satisfação dos interesses públicos tutelados e que, portanto, não podem ser delegadas/transferidas a agentes ou empresas privadas, por não ostentarem tais condições.

Nesse sentido, a lição de Marcos Juruena Vilela Souto[3] revela o seguinte:

---

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

[3] Direito Administrativo das Concessões / Marcos Juruena Villela Souto, 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 311

> "A regra é que, para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo público e provido por um servidor selecionado por concurso público. **Só que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do Poder Público, notadamente as que exigem manifestação de poder de império (política, fiscalização, controle, justiça).**"

Assim, uma vez demonstrada a distinção entre *terceirização de mão de obra* e a *contratação de prestação de serviços*, assim como delimitado o conceito de atividade-fim no âmbito administrativo, nada obsta que o administrador, no exercício de sua competência discricionária que lhe é atribuída, entenda que determinada atividade-meio será melhor desempenhada por meio de contrato de prestação de serviços do que por meio de servidores ocupantes do cargo efetivo.

Tal competência do gestor, embora discricionária, deve ser balizada pelo princípio da *eficiência*, haja vista que quando este princípio ampara a tomada de decisão, significa que não devem ser levados em consideração apenas os aspectos econômicos, mas, em especial, **o dever de buscar os melhores resultados na execução de determinada atividade**, com vistas a identificar a forma pela qual melhor será atendido o interesse público.

Desta feita, a Constituição Federal, em seu artigo 37, incisos II, IX e XXI tratou da prestação de serviços de pessoas físicas e jurídicas para o ente público, sem olvidar da outras formas, como concessão, permissão e delegação que estão dispostas nos artigos 175 e 236.

A prestação de assessorias, consultorias e de auditoria, como aqui no caso examinado, bem como outros serviços técnicos especializados, serviços advocatícios e de patrocínio de causas judiciais e administrativas, tem sustentação em sede privilegiada no inciso XXI do art. 37, da Constituição, que assim dispõe:

> Art. 37 [...]
> [...]
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, **serviços**, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

A União, autorizada pela competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, da CF/1988), editou a Lei (federal) 8.666/93, e nela conceituou os serviços que poderiam ser contratados através do procedimento licitatório, na forma do inciso II, do artigo 6º, abaixo transcrito:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
> [...]
> II - **Serviço** - toda 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**;

Os serviços técnicos profissionais, nos quais estão enquadrados os aqui examinados, foram elencados no art. 13, do referenciado diploma legal:

> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se 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;
> VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Nesse pensar, o inciso XXI, do art. 37 da Constituição, reserva evidente discricionariedade ao administrador, que, na forma da disposição legal, é autorizado a contratar a prestação de serviços, em especial os técnicos especializados retrocitados, sendo que, uma vez observados o interesse público, conveniência e oportunidade, a contratação de tais serviços é lícita, porquanto permitida pela Constituição, dentro dos parâmetros impostos pela Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas.

Mais além, tenho por discordar do entendimento de que certos cargos efetivos devem ser considerados atividade-fim de determinado órgão quando estes não detém a prerrogativa do monopólio estatal, bem como que os referenciados servidores não possam ser assessorados ou capacitados por empresas ou prestadores privados (com serviços de treinamento, auditoria, assessoria e consultoria etc.), para melhor emanarem seus atos administrativos privativos de monopólio estatal, quando for o caso.

A Ministra Rosa Weber, por ocasião da relatoria do RE n.760.931, reforçou que a contratação de prestador de serviço é prerrogativa constitucional dada pelo inciso XXI, do artigo 37 e traz inúmeras vantagens como redução dos custos da tomadora pela competição entre as prestadoras, substituições de custos fixos por variáveis de correntes da manutenção por vezes ociosas de estruturas de apoio, pela especialização da atividade, otimização de espaços físicos e a sua necessária infraestrutura, conforme trecho relevante abaixo transcrito:

> (...) 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." (RE 760.931, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 26.04.2017, DJe 12.09.2017)

No presente caso, observo que a licitação tem como escopo concentrar as ações e esforços da Administração em segmentos considerados mais relevantes e, principalmente, na atividade finalística do órgão, já desempenhada pelos servidores.

