

Processo: 1058702

Natureza: REPRESENTAÇÃO

Representante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais

Representados: Silvério Joaquim Aparecido da Luz, Leonardo da Cruz Nogueira, Vagner Adriano Ferreira, Rodrigo Silveira Diniz Machado, ADPM - Administração Pública para Municípios Ltda.

Órgão: Prefeitura Municipal de Rio Doce

Interessada: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais

Procuradores: Anderson Inácio Tomás - OAB/MG 145.543, Betânia Oliveira de Andrade - OAB/MG 150.884, Bruno Dias Cândido - OAB/MG 116.775, Camila Lima Soares - OAB/MG 172.500, Cláudio Cardoso da Silva Lemos - OAB/MG 77.758, Gleiciane Emanuele Duarte - OAB/MG 88.019, Iuri Alkimim Fagundes de Paula - OAB/MG 141.700, Leonardo da Cruz Nogueira - OAB/MG 97.445, Mariana Tormin Tanos Lopes - OAB/MG 134.268, Joaquim Antônio Murta Oliveira Pereira - OAB/MG 139.385, Vagner Adriano Ferreira, OAB/MG 135.285

MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER

SEGUNDA CÂMARA – 12/11/2020

REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS EM AUDITORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL E FINANCEIRA. INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECONHECIMENTO. MÉRITO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SINGULARIDADE. INCIDÊNCIA DE CRITÉRIOS SUBJETIVOS. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR. COMPETIÇÃO INVIÁVEL. REGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETOS BÁSICOS OU TERMOS DE REFERÊNCIA. IRREGULARIDADE. DANO PRESUMIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI ORGÂNICA. RESPONSABILIZAÇÃO DOS PARECERISTAS. AFASTADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas, tendo como termo inicial a data de ocorrência do fato.
2. O que marca a singularidade é o aspecto subjetivo da prestação do serviço, avaliado sob a ótica do prestador, que envolve a metodologia empregada, a experiência específica, o elemento criativo, o traço pessoal do profissional, que agregam às atividades qualidades que as tornam distintas de todas as outras disponíveis no mercado.
3. A exigência de elaboração de projeto básico ou termo de referência como etapa preliminar à contratação, mais do que uma formalidade em si, configura o sobrelevo dado pela lei a um modelo de planejamento para a realização de despesas públicas, na medida em que, ainda na fase interna das licitações, deve a Administração identificar a sua real necessidade e as potenciais soluções para seu atendimento, inclusive com o estudo das condições de mercado, para, então, delimitar adequadamente o que pretende contratar.

4. O dano presumido é comumente reconhecido pelos Tribunais de Contas nos casos de omissão nas prestações de contas, atendo-se a essa seara. Não compete às Cortes de Contas, contudo, deliberar sobre restituição de lucro espúrio obtido por empresa contratada por meio de fraude a certame licitatório, pois isso importaria na aplicação de pena de perdimento de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio de particular, sanção não prevista na Lei Orgânica do Tribunal.
5. O Tribunal de contas não é instância disciplinar de pareceristas jurídicos, os quais somente se sujeitam a sanções no âmbito do controle externo pela emissão de seus pareceres quando houver nexos causal entre estes e o ato de gestão irregular.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em:

- I) reconhecer, na prejudicial de mérito, por unanimidade, a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal em relação aos procedimentos de inexigibilidade 01/2013 e 06/2013 e seus respectivos contratos, nos termos do art. 110-E, c/c com os arts. 110-F, I, e 110-C, V, todos da Lei Orgânica deste Tribunal, nos termos da proposta de voto do Relator, Conselheiro Substituto Victor Meyer;
- II) julgar parcialmente procedente a representação, no mérito, por maioria, para considerar irregular a ausência de projetos básicos nas contratações da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. pelo município de Rio Doce, nos termos do voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz;
- III) aplicar multa ao prefeito Silvério Joaquim Aparecido da Luz, por maioria, no valor total de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) pela mencionada irregularidade nos procedimentos 114/2014 (inexigibilidade 07/2014), 10/2017 (inexigibilidade 02/2017) e 116/2017 (inexigibilidade 12/2017), sendo R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por contratação irregular não alcançada pela prescrição;
- IV) determinar o arquivamento dos autos, após a intimação das partes e promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila. Acolhida, em parte, a proposta de voto do Relator. Vencido, em parte, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 12 de novembro de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

GILBERTO DINIZ
Prolator do voto vencedor

*(assinado digitalmente, nos termos do disposto
no art. 204, § 3º, V, do Regimento Interno)*

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

SEGUNDA CÂMARA – 27/8/2020

CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de representação proposta pelo Ministério Público de Contas – MPC, a partir do procedimento preparatório 0582018642, o qual apurou a ocorrência de possíveis irregularidades na contratação direta, pelo município de Rio Doce, da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda.

O referido procedimento preparatório contempla diversas investigações promovidas pelo *Parquet* de Contas, no curso das quais se constatou a contratação da mencionada empresa por mais 110 órgãos municipais no estado, por procedimento de inexigibilidade de licitação, no período de 2013 a 2018.

Segundo apurado pelo MPC, o município de Rio Doce promoveu 5 (cinco) procedimentos de contratação nesses moldes, entre os anos de 2013 e 2017.

Afirma o representante que as contratações são irregulares por ausência do requisito da singularidade do objeto, condição essencial prevista no art. 25, II, da lei 8.666/93 e na súmula 106 deste Tribunal.

Diz, ainda, que os procedimentos de contratação não contêm projeto básico ou termo de referência, nem orçamento detalhado em planilhas, deixando de atender às prescrições dos incisos I e II do § 2º do art. 7º da lei de licitações.

Acrescenta que os contratos não contemplam cláusula que estabeleça o critério de reajuste, deixando de observar o disposto no art. 40, XI, e art. 55, III, da lei de licitações.

Conclui que as contratações se basearam em pareceres jurídicos emitidos com fundamentação insuficiente, em ofensa ao disposto no art. 38, VI, do citado diploma.

Diante disso, o representante pleiteia a aplicação de sanções e a condenação dos responsáveis, agentes públicos e pessoa jurídica, a ressarcirem de forma solidária o erário pelos danos causados, no valor histórico de R\$183.916,21, além da declaração de inidoneidade da empresa contratada.

Protocolizada em 16/01/2019, a peça exordial veio acompanhada da documentação de fls. 27/63, incluindo mídias eletrônicas (CDs), tendo sido distribuída à minha relatoria em 17/01/2019 (fl. 67).

Realizada a análise inicial pela 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (fls. 69/72), determinei a citação dos Srs. Silvério Joaquim Aparecido da Luz, Leonardo Cruz Nogueira e Vagner Adriano Ferreira, respectivamente, prefeito municipal e assessores jurídicos responsáveis pela emissão de pareceres nos referidos procedimentos de contratação. Determinei também a citação da pessoa jurídica da ADPM, bem como do Sr. Rodrigo Silveira Diniz Machado, representante legal da empresa à época da assinatura dos contratos.

As defesas apresentadas às fls. 81/127, 379/394 e 397/430 foram submetidas ao reexame de fls. 674/679.

Às fls. 682/690 a OAB/MG se manifestou, na qualidade de interessada, em defesa das prerrogativas dos advogados pareceristas.

Após nova análise da unidade técnica sobre a intervenção da OAB/MG (fl. 697), vieram-me os autos conclusos.

Em síntese, é o relatório.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Concedo a palavra ao Doutor Joaquim Antônio.

