



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS  
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Processo:** TC 24558/026/13

**Contratante:** Prefeitura Municipal de Guarujá

**Contratada:** Planeta Educação Gráfica e Editora Ltda.

**Objeto:** Pregão Presencial n.º 34/2013 e Contrato n.º 070/2013, destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria educacional e assessoria pedagógica, incluindo o fornecimento de recursos didático-pedagógicos, conforme o descritivo no Anexo II do Edital.

**Em exame:** Termo Aditivo n.º 01, de 05/05/2014 e Termo Aditivo n.º 02, de 15/10/2014.

**Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator,**

Trata-se de controle externo relativo à licitação e à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria educacional e assessoria pedagógica, incluindo o fornecimento de recursos didático-pedagógicos. Precedido de justificativas, designação do pregoeiro, autorização, orçamento básico e parecer jurídico, o Pregão Presencial n.º 34/2013 foi publicado no diário oficial, no jornal de grande circulação e no sítio eletrônico do Município, levando à participação de 03 (três) empresas. Apurada a proposta vencedora, com a posterior homologação e adjudicação, a Prefeitura Municipal de Guarujá e a empresa Planeta Educação Gráfica e Editora Ltda. celebram o Contrato n.º 70/2013 em 05/07/2013 pelo valor de R\$ 3.050.000,00, com vigência de 10 (dez) meses, de modo que o prazo fatal deveria se encerrar em 05/05/2014.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em seu relatório inicial (fls. 595/601), a Fiscalização não registrou apontamentos que comprometessem a licitação e a contratação, razão por que o Ministério Público de Contas não se opõe, inicialmente, ao diferimento da matéria, nos termos fixados na Resolução n.º 01/2012 do TCE/SP (fls. 616). Diferida a apreciação, sem resolução do mérito (fls. 619/620), a Prefeitura Municipal noticiou a celebração de dois aditamentos, acostando a respectiva documentação (fls. 626/875). Os dois termos aditivos foram celebrados em 05/05/2014 e 15/10/2014, visando, respectivamente, à prorrogação da vigência contratual por mais dez meses e ao acréscimo do valor contratual, por conta da extensão dos serviços para os técnicos da Secretaria Municipal de Educação, gestores educacionais e professores da rede municipal.

Ao analisar a matéria, a Fiscalização concluiu pela irregularidade dos termos em virtude dos seguintes falhas: (i) o objeto contratual não poderia ser enquadrado no rol de serviços contínuos, nos termos do artigo 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/93; (ii) o serviço aditado já está incluído no contrato original; (iii) o valor do aditamento não teria sido detalhado e justificado, ferindo a economicidade (fls. 877/881). Diante das falhas apontadas, procedeu-se à notificação, mediante *email*, ofício e publicação no diário oficial de 24/01/2015, com referência específica à Prefeitura contratante e à empresa contratada (fls. 882/885).

Requerida a dilação de prazo pela Origem (fls. 886/887), o Douto Conselheiro Relator assinou novo prazo aos interessados, mediante publicação no diário oficial de 25/02/2015 (fls. 888). Em 26/02/2015, o advogado da contratada teve vista dos autos (fls. 889/890), com ulterior pedido de vistas pela Senhora Priscilla Maria Bonini Ribeiro (fls. 891/893). Ato seguinte, a Prefeitura Municipal ofertou seus esclarecimentos (fls. 894/1591), vindo os autos para o MPC na data de 21/05/2015 (fls. 1598).



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

No parecer anterior, este *Parquet de Contas* deixou de acolher a defesa ofertada pela Prefeitura para se manifestar pela irregularidade dos termos aditivos. Na ocasião, foi destacado que o objeto contratual não seria serviço contínuo, pois o Anexo II do Edital foi específico com relação ao projeto a ser desenvolvido para a capacitação dos professores. Desta forma, dar continuidade a tal capacitação demandaria novo projeto, nova licitação e novo contrato. Tanto assim o é que o próprio parecer jurídico da Origem alertou para a descaracterização da natureza de serviço contínuo, em descompasso com o artigo 57, II, da Lei nº 8.666/93 (fls. 1599/1604).