Significa então que estes assessoramentos devem ser entregues em forma de serviço, ou seja, relatórios, pareceres e manifestações técnicas, auditorias, projetos, entre outros que demonstrem, tão somente, o suporte ao(s) ato(s) administrativo(s) e à tomada de decisões estratégicas, estes sim, exclusivamente adotados pelo servidor investido na respectiva função estatal.

Com efeito, o servidor do município não se preocupará com construções braçais e até de demoradas pesquisas, podendo se concentrar na sua atividade finalística de, com maior qualidade, apreciar os relatórios, avaliar as soluções e estratégias propostas, orientar-se em relação às situações e dificuldades que afligem cotidianamente o órgão, a verificação das consistências das informações apuradas pelo setor, entre outros, as quais serão atendidas mediante estudos, orientações, reuniões, pareceres opinativos etc, a serem desempenhados pelo prestador contratado.

A aludida assessoria e consultoria licitada, a meu ver, não emana nenhum ato administrativo em substituição ao funcionário efetivo. Quem pesquisará, reunirá o maior número de informações, avaliará possíveis resultados, condições e situações específicas da agricultura familiar, positivas e negativas, elaborará parecer opinativo sobre a demanda do setor e sugerirá ações iniciais para correções ou inovações será o prestador de serviços, mas de posse dessas informações quem tomará as providências necessárias e determinará as medidas cabíveis é o gestor, o secretário, servidor, etc.

Nesse sentido, é clarividente que o objeto do Convite nº 2/2013 tratou de atividades de apoio e, portanto, nem há terceirização, e sim contratação de prestação

de serviços especializados de que trata o art. 37, XXI da CF/88, com atendimento ao previsto nos arts. 6º e 13, da Lei (federal) 8.666/93.

A propósito, há um raciocínio na doutrina que entende como excessiva a criação de cargos para funções, ou competências dentro de cargos que não são de monopólio estatal. Essa preocupação já tinha sido percebida pelo legislador federal quando da edição do Decreto-lei nº 200/67, o qual previa que a Administração Pública se utilizasse sempre que possível da execução indireta de algumas atividades, mediante contrato e desde que satisfeitas algumas condições:

> Decreto-Lei 200/67:
> 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.**
>
> E, para Ronny Charles[4]:
>
> "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".

Além de tudo isso, é notória a insuficiência quantitativa e/ou qualitativa de profissionais especializados que assola a maioria dos municípios brasileiros. E ao contextualizar a estrutura de pequenos e médios municípios, como é o caso de Itaquirai, vejo como justificada a contratação dos profissionais especializados para auxiliar as atividades desempenhadas pelos servidores do ente administrativo, e não havendo para tal a necessidade de nenhum requisito a mais que não seja a licitação em regra (inciso XXI, do art. 37 da CF/1998 e artigos 6º, II e 13 da Lei n. 8.666/1993).

No campo jurisprudencial, transcrevo o julgamento do Recurso Extraordinário 760.931/DF de relatoria da Ministra Rosa Weber, no qual o STF colocou sob o foco principal para avaliar a licitude da contratação no âmbito da Administração pública o princípio da eficiência:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚ-

[4] Lei de Licitações Públicas comentadas /Ronny Charles Lopes de Torres. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. P. 146-147

> BLICA. 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 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 Administração 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. [...] (Recurso Extraordinário 760.931 – DF – rel. Min. Rosa Weber – Red, Acordão – Min. Luiz Fux – 30.03.2017.)