ADVOGADO JOAQUIM ANTÔNIO MURTA OLIVEIRA PEREIRA:

Excelentíssimo Senhor Presidente, excelentíssimo Senhor Relator, Senhores Conselheiros integrantes desta Segunda Câmara, ilustre representante do Ministério Público de Contas, a todos que nos acompanham, um bom dia!

Inicialmente, Senhor Relator, Senhor Presidente, eu gostaria de suscitar preliminar de prejudicial de mérito, uma vez que em parte dos contratos objetos da Representação houve o transcurso de mais de cinco anos entre a data da assinatura dos contratos e a citação dos responsáveis, ensejando, portanto, o reconhecimento da prescrição, nos termos do art. 110-E da Lei Orgânica deste Tribunal.

No mérito, essa questão da inexigibilidade, inclusive que envolve a ADPM, já é de certa forma conhecida neste Tribunal, não é nenhum assunto novo. Entretanto, na última semana, houve a promulgação, a publicação da Lei nº 14039, de 17 de agosto de 2020, que veio trazer um novo entendimento, na verdade, consolidar e tentar sanar as divergências que há sobre o tema da contratação de serviços técnicos profissionais especializados mediante inexigibilidade de licitação. A Lei nº 14039 alterou o Decreto-Lei 9295/1946 e declarou, reconheceu, que os serviços prestados por contadores, por sociedades contábeis com notória especialização são, por sua própria natureza, singulares. Peço, aqui, licença para ler o § 1º do art. 25 do Decreto-Lei 9295/46, com a redação dada pela Lei 14039: “Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.”

O § 2º fala:

Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade 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.

Em relação à ADPM, o próprio Ministério Público de Contas, na petição de Representação, reconhece que a empresa possui notória especialização. Também aqui cabe destacar que a empresa não executa os serviços contábeis do município. Há o contador do município, há servidores públicos que são responsáveis pela execução das rotinas contábeis do município.

O serviço da ADPM é de suporte, é uma consulta externa, um apoio àqueles servidores no correto desempenho das suas funções.

Em relação à questão da inexigibilidade, hoje, à luz da inovação promovida pela Lei n. 14.039, que veio reconhecer, que veio declarar que os serviços contábeis, por sua natureza, quando prestados por profissionais de notória especialização, são singulares, consagrou também parte do entendimento daqueles que já entendiam que era possível essa contratação por inexigibilidade. E, no caso específico da ADPM, foram juntados na defesa, bem como no processo de inexigibilidade, diversos precedentes – notadamente no âmbito do Ministério Público estadual, mas também do próprio Tribunal de Justiça, há precedentes mais antigos neste Tribunal de Contas – acerca da regularidade da contratação da ADPM para prestação de serviços análogos mediante inexigibilidade de licitação.

O tema é tão controverso. Nós sabemos do posicionamento deste Tribunal, da edição da Súmula 106, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, só que ainda permaneciam dúvidas,

questionamentos e posicionamentos contrários. E, veio, agora, a Lei n. 14.039 justamente para tentar sanar essas divergências, tentar trazer mais segurança jurídica ao gestor público que necessita contratar assessorias, notadamente nos municípios pequenos, cuja estrutura administrativa é mais deficitária.

Então, Senhores Conselheiros, tendo em vista que é inquestionável – não foi objeto de questionamento a notória especialização da empresa –, que o centro da discussão ficou em torno da singularidade e que, hoje, à luz do disposto na Lei n. 14.039, restou declarado, por força de lei, que os serviços contábeis prestados por profissionais de notória especialização são singulares, verifica-se, portanto, a regularidade da contratação da ADPM realizada pela Prefeitura Municipal de Rio Doce.

Assim, com essas breves considerações e ratificando todos os demais argumentos aduzidos na defesa, requer seja julgada improcedente a Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas.

Muito obrigado.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Devolvo a palavra ao Conselheiro Substituto Victor Meyer.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER:

Agradeço ao Dr. Joaquim pela exposição bastante objetiva.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Prejudicial de mérito

Segundo apurado pelo Ministério Público de Contas, o município de Rio Doce realizou a contratação direta da empresa ADPM por meio dos procedimentos 01/2013 (inexigibilidade 01/2013), 193/2013 (inexigibilidade 06/2013), 114/2014 (inexigibilidade 07/2014), 10/2017 (inexigibilidade 02/2017) e 116/2017 (inexigibilidade 12/2017).

Em sua primeira análise (fls. 69/71), a unidade técnica suscitou a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva desta Corte em relação aos fatos ocorridos antes de 17/01/2014 a teor do disposto no art. 110-E c/c art. 110-C, V, da lei complementar estadual 102/2008, ressaltando, todavia, que as irregularidades apontadas no exercício 2013 se repetiram nos anos seguintes.

Os responsáveis também arguíram, em suas defesas, a ocorrência da prescrição em relação aos contratos decorrentes dos procedimentos de inexigibilidade 01/2013 e 06/2013.

A esse respeito, válido destacar que o art. 110-E da lei complementar 102/2008 estabelece a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas em cinco anos, tendo como termo inicial a data de ocorrência do fato.

O art. 110-F, I, da mesma lei estabelece que a contagem do prazo a que se refere o art. 110-E volta a correr, por inteiro, quando da ocorrência da primeira causa interruptiva da prescrição, dentre aquelas previstas nos incisos I a VI do art. 110-C.

No caso em exame, considera-se a causa interruptiva prevista no inciso V, qual seja, o despacho que recebeu a presente representação.

Compulsando os autos, verifico que os contratos decorrentes dos procedimentos de inexigibilidade 01/2013 e 06/2013 – contratos CL-010/2013 (fls. 132/134) e 113/2013

(135/138) – foram firmados em 02/01/2013 e 18/12/2013, de modo que o termo final do quinquídio prescricional relativamente aos dois ajustes (e, por consequência, aos atos anteriores) ocorreu em 02 de janeiro e 18 de dezembro de 2018, respectivamente.

A representação, por sua vez, foi recebida nesta Corte em 17/01/2019 (fl. 66).

Diante disso, proponho, em sede de prejudicial de mérito, seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal em relação aos procedimentos de inexigibilidade 01/2013 e 06/2013 e seus respectivos contratos, nos termos do art. 110-E da lei orgânica do Tribunal, c/c com os arts. 110-F, I, e 110-C, V.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Acolho.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também acolho a proposta nessa parte.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também acolho.

ACOLHIDA.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER:

Mérito

Irregularidades das contratações – ausência de singularidade do objeto

Segundo apurado pelo Ministério Público de Contas, o município de Rio Doce realizou contratação direta da empresa ADPM por meio dos procedimentos 01/2013 (inexigibilidade 01/2013), 193/2013 (inexigibilidade 06/2013), 114/2014 (inexigibilidade 07/2014), 10/2017 (inexigibilidade 02/2017) e 116/2017 (inexigibilidade 12/2017).

Aduz o *Parquet* que as contratações são irregulares por ausência do requisito da singularidade do objeto, condição essencial prevista no art. 25, II, da lei 8.666/93 e na súmula 106 deste Tribunal.

Nesse contexto, pleiteia o Ministério Público de Contas a aplicação de multa ao Sr. Silvério Joaquim Aparecido da Luz, prefeito municipal, ao Sr. Rodrigo Silveira Diniz Machado, então representante legal da ADPM, e à própria pessoa jurídica.