Após o parecer ministerial, a contratada solicitou vista dos autos em 22/06/15 (fls. 1605/1609), sendo o pleito deferido (fls. 1608). Requerida a dilação do prazo em 08/07/15 (fls. 1611/1612), foi deferida sua prorrogação por quinze dias, conforme publicação havida em 18/07/15 (sábado) (fls. 1614). Em 03/08/15, a contratada finalmente apresentou sua justificativa (fls. 1615/1631). De início, frisou que a defesa restringir-se-ia ao primeiro termo aditivo de prorrogação, pois, na sua visão, *“o douto MPC quedou-se silente em sua derradeira análise acerca dos outros pontos suscitados pela ínclita UR 20 e já devidamente esclarecidos pela Origem.”*

No mérito, afirmou que o objeto contratado seria uma ferramenta nevrálgica para a concretização da política pública educacional do Município. Por esta razão, os serviços prestados não poderiam ser compreendidos de forma exaustiva, renovando-se temporalmente por conta do caráter dinâmico da educação, sem que isso implicasse falta de planejamento. Alegou que a assessoria pedagógica seria um “serviço de apoio educacional”, como o transporte escolar. Sustentou que a abertura de novo certame implicaria novos gastos, ressaltando a existência de precedentes favoráveis.

Eis o breve relatório do que reputo necessário.

Passo, então, ao pronunciamento de mérito.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Preliminarmente, cabem três ponderações de cunho processual. A primeira concerne ao caráter intempestivo das justificativas ofertadas pela contratada, operando-se a preclusão temporal. Isto porque a contratante e a contratada foram expressamente notificadas para ofertarem suas justificativas quando da publicação de 24/01/15, lembrando que as partes contratantes, ao assinarem o Termo de Ciência e de Notificação, comprometeram-se a acompanhar as publicações realizadas no diário oficial. Para agravar a situação, aos interessados foi assinado novo prazo de 30 dias, mediante publicação no diário oficial de 25/02/15 (fls. 888). Tal a eficácia da publicação que o advogado da contratada teve vista dos autos em 26/02/15, dando-se por notificado, de modo que o prazo fatal encerrou-se, na melhor das hipóteses, em 30/03/15.

Assim, verificado a eficácia da notificação e o duplo resguardo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o prazo para a apresentação das justificativas já tinha se expirado quando do pedido de vistas em 22/06/15 ou do pedido de dilação do prazo em 08/07/15. Neste contexto, negar os efeitos da preclusão temporal significa não só ignorar o exercício abusivo do direito de defesa, mas também reconhecer, ainda que indiretamente, a ineficácia do Termo de Ciência e Notificação, colocando em xeque toda a sistêmica de notificação, tal como desenvolvida pelo TCE/SP.

A segunda observação preliminar busca refutar o argumento levantado pelo advogado da contratada, afirmando que sua defesa restringir-se-ia ao primeiro termo aditivo de prorrogação, pois, na sua visão, *“o douto MPC quedou-se silente em sua derradeira análise acerca dos outros pontos suscitados pela ínclita UR 20 e já devidamente esclarecidos pela Origem.”* Sobre este ponto, cabe frisar que o Ministério Público de Contas tem atuado neste processo como *custos legis*, não se submetendo aos efeitos da preclusão consumativa, ainda mais por se tratar de matéria submetida ao exame de conhecimento, com seu diferimento. Não fosse isso, o parecer ministerial anterior foi categórico ao concluir



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

*“opinando pela irregularidade dos termos aditivos n° 01 e n° 02, firmados em 05/05/2014 e 15/10/2014, respectivamente”.*

Já a terceira observação refere-se às consequências processuais que decorrem do ulterior apontamento de irregularidade em termo aditivo, cuja matéria principal foi *a priori* submetida ao exame de conhecimento, aplicando-se o rito do diferimento. Nos termos do artigo 4º, § 2º, da Resolução n.º 01/2012 do Egrégio TCE/SP, *“diferida a apreciação da matéria nos termos do parágrafo anterior, os autos poderão ser retomados a qualquer tempo, caso haja representação, denúncia, iniciativa do Conselheiro Relator ou qualquer outra situação que seja considerada relevante e recomende a medida, seguindo, em qualquer dessas hipóteses, ao Gabinete do Conselheiro a quem foi distribuído o feito, para fins de instrução e julgamento”.*

Desta forma, o fato de a Fiscalização ou o Ministério Público de Contas não terem apontado qualquer falha na licitação ou no contrato não significa que a matéria não possa ser ulteriormente submetida ao exame de julgamento, principalmente quando os termos aditivos forem objeto de vários apontamentos. No presente caso, as falhas apontadas em relação aos dois termos aditivos afastam o diferimento da licitação e da contratação, importando na necessidade de julgamento de toda a matéria. Afinal, reconhecer a preclusão lógico-consumativa significaria negar toda a sistemática adotada pelo TCE/SP.