Noutro julgamento, concluiu o Ministro Barroso, do STF, ao conceder Mandado de Segurança para anular ato do TCU que vedou à Eletrobras a renovação de contrato firmado com sociedade de advogados para acompanhar processos judiciais em que a estatal é parte ou terceira interessada, no Estado do Paraná sob o fundamento de que a contratação de serviços advocatícios por estatais é possível, desde siga os princípios da eficiência, impessoalidade e moralidade:

> 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 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14839789. MS 31718 / DF 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. [...] (STF - MS 31.718. DF – Rel. Min.Luiz Roberto Barroso - 13.11.2017)

Destaco ainda recentíssima decisão do TCU, em resposta a consulta formulada pela FUNASA:

> 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.
> 5. No intuito de contextualizar a questão, o mencionado ofício firmado pelo Presidente da Funasa apresenta as seguintes considerações:
> [...] a **FUNASA, entidade da administração pública indireta, possui quadro técnico insuficiente**, fazendo com que os poucos servidores efetivos atuem também em atividades complementares, que possuem característica circunstancial, já que ligadas à variação do número de convênios e instrumentos congêneres em execução de acordo com a necessidade situacional do saneamento em cada região.[...] **A demanda justifica-se, também, porque a conjuntura tende a se agravar devido ao fato de que a área técnica de engenharia passará por grande redução no exíguo número de profissionais que trabalha no setor**, em virtude das aposentadorias previstas e do encerramento, este ano, do contrato temporário de servidores que atuam nas áreas técnicas.
> **O cenário iminente de escassez de profissionais para atuar na área estratégica de engenharia de saúde pública, certamente influenciará no resultado esperado nas metas de universalização estipuladas nas políticas públicas** desenvolvidas pelo Estado para assegurar o direito constitucionalmente previsto de acesso ao saneamento, e assim, garantir a saúde das populações alvo de suas atividades.[...]
> 22. Por sua vez, o Ministério Público junto a este Tribunal (MPjTCU) assevera que: 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 Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, com alterações das Leis 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, 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 [...]

> 34. **No mesmo artigo, o mencionado decreto flexibilizou a possibilidade de execução indireta para "os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput (...) , vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado**".
> 35. Tal comando demonstra que a Administração Pública poderá contratar serviços para o apoio das atividades previstas no caput do art. 3º**, sem poder, entretanto, transferir a decisão para terceiros, ou seja, o protagonismo deverá permanecer em suas mãos.** [...]
> 38. Diante do exposto, acolho o ajuste proposto pelo parecer do Parquet no encaminhamento apresentado pela unidade técnica, apenas com a supressão da menção às Leis 6.019, de 3 de janeiro de 1974, com alterações das Leis 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, em face dos cuidados reportados no item 32 deste voto, no sentido de informar ao consulente que:
> 16.2.1**. 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.[...]
> 9.2.4**. é recomendável** 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.) [...] (TCU - CONSULTA (CONS): 02374620181, Relator: AUGUSTO NARDES, Data de Julgamento: 13/05/2020, Plenário)

Infere-se do excerto acima que a Corte de Contas da União andou bem ao confirmar a possibilidade da contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios ou complementares, hoje realizados por **servidores efetivos da área técnica** da Fundação Nacional da Saúde, limitando tal contratação de modo a evitar relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, a pessoalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia.

Por tudo que fora exposto, no caso ora examinado, verifico estarem presentes os aspectos da possibilidade da contratação dos serviços objeto do Convite

2/2013, sem que estes configurem a alegada terceirização de mão de obra para desempenho de qualquer atividade fim do ente administrativo ou a substituição de servidores efetivos, notadamente em razão do atendimento das disposições contidas no art. 37, XXI, da Constituição Federal e arts. 6º, II e 13, ambos da Lei (federal) 8.666/93.

B – DA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO Nº 23/2013

Em relação à formalização do Contrato Administrativo nº 23/2013, com vigência de 4/4/2013 a 4/1/2014, o ponto de controvérsia reside na alegação de que o mesmo decorre de procedimento licitatório irregular e, por via de consequência, também estaria maculado.

Nos termos dispostos no art. 121, do Regimento Interno desta Corte de Contas, o exame da prestação de contas, perante o TCE/MS, de uma contratação feita pelo Poder Público (procedimento licitatório, formalização contratual e execução da contratação), ocorre de forma distinta e autônoma, na medida em que a irregularidade de uma fase anterior não acarreta, necessariamente, a irregularidade da fase seguinte.

