ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO - PGE
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PA-NPA - Núcleo de Parcerias

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 2018.02.004216

PGE.Net Nº: 2018.02.004216

ORIGEM: SECULT - SECRETARIA DE CULTURA

INTERESSADO (A): Secretaria Da Cultura Do Estado Da Bahia

ASSUNTO: Consulta

PARECER N:002783/2018

CONSULTA. Contratação de empresa para prestar serviços de apoio à fiscalização. Apontamentos do TCE para regularização na análise das prestações de contas dos recursos transferidos pelo Fundo de Cultura da Bahia. Encaminhamento dos autos à SEFAZ.

Cuida o presente expediente de consulta formulada pela Secretaria de Cultura, através da SUPROCULT, acerca de orientações jurídicas para resolução do passivo de processos de prestações de contas, totalizando o montante de 1.897, em dados apurados até 30/06/18 pela Diretoria de Controles.

Tal questão vem sendo alvo contínuo de apontamentos pela Auditoria Geral do Estado e pelo Tribunal de Contas do Estado da Bahia, inclusive com recomendações para que o Fundo de Cultura se abstenha de celebrar novos ajustes, que suplantem sua capacidade de análise adequada (Resolução nº 24/2016), sob pena de imputação de responsabilidade e multa (fls. 61/62).

O Superintendente de Promoção Cultural, Alexandre Simões, esclareceu que vem

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0

buscando a resolução do problema, mas não tem logrado êxito, em que pese a existência de recurso orçamentário, tendo em vista a negativa da Secretaria da Fazenda, sob o argumento de que se trata de contratação de serviço de consultoria e estaria vedado pelo art. 2º, V do Decreto nº 16.417/2015.

Esclareceu também que, considerando o déficit no quadro funcional, a SECULT promoveu a realização do Processo Seletivo Simplificado em junho de 2018, visando a contratação de cinquenta novos colaboradores, por tempo determinado, em Regime Especial de Direito Administrativo – REDA, mas apenas 05 foram direcionados à Diretoria de Acompanhamento e Controles, visando dar suporte a análise de prestação de contas, o que não é suficiente para solucionar a demanda represada.

Foi anexada cópia do processo nº 0800170033198, contendo cópia do Plano de Ação formulado pela SECULT (fls. 07/27); e Relatório de Auditoria do TCE (fls. 28/63).

O processo nº 0800170033198 trata do processo de licitação para a contratação dos serviços e se encontra em análise no Núcleo de Licitações e Contratos.

É o relatório.

I – DA EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DO NLC ACERCA DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO À FISCALIZAÇÃO. ART. 67 DA LEI Nº 8.666/1993, ART. 153 DA LEI Nº 9.433/2005 E ACÓRDÃOS DO TCU. PARECER PA-NLC-CGM-LMM-076/2017.

O Parecer PA-NLC-CGM-LMM-076/2017 ao analisar a possibilidade jurídica de se deflagrar procedimento licitatório, na modalidade concorrência pública, com vistas à contratação dos serviços de apoio técnico à fiscalização e engenharia consultiva de projetos e serviços de engenharia para todo o Estado da Bahia, concluiu pela possibilidade excepcional, considerando a necessidade de adaptação da estrutura da administração à demanda existente. Tal

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0

pronunciamento foi acolhido em Despacho pela Procuradora Chefe.

Com efeito, a Lei nº 8.666/1993 confere à Administração Pública a possibilidade de contratar terceiro para auxiliar o fiscal do contrato em suas atribuições, não podendo a Administração terceirizar totalmente esta função, a qual deve ser titulada por servidor público.

> Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Já a Lei Estadual nº 9.433/2005 vai além e autoriza que nas contratações de grande vulto ou de alta complexidade, o acompanhamento e fiscalização seja feito por empresa contratada especialmente para tal mister, sem redução das responsabilidades do contratado.

> Art. 153 – O recebimento de material, a fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato ficarão a cargo de comissão de servidores permanentes do quadro da Administração, sob a supervisão geral do órgão central de controle, acompanhamento e avaliação financeira de contratos e convênios, órgão este com quadro de pessoal obrigatoriamente recrutado por concurso público.
>
> Parágrafo único - Nas contratações de grande vulto ou de alta complexidade técnica e mediante despacho fundamentado da autoridade competente, a fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato poderão ser realizados por pessoa física ou jurídica especializada, contratada para esse fim, sem reduzir nem excluir a responsabilidade do contratado no cumprimento de seus encargos.