Superadas tais observações preliminares de cunho processual, o a análise de mérito cinde-se em dois vértices, na matéria principal (licitação e contrato) e nos termos aditivos. Quanto à matéria principal, despontam as várias falhas insanáveis que impõem o julgamento de irregularidade, principalmente no que tange à impossibilidade de prestação de atividade típica do Poder Público pela iniciativa privada, ao socorro indevido ao pregão para a prestação de atividade intelectual que não pode ser qualificada como serviço comum *a priori* disponível no mercado, ao descumprimento de formalidades licitatórias que



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

convergem para a falta de plena observância do princípio constitucional da ampla competitividade. Em relação aos termos aditivos, o Ministério Público ratificará seu posicionamento anterior, refutando, em complemento, as teses levantadas na defesa da empresa contratada, cujo recebimento sequer se espera, por questão de legítima justiça, por conta da preclusão temporal suprarreferida.

*Primo*, a irregularidade da matéria principal mostra-se evidente, uma vez que o núcleo intangível das atividades de formação continuidade dos professores, de avaliação institucional, de consultoria educacional, de distribuição de material (eg. guias para professores e gestores) e de assessoria pedagógica não pode ser delegado mediante licitação, por serem atividades típicas do Poder Público que dizem respeito à elaboração da política pública educacional do Município, como bem frisado pela própria empresa contratada. Neste sentido, as especificações técnicas do objeto indicam que a prestação dos serviços poderia ocorrer nas unidades educacionais do Município, prevendo a avaliação institucional mediante a aplicação de questionários aos pais, alunos e professores, com a distribuição de material pedagógico (fls. 03/13). Para além da discussão referente à indevida aglutinação de atividades possivelmente díspares, que não estão necessariamente vinculadas por “razões de ordem técnica”, como exige o artigo 23, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, o exame global do objeto licitado denuncia ter ocorrido a terceirização indevida de atividade típica, como se verá adiante.

Na justificativa pedagógica para a contratação, afirma-se que a avaliação institucional forneceria diagnóstico inicial do aprendizado, de modo a permitir o apoio pedagógico aos alunos que tiverem dificuldades, somando-se, ainda, a formação continuada dos professores (fls. 15). Até se admitiria a execução parcial destas atividades por empresa da iniciativa privada, desde que elas complementassem a atuação estatal, sem a pretensão de substituí-la. Não é o que se infere da iniciativa municipal de contratar empresa para que realizasse o planejamento, a execução e o monitoramento de um plano de ações integradas, de acordo com o resultado obtido na avaliação institucional (fls. 16), praticamente



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

substituindo o ente federado na elaboração e na execução do plano municipal de educação, de modo a violar a atribuição do ente federado, tal como consagrada no artigo 8º, da Lei Federal n.º 13.005/14 (Plano Nacional de Educação).

Ao se manifestar inicialmente sobre a abertura do procedimento licitatório na data de 08/03/2015, o advogado do Município de Guarujá solicitou diligência, sob o seguinte fundamento: *“Antecedendo a avaliação da fase do artigo 38, parágrafo único, da Lei Federal n.º 8.666/93, solicito informar, atestando nos autos, se o objeto da pretensa licitação, em especial o conhecimento de profissionais especialistas e a execução de serviços de formação pedagógica e formação na área de gestão da educação, já não integram o quadro permanente e as atribuições dos servidores concursados e comissionados da Secretaria de Educação, conforme legislações específicas no âmbito municipal; afinal, não será possível terceirizar o que é tarefa do quadro regular.”* (fls. 80-V).

Firmado na data de 27/03/2015, o novo parecer do Advogado Geral do Município arremata a questão nos seguintes termos: *“Acompanho e adoto, em todas as letras, o parecer de fls. 177/182, instruído pelos documentos de fls. 183/185; o objeto que se pretende licitar, tal como modulado, constitui atividade própria e indelegável do Município, conforme taxativamente disposto na Lei Complementar Municipal n.º 135/2012, o que é repudiado pela jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (sumulada) e do próprio Poder Judiciário, exigindo, neste cenário, revisão por parte desta Secretaria”* (fls. 171-V). Um dos motivos para tal rejeição foi a aglutinação de várias atividades numa única licitação, razão por que a Secretaria Municipal de Educação procurou explicitar “restrições de ordem técnica” que impediriam o fracionamento. Embora o terceiro parecer jurídico tenha acolhido a aglutinação do objeto (fls. 234-V), o tema relativo à terceirização indevida de atividade típica restou pendente, o que ratifica a impossibilidade de se delegar o objeto do pregão em análise.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Secondo*, o objeto licitado não pode ser qualificado como serviço comum, o que impede o uso do pregão. Disciplinado pela Lei nº 10.520/02, o pregão destina-se exclusivamente à aquisição de bens e serviços comuns, qualificados como *“aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”* Ao abordar o tema, Marçal Justen Filho explica que, *“o bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens e serviços tal como disponíveis no mercado. Poderia afirmar-se que a disponibilidade no mercado é a primeira característica que dá identidade ao bem ou serviço qualificável como comum. Isso significa que o pregão poderá ser adotado sempre que a Administração puder localizar no mercado, sem qualquer dificuldade, o objeto de que necessita. Daí decorre a impossibilidade de aplicação do pregão para objetos que apresentem características peculiares ou que demandem inovações destinadas a atender necessidades próprias e exclusivas da Administração.”*<sup>1</sup>