Colaciono, por oportuno, o Acordão do TCE/MS AC01 – 660/2016, TC/3567/2003 – Primeira Câmara, da relatoria do Conselheiro Jerson Domingos, julgado em 15/03/2016:

> EMENTA: CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO JULGADO IRREGULAR – INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DE FASES – IRREGULARIDADE QUE NÃO AFETA AS FASES POSTERIORES – FORMALIZAÇÃO DE TERMO ADITIVO – JUSTIFICATIVA – PARECER JURÍDICO – AUTORIZAÇÃO – EXECUÇÃO FINANCEIRA – NOTA DE EMPENHO – NOTAS FISCAIS – TERMO DE ENCERRAMENTO – TEMPESTIVIDADE DA PUBLICAÇÃO E REMESSA DOCUMENTAL – REGULARIDADE.
> O julgamento pela irregularidade do procedimento licitatório não acarreta a irregularidade das fases posteriores em razão da independência e autonomia das fases de prestação de contas.
> São regulares a formalização de termo aditivo e execução financeira de contrato que realizadas de acordo com a lei.

Assim, ao contrário do proposto pelas equipes de apoio, ainda que fossem constatadas irregularidades no procedimento licitatório – o que não é o caso, as mesmas não induziriam, apenas por consequência, as fases posteriores da prestação de contas, visto que tal apreciação ocorre de forma individualizada, na forma do mencionado art. 121, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TC/MS nº 98/2018).

C – DOS TERMOS ADITIVOS Nº 1/2014 e 2/2014

Adiante, passo à análise da **formalização dos Termos Aditivos nº 1/2014 e nº 2/2014**, ao Contrato Administrativo nº 23/2013, abaixo discriminados:

T.A	Objeto	Valor do Aditivo	fls.
1/2014	**-** Prorrogação da vigência de 4/1/2014 a 4/10/2014; **-** Acréscimo de valor	Acréscimo de R$ 99.832,50	211-227
2/2014	Prorrogação da vigência contratual de 5/10/2014 a 5/1/2015; - Acréscimo de valor;	Acréscimo de R$ 34.109,25	383-405

Voltando-se ao procedimento licitatório do Convite nº 2/2013, os valores foram estimados em R$ 79.866,00, o que permitiu a seleção de tal modalidade licitatória, haja vista que à época possuía um teto máximo de R$ 80.000,00 para aquisição de bens e serviços, conforme estipulado no art. 23, inciso II, alínea "a", da Lei (federal) 8.666/93.

Ademais, é cediço que a mencionada legislação não da aso para acréscimo de valores acima do limite de 25% sob o valor inicial do contrato, salvo em hipóteses específicas de comprovada necessidade de reequilíbrio econômico financeiro, conforme se denota do art. 65, da Lei (federal) 8.666/93, abaixo transcrito:

> Lei (federal) 8.666/93
>
> **Art. 65.** Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
> (...)
> **§ 1º** O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os **acréscimos** ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, **até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato**, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) para os seus acréscimos.
> § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:
> (...)
> II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.
> § 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.
> § 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.
> § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

> § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.
> (...)

Portanto, verifico que o Termo Aditivo nº 1/2014 aditou os valores em 125% do valor inicial do Contrato Administrativo nº 23/2013 (R$ 79.866,00), na ordem de R$ 99.832,50, e o Termo Aditivo nº 2/2014 aditou em 42,70% os respectivos valores iniciais, em desconformidade com art. 65, §1, da Lei (federal) 8.666/93.

Não obstante, ao analisar os valores resultantes dos aditivos contratuais retro indicados, é possível constatar que tais quantias somadas ao valor do contrato ultrapassaram o limite máximo da modalidade licitatória.

Por conseguinte, os aditamentos realizados acarretaram um aumento no valor do contrato, que somado ao valor original totaliza a quantia de R$ 213.808,46, superando dessa forma, o limite máximo de R$ 80.000,00 inscrito no art. 23, inciso II, alínea "a", da Lei (federal) 8.666/93.

