
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Pesquisa CMA nº 532/2017

Solicitante: CMA / Programa Serviço Prestado, Contrato Fiscalizado

Data da Solicitação: Abril de 2016

Data da Resposta: Junho de 2016

ADMINISTRATIVO – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS –
CONTRATOS DE CONSULTORIA – REQUISITOS –
TEMPORARIEDADE E ESPECIALIDADE – EXCEPCIONALIDADE
– BURLA A CONCURSO PÚBLICO – TERCEIRIZAÇÃO INDEVIDA
– CUMULAÇÃO INDEVIDA DE FUNÇÃO PÚBLICA –
SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES – PRECEDENTES –
LICITAÇÃO – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – TERMOS
INDETERMINADOS – DIFERENCIAÇÃO –
RESPONSABILIZAÇÃO – INCIDÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA – INTELIGÊNCIA DO ART. 11 E DO ART. 10, VIII
– CRIME DO ART. 89 DA LEI 8.666/93

1. INTRODUÇÃO

O complexo debate acerca dos contratos de consultoria passa, preliminarmente, pela precisa elucidação do papel dos serviços públicos na conformação do Estado Social de Direito contemporâneo.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o estabelecimento da Administração Pública, tal qual se concebe hoje, está ligado à noção de serviço público. Destarte, a justificativa para se engendrar um Direito Administrativo, com regramentos e prerrogativas diferenciados, é a existência de serviços públicos prestados a toda sociedade. **Assim, a atribuição fim da Administração é oferecer utilidades aos administrados, através do serviço público.** Ele explica:

Surgiria, ao depois, com Léon Duguit, uma linha de pensamento quase que inversa, pretendendo substituir a *puissance publique*, até então havida como noção matriz e polo aglutinador dos institutos de Direito Administrativo, pelo conceito de “serviço público” proposto como pedra angular deste ramo jurídico. Para Duguit e seus discípulos a noção-chave, a ideia central do Direito Administrativo, verdadeiramente capaz de explicar as peculiaridades de seus institutos e justificar sua aplicação, seria a noção de serviço público, isto é, de serviços prestados à coletividade pelo Estado, por serem indispensáveis à coexistência social. Chegou, mesmo, o ilustre autor a afirmar que o Estado não é senão um conjunto de serviços públicos. E aduzia: “nisto se resume minha teoria de Estado”.¹

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 44-45.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

E, no mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina:

Serviço público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade.²

Desse modo, quando se fala em serviço público, está-se a falar sobre os mais elementares serviços de saúde, educação, saneamento básico e outros, que fomentam o Estado Democrático de Direito e a tutela da dignidade da pessoa humana, como concebidos pela Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, a garantia de tratamento digno ao cidadão exige a oferta de serviço público de qualidade, que efetivamente cumpra as funções outorgadas constitucionalmente ao Estado, e que não apenas se encarregue de esgotar formalmente a lei, mediante oferta nominal de préstimos de reduzida qualidade.

Assim, é nesta linha que desponta a importância dos serviços de consultoria, prestados por particulares à Administração: como imperativo de implementação e aperfeiçoamento do serviço público, bem como da sua estrutura administrativa, porquanto tais serviços permitem a entrega e a melhoria contínua de atividades essenciais à população, sejam eles os serviços públicos propriamente ditos, diretamente relacionados à população destinatária, sejam os trâmites e procedimentos internos da Administração.

Contudo, a fim de evitar quaisquer problemas na realização e execução destes contratos, é preciso diagnosticar os limites inerentes a atividade de consultoria exercida por terceiros, bem como sua forma de contratação e possibilidades de atuação perante a Administração – sobretudo porque, como se observa, reiteradas vezes tais contratos são usados para burlar o concurso público e para o exercício da atividade-fim da Administração Pública. De fato, o serviço público não pode ser indevidamente terceirizado justamente por ser atividade última do Estado, sob pena de resultar em esvaziamento da função pública, eivando-se de notada ilegalidade e preterindo a isonomia, também constitucionalmente agasalhada.

Nessa esteira, diante da realidade experimentada pelos Municípios catarinenses de pequeno e médio porte – que, muitas vezes, não têm infraestrutura adequada para comportar, por si só, a expertise necessária ao desempenho da função pública – é usual que as Comunas se socorram de empresas especializadas em Consultorias voltadas à Gestão Pública. Em nosso Estado, o desenvolvimento de empresas nominalmente voltadas para atividades de “consultoria” é impressionante, muitas delas, inclusive, criadas e dirigidas por ex-agentes públicos, detentoras de carteiras de clientes que englobam, não raro, dezenas de Municípios. Urge, portanto, investigar a essência desta prestação de serviços.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88-89.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2009), Consultoria significa “*ação ou efeito de (um especialista) dar parecer sobre matéria de sua especialidade*”. No mesmo sentido, Luiz Affonso Romano, renomado consultor da área empresarial, quando questionado acerca da essência da consultoria, definiu:

O aconselhamento, a identificação, a análise dos problemas, a recomendação, o acompanhamento... Nunca a execução. O consultor deve estar atento para o despertar de reações – por parte de quem se beneficia do status-quo – que a mudança provoca. A Consultoria consiste em lidar com isso a partir de processos, técnicas e comportamentos adequados.³

A partir dessas duas premissas, é possível extrair a principal característica do trabalho de consultoria, isto é, o **labor pontual sobre um problema ou a otimização de procedimentos, sempre na forma de aconselhamentos realizados por um especialista**.

Observa-se, portanto, que o marco a que está sujeita a consultoria é, primeiramente, a especialidade, na medida em que apenas aquele que conhece com profundidade determinado assunto é capaz de fomentar sua otimização. Em segundo lugar, denota-se o tempo determinado de sua contratação, já que a motivação do contrato termina tão logo se finde a necessidade especial.

E, por último, imprescindível percorrer o sinuoso tema da contratação das atividades de consultoria, uma vez que o caráter especial do serviço, em consonância com dispositivos legais demasiadamente genéricos, confundem o intérprete das normas de regência, principalmente no que toca a inexigibilidade de licitação.

Certo é que, em se tratando de contratos administrativos, proceder à licitação é regra imperiosa, consoante a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), em respeito aos princípios que regem a Administração Pública, bem como em proteção ao interesse público, observando-se as possibilidades mais benéficas à Administração. Assim, a contratação direta – dispensa e inexigibilidade – são exceções, porquanto serão cabíveis quando constatada a desnecessidade ou inviabilidade do certame, cada uma a sua forma.

Assim, o presente estudo reúne material doutrinário e decisões de Cortes de Contas e tribunais a respeito dos contratos de consultoria, no intuito de subsidiar o Membro do Ministério Público na fiscalização destas avenças, cada vez mais comuns na Gestão Pública.

2. CONTRATOS DE CONSULTORIA

O contrato de consultoria reveste-se de peculiaridades importantes, analisado sob o crivo do Direito Administrativo, mormente porque a utilidade buscada pela Administração é *imaterial*, e toca ao conhecimento oferecido pelo consultor.

³ Disponível em: <http://www.administradores.com.br/entrevistas/negocios/para-que-serve-uma-consultoria-sua-empresa-pode-precisar-de-uma/20/> (acessado em 23/02/2017).

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Pode-se afirmar que, em geral, sua natureza implica na realização de **atividade pontual e transitória**, haja vista o caráter específico da consultoria. Isso porque o serviço de consultoria pauta-se por: **a) otimizar** um procedimento ou estrutura organizacional; ou **b) solucionar** um problema especial, particular. A respeito do significado de “*consultoria*”, é cabível a elucidação trazida por Erika Yamagishi:

De acordo com o dicionário Priberam temos a seguinte definição: Ato ou efeito de dar consulta ou conselho. Atividade ou cargo de consultor ou de quem **dá pareceres e trata de assuntos técnicos da sua especialidade**. Local onde trabalha o consultor.

Começando com o primeiro item, é o ato ou efeito de dar consulta ou conselho. Especificando melhor, consultoria é uma prestação de serviço que visa auxiliar alguém (ou uma empresa) em determinada situação.

A segunda definição indica uma característica essencial para qualquer bom serviço de consultoria: um consultor deve tratar de assuntos técnicos de sua especialidade. Em outras palavras, **consultoria é um serviço especializado em determinado assunto** (grifei).⁴

Desse excerto, retiram-se pontos relevantes para compreensão dos contratos. A autêntica consultoria seria possível em um projeto ou problema de **complexidade relevante e momentânea**, pelo que os traços de “**temporariedade**” e “**especificidade**” seriam inerentes ao pacto, que deve versar sobre temas não corriqueiros à Administração e, ainda, deverá encerrar-se após a prestação, pois comporta uma ação que se finda com a entrega do parecer ou estudo que materializam o serviço.