Citada, a ADPM defendeu a regularidade da contratação por inexigibilidade de licitação (fls. 81/127), aduzindo que o caso se adéqua às hipóteses previstas no art. 25, II da citada lei.

Diz tratar-se de serviços técnicos especializados previstos no inciso III do art. 13 e que a empresa detém notória especialização, como reconhecido pelo próprio representante.

Quanto à singularidade, afirma, baseada em doutrina e jurisprudência, que esta decorre da forma como o serviço é prestado, que a técnica pessoal do prestador é que lhe confere tal atributo, que, somado ao caráter subjetivo da confiança depositada pelo administrador no profissional ou empresa, queda inviabilizado o estabelecimento de competição por critérios objetivos.

A defendente contesta a concepção de que os serviços seriam rotineiros e sustenta que, apesar de o objeto estar descrito de forma genérica, as obrigações contratuais estão devidamente especificadas nas demais cláusulas dos instrumentos que delimitam os serviços prestados.

Em defesa da legitimidade dos contratos inquinados, invoca precedentes jurisprudenciais e a conduta do próprio Tribunal de Contas, quando da contratação da prestação de serviços técnicos profissionais especializados por inexigibilidade de licitação.

A defesa apresentada por Silvério Joaquim Aparecido da Luz também reitera a legalidade da contratação direta da ADPM. Aduz que o município necessitava de serviços de auditoria e consultoria contábil e financeira, que a empresa detém notória especialização e que o objeto do contrato se revelou especial tanto pela complexidade quanto pela perspectiva das necessidades e limitações da equipe técnica do município.

Acrescenta o defendente que os serviços de auditoria e consultoria contábil e financeira não são típicos da administração e que, sendo prestados de forma personalíssima pelo profissional ou empresa, não há como estabelecer a competição pelo critério de menor preço.

Argumenta, por fim, que o próprio Tribunal de Contas contratou serviços técnicos contábeis da empresa Atest Consultoria Atuarial Ltda. por inexigibilidade de licitação, mesmo possuindo corpo técnico qualificado em matéria de auditoria contábil-financeira.

A contratação por inexigibilidade de licitação de notórios especialistas para prestação de serviços técnicos já foi diversas vezes examinada por esta Corte de Contas, culminando, como sabido, no incidente de uniformização de jurisprudência 684973, proposto pelo Instituto de Gestão Fiscal – Grupo SIM, que, por sua vez, gerou a sumula 106 do Tribunal:

Súmula 106 – Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no art. 25, inciso II, combinado com o art. 13 da lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração.

Do voto do relator, conselheiro José Ferraz, proferido na sessão plenária de 14/04/2004, depreendem-se algumas similaridades entre os casos objeto daquele incidente e o presente feito, a ver:

A irregularidade anotada refere-se à ausência de singularidade dos serviços, singularidade esta exigida pelo art. 25, II, da Lei 8.666/93, e que justifica a inviabilidade de competição, fundamento básico de todas as hipóteses de inexigibilidade de licitação.

Com efeito, dispõe o art. 25, II, da Lei 8.666/93:

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

[...]

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;’

Infere-se que a notória especialização é apenas um dos requisitos que legitimam a contratação, restando, ainda, a necessidade de o serviço se arrolar entre os previstos no art. 13 e, finalmente – este o dado essencial –, que o serviço seja singular.

Dessa forma, o que possibilita seja um serviço tido como técnico especializado singular passível de contratação direta é o somatório dos seguintes fatores:

a) especificidade do serviço, isto é, que o serviço exija determinado grau de especialização para ser executado que o faça destoar dos que corriqueiramente afetam a Administração;

- b) reconhecido calibre profissional (notoriedade) da pessoa física ou jurídica a ser contratada pela Administração;
- c) heterogeneidade do produto final (serviço) a ser desempenhado pelo contratado.

Daí poder-se concluir que:

‘somando-se a especificidade do serviço e a envergadura do profissional que o executará, o resultado a ser obtido revestir-se-á do caráter de singularidade, que o transformará, não em gênero, de modo a ser caracterizado como serviço único, mas em espécie evoluída de um gênero já existente.’ (g.n.)[FERRAZ, Luciano. *Licitações: estudos e práticas*, 2. ed., Rio de Janeiro, Esplanada, 2002. p. 117]

Em sede de embargos declaratórios, nos quais persistiu a discussão da matéria, os argumentos acrescidos pelo conselheiro Eduardo Carone lançaram mais luzes sobre a questão da singularidade e permitem divisar, como se vê, o grau de similitude com o caso sob exame:

Em se tratando de contratação de serviços técnicos especializados enumerados no art. 13 com profissionais ou empresas de notória especialização, excetuados os de publicidade e divulgação, a lei exige que os serviços sejam de natureza singular.

Nesse particular, a lei é textual ao exigir que o serviço pretendido pela Administração Pública é que deve ser singular e, não, o executor do serviço objeto da contratação.

E nem poderia ser diferente, pois, antes da contratação de obras ou serviços, o art. 7º da Lei 8.666/93 exige que seja feito projeto básico, que é definido pela própria lei (art. 6º) como sendo o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços da licitação.

Segundo sinaliza a abalizada lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ‘somente depois de definir o objeto que pretende contratar é que a Administração Pública deverá buscar o profissional para executá-lo. Nunca, em hipótese nenhuma se procede de forma inversa. Aqui a ordem dos fatores altera a equação, pois quando se parte da definição do profissional certamente se agregam ao objeto características que individualizam o executor do serviço.’

(...)

A meu ver, tratam-se de serviços comuns de assessoria, auditoria, consultoria e treinamento de pessoal, que não tornam inviável a competição, pois, num mercado competitivo como é o atual, acredito, deve haver um sem-número de empresas ou profissionais qualificados e aptos a prestar essa modalidade de serviço à Administração Pública.

E como salientado de início, o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, consoante se extrai do ‘caput’ de seu art. 25, estatui de forma textual que a essência da inexigibilidade de licitação repousa na inviabilidade de competição, o que não ocorrerá para o objeto em causa.

É óbvio que se o intérprete proceder a uma análise inversa, ou seja, examinar a contratação partindo do executor do serviço e, não, do objeto do contrato, como determina a lei, poderá se influenciar pela notoriedade e especialidade do executor ou por algum método invulgar de executar o serviço pretendido pela Administração.

Mas, como é assente na melhor doutrina, a notória especialização não torna inviável a competição. O que torna inviável a competição, premissa fundamental da inexigibilidade de licitação, repita-se, é a singularidade do objeto do contrato que se deve cingir aos serviços enumerados no art. 13 da lei, somada à notória especialização do executor.

Ao contrário do que afirma a ADPM em sua defesa, há, sim, notável semelhança entre os contratos trazidos a exame nestes autos e aqueles firmados pelo Grupo SIM, que foram examinados no mencionado precedente. E o ponto que define essa identidade é, em ambos os casos, a inexistência de especificidade do serviço prestado.

Ora, se o objeto do contrato é definido como “prestação de serviços técnicos especializados em auditoria e consultoria contábil, administrativa, financeira e de gestão em administração pública” (fl. 132), não há como lhe atribuir singularidade porque os instrumentos contratuais não definem qual é o objeto das auditorias realizadas e das consultorias prestadas.

A empresa não foi contratada com o propósito de prestar consultoria sobre assunto específico, mas para atender às demandas cotidianas da administração.