Logo, a seleção da modalidade licitatória deve levar em conta o valor para o prazo máximo que se pretende a prestação dos serviços, o que não foi observado pelo jurisdicionado.

Sobre o tema, Jessé Torres P. Júnior e Marinês Restelatto Dotti, na obra *"1000 perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira. Editora Fórum, 2017, pg. 571-2)"*, elucidam o seguinte:

> Chega-se ao valor estimado do objeto pelo cálculo de sua totalidade, prazo de execução e custo, apurado segundo ampla pesquisa de mercado.
> Veja-se o que dispõe o art. 8º, da Lei nº 8.666/93 a respeito dos custos estimados de obras e serviços: "A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de execução".
> **Ao estimar o valor de um serviço de natureza contínua, a administração levará em consideração, para efeito de calcular a sua totalidade, o período inicial da vigência e as possíveis prorrogações até o limite de sessenta meses** (art. 57, II, da Lei nº 8.666/93).
> (...)
> **Alcançando o valor limite da modalidade licitatória, convite ou tomada de preços, não é admitida outra prorrogação do prazo de vigência contratual que o extrapole.** Se a modalidade licitatória é definida em conformidade com o valor estivado do objeto, computando-se as possíveis prorrogações, o prazo de vigência contratual limita-se a esse valor.

Em arremate, este Tribunal já firmou posicionamento pela impossibilidade de extrapolação do valor limite da modalidade licitatória escolhida, na hipótese de prorrogação dos contratos administrativos, a conferir:

EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO – LOCAÇÃO DE VEÍCULO – TERMOS ADITIVOS – FORMALIZAÇÃO – EXTRAPOLAMENTO DO LIMITE LEGAL – EXECUÇÃO FINANCEIRA – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS – IRREGULARIDADE – MULTA.
A formalização dos Termos Aditivos é irregular em razão do extrapolamento do limite de valor estabelecido para a modalidade convite, em desacordo com a legislação de licitações, ensejando a aplicação de multa ao responsável.
A execução financeira é irregular em razão da ausência de comprovação dos documentos fiscais na sua totalidade, em desacordo com a determinação legal, ensejando a aplicação de multa ao responsável.
(TCE/MS – AC02 1218/2018 – TC/4379/2010. 2ª Câmara. Relator: Cons. Osmar Domingues Jeronymo, data de julgamento: 27/3/2018)

EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA ADMINISTRATIVA E TRIBUTÁRIA – TERMO ADITIVO – FORMALIZAÇÃO – MODALIDADE LICITATÓRIA CONVITE – VALOR – EXTRAPOLAMENTO DO LIMITE MÁXIMO – IRREGULARIDADES – MULTA – EXECUÇÃO FINANCEIRA – DESPESAS LIQUIDADAS – REGULARIADE.
É irregular a formalização dos termos aditivos quando o valor total do objeto extrapola o valor máximo do previsto em lei na modalidade escolhida, sendo que a escolha da modalidade deve ocorrer de acordo com a estimativa do valor do contrato para todo o tempo de vigência, ensejando a aplicação de multa.
É regular a execução financeira quanto se tem harmonia entre os valores totais finais da contratação e dos documentos da despesa apresentados (empenho, liquidação e pagamento), conforme disposições legais.
(TCE-MS – AC 01 2168/2016 – TC/4879/2011. 1ª Câmara. Relator: Cons. José Ricardo Pereira Cabral, data de julgamento: 8/1//2016.

Nesse contexto, a formalização dos Termos Aditivos n. 1/2014 e 2/2014 estipularam acréscimos de valores acima de 25% sob a quantia inicialmente contratada, bem como ocasionaram a extrapolação do limite estabelecido para a modalidade licitatória da Carta Convite, com infringência aos artigos 23, inciso II, alínea “a” e art. 65, inciso I, ambos da Lei (federal) 8.666/93.