Dito isso, cumpre analisar essas características sempre à luz dos entendimentos doutrinários sobre o tema, bem como dos precedentes firmados pelos Tribunais.

2.1. Temporariedade

Os serviços de consultoria culminam na entrega de parecer ou estudo – ou outro equivalente – denotando-se, assim, a temporariedade da contratação. A natureza da consultoria implica a entrega de um serviço, muitas vezes de cunho intelectual, que terá por base a melhoria de algum procedimento ou a solução de algum problema. Em sua estrutura lógica, a consultoria desdobra-se na averiguação da demanda a que o consultor está adstrito, e na posterior entrega efetiva do serviço.

Em virtude disso, via de regra, o contrato de consultoria não comporta contratação sucessiva⁵, em respeito a sua execução instantânea. Isso significa, outrossim, que a consultoria finaliza-se quando o serviço chega a termo, caracterizando-se como *contrato de escopo*. A propósito, é dos ensinamentos de Marçal:

4 YAMAGISHI, Erika. O que é Consultoria? (Disponível em: <http://www.auctus.com.br/o-que-e-consultoria/> acessado em 14/03/2017).

5 Devem ser ressalvadas, contudo, algumas exceções, quando forem apresentadas justificativas plausíveis e a “real necessidade” de sua contratação. A respeito, ver prejudgado n. 0923, do TCE/SC.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Os contratos de execução instantânea impõem à parte o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a prestação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante (excluídas as hipóteses de vícios redibitórios, evicção etc.). Assim se passa, por exemplo, com o contrato de compra e venda a vista de um imóvel. Tão logo o vendedor promover a tradição da coisa e o comprador liquidar o preço, o contrato estará exaurido.

[...]

Já os contratos de execução continuada impõem à parte o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo. Não há uma conduta específica ou definida cuja execução libere o devedor. Assim se passa, por exemplo, com o contrato de locação. O locador deve entregar o bem locado ao locatário e assegurar-lhe a integridade da posse durante o prazo previsto. Outro exemplo é o contrato de prestação de serviços de limpeza, que impõem ao contratado a obrigação de realizar a mesma atividade todos os dias. Nesse caso, a execução pelo contratado da atividade de limpeza do edifício no primeiro dia do contrato não significa o exaurimento do objeto contratual⁶.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas de SC firmou entendimento sobre a impossibilidade de prorrogação sucessiva do contrato no **Prejulgado n. 0923** de 21/03/2001, vazado nos seguintes termos:

1. Nos termos do art. 57, II, da Lei Federal nº 8.666/93, com redação da Lei 9.648/98, **a prorrogação sucessiva** de contratos administrativos, por até 60 meses, quando expressamente previsto no instrumento convocatório, **só é permitida para os contratos de serviços contínuos, neles não se enquadrando os serviços de consultoria jurídica, de assessoria administrativa ou de auditoria.** [...]

4. Em caso excepcional de necessidade, devidamente justificado, **podem ser contratados serviços de auditoria externa, consultoria ou assessoria, mediante processo licitatório, com escopo definido e prazo certo (contrato de escopo).** Em **situações excepcionais os referidos contratos poderão ser prorrogados** com fulcro no art. 57, II, da Lei n. 8.666/93, mediante expressa justificativa emitida pela autoridade competente, quando demonstrada a efetiva e real necessidade de os serviços técnicos profissionais serem executados de forma contínua por mais de um exercício financeiro (grifei).

A prorrogação é admitida em caráter excepcional, de modo que a regra é a temporariedade dos serviços de consultoria, razão pela qual somente após devida justificativa é que será possível prorrogar os contratos, impondo-se a demonstração da real necessidade de sua prorrogação.

Entretanto, este postulado apenas se verifica quando se refere a uma celeuma específica, que não abrange os serviços de **apoio técnico especializado**. Veja-se que o próprio prejulgado supracitado diz que *“podem ser contratados serviços de auditoria externa, consultoria ou assessoria, mediante processo licitatório, com escopo definido e prazo certo (contrato de escopo)”*, denotando, logo após, que apenas aqueles que tiverem

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativo*. 14^a ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 723.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

característica de contrato a prazo determinado é que poderão ser prorrogados excepcionalmente.

Isso ocorre porque a contratação de apoio técnico não tem intuito de solucionar um problema especial, mas sim de **otimizar procedimentos ou sua estrutura organizacional**. Em virtude disso, neste caso específico, sua motivação se renova ao longo do tempo, ao passo que o produto oferecido tem caráter contínuo.

Dessa forma, se o exercício da consultoria quedar-se em serviços interdisciplinares, produzindo subsídios e orientações aos processos internos, não há falar em burla aos preceitos de Direito Administrativo. É que, neste caso, não haverá a execução do trabalho da Administração Pública por terceiros, inexistindo, então, qualquer ilícito.

Nada obstante, em que pese a contratação de apoio técnico não detenha caráter de temporariedade, não há perda da característica de consultoria, caso, é claro, seja efetuada por profissionais qualificados e especializados no tema – consoante se verá no próximo tópico.

Assim, resta patente que os contratos de consultoria são, em regra, contratos de escopo quando se limitam à solução de uma demanda específica, posto que a conduta dos agentes contratados não se renova ao longo do tempo. Pelo contrário, a consultoria implica a solução de uma celeuma específica, que ninguém mais além do “especialista” seria capaz de desatar. No entanto, são contratos de trato continuado aqueles serviços de apoio técnico – desde que não afrontem a seara de trabalho da Administração Pública –, que fogem à regra geral e permitem contratação prorrogada, obedecendo, contudo, as regras do procedimento licitatório.

2.2. Especialidade

Além das restrições legais à prorrogação sucessiva, o contrato de consultoria também cinge-se a realização de um labor específico e a um fim distinto, que não importa às atividades realizadas rotineiramente pela Administração. Em outras palavras, elaborar uma consultoria consiste em realizar trabalho acurado e com certo grau de complexidade, próprio de especialista e que, muitas vezes, é ungido de nuances que impediriam seu desempenho por servidores ou prestadores de serviços comuns.

A propósito, eis precedente do TJSC, ao abordar consultoria contratada a fim de captar recursos federais, que bem ilustra a temática:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO ESPECIALIZADO EM ASSESSORIA E CONSULTORIA TÉCNICA** PARA CAPTAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS JUNTO AO GOVERNO FEDERAL. LIMINAR CONCEDIDA PARA ANULAR ADITIVO CONTRATUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Não pode ser considerado "comum" - entendido como tal aquele "cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

especificações usuais no mercado" (Lei n. 10.520/2002, art. 1º, parágrafo único) - **o serviço de "assessoria e consultoria técnica para captação de recursos financeiros junto ao governo federal" se não "comporta técnicas simples de execução, bem como não se apresenta de fácil localização ou tem grande oferta de contratação no mercado".** (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.048749-8, de Brusque, rel. Des. Newton Trisotto, j. 09-07-2013) (grifei).

Da sentença que originou o recurso supra, retira-se:

Não bastasse o exposto, é sabido que a Lei n. 10.520/2002, que dispõe sobre a modalidade de licitação nominada pregão, destaca já em sua ementa a vinculação desta espécie licitatória à aquisição de bens e serviços considerados comuns.

O Decreto n. 3.555/2000, por sua vez, em seu artigo 3º, § 2º, conceitua-os como *'aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado'*.

Nesse sentido leciona Marçal Justen Filho: *'o bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens ou serviços tal como disponíveis no mercado'* (Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 4ª ed., São Paulo: Renovar, 2005, p. 26).

No caso em apreço, o objeto licitado (prestação de serviço especializado em assessoria e consultoria técnica para captação de recursos financeiros junto ao governo federal), *a priori*, não se enquadra na conceituação exigida.

Isso porque o objeto do certame, dada a sua especialidade, não pode ser catalogado através de uma padronização ou substituído por outro com o exato padrão de qualidade.

E do parecer do *Parquet* no aludido caso, exarado pelo Procurador de Justiça Alexandre Herculano Abreu, extrai-se:

No entanto, mesmo que se compactuasse com tal assertiva, tem-se por óbvio que o objeto licitado não comporta técnicas simples de execução, bem como não se apresenta de fácil localização ou tem grande oferta de contratação no mercado.

Com efeito, sem necessidade de maiores digressões, nota-se que o fornecimento de serviços de assessoria e consultoria técnica para captação de recursos financeiros junto ao governo federal, é espécie de atividade que apresenta uma infinidade de variações qualitativas e quantitativas determinantes para apuração da proposta mais vantajosa para a administração, eis que preponderante o aspecto técnico e expertise necessários à sua realização, demandando a utilização de critério melhor técnica e preço, ou melhor técnica.