As próprias cláusulas contratuais que trazem pormenores sobre a prestação do serviço revelam expressamente tratar-se de apoio técnico e orientação sobre temas comuns da administração, tais como elaboração do orçamento, do PPA, da LDO, execução orçamentária, balancetes contábeis, relatórios fiscais, gestão de pessoal, prestação de contas, enfim, atividades cotidianas da administração pública. Esse tipo de serviço é denominado de “consultoria de procedimento” e abrange questões comuns da administração de variados graus de complexidade.

Há uma grande diferença entre contratar serviços especializados para suprir **uma necessidade** que se reputa “singular” devido à sua alta complexidade e peculiaridade inviabilizar o julgamento objetivo em eventual licitação, além de ultrapassar os conhecimentos e habilidades dos servidores integrantes dos quadros da administração, e contratar, de forma direta, serviço de assessoramento para auxiliar em **variadas** espécies de procedimentos do dia a dia administrativo.

No presente caso, o que se vê não é singularidade, mas a pluralidade do objeto do contrato, remunerado por um preço fixo mensal, que abrange diversas hipóteses de atendimentos ao longo da vigência contratual, consistindo, essencialmente, em atividades comuns de assessoria contábil e auditoria, que podem ser prestados por diversas empresas do ramo.

Da mesma forma, os detalhamentos contidos nos instrumentos contratuais sobre auditorias, como se vê, p. ex., à fl. 133, revelam que a prestação desses serviços se deu de maneira contínua e por sucessivos exercícios, mediante emissão de recomendações de medidas corretivas “a cada fechamento contábil” e sobre todas as “demonstrações contábeis”, emissão de “parecer sobre os atos de gestão da receita e despesa pública”, prestação de “consultoria em todo e qualquer assunto de natureza contábil, fiscal e tributária”.

Ressalto, também, que a fidúcia e subjetividade na escolha do notório especialista a ser contratado, profissional ou empresa, não é o que determina a inviabilidade de competição. Pode até mesmo ser invocado como justificativa para a escolha do contratado, a teor do disposto no inciso II do parágrafo único do art. 26 da lei de licitações, mas não como razão da inviabilidade de competição em si.

O que o art. 25, II, do referido diploma permite é a contratação direta de serviços técnicos enumerados no art. 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Logicamente, se o objeto do serviço é descrito de forma genérica e abrangente, contemplando hipóteses indefinidas de necessidades administrativas a serem supridas, não será possível sequer definir qual é a notória especialização necessária para a sua execução.

O exemplo invocado pelos defendentes – contrato firmado entre este Tribunal e a empresa Atest Consultoria Atuarial Ltda. – não favorece a tese de defesa, uma vez que o referido ajuste tem objeto bastante específico: emissão de relatórios contendo as avaliações da situação financeira e atuarial de regime próprio de previdência social do estado de Minas Gerais, compreendendo os fundos de previdência dos servidores do estado, dos servidores militares, dos servidores do legislativo, bem como do FUNPREV-MG.

Vê-se que o objeto é específico, o que, aliado à complexidade e enorme volume que envolvem a sua prestação, atribui-lhe o caráter singular, diferentemente dos contratos examinados nestes autos, cujos serviços – consultorias, assessorias, auditorias etc. – não possuem, insisto, objeto

predeterminado. A inexistência de atuário no quadro de servidores do Tribunal é apenas uma das justificativas para a contratação.

Não se nega que, entre os inúmeros municípios de pequeno porte, haja carência de servidores dotados de conhecimentos avançados sobre contabilidade e finanças públicas, tampouco que a administração necessite contratar profissionais especializados para suprir as deficiências de seu quadro de pessoal.

Por certo, serviços de consultoria e assessoria, como os prestados pela ADPM, conferem maior segurança e assertividade às atividades desenvolvidas pela administração. Mas sem a especificidade do objeto, não há como lhe atribuir o caráter singular que inviabiliza a competição.

Não se pode olvidar, contudo, que, ao tempo das contratações sob exame, o conceito de singularidade do objeto do contrato não era uma questão pacífica, como demonstram os diversos documentos juntados pela defesa da ADPM, nos quais o Ministério Público estadual, representado por membros diversos, reconheceu serem singulares os serviços prestados pela referida empresa a diversos municípios, tais como Raul Soares, Santos Dumont, Piedade de Ponte Nova, Consolação, Datas, dentre outros (fls. 484/671). Em todos esses casos, o procurador de justiça requereu o arquivamento dos inquéritos junto ao Conselho Superior do Ministério Público ou das ações judiciais junto ao Tribunal de Justiça.

Vale destacar que, no caso do município de Santos Dumont, trazido à baila pela defesa por meio do acórdão proferido no recurso ordinário 952077 (fls. 525/530), este Tribunal manteve o entendimento sobre a ausência de singularidade na contratação direta, e apenas substituiu a multa aplicada na instância anterior por recomendação ao gestor, tendo em vista não haver indício de superfaturamento ou dano ao erário.

Diante disso, mesmo não reconhecendo a singularidade do objeto, penso que a inexigibilidade de licitação, por si só, não se caracteriza como erro grosseiro para fins de aplicação de multa, já que os próprios titulares das ações civis públicas e da persecução criminal não a vislumbraram como irregularidade.

Ademais, é preciso reconhecer que, a partir da inovação legal promovida pela recentemente publicada Lei 14.039, de 18/08/2020, a qual dispõe sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e profissionais de contabilidade, a controvérsia sobre esse tipo de contratação direta passa, neste momento, a ter outra perspectiva nas esferas administrativa, controladora e judicial.

Diante do exposto, reconheço a inexistência de singularidade do objeto e proponho sejam julgados irregulares os processos licitatórios 114/2014 (inexigibilidade 07/2014), 10/2017 (inexigibilidade 02/2017) e 116/2017 (inexigibilidade 12/2017) e, por consequência, os respectivos contratos. Deixo, porém, de propor a aplicação de multa aos responsáveis, quanto a este ponto, em virtude da existência de controvérsia, na época, sobre o cabimento da inexigibilidade de licitação.

Outras irregularidades

Além da ausência de requisito essencial para a contratação direta, alega o representante que os procedimentos de contratação não contêm projetos básicos ou termos de referências, nem orçamento detalhado em planilhas, deixando de atender às prescrições dos incisos I e II do § 2º do art. 7º da lei de licitações.

Acrescenta que os instrumentos contratuais não contemplam cláusulas com critério de reajuste, deixando de observar o disposto no art. 40, XI, e art. 55, III, da lei de licitações.

Em sua defesa, o Sr. Silvério Joaquim Aparecido da Luz considera que as especificações dos serviços se encontram detalhadas nos procedimentos de contratação tanto no “requerimento do objeto do serviço” (sic) quanto no parecer técnico exarado pela contabilidade municipal.

Afirma, também, que a proposta da ADPM contém as delimitações dos serviços e os preços praticados junto a outros municípios, demonstrando a compatibilidade e atendimento aos preceitos legais.

Alternativamente, requer seja considerado como erro formal e dispensada a aplicação de sanção.

Compulsando os autos, verifico que a documentação constante do CD acostado à fl. 48 inclui cópias digitalizadas dos procedimentos de contratação sob exame. No arquivo “Licitação 114_2014”, não se vê na solicitação de abertura de procedimento de contratação (fl. 02) a especificação dos serviços a serem contratados, como afirma o defendente.

No referido documento, após indicar a ADPM para contratação por inexigibilidade de licitação, o solicitante descreve sucintamente o objeto a ser contratado: prestação de serviços técnicos especializados de consultoria, assessoria, auditoria financeira e treinamento de pessoal nas áreas de administração, fazenda, planejamento e controle interno. Evidentemente, tal descrição não se presta a suprir a falta do termo de referência.