No presente caso, as atividades de formação continuada e de avaliação institucional jamais poderiam ter sido qualificadas como serviços de prateleira, facilmente disponíveis no mercado. Em várias ocasiões, este *Parquet de Contas* tem defendido que os serviços de natureza intelectual não podem ser licitados por meio de pregão, principalmente quando o certame buscar atender uma necessidade específica da Administração Pública. É o que se infere da sustentação oral realizada no julgamento de Pregão lançado pela Prefeitura de Dois Córregos, com vistas à prestação de apoio administrativo educacional (TC 1276/002/13): *“embora a instrução tenha convergido pela irregularidade, a sustentação oral busca repisar uma tese ministerial, qual seja, tratando-se de “coaching” na área administrativa, com objeto amplo, tendo natureza intelectual, mostra-se impossível a realização de pregão, porque, nesses casos, fica impossibilitado o socorro ao pregão por não ser um serviço comum, padronizável”*.

<sup>1</sup> JUSTEN Filho, Marçal. Pregão: comentários à lei do pregão comum e eletrônico, 2ª ed., revista e atualizada de acordo com a Lei Federal nº 10.520/02 – São Paulo: Dialética, 2003, p.27.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Tertio*, o procedimento licitatório foi marcado por uma série de percalços que denotam a violação dos princípios da vantajosidade e da ampla competitividade. Para além dos vários pareceres jurídicos que denunciaram a terceirização indevida de atividade típica do Poder Público (fls. 80-V e 171-V), o orçamento básico sofreu várias alterações durante a fase interna do certame, com o objetivo de se ajustar às atividades licitadas conjuntamente. Realizada pesquisa prévia junto às empresas “Vivendo e Aprendendo Consultoria e Treinamento Ltda.”, “Triani Assessoria e Treinamento Educacional” e “Editora Opet” (fls. 81/97), obteve-se a previsão inicial do R\$ 1.805.610,30 (fls. 98), seguindo-se à realização de nova cotação com as mesmas empresas (fls. 251/278), num valor estimado de R\$ 4.152.967,25 (fls. 279). Esta divergência de valores decorreu do fato de terem sido excluídas inicialmente algumas atividades licitadas, quiçá porque tinham naturezas diversas, daí decorrendo fortes indícios de discricção deficitária do objeto licitado, como se verá logo adiante.

Neste sentido, cumpre ressaltar que a definição do objeto licitado pautou-se numa versão final do termo de referência que incluiu as atividades de formação continuidade dos professores, de avaliação institucional, de consultoria educacional, de assessoria pedagógica e de distribuição de material. Apesar da descrição polvilhada dos quantitativos relativos a cada uma destas atividades, o termo de referência encerra-se com uma planilha de média de preços que se referiu tão somente ao programa de educação continuada, num valor total estimado de R\$ 4.069.501,53, omitindo-se, todavia, em relação às demais atividades licitadas (fls. 318/332). Mais uma vez, constata-se a possível reunião de atividades díspares num mesmo objeto licitado, apesar da referência genérica à aglutinação por “razões de ordem técnica.”

Encerrada a fase interna do procedimento licitatório, o edital do Pregão Presencial n.º 34/2013 foi publicado no diário oficial do Estado, no diário oficial do Guarujá e no jornal “A Tribuna” (fls. 343/345). Nos termos do artigo 9º, da



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Lei n.º 10.520/02, a aplica-se subsidiariamente ao pregão o disposto no artigo 21 da Lei n.º 8.666/93, do que decorre a violação de seu inciso III. Afinal, para além da publicação nos diários oficiais (inciso II), o edital somente foi publicado no jornal “A Tribuna – O Jornal da Baixada Santista”, faltando, assim, a publicação no jornal de circulação estadual. Na sessão de abertura, comparecerem apenas três empresas, quais sejam, “Triani Assessoria e Treinamento Educacional”, “Editora Opet” e “Planeta Educação Gráfica e Editora Ltda.”, que venceu o certame por apresentar a melhor proposta após a fase de lances.