Vale lembrar que tais normas se aplicam aos convênios, consoante previsto no art. 183 da Lei nº 9.433/05:

> **Art. 183** - Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por qualquer dos Poderes do Estado, órgãos e entidades de sua Administração direta ou indireta, entre si ou com outras pessoas de direito público ou privado.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0

No presente caso, pretende-se a contratação de empresa para apoiar a análise da prestação de contas dos convênios celebrados pela SECULT, considerando a ausência de servidores do quadro para fazer frente ao passivo dos processos, antes as recomendações do TCE.

No caso ora apreciado, entende-se que poderia ser aplicada por analogia, a norma do art. 67 da Lei 8.666/1993, com base no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, para permitir a contratação dos serviços de **apoio** à fiscalização, independentemente do seu valor e complexidade.

Em que pese o debate existente acerca da extensão deste apoio, considerando o dever do Estado de realizar a fiscalização através de servidores concursados, a possibilidade da presente contratação está em consonância com os vários precedentes desta Procuradoria Administrativa[1].

Não teria sentido que, em um contexto de escassez de pessoal na Administração Pública e de contingenciamento de recursos financeiros, fosse permitida à Administração Federal a contratação de serviços de apoio à fiscalização e a Administração Estadual estivesse restrita à contratação deste apoio apenas para as contratações de alta complexidade e grande vulto, o que poderia causar graves prejuízos ao acompanhamento e fiscalização das demais contratações. Faz-se aqui uma interpretação sistemática e teleológica do princípio da eficiência, de sede constitucional e aplicável a toda Administração Pública.

Vale pontuar que o TCU, reconhecendo a importância de garantir um mínimo de estrutura operacional da Administração, já condicionou a retomada das obras do DNIT à prévia contratação de empresa supervisora[2]:

> "11. Por outro lado, o Dnit incorre em elevado risco de ocorrerem inadequações na execução das obras de construção rodoviária, exatamente pelas deficiências estruturais vivenciadas pela autarquia para realizar, a contento, a fiscalização

[1] Processos nos 0300150616755-0; 0200160248075 e 0300160729043.

[2] Acórdão 2.651/2010, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0

> direta dos seus empreendimentos. Aliás, foi justamente por conta desse quadro e da presença de indícios de irregularidades na execução dos contratos em análise, que o relator, com a aquiescência do Tribunal, condicionou a retomada das obras de construção rodoviária, dentre outros fatores, à prévia contratação de empresa supervisora."

Também no AC-2390-35/12-P, o Plenário do TCU permitiu a realização de licitações da Fundação Nacional de Saúde – Funasa, tendo por objeto a contratação de empresa de consultoria de engenharia para assisti-la e subsidiá-la na supervisão de obras de implantação, ampliação ou reforma de Sistemas de Abastecimento de Água (SAA) e de Sistema de Esgotamento Sanitário (SES), por entender que a contratação visava a supervisionar ajustes específicos, considerando a sua necessária adaptação para atender ao acréscimo de sua demanda, em face do Programa de Aceleração do Crescimento. O TCU considerou que a Funasa já estava adotando providências para sanar as graves deficiências de seu quadro de pessoal:

> "Para sanar as graves deficiências de seu quadro de pessoal, reconhecidas de longa data pelo TCU, a Funasa tem adotado providências, embora não tenha atingido, até o momento, resultados significativos.
> (...)
> A entidade informa que a proposta de ampliação do seu quadro de pessoal se encontra no Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, para apreciação, conforme Aviso 1138/GM/MS, encaminhado pelo Senhor Ministro da Saúde, em 10 de julho de 2012.
> (...)
> As contrações de empresas de consultoria de engenharia de que tratam estes autos não afastam a fiscalização e o monitoramento a cargo dos técnicos da Funasa, inclusive no que se referem aos 1.543 empreendimentos objeto das concorrências 1/2012 a 26/2012, haja vista a competência estatutária desses servidores.
> (...)
> Assim, não obstante reitere o entendimento desta Corte, de que é ilegal e inconstitucional a contratação de empresas prestadoras de serviços e funcionários terceirizados para a execução de atividades de caráter rotineiro, finalístico ou crítico para os resultados institucionais do órgão/entidade, bem assim aquelas inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo seu plano de cargos, revogo a medida cautelar anteriormente concedida, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, que afastam o caráter rotineiro da atividade a ser contratada, e permito a retomada dos certames, desde que cumpridas as determinações corretivas ora

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0

proferidas, das quais passo a tratar."