Às fls. 04/05 do referido processo, o parecer técnico emitido por Cláudio Renato Barcelos, contador municipal, descreve as justificativas para a contratação e a razão da escolha do prestador do serviço. No entanto, o documento foi juntado àqueles autos de forma incompleta, faltando algumas páginas nas quais, presumo, deveriam constar os detalhamentos dos serviços, segundo afirmou o defendente.

O arquivo “Licitação 010-2017”, contido na mesma mídia eletrônica, traz idêntico parecer firmado pelo citado contador municipal, porém os documentos se apresentam completos, incluindo a descrição dos serviços a serem prestados com maior detalhamento, mas ainda sem qualquer especificação das condições de execução.

A irregularidade, a meu ver, não se encontra sanada.

Com efeito, o rito procedimental das contratações, licitadas ou não, deve observar a sequência cronológica de atos prevista no art. 38 da lei 8.666/1993, não por simples formalismo, mas para registrar os passos seguidos pelos diversos setores envolvidos no processo. É a administração, no exercício da supremacia dos seus interesses, que define os contornos dos serviços por ela demandados e conduz o procedimento até a sua conclusão.

O que se percebe claramente, no presente caso, é que os responsáveis pelo procedimento não tiveram os cuidados necessários na espécie: não definiram as necessidades a serem supridas, nem comprovaram terem realizado pesquisa sobre potenciais prestadores dos serviços e sobre os preços praticados no mercado.

Observa-se que a defesa nem sequer menciona a ausência de orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, o que seria indispensável no presente caso, dado à diversidade de serviços prestados ao longo de reiterados exercícios fiscais.

Depreende-se, pois, que os processos de contratação sob exame são repetições mecânicas, produzidas sucessivas vezes, cada qual como se fossem a primeira. E tudo registrado em procedimentos administrativos apenas para dar aparência de regularidade, ou, como definido na locução adverbial “*pro forma*”.

De fato, consoante indicado na peça de representação, não há nos autos dos procedimentos de contratação um único documento produzido pela administração que possa ser denominado

termo de referência. Tampouco se encontram ali, ainda que dispersos em meio às manifestações da administração, os seus elementos característicos.

Na realidade, verifica-se que, sob ordem cronológica, a proposta da empresa é o primeiro documento nos procedimentos de inexigibilidade 07/2014, 02/2017 e 12/2017, seguido da manifestação do prefeito alegando necessidade de contratar os serviços em questão e solicitando parecer do contador sobre a eventual escolha da ADPM, empresa que, segundo o chefe do executivo, teria se destacado em “análise feita no mercado”, sem que conste, contudo, análise alguma dos autos.

Na sequência, após pareceres técnico e jurídico padronizados, o ex-prefeito solicitou a abertura dos procedimentos de inexigibilidade, alegando ter havido “ampla pesquisa e estudo de viabilidade” e que o preço proposto pela ADPM seria equivalente ao praticado em outros municípios. Não constou, contudo, pesquisa ou estudo algum dos respectivos autos.

A ordem cronológica dos documentos acima mencionada conduz à conclusão de que o procedimento de contratação partiu da proposta da empresa, em vez da identificação da necessidade pela administração, tendo sido levado a cabo pelo prefeito sem pesquisas de preços e sem estudos que respaldassem a especificação dos serviços previstos nos contratos.

Cabe também observar que os pareceres jurídicos foram inconclusivos, ou seja, não contiveram manifestação expressa pela legalidade da contratação direta no caso concreto, limitando-se à mera reprodução de dispositivos legais.

O prosseguimento da contratação sem que fosse exigida manifestação conclusiva da assessoria jurídica do município é mais um fator que revela açodamento do responsável, elevando a reprovabilidade de sua conduta no procedimento de inexigibilidade.

Evidentemente, não se pode considerar que a proposta apresentada pelo contratado supra a falta de pesquisas de preços, dos termos de referência, do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários ou mesmo de estudos efetuados pela administração, razão pela qual entendo configurada negligência grave por parte do prefeito, cuja conduta expôs a administração à possibilidade de contratação de valores com sobrepreço, serviços desnecessários ou, ainda, à violação da isonomia ao favorecer a ADPM.

A precariedade dos documentos produzidos pela administração, nesse caso, revela tratar-se da prática vaticinada pelo conselheiro Eduardo Carone no voto acima transcrito: a contratação a partir do executor do serviço, e não do objeto do contrato, como determina a lei.

Noutro giro, relativamente à ausência de cláusula de reajuste, não a considero irregular, em princípio, já que todos os instrumentos contratuais foram firmados com prazo de vigência não superior a 12 meses, de modo que, originalmente, não havia necessidade de previsão de reajuste contratual, por força do disposto no art. 2º da lei federal 10.192/2001.

Em teoria, em que pese prevista no art. 40, XI, e art. 55, III, da lei de licitações, tal cláusula não teria qualquer efeito se, diante da restrição temporal, o contrato não pudesse ter os preços reajustados até o termino de sua vigência.

No entanto, o contrato 139/2014 foi alterado duas vezes por meio de termos aditivos. O primeiro (fls. 144/145) prorrogou a vigência por doze meses (1º de janeiro a 31 de dezembro de 2016) e alterou o valor total do contrato de R\$88.200,00 para R\$95.568,00, para ser pago em parcelas mensais de R\$7.964,00. O segundo aditivo (fls. 146/147) prorrogou a vigência por mais um mês (até 31/01/2017) e alterou o valor do pagamento mensal para R\$8.476,16.

Nenhum dos aditivos declinou o índice utilizado para o reajuste aplicado aos valores contratados.

Em sua defesa, o Sr. Silvério Joaquim Aparecido da Luz pretendeu afastar a irregularidade, sustentando, com base na consulta 761.137 deste Tribunal, a possibilidade do reajustamento dos valores contratuais, mesmo na ausência de cláusula expressa.

Como dito, a ausência de cláusula com critérios para reajustamento dos preços não constitui irregularidade nos instrumentos contratuais que, devido aos prazos de vigência limitados a 12 meses, impeçam a correção monetária. Afinal, por força do disposto no art. 2º, *caput*, da Lei 10.192/2001, “é admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano¹”.

Por outro lado, a referida cláusula se torna indispensável a partir do momento em que os contratos são prorrogados para além do prazo originalmente ajustado, ultrapassando o limite temporal que impedia o reajustamento. Nessa hipótese, é perfeitamente possível aditar o contrato para incluir a cláusula de reajuste, estabelecendo o índice a ser aplicado.

A irregularidade, portanto, não reside na impossibilidade de reajuste, mas na sua prática sem a definição do índice aplicado, o que não encontra justificativa tanto pela exigência expressa da lei quanto, e especialmente, pela observância do princípio da transparência.

Deixei de propor a aplicação de multa no item anterior por entender que a contratação por inexigibilidade, por si só, não caracteriza irregularidade grave em face das manifestações favoráveis de promotores e procuradores de justiça que tornaram a questão controversa à época das contratações.

Contudo, essa controvérsia não justifica as diversas deficiências apontadas na condução dos procedimentos de contratação, que, a meu ver, caracterizam-se como irregularidades graves ou, no mínimo, como erros grosseiros e inescusáveis.