O resultado foi objeto de recurso administrativo, por meio do qual foi questionando o cumprimento dos requisitos de capacitação técnica, especificamente no que tange “*à realização de curso da modalidade EAD, certificado por instituição de ensino superior, uma vez que, sendo vedado o substabelecimento dos serviços, bem como o consórcio, a licitante deveria demonstrar que reúne condições, em seu grupo econômico, de realizar o referido o curso (...)*” (fls. 347/357). Possivelmente, esta falta de *expertise técnica* decorre do fato de a empresa “Planeta Educação Gráfica e Editora Ltda.” atuar em outro setor, pois seu objeto social consiste na “*prestação de serviços de ensino técnico em equipamentos eletrônicos de processamento de dados, programação e análises de sistemas, importação e exportação de produtos na área de informática*” (fls. 381), distanciando-se, portanto, das atividades de cunho mais pedagógico que compunham o núcleo do objeto licitado. Assim, o exame de todo o procedimento licitatório denuncia a existência de vícios insanáveis que inquinam o pregão e, conseqüentemente, o contrato firmado entre as partes, de modo a legitimar o julgamento de irregularidade da matéria principal.

Em relação aos dois termos aditivos ulteriormente celebrados, também prevalece o juízo de irregularidade, não somente em virtude da aplicação do princípio da acessoriedade, mas também em função da prorrogação indevida do ajuste e das alterações indevidas dos quantitativos contratados. Neste sentido, o objeto contratado deveria ter sido executado num prazo inicial de dez meses,



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

devendo promover a capacitação profissional, a avaliação institucional, a assessoria pedagógica, além de realizar os encontrados educativos e de fornecer os materiais didáticos. Noutras palavras, a prestação contratada tinha contornos bem definidos, sem qualquer possibilidade de ser qualificada como serviço de natureza contínua, de modo a legitimar a aplicação do artigo 57, II, da Lei nº 8.666/93. Especificamente, no que tange ao segundo aditamento, cabe destacar que o valor aditado não foi detalhado e justificado, com nítido prejuízo à economicidade.

Em suas justificativas, a contratada afirmou que o objeto licitado seria fundamental para a *concretização da política educacional do Município*, razão por que os serviços prestados teriam caráter dinâmico. Sobre este ponto, cabe ressaltar que, se as atividades contratadas realmente são importantes para a concretização desta política educacional, elas não poderiam ser delegadas para sua prestação pela iniciativa privada, caracterizando a terceirização indevida de atividade típica. A defesa também alegou que a assessoria pedagógica seria um “serviço de apoio educacional”, tal como haveria sustentado o próprio MPC. Em verdade, o parecer ministerial ressaltou precedente que consagrou a natureza contínua dos “serviços de apoio educacional” (eg. transporte escolar), mas a assessoria pedagógica jamais poderia ser enquadrada neste rol de serviços, por conta de sua centralidade na “*concretização da política educacional do Município.*” Por fim, apesar da existência de precedentes favoráveis, ainda não se pode falar em jurisprudência consolidada sobre a matéria, tanto que o parecer ministerial buscar, exatamente, instigar um posicionamento desta Corte de Contas no sentido de mitigar a realização de pregão para a prestação de assessoria pedagógica, refutando, ainda, a suposta natureza contínua deste serviço.

Diante do exposto, o Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, por meio de seu Procurador de Contas, pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento das justificativas ofertadas pela empresa contratada, em virtude de seu caráter nitidamente intempestivo, e pela submissão da matéria principal (licitação e contrato) ao exame de julgamento, com o fim de seu diferimento por



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS  
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

conta dos vícios apurados nos termos aditivos posteriormente celebrados, em relação aos quais este *Parquet de Contas* se firma pela irregularidade, com já afirmado anteriormente, requerendo, ainda, a aplicação de multa ao gestor público responsável, nos termos do artigo 104, inciso II, da LC n.º 709/93.

É o parecer que cumpria ofertar como *custos legis*.

São Paulo, 18 de agosto de 2015.

**RAFAEL ANTONIO BALDO**  
**Procurador do Ministério Público de Contas**