Com estas orientações, cabe aqui recomendar à SECULT que também **adote providências para compatibilizar o seu quadro de pessoal com o volume de recursos repassados por convênio, com vistas a não mais depender de contratações como esta para a realização das suas competências**.

Cabe aqui alertar que, nos contratos de apoio à fiscalização, o servidor público, verdadeiro responsável pela fiscalização, não deve se transformar em mero atestador de nota fiscal, conforme pontuado por Laerte Marques no seu artigo *"Gestão e fiscalização dos contratos administrativos e o processo de contratações públicas*[3]*":*

> "A Lei nº 8.666/93 confere à Administração Pública a possibilidade de contratar terceiro para auxiliar o fiscal do contrato em suas atribuições, não podendo a Administração terceirizar totalmente esta função, a qual deve ser titulada por servidor público. Não obstante a possibilidade da contratação de terceiro para auxiliar o fiscal, bem sabemos que dependendo do porte do órgão administrativo, ao servidor é confiado o acompanhamento da execução de vários contratos e, sem condições nem qualificação necessárias ao desempenho de seu mister, transforma-se em mero atestador de nota fiscais.
>
> Ressalta-se que não só os Agentes Públicos responsáveis por administrarem dinheiro e bens públicos são alcançados pela fiscalização do órgão controlador externo, mas também aqueles que praticarem ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, conforme estatui o art. 58, II da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União)."

Corroborando com este entendimento, segue trecho do pronunciamento oriundo da AGU, ressaltando a necessidade de que neste tipo de contratação, deve a Administração zelar para que sejam contratadas apenas as atividades consideradas **acessórias** à fiscalização:

"CONTRATAÇÃO DE APOIO À FISCALIZAÇÃO. PARECER Nº

[3] **INTERESSE PÚBLICO – IP.** BELO HORIZONTE, ANO 15, N. 79, MAIO/JUN. 2013.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0

> 12/2013/CPLC/ DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 03.12.2013. CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 57/2013: I. A contratação de apoio à fiscalização prevista no art. 67, caput, da Lei nº 8.666/93 não encontra óbice no §2º do art. 1º do Decreto nº 2.271/97, pois constitui uma das expressas disposições legais em contrário a que se refere o dispositivo do decreto, podendo ser contratada ainda que as atividades sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade; Consultoria-Geral da União - CGU 127 127 II. **Na análise da contratação, deve-se zelar para que sejam previstas apenas atividades acessórias à fiscalização, cuidando-se para que a fiscalização e os atos que lhe são inerentes, tais como decisões, atestos, aplicação de penalidades, recebimento de serviços, remanesçam na figura do fiscal ou gestor do contrato, representante servidor a ser especialmente designado pela administração**. (Bráulio Gomes Mendes Diniz. Procurador Federal).[4] (sem grifos no original)

Como bem exposto pelo i. Procurador do Estado Ailton Cardoso[5] o ordenamento jurídico de um Estado é, na realidade, um sistema normativo, porquanto configura uma reunião ordenada de partes que formam um todo, relacionadas entre si e que se sustentam mutuamente. No ápice desse sistema localizam-se os princípios[6].

> "Assim, na existência de algum ato estatal que implique em contradição entre princípios constitucionais, deve o agente público realizar a ponderação entre essas normas principiológicas para aplicar aquela que melhor se adapte ao caso concreto. Essa é a dimensão do peso ou importância dos princípios preconizada por Dworkin."

Dessa forma, cabe realizar uma ponderação dos interesses, com vistas à valorização do princípio da eficiência e continuidade do serviço público, para permitir a presente contratação, recomendando-se, novamente, a Administração que **adote as providências**

4 file:///D:/Downloads/manual_de_licitacoes_e_contratacoes_administrativas.pdf

5 PARECER ACSJ 4528/2008

6 "Etimologicamente, o termo 'princípio' (do latim *principium, principii*) encerra a idéia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer". Cf. CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 14ª ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Malheiros, p.30.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0

necessárias para a regularização na análise dos processos de prestação de contas.