Diante do exposto, entendo serem procedentes os apontamentos do *Parquet* de Contas relativos à ausência de projetos básicos, ausência de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários e ausência da cláusula com definição de critérios e índices de reajuste de preços, razão pela qual proponho a aplicação de multa ao prefeito responsável, Sr. Silvério Joaquim Aparecido da Luz, no valor de R\$5.000,00 para cada uma das contratações irregulares não alcançadas pela prescrição: procedimentos 114/2014 (inexigibilidade 07/2014), 10/2017 (inexigibilidade 02/2017) e 116/2017 (inexigibilidade 12/2017).

Ressarcimento por dano presumido

Além da aplicação de penalidades, o Ministério Público de Contas pleiteia a condenação dos Srs. Silvério Joaquim Aparecido da Luz, prefeito do município de Rio Doce, e Rodrigo Silveira Diniz Machado, sócio majoritário da ADPM, bem como da própria pessoa jurídica, solidariamente, ao ressarcimento pelos danos decorrentes da frustração da licitude do processo licitatório.

Segundo o *Parquet* de Contas, a irregularidade das contratações formalizadas por meio dos processos de inexigibilidade 01/2013, 06/2013, 07/2014, 02/2017 e 12/2017, realizados pelo município de Rio Doce, resulta na nulidade dos respectivos contratos. Em consequência, por força do disposto no § 2º do art. 49 e no parágrafo único do art. 59 da lei de licitações, as partes deveriam retornar ao *status quo ante*.

¹ Importante destacar que a contagem desse prazo não se inicia a partir da assinatura do contrato, mas sim da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir, consoante estabelece o art. 3º, § 1º, da referida lei.

Também invoca o disposto no art. 10, VIII, da lei de improbidade administrativa, para considerar, apoiado em jurisprudência do STJ, que a fraude à licitação causa à administração dano presumido, na medida em que a impede de contratar melhor proposta.

Com base nesse entendimento, o representante sustenta a ocorrência de prejuízo ao erário, cujo valor estima em R\$183.916,21, correspondente ao lucro presumido, apurado à razão de 32% do faturamento da empresa em cada exercício, segundo os critérios da Receita Federal para a atividade empresarial da ADPM.

A defesa apresentada pela empresa entende que a jurisprudência invocada não dá sustentação à tese defendida pelo *Parquet* e nega a ocorrência de dano sob a afirmação de que não há imputação de pagamento sem a devida prestação dos serviços.

Contra o pedido de responsabilização, o Sr. Rodrigo Silveira Diniz Machado, sócio da ADPM, invoca a autonomia da pessoa jurídica e a inexistência de pedido de desconsideração da personalidade jurídica, cuja constituição nega tenha ocorrido com o propósito exclusivo de fraudar a lei e burlar o controle externo exercido por este Tribunal.

A defesa apresentada pelo Sr. Silvério Joaquim Aparecido da Luz também nega a ocorrência de dano em virtude da inexistência de fraude ou de ilicitude nas contratações.

Ao exame da questão, entendo que razão assiste aos representados.

A tese defendida pelo Ministério Público de Contas impõe excessivo elastecimento da interpretação das normas invocadas.

O dano presumido é comumente reconhecido nos Tribunais de Contas nos casos de ausência ou irregularidade nas prestações de contas, atendo-se a essa seara.

A jurisprudência do STJ invocada pelo representante, de fato, não dá sustentação à pretensão ressarcitória, já que reconhece expressamente a impossibilidade da restituição na espécie, conforme transcrevo:

Não cabe exigir a devolução dos valores recebidos pelos serviços efetivamente prestados, ainda que decorrente de contratação ilegal, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública, circunstância que não afasta (*ipso facto*) as sanções típicas da suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar com o poder público. A vedação de restituição não desqualifica a infração inserida no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92 como dispensa indevida de licitação.

O que se depreende da leitura do art. 10 da lei 8.429/1992 é que ele pressupõe que o ato ímprobo, no caso, a frustração da licitude do procedimento licitatório (inciso VIII), tenha efetivamente causado dano ao erário por meio da perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres. O dispositivo se refere à ocorrência de dano efetivo, definido expressamente por substantivos.

Portanto, o dispositivo não dá margem para a interpretação de que qualquer ilicitude resulte presumivelmente em dano.

Lado outro, ainda que o § 2º do art. 49 e o parágrafo único do art. 59 da lei de licitações estabeleçam o retorno à situação anterior em razão da nulidade, não há como negar a impossibilidade de desfazimento da prestação do serviço.

Nessa circunstância, é ponto pacífico que a restituição dos valores pagos por serviços prestados no escopo de contratos nulificados resultaria em enriquecimento sem causa para a administração, entendimento adotado inclusive no julgado invocado na peça de ingresso.

Por fim, em relação à utilização do lucro presumido como critério para aferição do dano, alinhame ao entendimento recentemente adotado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, quando da apreciação do acórdão 129/2020-Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, sintetizado no

seguinte enunciado disponibilizado no sistema “Jurisprudência Seleccionada”, acessível pelo *site* daquele Tribunal:

Não compete ao TCU deliberar sobre restituição de lucro espúrio obtido por empresa contratada por meio de fraude a certame licitatório, pois isso importaria na aplicação de pena de perdimento de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio de particular, sanção não prevista na Lei Orgânica do Tribunal. O TCU não pode aplicar sanções sem a devida previsão legal, nos termos do art. 5º, incisos II, XXXIX e XLVI, da Constituição Federal.

In casu, ainda que a contratação decorresse de regular procedimento licitatório, com ampla concorrência, a administração certamente pagaria algum percentual a título de lucro à empresa contratada. Desse modo, a despesa correspondente ao lucro não pode ser considerada por si como dano ao erário, pois teria existido de qualquer forma, mesmo que em outro valor.

É verdade que a ampla competição tenderia a proporcionar preços mais baixos para a contratação e, conseqüentemente, lucros menores. Contudo, não tendo sido apontada nos autos a ocorrência de sobrepreço em relação a parâmetros de mercado, não é possível afirmar com segurança se, e em que montante, essa redução teria ocorrido.

Sendo assim, tendo a concordar com o TCU que a imposição da obrigação de restituir o lucro auferido com a contratação ilícita não consistiria propriamente em ressarcimento ao erário, mas em espécie de pena, de natureza similar às previstas no art. 19, I, da Lei 12.846/2013 (perdimento do proveito da infração), no art. 12 da Lei 8.429/1992 (perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio) ou no art. 91, II, “b” do Código Penal (perda do produto do crime), dentre outros dispositivos legais.

Aliás, o próprio *Parquet* reconhece que sua tese se insere na busca de “soluções jurídicas capazes de configurarem sanções efetivas aos responsáveis”, diante da dificuldade de se quantificar prejuízo ao erário em contratações como as da espécie, em que, contrariando a legislação, não houve pesquisas de mercado e orçamento detalhado.

Compartilho da preocupação do Ministério Público e compreendo a dificuldade de se comprovar sobrepreço em casos como o que ora se examina. Contudo, assim como a Lei Orgânica do TCU, a Lei Orgânica do TCE-MG não prevê pena de perdimento do proveito da infração ou similar, de modo que sua aplicação, neste processo, violaria o princípio da reserva legal.

Responsabilização dos pareceristas

Pleiteia o Ministério Público de Contas, ainda, a responsabilização dos assessores jurídicos Leonardo da Cruz Nogueira e Vagner Adriano Ferreira, por descumprimento do disposto no art. 38, IV, da lei 8.666/1993, decorrente da emissão de pareceres com fundamentação insuficiente.