Por isso, impossível definir sua padronização por critérios usuais no mercado, desaguando assim na impossibilidade de se proceder ao julgamento objetivo das propostas (grifei).

A consultoria para captar recursos federais *não é um serviço comum* – portanto, impossível de ser licitado através de pregão. É possível afirmar que todos os serviços de consultoria, em geral, gozam dessa especialidade, na medida em que não versam sobre serviços comuns, exprimindo-se certo grau de dificuldade na tarefa. No

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

entanto, é preciso mensurar que nem tudo aquilo que se vende como consultoria o é de fato. Cabível trazer à baila a confusão que sucede na admissão de “consultores” pelos Municípios.

Não raro, com efeito, procede-se à contratação de empresas especializadas em gestão pública, as quais oferecem os mais variados serviços – desde assessoria eleitoral à elaboração e revisão de leis – a exemplo do já citado **apoio técnico**. Entretanto, muitas dessas empresas vendem seu labor enquanto “consultoria”, quando praticam, em verdade, prestação de serviço comum e não especializado, realizando atividade-fim da administração – gize-se que a consultoria não deixa de ser uma prestação de serviços, mas é mais especializada do que uma prestação de serviços ordinária, com uma demanda contínua que tome lugar das funções da administração; daí porque é crucial a diferenciação entre as duas modalidades.

Em exemplo simples, a contratação de “consultoria jurídica”, caso utilizada para executar trabalho de procurador de município, não é contratação de “consultoria” especializada, e pode, eventualmente, mascarar burla ao concurso público:

(...) os serviços de consultoria jurídica de escopo genérico (análise de normas legais, de documentos, de processos administrativos, de projetos de lei, defesa administrativa do Município ou em ações judiciais, assessoria e outras atividades afins), devem ser executados por servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo, mediante concurso público⁷

No mesmo exemplo, é possível e perfeitamente legal a contratação de consultoria jurídica em que subsista certa especificidade, visando a resolução de uma demanda pela qual não se possa solucionar através de um simples procurador – que, muito embora seja detentor de conhecimentos do mundo jurídico, desconhece os meandros e teses a que a casuística lhe constrange. Isto é o que se entende por “Consultoria” em seu sentido mais estrito.

Em virtude disso, ao TCE/SC restou afirmar que *“admite-se a contratação de consultoria jurídica externa **somente para defesa dos interesses do ente em questões de alta complexidade, serviços singulares ou que exijam notória especialização na matéria**”*⁸ (grifei).

2.3. Excepcionalidade

Como visto, tanto a temporariedade quanto a especialidade denotam o **caráter excepcional** ligado à consultoria. Dessa maneira, a especialidade funciona como um impeditivo para o exercício da função pública por terceiro, que não seja servidor. Da mesma forma, a temporariedade permite que, havendo execução de tarefas e não apenas a elaboração de pareceres, a contratação se dê apenas para fins determinados, de modo que a demanda não seja permanente e, portanto, não faça parte da rotina da

⁷ TCE/SC prejulgado n. 0923, de 21/03/2001.

⁸ TCE/SC prejulgado n. 0923, de 21/03/2001.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Administração. Assim, à luz desses dois institutos, nota-se que a excepcionalidade da contratação é a regra.

Atividades finalísticas da Administração, como regra, devem ser executadas por serviços públicos, evitando-se a chamada **terceirização indevida**. Na Pesquisa CMA n. 337/2010 assentou-se:

Portanto, tem-se que **o desiderato do Município de Florianópolis é realizar uma licitação para a contratação de 8 Assistentes Sociais, 8 Psicólogos e 8 Assistentes Administrativos.**

Mas, para tanto, bastaria que o Município nomeasse e empossasse os candidatos aprovados nos concursos públicos nº 003/2010 e 004/2010, os quais destinavam-se à formação de cadastro reserva para os cargos, dentre outros, de Assistente Social, Psicólogo e Assistente Administrativo. [...]

Com extrema propriedade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aborda esse tema:

No âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, a terceirização, como contrato de fornecimento de mão-de-obra, [...] não tem guarida, [...], porque a Constituição, no art. 37, inciso II, exige que a investidura em cargos, empregos ou funções se dê sempre por concurso público.

[...]

Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração direta e indireta do Estado. Tais pessoas não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos, funções e não se submetem às normas constitucionais sobre servidores públicos. Na realidade, a terceirização, nesses casos, normalmente se enquadra nas referidas modalidades de terceirização tradicional ou com risco, porque mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública; não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais; com salários pagos e com encargos sociais; não observa as regras das contratações temporárias; contrata servidores afastados de seus cargos para prestarem serviços sob outro título, ao próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público.

Aliás, não estando investidas legalmente em cargos, empregos ou funções, essas pessoas não tem condições de praticar qualquer tipo de ato administrativo que implique decisão, manifestação, de vontade, com produção de efeitos jurídicos; só podem executar atividades estritamente materiais; são simples funcionários de fato. Foi uma das muitas fórmulas que se arrumou para burlar todo um capítulo da Constituição Federal (do art. 37 ao 42), para servir aos ideais de nepotismo e apadrinhamento a que não pode resistir tradicionalmente a classe política brasileira.

Além disso, o real objeto do contrato não é a prestação de serviços, mas o fornecimento de mão-de-obra.

[...]

Tais contratos são manifestamente ilegais e inconstitucionais. Eles correspondem a uma falsa terceirização e não escondem a intenção de burla à Constituição.

[...]

Esse tem sido o entendimento do Tribunal de Contas da União, o que acabou levando o Governo Federal a baixar o Decreto nº 2.271, de 7-7-97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Federal direta, autárquica e fundacional. No art. 1º, ele estabelece quais as atividades que devem ser executadas, de preferência, por execução indireta, abrangendo as de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. No § 2º, determina que 'não poderão ser objeto de execução indireta atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoa'.

Mesmo nesses casos, a contratação não tem por objeto o fornecimento de mão-de-obra, mas a prestação de serviço pela empresa contratada. É o que consta expressamente do art. 3º, quando determina que 'o objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços'.

Portanto, o que é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviços. Na realidade, isto sempre foi feito, sem que se empregasse o termo **terceirização**, o que permite reafirmar que **o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vêm carregados de nova ideologia.**⁹ [grifo no original - sublinhou-se]

Desse modo, trata-se de verdadeiro ardid engendrado para não contratar os candidatos aprovados nos concursos já citados, de modo a permitir que o Administrador Público, por intermédio de uma empresa, escolha, ao seu alvedrio, os profissionais que irão trabalhar nos CRAS [...].

O Tribunal de Contas de Santa Catarina preconiza que a terceirização na Administração será possível quando se referir a “atividades-meio” do Ente Público, a fim de evitar, conforme exarado acima por Di Pietro, que a máscara de “serviços técnicos especializados” possibilite a contratação de mão-de-obra para o Estado, em detrimento do concurso público. Veja-se:

A Administração Pública do Município de Braço do Norte pode terceirizar a contratação de mão-de-obra, inclusive por intermédio de cooperativas, desde que os serviços prestados não constituam atividade-fim da Administração, não façam parte do quadro funcional, e sempre mediante realização de processo licitatório, em atendimento aos artigos 2º e 6º, II, da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 37, XXI, da CF.¹⁰

Também do TCE/SC:

É vedado à administração municipal contratar mão-de-obra através de cooperativas, para a realização de serviços que constituam atividade-fim da administração pública ou cujas funções sejam próprias de cargos integrantes do Quadro de Pessoal do Órgão, face o disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal.

À administração municipal é facultado contratar serviços através de empresas ou cooperativas para atendimento de atribuições da atividade meio do órgão público, mediante lei municipal reguladora e

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 177 a 179.

10 TCE/SC prejulgado n. 0429, de 02/06/1997.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

observado o procedimento licitatório, conforme artigo 37, inciso XXI, da CF e artigos 2º e 6º da Lei Federal nº 8.666/93.

É facultado à administração municipal qualificar sociedade civil sem fins lucrativos, que tenha finalidade dirigida ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, para o fomento e execução dessas atividades no âmbito da administração municipal, por meio de contrato de gestão, desde que haja lei específica dispondo sobre a matéria, a exemplo da disciplina implantada no âmbito federal pela Medida Provisória nº 1.591, editada em 09 de outubro de 1997.¹¹

Além disso, caso o “serviço de consultoria” seja incumbido do desempenho de funções ordinárias, próprias da atividade pública, evidenciar-se-ia também a **burla ao concurso público**, já que a legislação é clara ao definir que *“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”*¹².