Assim, a exemplo do que já ocorre na Administração Federal, entende-se que aqui também pode ser aplicada analogicamente a regra do art. 67 da Lei 8.666/93, para permitir a contratação de serviços de apoio à fiscalização dos convênios, com vistas à garantia da sua eficiência que, do contrário, poderia restar comprometida pela inviabilidade de cumprir as suas finalidades regimentais, dado o acréscimo exponencial da sua demanda, agravado pela diminuição da sua equipe, conforme relatado nos autos. Vale pontuar que tal contratação deve se destinar especificamente a eliminação do passivo de processos de prestação de contas que em junho de 2018 totalizavam 1.897, cabendo a SECULT desenvolver esforços para regularizar tal análise através da adoção de sistemas informatizados e da adequação dos recursos humanos, evitando a formação de novos passivos.

II – DO CONTINGENCIAMENTO.

Considerando os esclarecimentos do Superintendente de Promoção Cultural, Alexandre Simões, a Secretaria da Fazenda opinou contrariamente à referida contratação, sob o argumento de que se trata de contratação de serviço de consultoria e, portanto, estaria vedado pelo art. 2º, V do Decreto nº 16.417/2015.

O DECRETO Nº 16.417, de 16 de NOVEMBRO de 2015, estabeleceu medidas para a gestão das despesas e controle dos gastos de custeio e de pessoal, e em seu art. 2º, V, assim previu:

> Art. 2º Ficam suspensas as despesas públicas decorrentes das seguintes atividades:
> V contratação de consultoria e renovação dos contratos existentes, admitindo-se prorrogação em casos excepcionais, devidamente justificados e submetidos à apreciação da Secretaria da Administração SAEB e da Secretaria da Fazenda SEFAZ;

No entanto, à primeira vista, o serviço que a SECULT pretende contratar não se

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0

confunde com o serviço de consultoria, segundo as definições levantadas por Dante Girardi[7], pois não visa o levantamento de problemas, nem a realização de diagnósticos e apresentação de soluções, mas apenas o apoio na análise das prestações de contas dos convênios celebrados, de forma a atender a recomendação do TCE e eliminar o passivo de processos acumulados:

> "Orlickas (1999) define Consultoria como o fornecimento de certa prestação de serviço, por um profissional em geral qualificado, provido de remuneração por hora ou projeto, para um determinado cliente. A Consultoria é efetuada por meio de diagnósticos e processos com o propósito de levantar as necessidades do cliente, indicar soluções, recomendar ações e efetivamente implantá-las.
> Segundo Oliveira, "Consultoria é um processo interativo de um agente de mudanças externo à empresa, o qual assume a responsabilidade de auxiliar os executivos e profissionais da referida empresa nas tomadas de decisões, não tendo, entretanto, o controle direto da situação" (OLIVEIRA, 1999, p.21).
> Case (1997) apresenta definições de vários autores e especialistas no assunto: O Instituto de Consultores de Organização do Reino Unido a define como o serviço prestado por um profissional ou grupo de profissionais independentes e qualificados para a identificação e investigação de problemas relacionados à política, organização, procedimentos e métodos, para recomendarem ações adequadas e prestarem auxílio na implementação dessas recomendações; Parreira se refere a ela como a arte de dar conselhos, uma troca, um serviço especializado, uma forma de condução."

Ademais, considerando as reiteradas recomendações do TCE e da AGE e as penalidades a serem aplicadas sobre os gestores, além do impedimento para a celebração de novos convênios, convêm ponderar que tal contratação poderia ser enquadrada na excepcionalidade prevista no referido artigo, de forma a diminuir ou mesmo eliminar o elevado número de processos pendentes de análise pela SECULT.

Ademais, a ausência dessa análise poderá implicar em prejuízo ao erário, pois a análise das prestações de contas poderá ensejar a instauração de Tomada de Contas e Processo de Reparação de Dano de recursos repassados e não comprovados. Ademais, tais medidas

7 CONSULTORIA EMPRESARIAL: Uma Opção Profissional e um Projeto de Vida. Dante Girardi. Disponível em https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/766302/mod_resource/content/1/Artigo_6_dante_Consultoria.pdf. Acesso em 25 de outubro de 2018.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0

poderão ser alcançadas pela prescrição, em razão da demora na análise das prestações de contas, gerando mais prejuízo ao erário.

Dessa forma, sugiro o encaminhamento dos autos à SEFAZ para novo pronunciamento acerca da questão, de forma a buscar uma solução para o problema.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, 25 de outubro de 2018.

Lízea Magnavita Maia
Procurador do Estado

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0

Quadro de Assinaturas

Este documento foi assinado eletronicamente por:

Alexandre Freitas Simoes
Responsável - Assinado em 21/02/2019

Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: A4MZG1MTK0