D – EXECUÇÃO CONTRATUAL

Do ponto de vista financeiro, observo o atendimento às disposições da Lei (federal) 4.320/64, visto que existe harmonia entre os valores registrados nos documentos da despesa (notas de empenho, notas fiscais e ordens de pagamento), conforme demonstrado no resumo da execução financeira elaborado pela unidade de auxílio técnico, nos seguintes moldes (pç. 60, fl. 691):

Valor Inicial do Contrato	R$ 79.866,00
Valor Total dos Termos Aditivos (T.A)	R$ 133.941,75
Valor Total do Contrato	R$ 213.807,75
Valor Empenhado (N.E)	R$ 213.807.75
Valor Empenhado Anulado (N.A.E)	R$ 0,00

Valor Total Empenhado (N.E – N.A.E)	**R$ 213.807.75**
Valor Liquidado (N.F)	**R$ 213.807.75**
Valor do Pagamento Efetuado (O.P/O.B)	**R$ 213.807.75**

Do quadro acima, observo que o gestor contratou o valor final de R$ 213.807,75, tendo efetivamente liquidado e pago toda a quantia empenhada, em consonância com as disposições da Lei (federal) nº 4.320/64.

No tocante à representação do membro do MPC pela impugnação integral do valor resultante da formalização dos aditivos contratuais (R$ 133.941,75), em razão da extrapolação aos limites legais para a modalidade licitatória do convite, entendo que tal irregularidade, embora de relevância substancial e passível de aplicação de multa, **não gerou qualquer dano ou prejuízo ao erário**, visto que a execução contratual está de acordo com as demais disposições legais, com a comprovação de que os recursos financeiros foram devidamente aplicados ao objeto do contrato.

Com isso, a meu ver, não há elementos nos autos que indiquem prejuízo ao erário capaz de justificar a impugnação de valores, sendo que a respectiva aplicação de multa ao responsável é suficiente no caso em apreço.

Por tudo que fora exposto, acompanho em partes os posicionamentos da 1ª ICE e do membro do Ministério Público de Contas, e **decido** no sentido de:

I - declarar, com fundamento no art. 59, inciso I, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, a **regularidade:**

> **1)** do **procedimento licitatório (Convite nº 2/2013)**, realizado pelo município de Itaquirai, tendo por objeto a contratação de empresa especializada para prestar assessoramento e consultoria na Secretaria Municipal de Agricultura, Pecuária e Meio Ambiente e aos agricultores familiares, no acompanhamento e orientação na área técnica e agronômica;
>
> **2)** da **formalização do Contrato Administrativo nº 28/2013**, celebrado entre o município de Itaquirai e a empresa Consultoria e Assessoria para Agricultura Familiar Ltda. – SECAF;
>
> **3)** da **execução contratual;**

II - declarar, com fundamento no art. 59, inciso III, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, a **irregularidade da formalização dos Termos Aditivos nº 1/2014 e 2/2014**, ao Contrato Administrativo nº 28/2013, tendo em vista que estipularam acréscimos de valores acima de 25% sob a quantia inicialmente contratada, bem como ocasionaram a extrapolação do limite estabelecido para a modalidade licitatória da Carta Convite, com infringência aos artigos 23, inciso II, alínea “a” e art. 65, inciso I, ambos da Lei (federal) 8.666/93;

III – aplicar multa ao Sr. **RICARDO FAVARO NETO**, CPF 328.742.359-20, que ocupou o cargo de Prefeito de Itaquirai à época dos fatos, no valor equivalente ao de **50 (cinquenta) UFERMS,** pelas infrações descritas nos termos dispositivos do inciso **II** desta Decisão, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IV e IX e 45, I, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012;

IV - fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da intimação do responsável por correspondência física ou eletrônica, com a prova do recebimento, para que o apenado pague o valo da multa que lhe foi infligida e assinalar que os pagamentos deverão ser feitos em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras do arts. 50, II, e 83 da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, observado o disposto no art. 99, parágrafo único, e art. 185, §1º, I e II, do Regimento Interno;

V - intimar os interessados do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (Resolução n. 98, de 2018).

É a Decisão.

Campo Grande/MS, 02 de agosto de 2021.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

JLRS