Acerca da matéria, veja-se entendimento do TCE/SC, no **Prejulgado n. 1083**:

Para atender os programas de caráter transitório, com recursos repassados pela União ou pelo Estado, o Município pode admitir pessoal em caráter temporário, atendidos os pressupostos do art. 37, IX, da Constituição do Brasil. Se os programas assumirem caráter de permanência e definitividade, ou se referirem a atividades típicas do Município (saúde, educação, saneamento, trânsito, etc.), o procedimento adequado é a admissão de pessoal em cargos de provimento efetivo (mediante concurso público).

Assim, na contratação de serviços de terceiros, a relação de temporariedade, economicidade, bem como sua finalidade devem estar aclaradas:

2. Para a contratação de empresa prestadora de serviços pela Câmara, nos moldes da Lei Federal nº 8.666/93, deverá haver motivação pela autoridade competente, demonstrando a temporariedade dos serviços ou natureza de atividade-meio do Poder Legislativo; a impossibilidade do serviço ser prestado por servidores públicos efetivos ou temporários; e os critérios de economicidade e razoabilidade que justifiquem a opção pela terceirização.

Na mesma toada, a consultoria contratada pela Administração também não admite seu exercício por servidor público, seja ele comissionado ou efetivo, em virtude da possível **cumulação indevida de função pública**¹³. O Tribunal de Contas de Santa Catarina não discrepa:

11 TCE/SC prejulgado n. 0533, de 13/04/1998

12 CRFB/88, art. 37, II.

13 Acerca do tema, ver pesquisa n. 04/2007, deste Centro de Apoio.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A prestação de serviços de assessoria e consultoria, ainda que por intermédio de contrato com empresa privada, por servidor público, comissionado ou efetivo, em outro ente, órgão ou entidades públicas, caracteriza exercício de função pública por orientar a tomada de decisões e a expedição de atos administrativos, em desrespeito à vedação contida no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal, que proíbe a cumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas.

O servidor público que se encontre em tal situação deverá optar entre uma das atividades, sob pena de exoneração.

A autoridade administrativa que permita a cumulação indevida responderá civil, penal e administrativamente pela ilegalidade.¹⁴

É que a contratação de consultoria também se reflete nas despesas do ente público, e o exercício de atividade rotineira à administração o obriga a dar tratamento equiparado ao atribuído aos servidores, praticando-se verdadeira **substituição**, já que *“nos termos do §1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, se o profissional é contratado para substituir servidor público esta despesa será computada como de pessoal”*¹⁵. Nesta linha:

1. REVOGADO.

2. Devem ser consideradas **como substituição de servidores** as seguintes despesas, exemplificativamente:

a) referentes à execução de atividades finalísticas do órgão ou entidade ou para as quais haja correspondência com cargos do seu quadro de cargos e funções, incluindo atividades de fiscalização;

b) com contratação de escritórios de contabilidade para execução de serviços rotineiros de registros contábeis do Órgão;

c) **decorrentes da contratação de advogados ou escritório de advocacia para execução de atividades rotineiras dos órgãos, inclusive assessoria e consultoria jurídica, salvo para defesa dos interesses do ente em causas específicas, complexas e que demandem a contratação de profissional de notória especialização, contratados por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 c/c art. 13 da Lei Federal nº 8.666/93;**

d) qualquer despesa decorrente da contratação de pessoal, ainda que através de pessoas jurídicas, cujas execução de serviços implique na edição de atos administrativos, caracterizando exercício de parcela do Poder Público, correspondendo ao exercício de atividades que deveriam ser atribuídas a agentes públicos¹⁶ (grifei).

Portanto, apesar de consistir em contratação com terceiro, nos casos em que este exercer atividade comum da administração, é pacífico que a verba destinada ao pagamento de suas despesas provirá do nicho *“despesas com pessoal”*, em virtude da

14 TCE/SC Prejulgado n. 1371, de 02/07/2003.

15 TCE/SC Prejulgado n. 1122, de 14/05/2002.

16 TCE Prejulgado n. 1146, de 02/07/2002 (Reformado).

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

carga rotineira de seus serviços. Veja-se que este argumento presta-se, outrossim, como impeditivo para a contratação direta e sucessiva de consultoria, posto que ausentes os requisitos da **especialização e prazo determinado**, a exemplo:

Tomada de Contas Especial. Contratações sucessivas. Serviços de consultoria e assessoria contábil. Serviços de natureza permanente. Precedentes do TCE/SC. Multa. Prefeitura Municipal de Erval Velho.

[...] O Tribunal Pleno julgou irregulares, sem imputação de débito, as contas pertinentes à Tomada de Contas Especial, que tratou de representação de agente público que aponta irregularidades nas sucessivas contratações, nos exercícios de 2006 a 2012, de empresa para prestação de serviços de consultoria e auditoria, consideradas de natureza permanente, cuja atribuição se encontra prevista no rol das competências de servidores efetivos do Município de Erval Velho [...]¹⁷

No mais, o Tribunal de Contas de Santa Catarina, em sua **Instrução Normativa n. 20/2015**, que regula os critérios de organização e apresentação da prestação de contas anual dos entes fiscalizados, ao tratar sobre os documentos comprobatórios de despesas, dispõe que a comprovação da despesa com serviços de consultoria deverá conter informações acerca dos profissionais que executaram a tarefa, das horas trabalhadas, bem como do resultado do serviço, denotando que apenas um profissional qualificado, e fora do quadro de servidores do Município, é que será apto a realizar a tarefa:

Art. 43. Na contratação de serviços de **consultoria**, assessoria, assistência técnica, capacitação, produção, promoção de eventos, seminários e congêneres, devem ser discriminadas:

I - indicação dos profissionais que efetivamente realizaram os serviços e sua qualificação;

II - discriminando a quantidade de horas técnicas trabalhadas, valor unitário e total;

III - as datas da realização dos serviços para cada profissional envolvido;

IV - produtos resultantes dos serviços, tais como relatórios, estudos, registros fotográficos, material de divulgação, medição de área contratada de stand.

Firmadas essas premissas, a contratação de serviços de consultoria recairia sob a discricionariedade do Administrador, atendidos, por óbvio, os imperativos legais e constitucionais e detectado o interesse público na avença. Pequenos e médios Municípios, por exemplo, carecem de pessoal com capacidade técnica para exercer algumas atividades típicas da gestão pública.

17 Informativo de Jurisprudência do TCE/SC n. 22.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Há empresas de “consultoria” que, por exemplo, na realidade realizam o trabalho de **controle interno** dentro dos municípios, situação de flagrante ilegalidade, pois a empresa exercerá função a que a Constituição incumbiu ao Município¹⁸. Apesar disso, é amplamente sabido que muitos Municípios não possuem sequer servidores efetivos para a função de controlador interno e, muito menos, possuem em sua estrutura um órgão exclusivo para tanto¹⁹.

Desta forma, a perfeita delimitação do âmbito material dos contratos de consultoria desafia questões políticas e técnicas, relacionadas a operação das entidades administrativas. A respeito, traz-se à tona o entendimento reiterado do TCE/RS acerca da contratação de serviços de consultoria, mais uma vez no que toca à captação de recursos federais:

Analizando os autos entendo os esclarecimentos ofertados afastam o aponte, considerando que o Município é de **pequeno porte, com estrutura administrativa incipiente e que seria difícil viabilizar o encaminhamento de demandas junto ao Governo Federal sem recorrer a uma consultoria especializada**. Tenho me manifestado a respeito da matéria diversas vezes no sentido de que a decisão de contratar serviços de consultoria para elaboração de projetos e captação de recursos federais é uma **prerrogativa do Chefe do Poder Executivo Municipal e se insere no poder discricionário que o mesmo detém para avaliar, à luz do melhor interesse público, a oportunidade e conveniência de buscar a prestação de serviços especializados que não podem, por limitação técnica e de recursos humanos, serem desenvolvidos pela sua estrutura administrativa**.

Porém, entendo que cabe ao Administrador avaliar permanentemente qualidade dos serviços, bem como capacitar seus servidores, para habilitá-los a execução das tarefas atinentes à busca de fontes de recursos estaduais e federais. Assim, afasto o aponte e o respectivo indicativo de débito (grifei)²⁰.

Dessa forma, em que pese esta ser uma atividade-fim do Ente Público, não se pode olvidar que a estrutura administrativa nem sempre possui capacidade efetiva de promover certas atividades. Assim, o Gestor Público, munido de discricionariedade e à luz do interesse público, pode contratar a consultoria se o fim específico assim o permitir. Sobre o tema, relevante o excerto resumido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Segundo Gordillo (1977:183-184), a “decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma

18 CRFB/88: Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, **e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei** (grifei).