Segundo o *Parquet*, os pareceres não apresentam justificativas jurídicas que fundamentem a aprovação das contratações e que a simples leitura dos processos de inexigibilidade permitiria aos assessores jurídicos a formação de convicção sobre a ilegalidade do ato de contratação.

Em defesa conjunta (fls.379/394), os assessores jurídicos arguíram preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, afirmaram que os pareceres foram emitidos com base no inciso VI do art. 38 da lei 8.666/1993, hipótese em que é facultativo e não vinculante como o previsto no parágrafo único do referido dispositivo, de modo que a opinião jurídica expressada não obriga a autoridade, afastando a responsabilidade dos pareceristas.

Sustentam, também, que a representação contraria as prerrogativas conferidas aos advogados pelo art. 133 da Constituição Federal e pelo § 3º do art. 2º da lei 8.906/1994 e rejeita a imputação de negligência no exercício da atribuição.

A Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de interveniente, apresentou manifestação em defesa dos pareceristas, invocando a inviolabilidade de seus atos e manifestações no exercício profissional, bem como a ausência de prova de dolo ou erro grosseiro, sem a qual não se configura ato de improbidade.

A unidade técnica rebateu as argumentações da defesa (fls. 674/679) e da manifestação da OAB (fl. 697), mantendo o entendimento de que a responsabilização dos pareceristas, no caso, decorre da negligência no exercício do dever funcional, por ausência de fundamentos de plausibilidade das opiniões exaradas, o que permitiu as contratações irregulares.

Embora esse Tribunal, em casos similares, tenha acolhido prefacial de ilegitimidade passiva arguida por pareceristas, entendo não ser essa a hipótese mais adequada para a solução da questão, tendo em vista que a análise do pleito preliminar se confunde com o próprio mérito.

No presente caso, observa-se que os assessores jurídicos foram chamados a responder por atos próprios, sobre o quais não suscitaram negativa de autoria.

O representante, por seu turno, afirma que tais atos resultaram em dano ao erário em decorrência de negligência omissiva. A imputação de responsabilidade decorre, portanto, da relação de causa e efeito cuja apreciação torna imprescindível o exame do conteúdo dos atos em questão.

Vale destacar que a inviolabilidade dos advogados por seus atos, garantida nos textos constitucional e legal, como se verá adiante, não constitui fator de imunidade profissional, oponível indiscriminadamente contra a responsabilização.

Destaca-se, em primeiro plano, que o exame da responsabilização dos pareceristas em procedimentos licitatórios perpassa pela garantia da inviolabilidade dos atos profissionais praticados por advogados, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

O estatuto da advocacia, lei 8.906/1994, também prevê, no § 3º de seu art. 2º que:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

(...)

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

A matéria já foi objeto de manifestação desta Corte em diversos julgados, entre os quais destaco recente acórdão da Primeira Câmara, de relatoria do conselheiro substituto Hamilton Coelho:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. PRELIMINAR. PARECERISTAS. MEMBROS DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MÉRITO. FASE DE LANCES. FALHA DE CONEXÃO. ÔNUS DA LICITANTE. RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE E PREJUÍZOS À ADMINISTRAÇÃO NÃO DEMONSTRADOS. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS DIREITOS DE PETIÇÃO, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL NÃO CONFIGURADOS. IMPROCEDÊNCIA. NÃO PARCELAMENTO DO OBJETO. JUSTIFICATIVA TÉCNICA. RECOMENDAÇÃO. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHAS DE QUANTITATIVOS E DE PREÇOS UNITÁRIOS. IRREGULARIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÕES. Em se tratando de parecer meramente opinativo, o advogado parecerista somente pode ser responsabilizado se comprovado dolo, culpa, erro inescusável ou má-fé. (Denúncia

977657, unan., Rel. Cons. Subst. Hamilton Coelho, 1ª Câmara, Sessão de 15/12/2019, pub. D.OC. 27/01/2020)

A proposta de voto do relator é particularmente esclarecedora sobre a questão:

Pareceres consistem em opiniões técnicas. Por via de regra, quando a legislação prevê apenas a necessidade de exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica, a sua manifestação não vincula o ato administrativo a ser praticado. Assim, caberá ao administrador decidir sobre a legalidade ou conveniência e oportunidade de determinada medida, adotando ou não as razões do parecer técnico-jurídico. Nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

‘Parecer é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência. Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979:575), o parecer pode ser facultativo, obrigatório e vinculante. O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não acolher deverá motivar a sua decisão. O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com a sua decisão’. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. 17d. São Paulo, Atlas, 2003. P. 222/223).

Os pareceres jurídicos demandam trabalho de interpretação de leis, variável, a depender, dentre outros, do método de exegese a ser utilizado pelo intérprete. É possível, portanto, que a interpretação do parecerista não coincida com aquela defendida pelos órgãos de controle externo, pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público.

À Administração Pública, salvo disposição legal específica, cabe a aplicação do normativo pertinente, exercendo o poder de decisão, na esfera administrativa, quanto à legalidade de determinada medida, podendo divergir do parecer jurídico proferido, desde que o faça motivadamente.

Quanto ao tema, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

‘Refletindo um juízo de valor, uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.’ (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 25ª Ed., 2012, p. 137)

Na hipótese em comento, considerando não haver, no Decreto Municipal n.º 12.436/06, no qual é regulamentado o pregão no âmbito do Município de Belo Horizonte, na Lei do Pregão ou na Lei de Licitações e Contratos, previsão expressa de parecer favorável como requisito para o ato administrativo, tem-se que as manifestações da assessoria jurídica não possuem caráter vinculante, cabendo ao agente que praticou o ato administrativo, em princípio, a responsabilização por eventuais irregularidades na licitação.

É certo que inexistente imunidade absoluta do advogado público com relação a orientações jurídicas que instruem processos administrativos. Contudo, o advogado parecerista somente pode ser responsabilizado se comprovado dolo, culpa, erro inescusável ou má-fé.

Não tendo sido demonstrado dolo ou má-fé, como na situação em apreço, deve-se averiguar se o parecer está legalmente embasado, alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência e se defende tese aceitável, com base em interpretação razoável da lei. Presentes tais condições, não há como responsabilizar o advogado, pois ausentes também culpa ou erro inescusável.

Apesar de discordar do desfecho do mencionado julgado, que acolheu preliminar de ilegitimidade passiva, valem-me os seus fundamentos para a solução do presente feito.

Acrescento que, embora pareceristas não sejam gestores, poderão concorrer para a realização de atos de gestão irregulares, quando seus pareceres tenham fundamentado ou, de alguma forma, avalizado a prática desses atos. E, no que se refere a questões essencialmente jurídicas, o parecer acolhido pelo gestor pode ser considerado como causa concorrente para a decisão, mesmo quando meramente opinativo, pois a finalidade do parecer é justamente respaldar o gestor na tomada de decisões.

Assim, no que se refere a questões estritamente jurídicas, pareceristas jurídicos podem, em tese, responder pelos atos para cuja prática tenham dado respaldo ao se manifestar favoravelmente, até porque seria incoerente responsabilizar o gestor, leigo em matéria jurídica, e deixar de responsabilizar o profissional especializado que, mediante dolo ou erro grosseiro, o orientou ao cometimento do ato irregular.

Contudo, como já dito, a imputação de responsabilidade neste caso decorre da alegada prática de ato ilícito, caracterizada pela omissão, o que configura, em tese, a culpa na modalidade negligência.