19 Sobre o tema, ver pesquisa n. 517 deste Centro de Apoio.

20 TCE/RS, Acórdão n. 001990-02.00/14-7, rel.: Cons. Iradir Pietroski, de 26-4-2016.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

medida desproporcionada, excessiva, em relação ao que se deseja alcançar”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989:37-40) dá maior realce a esse último aspecto ao afirmar que, pelo princípio da razoabilidade, “o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos **interesses públicos**”. Ele realça o aspecto teleológico da discricionariedade; tem que haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para esse autor, “a razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.” (grifo no original).²¹

Conclui-se, portanto, que a excepcionalidade da contratação da consultoria – que se molda através da temporariedade, bem como da especialidade – volta-se contra a terceirização indevida e a consequente burla ao concurso público. No entanto, não é de todo errado mitigar os efeitos da excepcionalidade, em respeito à realidade imposta aos Municípios que não disponham de capacidade técnica para realizar eventual labor mais complexo, desde que a situação seja transitória, e o serviço possa gradualmente ser assumido pelos agentes públicos, uma vez qualificados.

3. INEXIGIBILIDADE E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

O procedimento licitatório encontra suporte nos princípios constitucionais da administração pública, tomando por norte o que preceitua a CF e obedecendo aos princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*. Na verdade, é o princípio da isonomia, também concebido pela Carta Magna e repisado pela Lei n. 8.666/93, o sustentáculo da licitação, ao passo que possibilita aos interessados iguais condições para competição²².

Sobre o caráter geral da obrigação de licitar:

A obrigatoriedade de realizar licitação prévia para a contratação de obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões, pelos órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, vem prevista nesse art. 2º, atendendo exigência da Constituição Federal, art. 37, inc. XXI, para os contratos de obras, serviços, compras e alienações e art. 175 para a concessão e a permissão de serviços públicos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta e

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 113-114.

22 Lei n. 8.666/93, art. 3º, *caput*.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único)” (Direito administrativo, 22. ed. Atlas, p. 362)²³

No TCE/SC, sobre a contratação de consultoria mediante licitação:

[...] 2. Quando órgãos ou entidades da administração direta ou indireta sejam beneficiários dos serviços e assumam, direta ou indiretamente, obrigações de pagamento, **a contratação de empresa de consultoria pressupõe a existência de prévio processo licitatório, nos termos da Lei Federal nº 8.666/93, salvo nos casos de dispensa ou inexigibilidade previstos nos seus arts. 24 e 25** (grifei).²⁴

Entretanto, é igualmente na isonomia que reside o **limite** à obrigatoriedade da licitação, *“porque há casos em que ela não poderia se desenvolver regularmente (...) uma vez que, mesmo se a Administração Pública quisesse realizá-la, tal empreendimento estaria fadado ao insucesso por força da inviabilidade de competição”*²⁵. Nesse sentido, de Marçal Justen Filho:

Daí se segue, primeiramente, que a licitação é um instrumento jurídico para a realização de valores fundamentais e a concretização dos fins impostos à Administração. Portanto a licitação não apresenta fins em si próprios. É imperioso ter em vista que a realização das formalidades próprias à licitação não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito.

Existe uma espécie de “presunção” jurídica. Presume-se que a observância das formalidades inerentes à licitação acarretará a mais adequada e satisfatória realização dos fins buscados pelo Direito. Mas isso não autoriza transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, em que se ignora a sua natureza teleológica. Dito em outras palavras, o administrador e o intérprete têm o dever de verificar, em cada caso, se as solenidades escolhidas realizam de modo efetivo e concreto os valores protegidos pelo Direito.

Por isso, será reprovável a adoção de procedimentos que, embora absolutamente conformes ao texto legislativo, produzam o sacrifício dos interesses estatais e gerem resultados absurdos. Isso não equivale a afirmar que o operador jurídico poderia ignorar a Lei de Licitações, mediante a invocação da inadequação das soluções legislativas. Sempre será possível encontrar uma interpretação que realize, de modo mais satisfatório, os interesses protegidos pelo **Direito**. Nenhum aplicador pode escolher a alternativa hermenêutica que deixe de realizar satisfatoriamente esses valores (que são os princípios norteadores da atividade administrativa e a proteção à isonomia) (grifei).²⁶

E, do ajuste dado pela Lei Geral de Licitação (Lei n. 8.666/93):

23 FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22-23.

24 TCE/SC Prejulgado n. 1588, de 03/12/2004.

25 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 82.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 60.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

[...]

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (grifei).

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.

[...]

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

[...]

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato (grifei).

Assim, a licitação pode ser afastada pela inexigibilidade, excepcionalmente, quando houver “*inviabilidade de competição*”, que pode se dar por dois motivos: a) porque só há um **sujeito** apto a realizar a tarefa (hipótese do inciso I, art. 25); ou b) porque o **objeto é singular** de tal forma que exige notória especialização do contratante (hipótese do inciso II, art. 25). Sobre o tema, explica Marçal Justen Filho:

As causas de inviabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. **Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.**

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por **ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação**. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado.

Na segunda categoria, podem existir diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a **natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada**. Não é viável a competição porque **características do objeto funcionam como causas impeditivas** (grifei)²⁷.

A especialidade da consultoria está intrinsecamente ligada à “singularidade” do objeto, porquanto, regra geral, os serviços de consultoria voltam-se para atividades dignas de especialista, um terceiro que não o servidor público. Não menos certo, contudo, que os termos “singularidade” e “especialidade” não são sinônimos.

É possível que uma atividade, em decorrência de sua especificidade e dada a realidade do município, de fato enseje a contratação de uma consultoria; mas, por outro lado, podem existir outras tantas empresas capazes de realizar, com igual êxito, essa mesma atividade, motivo pelo qual não se observa a inexigibilidade nessa situação. E assim acontece porque não se observa a singularidade do objeto (pode ser complexo, ensejando um bom conhecimento do tema, mas não é singular) e muito menos “notória especialização” (outrossim, embora feito por um especialista, o êxito do contrato sabidamente será equivalente). Este é o caso, por exemplo, da consultoria para captação de verbas federais e dos “apoios técnicos” em geral: muito embora possa até ser admitida sua contratação, esta será precedida do procedimento licitatório.

No entendimento do TCE/SC:

²⁷ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 483-484.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A contratação da prestação de serviços de consultoria organizacional ou similar deverá ser precedida de licitação se existentes outras pessoas ou empresas em condições de prestar esses serviços, situação que descaracteriza a singularidade do serviço e a inviabilidade de competição, determinantes para o enquadramento da contratação no art. 25 da Lei Federal nº 8.666/1993.²⁸

Ainda:

Não há amparo legal para a Câmara Municipal realizar contratação de consultoria, para diversos estudos atinentes à área jurídica, por inexigibilidade de licitação. **A inexigibilidade, por notória especialização, dar-se-á tão-somente em circunstâncias excepcionais de inviabilidade de competição e para objetos singulares, jamais em situações rotineiras e duradouras. A Lei Federal nº 8.666/93, que estabelece as normas para licitação e contratos dos entes integrantes da administração pública define como regra a licitação.** Como a Câmara Municipal de Governador Celso Ramos possui assessoria jurídica e as atividades a serem desenvolvidas são inerentes à função, é descabida a contratação. Nos termos do §1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, se o profissional é contratado para substituir servidor público esta despesa será computada como de pessoa²⁹

Dessa maneira, muito embora, por vezes, os precedentes embaralhem os termos, o que deve ficar claro é que a inexigibilidade sempre será possível (e apenas o será) quando houver a singularidade do objeto em questão, de modo que, no caso concreto, fique evidenciado que o objeto, independentemente da “especialidade” (isto é, passível de ser executado apenas por especialista) deva ser executado por alguém com “**notória especialização**” (ou seja, além de ser um especialista, deve ser reconhecidamente único, ou um dos únicos, capaz de solucionar o objeto singular, já que é **notório seu conhecimento**).

Já o Tribunal de Contas da União entende que “singularidade” não equivale a “unicidade”, de modo que embora existam empresas capazes de exercer a atividade, o julgamento daqueles com “**notória especialização**” é demasiado subjetivo para comportar a licitação, daí porque não se observa competição efetiva. A respeito, a Súmula n. 39 do TCU (com nova redação):

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Sobre o tema, explica Marçal:

A inviabilidade de competição também se verificará nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre as diversas alternativas

28 TCE/SC Prejulgado n. 1645, de 22/06/2005.

29 TCE/SC Prejulgado n. 1122, de 14/05/2002.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

segundo um critério objetivo ou quando o critério da vantajosidade for incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida³⁰.

O TCU já pacificou, no enunciado de Súmula n. 252, os requisitos da inexigibilidade da contratação – aplicável às consultorias:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, **decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado** (grifei).

Ademais, retira-se excerto do Exame Técnico exarado pelo TCU, quando do julgamento da contratação da empresa FALCONI Consultores de Resultado – renomada em consultoria de gestão de projetos e anteriormente chamada INDG – pela EMBRAER³¹:

Inclusive, este Tribunal já avaliou contratação direta por inexigibilidade de licitação da mesma empresa de consultoria (TC 013.157/2012-4), quando, por meio do Acórdão 7.840/2013-TCU-1ª Câmara, a contratação direta foi considerada regular, afastando decisão anterior em sentido contrário, pelas seguintes razões consignadas no voto do Ministro-Relator:

11. Consoante exposto na instrução da unidade técnica que fundamentou o acórdão recorrido, a contratação direta foi considerada indevida porque poderia haver outras empresas capazes de prestar o serviço:

“o INDG pode ser a principal empresa de consultoria na área de gerenciamento de projetos, **mas isto não afasta a possibilidade da existência de outras empresas aptas a prestar os serviços contratados.**” (peça 50, p. 15) (grifei) (sic).

12. Verifico, entretanto, que o requisito da singularidade de que trata o inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993 não se confunde com a ideia de unicidade. Ou seja, o fato de haver mais de uma empresa atuando em determinado segmento do mercado não é incompatível com a ideia de singularidade do objeto a ser contratado.

13. Até porque, caso o conceito de singularidade significasse um único sujeito possível de ser contratado, estar-se-ia diante de inviabilidade de competição subsumível diretamente ao caput do art. 25 da Lei 8.666/1993. Não teriam, pois, qualquer aplicabilidade as disposições do inciso II desse artigo, que exigem o atributo da singularidade para as contratações diretas de serviços especializados com profissionais e empresas de notória especialização.

14. A respeito, cito as seguintes ponderações constantes do voto condutor do Acórdão 1074/2013-Plenário:

15. Primeiramente, porque **o conceito de singularidade não está vinculado à ideia de unicidade.** Para fins de subsunção ao art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, entendo não existir um serviço que possa ser prestado apenas e exclusivamente por uma única pessoa. A existência de um único sujeito em condições de ser contratado conduziria à inviabilidade de competição em relação a qualquer serviço e não apenas em relação

30 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 380.

31 TCU, Acórdão n. 1585, de 2016.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

àqueles considerados técnicos profissionais especializados, o que tornaria letra morta o dispositivo legal.

16. Em segundo lugar, porque **singularidade, a meu ver, significa complexidade e especificidade**. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma **situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado**.

Nessa esteira, o TCU entende que a singularidade do objeto é, em verdade, decorrência da complexidade do serviço, bem como de sua especificidade. E, assim sendo, é passível de ser contratada por inexigibilidade de licitação, até porque o grau de confiança a que a Administração repousa nos consultores – quando o objeto é de tal modo singular, complexo e específico – é impossível de ser medido e comparado, não restando, portanto, requisitos para julgar qualquer certame. Continua o mesmo Exame Técnico:

15. Sob esse aspecto, entendo assistir razão ao recorrente quando afirma que a existência de outras empresas no ramo não afasta, por si só, a possibilidade de contratação direta. Nessa linha, cito, ainda, o seguinte posicionamento do Supremo Tribunal Federal em que se explicitou o requisito da “confiança” como um dos elementos justificadores da contratação direta de serviços especializados:

2. “Serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente.

(AP 348, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2006, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 PP-00030 EMENT VOL-02283-01 PP-00058 LEXSTF v. 29, n. 344, 2007, p. 305-322) (grifei)

[...]

18. **Caberia, por certo, aferir se o objeto contratado preencheu os parâmetros de que tratam os entendimentos antes mencionados. Quais sejam, se o objeto contratado consistia em situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado de forma que a melhor proposta para o interesse público poderia não advir da realização de licitação.**

15. **Ou, em outras palavras, caberia verificar se o serviço é “capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.” (Enunciado da Súmula do TCU 39/2011)**

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

[...]

17. Não se pode, contudo, deixar de observar que há nos autos elementos indicativos de que o órgão tomou os devidos cuidados para justificar o enquadramento da contratação no art. 25 da Lei 8.666/1993.

[...]

18. **Nessas situações de contratação direta, cabe considerar, ainda, que há um certo grau de discricionariedade na escolha por parte do gestor da empresa a ser contratada e que melhor deverá atender o interesse público.** Nesse sentido, o seguinte trecho do voto condutor da Decisão 565/1995-Plenário:

o Tribunal deve buscar essencialmente verificar se, diante dos elementos de informação que se possa coligir, a decisão adotada pelo administrador atendeu de forma razoável às exigências da lei. De posse dos dados e informações sobre o caso concreto, ao fazer essa avaliação, considero essencial, igualmente, que a Corte de Contas esteja criteriosamente atenta à margem de poder discricionário que a lei expressamente confere ao administrador, para decidir em tais situações. A não ser diante de casos em que, como adiantei acima, fique flagrante e desenganadamente caracterizada interpretação abusiva do art. 25 da Lei das Licitações, entendo que o Tribunal deve respeitar a opção adotada pelo administrador no momento de aplicá-lo. (grifei)

[...]

Ainda, é natural que os serviços de revisão dos processos de trabalhos criem algum tipo de resistência por parte do corpo funcional, ao serem propostas novas formas de realizar as tarefas, inclusive com potencial de eliminação de fases julgadas desnecessárias senão na Empresa como um todo, certamente em uma ou outra área (aeroporto, superintendência regional ou Sede). **Por essa razão, é preciso ter como executor dessa tarefa organização que tenha vivência no trato dessas questões, com resultados práticos e eficazes, como a entrega e implementação de produtos, incluindo planos de comunicação e orientação aos empregados.**

A Diretoria Administrativa da Infraero, à época, apresentou, mediante a CF 21911/DA/2012, de 31/7/2012, as dificuldades enfrentadas para estabelecer critérios objetivos de seleção naquele processo licitatório, dada a complexidade do objeto a ser contratado, levando-a a decidir pela contratação da Falconi Consultores de Resultados (peça 21, p. 455-456):

Também, é sabido que os atestados de qualificação técnica, apesar de serem elementos de formação da convicção da experiência, não conseguem exprimir de forma inequívoca a capacidade do potencial contratado de executar os serviços com a qualidade e tempo requeridos, o que pode frustrar a administração pública, ao não se conseguir os resultados esperados, inclusive no quesito tempo disponível para a realização dos trabalhos, situação afastada com a contratação direta proposta, porquanto somente o INDG possui o grau de confiança desejado pela Infraero.

Com efeito, a exigência objetiva de qualificação não se mostra suficiente para garantir o sucesso desta contratação, pois, como visto, as características deste pleito exigiram uma escolha por critérios subjetivos.

Por oportuno, relembra-se que mesmo nos casos em que há viabilidade de seleção da melhor proposta por julgamento objetivo, resta a expectativa de que um certame com regras tão complexas, poderá frustrar os resultados aguardados pela sociedade, especialmente no que se refere à realização tempestiva dos serviços, como é exemplo a pretendida contratação de consultoria para a área de Recursos Humanos, intentada em abril de 2010 (Concorrência 003/DALC/Sede/2010) a qual, em razão de obstáculos judiciais ao certame, não produziu sequer o início dos trabalhos, até a presente data.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

No presente caso, uma contratação precedida de licitação, com mais razão, frustrará os resultados pretendidos, uma vez que não será possível atender o princípio da isonomia pela própria impossibilidade de se eleger critérios objetivos para escolha, de modo que culminaria em entraves judiciais (grifei).

E concluiu o aludido acórdão:

1) da análise das informações prestadas pela Infraero acerca da contratação em questão, identificou-se **que o objeto contratado é serviço técnico especializado, conforme art. 13, inciso III, da Lei de Licitações, e de natureza singular pela sua complexidade, impedindo, assim, o julgamento de eventual processo licitatório por critérios objetivos; além disso, a contratada possui notória especialização no objeto da contratação. A Infraero demonstrou a razoabilidade do valor contratado.** Portanto, as informações e os documentos acostados aos autos indicam que a Infraero adotou as medidas necessárias e pertinentes para contratação da empresa Falconi Consultores de Resultados, por meio do Contrato 120-ST/2012/0001, estando em consonância com o disposto no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, bem como com a jurisprudência desta E. Corte de Contas sobre a matéria; e

2) quanto às recomendações da Consultoria, produto do contrato em tela, identificou-se que foram acatadas pela Infraero e estão sendo aplicadas no dia a dia da empresa, gerando redução de cargos comissionados na Sede da Infraero, referente a uma economia anual de R\$ 51,6 milhões, haja vista passarem de 604 cargos existentes em 2013 para 139, em 2014. Quanto às receitas, conforme informações da Infraero, ao final do ciclo contratado, em maio de 2014, a empresa obteve um incremento na receita de R\$ 46,7 milhões além da meta fixada de incremento para o período de R\$ 153,55 milhões, com o valor alcançando R\$ 200,25 milhões.

3) os benefícios financeiros gerados em termos de redução de custos e incremento de receitas apontados acima como auferidos pela Infraero se apresentam bastante superiores ao custo de contratação da Consultoria (R\$ 16.131.973,15), não se podendo afastar, ainda, as melhorias implantadas na gestão da empresa de difícil mensuração objetiva como o novo modelo de governança e gestão adotado, o aprimoramento de processos de trabalho reavaliados e redesenhados, assim como o intenso treinamento disponibilizado aos seus funcionários, que acompanharam a metodologia de trabalho dos consultores e fizeram atividades com estes, incorporando e disseminando, desse modo, as novas práticas expostas pelos consultores (grifei).

Observa-se que o TCU não destoia quanto aos requisitos necessários para se contratar mediante inexigibilidade de licitação – quais sejam, simultaneamente: objeto singular, serviço técnico especializado no bojo do art. 13 da Lei de Licitações e notória especialização do contratante. Entretanto, adiciona também o grau de confiança empregado àqueles que reconhecidamente detenham “notória” especialização, sempre à luz do melhor interesse público.

Por todo o exposto, conclui-se que ainda que os termos “especialidade” e “singularidade” sejam ambos decorrentes da complexidade da demanda, não são sinônimos entre si, de maneira que é possível que os serviços de consultoria sejam contratados através de procedimentos licitatórios.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Do mesmo modo, também não são equivalentes os termos “notória especialização” e “especialista” (isto é, consultor especialista), já que esse é capaz de prestar serviço a que, observada a realidade da comarca, um servidor qualquer não poderia desempenhar, enquanto aquele, frente a singularidade do objeto, detém parcela muito maior de reconhecimento e exprime mais confiança e solidez.

E, por fim, “singularidade” também não é o mesmo que “unicidade”, porque mesmo que exista mais de uma pessoa com “notória especialização”, esta seara está permeada pela discricionariedade da Administração, que é permitida a contratar aquele que melhor lhe aprouver no caso concreto – sempre, é claro, observando os princípios da Administração Pública e realizada a competição, quando viável for.

4. CONSEQUÊNCIAS E RESPONSABILIZAÇÃO

Em primeiro plano, imperioso observar que os ilícitos que tangenciam a contratação de consultoria, apesar de guardarem certa relação entre si em virtude do fato que os origina, têm responsabilização distinta. Assim, os ilícitos podem ser resumidos no que toca à burla a concurso público; à terceirização indevida ou à fraude à licitação.

Primeiramente, tanto a terceirização indevida quanto a burla a concurso público são ambos subsumíveis à Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), uma vez que esta veda o malferimento aos princípios-deveres da Administração Pública, a fim de evitar possível dano ao erário. Marino Pazzaglini Filho, no que tange à improbidade administrativa, esboça:

A improbidade administrativa é o designativo técnico e jurídico para a chamada corrupção e má gestão administrativa, que, sob diversos tipos de ação e omissão dos agentes públicos, promove o desvirtuamento da condução das coisas públicas, afrontando os princípios constitucionais que regulam a atuação da Administração Pública, em especial aqueles previstos no art. 37 da CF.

[...]

A improbidade administrativa revela-se desde a forma mais grave de alcance de vantagens patrimoniais ilícitas às expensas do Erário (parcela do patrimônio público que tem conteúdo econômico-financeiro isto é, bens e direitos de valor econômico), ao exercício nocivo ou ineficiente das funções públicas, causando efetiva lesão ao Erário, e à atuação do agente público que atenta contra os princípios constitucionais.³² [grifou-se]

Outrossim, Carmen Lúcia Antunes Rocha afirma que, acima de tudo, a LIA visa resguardar o patrimônio moral da sociedade, e não somente o patrimônio material coletivo:

³² PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes de responsabilidade fiscal**: atos de improbidade administrativa por violação da LRF. São Paulo: Atlas, 2001. p. 43 e 44.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O objetivo maior da Lei n. 8.429 é o da proteção do administrado, e não apenas da administração pública, aqui considerada em relação ao seu patrimônio moral, além do patrimônio material. Este é bem certo que é enfaticamente amparado e protegido nos termos daquela legislação e na sequência das normas constitucionais antes lembradas, mas não se há de esquecer que o que se busca proteger é, fundamentalmente, o patrimônio moral da sociedade brasileira, o patrimônio ético coletivo dos administrados. O brasileiro não mais suporta a idéia de ser lesado no seu patrimônio – que é de todos, coletivamente considerado, e que como tal deve ser tutelado – principalmente por aqueles que deveriam ser os principais e primeiros interessados em sua tutela e guarda, delas dispendo, exclusivamente, para a realização do interesse de toda a coletividade.

Também é certo que a Lei n. 8.429/92 busca impedir ou dificultar toda e qualquer forma de malversação e de ilicitude no exercício dos cargos públicos e na administração da coisa pública. Os recursos públicos e o controle maior sobre os dinheiros públicos é que são visados pela lei comentada.³³

Exatamente por isso é que o art. 11 da debatida Lei prevê sanções para aqueles que ofendem princípios e normas da Administração Pública, mesmo que não tenham enriquecido ilicitamente ou mesmo causado algum prejuízo material ao erário. É da literalidade da lei:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta **contra os princípios da administração pública** qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, **e notadamente:**

[...]

V - frustrar a licitude de concurso público;

Destarte, fica claro que ambas as condutas resultam no malferimento dos princípios que regem a Administração Pública, ainda mais porque tais condutas obstam a isonomia, legalidade, moralidade e eficiência. Sobre o tema, esta é a interpretação dos doutrinadores Émerson Garcia e Rogério Pacheco:

O art. 11 da Lei n.º 8429/1992 é normalmente intitulado 'norma de reserva', o que é justificável, pois ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal. [...]

Por essas razões, cremos que a má-fé do agente deva ser valorada quando da identificação da improbidade material, operação que utiliza a noção de proporcionalidade e que necessariamente levará em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes ao ato, como é o caso da insignificância das normas violadas ou do dano causado, da satisfação do interesse público, da ausência de mácula e direitos individuais e da boa-fé do agente.”³⁴ (grifei)

33 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Improbidade administrativa e controle das finanças públicas**. RTCMG, nº 4, 2000, ano XVIII. Disponível em <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2000/04/-sumario?next=7>. Acesso em 02/12/2011.

34 GARCIA, Émerson Garcia, e PACHECO, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 6ª edição, São Paulo: Editora Lumen Iuris, ano 2011, p. 318-319.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

É do entendimento do STJ:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÕES SEM CONCURSO PÚBLICO. OFENSA À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RECONHECIMENTO DE DOLO GENÉRICO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra o ora recorrente, objetivando a condenação pela prática de ato ímprobo, consistente na contratação de servidores sem concurso público.

2. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

3. Com efeito, a contratação irregular sem a realização de concurso público pode se caracterizar como ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, mas, para tanto, é imprescindível a demonstração de dolo, ao menos genérico, do agente.

4. Na hipótese em exame, a Corte de origem, embora tenha consignado que era prescindível a demonstração de dolo ou culpa do agente, reconheceu expressamente que "a atividade do Réu manifesta-se em dissonância da Legalidade, visto que agiu em desobediência aos princípios norteadores do direito administrativo, em desacordo com o interesse público, tão-somente favorecendo os servidores contratados ilegalmente" (fl. 1.087, e-STJ), razão por que não há falar na ausência do elemento doloso.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1512085/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/10/2016)

Por fim, interessa observar que a fraude à licitação mais comum, nos casos de contratação de consultorias pelos entes públicos, é a aplicação da inexigibilidade fora dos permissivos legais, o que pode configurar o crime do art. 89 da Lei de Licitações.

Além disso, a fraude à licitação também constitui em ato de improbidade que causa dano ao erário, na hipótese do art. 10, VIII da LIA:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

Interessante frisar que apesar de existir divergência jurisprudencial, o dano ao erário pode ser presumido. Em favor da interpretação de **que se prescinde da ocorrência ou a prova do dano**, e utilizando-se aqui indevidamente do vocabulário

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

próprio do Direito Penal, vislumbra-se que a “*capitulação*” da conduta de frustrar a licitude de processo licitatório não faz alusão explícita à ocorrência de eventual dano ao Erário, pelo que se presumiria que, nos casos de dispensa ou inexigibilidade indevidas de licitação, dos quais o fracionamento do objeto é um dos exemplos mais conhecidos, **restaria configurado o inciso VIII do art. 10 da LIA independente de demonstração de prejuízo material suportado pelo Erário.**

Nesse sentido, a primeira Câmara de Direito Público/TJSC, entende:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE ITAJAÍ. FRAUDE EM LICITAÇÃO PARA REFORMA EM ESCOLA. CERTAME, NA MODALIDADE CONVITE, PREVIAMENTE DIRECIONADO. CONDENAÇÃO DE TODOS OS DENUNCIADOS COMO INCURSOS NO ART. 11, I, DA LIA.

[...]

2) SERVIÇOS PRESTADOS PARCIALMENTE PELA PESSOA JURÍDICA ANTES MESMO DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DIRECIONADO. IRRELEVÂNCIA. DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA. PRECEDENTES DO STJ. REALINHAMENTO DA POSIÇÃO DA CÂMARA PARA OBSERVAR O ENTENDIMENTO DA CORTE SUPERIOR. CONDENAÇÃO PELO ART. 10, VIII, DA LIA.

"O STJ tem externado que, em casos como o ora analisado, 'o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação)' (REsp 1280321/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012)". (REsp 1376524/RJ, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 2-9-2014)

[...]

(TJSC, Apelação Cível n. 0014067-76.2010.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 04-04-2017) (grifei).

A presunção de dano ao Erário nas contratações diretas irregulares é certificada, ainda, pela Nota Técnica Conjunta firmada pelo CMA e pela Coordenadoria de Recursos Cíveis do MPSC em 2014, que condensa algumas das posições da Instituição na defesa do patrimônio público tendo por mote a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Assim sendo, evidente que ao Poder Público cabe auferir corretamente qual o objeto de sua contratação a fim de não cometer equívocos frente ao procedimento licitatório devido – já que, como visto no tópico anterior, a contratação de consultoria, por si só, não implica na automática hipótese de inexigibilidade. Ademais, ainda que a contratação direta da consultoria seja legítima de acordo com a Lei 8666/93, posto que a essência do contrato versa sobre serviços técnicos especializados, temporários e excepcionais, deve velar o Administrador para que não sejam incluídas no objeto da avença atividades rotineiras ou comuns, a respeito das quais poderia ser realizado o certame licitatório.

5. CONCLUSÃO

A contratação de serviços de consultoria, como visto, tem lugar enquanto aperfeiçoamento da prestação de serviços públicos para a sociedade, com vistas à otimização da atividade administrativa.

Sob este prisma, não se nega que a contratação de consultoria pode ter relevância para assessorar o desenvolvimento dos municípios, governos e outros entes públicos, ao possibilitar o aprimoramento de toda sua potencialidade. Dessa forma, a consultoria pode ter enfoque situacional, nos casos em que se pretende apenas fomentar um ou outro serviço ofertado pelos municípios, promovendo-se a entrega de um parecer ou estudo que possibilite a otimização dos gerenciamentos da administração pública; pode, outrossim, ter enfoque de apoio técnico, promovendo recorrente capacitação dos servidores do município, bem como analisando temáticas relevante para o gerenciamento da função pública.

Por esse motivo, a especialidade do consultor, seja este prestador de apoio técnico ou consultor “*stricto sensu*”, pode ser considerada como verdadeiro divisor de águas para auferir se a consultoria não tangencia a terceirização indevida, porquanto somente um profissional qualificado, que é especialista na matéria, poderá resolver as questões mais complexas. Sem qualificação, não há consultoria.

Não se quer, portanto, substituir servidores públicos, ou onerar cada vez mais a Administração, mas simplesmente aumentar o leque de possibilidades ofertados aos administrados. Nesta esteira, já se observa que a contratação de consultorias integra a realidade catarinense como prática recorrente, o que torna imprescindível a atenção deste *Parquet* frente ao tema.

Diante disso, sugere-se ao Órgão de Execução Ministerial, sempre que possível, a verificação quanto a necessidade da contratação da consultoria – principalmente atentando-se a especialidade do consultor, à realidade do Município e a real necessidade dos serviços contratados. Por fim, também é recomendável o acompanhamento do processo de contratação, da fiscalização do edital até a modalidade adotada de licitação, sendo a inexigibilidade possível sempre como exceção, observando-se o caso concreto.

Em síntese, pois, pode-se concluir:

1. **Consultoria** é o estudo, a identificação ou análise de problemas específicos, com vistas à geração de uma solução por meio de algum parecer ou projeto, através dos conhecimentos de um especialista. Em outras palavras, consultoria não pressupõe execução, mas sim a oferta de soluções que otimizem o serviço ou solucionem algum problema. Pode haver, também, o “apoio operacional”, que consiste no acompanhamento dos processos

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

internos da Administração, tomando-se o cuidado, porém, para não exercer o labor dos servidores efetivos;

2. As principais **características** da consultoria são a *temporariedade* e a *especialidade*, já que a atividade cinge-se a uma área específica, com certa complexidade. A *temporariedade*, em algumas situações, pode ser mitigada, principalmente nos casos de “apoio técnico”, em que a demanda sugere acompanhamento contínuo da atuação dos gestores públicos;
3. Há divergências na jurisprudência e doutrina, principalmente no que toca ao **processo de contratação** de serviços de consultoria. De um lado, entende-se que a contratação de consultoria pressupõe notória especialização, motivo pelo qual poderia ser contratada diretamente, mediante inexigibilidade de licitação. Por outro lado, compreende-se que “notória especialização” não é sinônimo de “especialidade”, já que aquele é muito mais pontual do que este, razão pela qual a (des)necessidade de licitação deve ser auferida caso a caso. Ainda, há dissonância quanto a possibilidade de contratação de serviços de consultoria e assessoria, nos casos de labor que pressuporia um servidor efetivo. Não se olvida que, em tese, tal prática é vedada, no entanto, a jurisprudência tem mitigado este entendimento, a depender do caso concreto, a fim de não inviabilizar os serviços em Municípios de pequeno e médio porte;
4. Os **ilícitos** mais comuns, em se tratando de prestação de serviços à Administração Pública, referem-se à terceirização indevida e a burla a concursos públicos. No que toca ao processo de contratação, tem-se também a fraude à licitação, nos casos em que se aplica a inexigibilidade quando for viável a competição. Em situações extremas, há o desvio de recursos públicos mediante contratos de consultoria forjados, nos quais os serviços descritos nas notas sequer foram prestados. Esta última modalidade - bastante empregada em esquemas de corrupção de grande repercussão nacional - motivou o TCE/SC a realizar exigências bastante rígidas nos processos de prestação de contas envolvendo contratos de consultoria (IN 20/2015, art. 43);
5. Nesses casos, a **responsabilização** pode se dar tanto na esfera penal quanto na administrativa. No âmbito penal, a fraude à licitação é tipificada no crime do art. 89 da Lei Geral de Licitações e Contratos, cuja pena varia de 3 a 5 anos, acrescido de multa. Já na seara administrativa, a terceirização indevida e burla a

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

concurso público são práticas de ato de improbidade administrativa, consubstanciados no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. No mais, vale lembrar que a fraude a licitação também é ato de improbidade, mas na hipótese do art. 10, VIII da LIA, cujo dano é presumido.

6. Algumas ações básicas podem aprimorar o trabalho dos órgãos de controle sobre os contratos de consultoria: a) fiscalização do edital, bem como da modalidade de licitação adotada; b) averiguação quanto a execução do serviço, que não poderá adentrar na seara do servidor efetivo; c) acompanhamento do processo de contratação, verificando-se a efetiva prestação de serviço; d) a apuração prévia quanto a efetiva necessidade da contratação e a oferta, no mercado, dos mesmos serviços, de forma mais econômica (p.ex., por entidades da sociedade civil, associações regionais, etc).

Florianópolis, 05 de junho de 2017.

SAMUEL DAL-FARRA NASPOLINI
Promotor de Justiça
Coordenador CMA

LÍGIA BRANDI LICHACOVSKI
Estagiária de Direito