A obrigação de ressarcir o alegado dano encontra-se prevista no art. 186 c/c art. 927 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Vale destacar que os incisos perfilados no *caput* do art. 38 da lei de licitações trazem a relação de documentos que devem ser juntados aos autos do procedimento, entre os quais “pareceres técnicos e jurídicos” (inciso VI).

Já o parágrafo único do referido dispositivo determina que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes sejam previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da administração. Nesse ponto, a submissão de **instrumentos jurídicos específicos** ao escrutínio da assessoria jurídica assume o aspecto preventivo.

No caso sob exame, os pareceres, como já dito, não foram conclusivos, tendo se limitado a colacionar dispositivos de lei, sem afirmar a legalidade da contratação por inexigibilidade no caso concreto. Assim, tais pareceres não se prestam a respaldar a atuação do gestor.

Vale observar que a pretensão punitiva/ressarcitória se baseia na suposição de existência de uma relação de causa e efeito entre o conteúdo dos pareceres (ato ilícito culposo/doloso), que supostamente tenha induzido a autoridade pública à contratação irregular.

Quanto ao ponto, para efeito exclusivamente do disposto no parágrafo único do art. 38 da lei de licitações (aprovação das minutas dos contratos), não há imputação de vício nos instrumentos contratuais que tenha resultado em dano.

Também não se pode responsabilizar os pareceristas pela deficiência de fundamentação por si só, pois o Tribunal não funciona como instância disciplinar desses profissionais, que somente estão sujeitos à aplicação de sanções pelas Cortes de Contas quando e na medida em que houverem concorrido para a prática de atos de gestão irregulares.

Vê-se que as manifestações dos assessores enfileiradas nos procedimentos de contratação enumeram os requisitos necessários para a formalização do ajuste, segundo disposto no art. 26 da lei de licitações, e advertem para a responsabilização por eventual sobrepreço do serviço contratado.

Os pareceres são, de fato, deficientes em conteúdo e não abordam a principal obrigação da assessoria jurídica, que são o exame e a aprovação das minutas de contrato, tampouco afirmam expressamente a legalidade ou ilegalidade da contratação direta no caso concreto. Contudo, justamente por serem inconclusivos, tais pareceres não podem ser considerados causas das contratações indevidas, visto que não servem de respaldo à decisão do gestor.

Como observou o *Parquet* na sua petição inicial, é possível que os pareceristas não tenham se posicionado de forma conclusiva justamente para se eximir de responsabilidades. De fato, assim o fazendo, transferiram integral responsabilidade ao gestor, a quem caberia tê-los instado a se posicionar conclusivamente.

Logo, as omissões que o Ministério Público de Contas imputa aos pareceristas não se inserem em uma relação de causa e efeito que tenha resultado nas contratações irregulares, razão pela qual proponho a improcedência do apontamento relativamente aos assessores jurídicos Leonardo da Cruz Nogueira e Vagner Adriano Ferreira.

Fraude à lei de licitações

Propugna o *Parquet* de Contas pela declaração de inidoneidade da empresa ADPM pela prática reiterada de fraude à licitação e conluio com a administração municipal, nos termos do art. 93 da lei complementar 102/2008.

Uma das premissas adotadas pelo representante para requerer a declaração de inidoneidade é que o Sr. Rodrigo Silveira teria constituído nova sociedade (ADPM) para contornar a mudança jurisprudencial ocorrida no âmbito deste TCE, que passou a considerar irregulares contratações por inexigibilidade da antiga ADP, da qual era sócio. Assim, a constituição da ADPM por sócio da ADP seria uma forma de burlar o controle externo e fraudar a lei 8.666/1993.

Contudo, vê-se nos autos que a ADPM foi constituída em 15/07/1998 (fls. 158) e o distrato social da ADP ocorreu em 25/11/1999, conforme consta de certidão do registro civil de pessoas jurídicas (fls. 160). Antes, portanto, do primeiro julgado apontado pelo representante como desfavorável à ADP, proferido em 2/3/2000, sendo que tal entendimento só veio a se consolidar em 14/4/2004, com o julgamento do incidente de uniformização 684.973. Assim, não encontra amparo nos autos a tese de que a extinção da ADP teria sido um artifício para contornar as decisões contrárias à sua contratação por inexigibilidade.

Quanto aos demais elementos apontados pelo MP – realização de atos na mesma data ou em datas próximas, ausência de pesquisas de preços, pareceres deficientes, atos praticados diretamente pelo prefeito, em vez de por seus subordinados – revelam, no mínimo, negligência do gestor na realização da contratação e favorecimento da ADPM, mas não se caracterizam necessariamente como fraude, o que pressupõe dissimulação, embuste. Ademais, não evidenciam que a referida sociedade tenha atuado para que tais irregularidades ocorressem, ou seja, não se aponta conduta praticada pela ADPM que evidencie conluio desta com o gestor público.

Acrescento que o fato de uma empresa aceitar ser contratada diversas vezes por inexigibilidade, ainda que se entenda incabível, ou mesmo provocar o processo de contratação oferecendo proposta e sustentando a adequação da contratação direta, não é em si ato ilícito, sobretudo considerando a existência de manifestações contemporâneas do Ministério Público estadual no sentido da regularidade de contratações semelhantes (fls. 484/671).

Em todo caso, caberia à Administração avaliar criticamente as razões e os documentos apresentados pela interessada, efetuando suas próprias pesquisas e análises. Eventual negligência dos agentes públicos na condução da contratação não se comunica necessariamente à contratada, se não se evidenciar que esta atuou para que os atos administrativos fossem praticados de forma deficiente.

Não obstante, nota-se um elemento nos autos que de fato aponta para a ocorrência de fraude. Consiste no depoimento prestado perante o Ministério Público estadual pelo contador que assinou os pareceres técnicos favoráveis à contratação da ADPM, no qual o depoente afirma que os pareceres por ele assinados foram, na realidade, elaborados pela própria ADPM (fls. 18 do Inquérito Civil 0521.15.000164-7, no CD anexado aos autos).

Ocorre que tal elemento não foi objeto de contraditório neste processo, pois não foi mencionado pelo Ministério Público em sua petição inicial, tampouco pelo órgão técnico no exame que precedeu às citações.

Considero contraproducente, nesta avançada fase processual, estabelecer nova oportunidade de contraditório, o que implicaria nova análise pelo órgão técnico, razão pela qual deixo de propor a declaração de inidoneidade. Lembro que há outras representações propostas pelo Ministério Público de Contas a respeito de situações semelhantes à tratada nestes autos, envolvendo contratações da ADPM por outros órgãos, de modo que a declaração de inidoneidade poderá eventualmente ser aplicada, se for o caso, em processo no qual os elementos consistentes por ventura caracterizadores de fraude tenham sido oportunamente submetidos ao contraditório.

É o que proponho.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho seja julgada parcialmente procedente a representação para considerar irregulares as sucessivas contratações por inexigibilidade de licitação da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. pelo município de Rio Doce, e aplicar multa ao prefeito Silvério Joaquim Aparecido da Luz, no valor total de R\$15.000,00, diante da ausência (1) de projetos básicos, (2) de orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários, baseados em pesquisas de preços ou estudos que respaldassem a especificação dos serviços previstos nos contratos e (3) de cláusulas com definição de critérios e índices de reajuste de preços, nos procedimentos 114/2014 (inexigibilidade 07/2014), 10/2017 (inexigibilidade 02/2017) e 116/2017 (inexigibilidade 12/2017), sendo R\$5.000,00 por contratação irregular não alcançada pela prescrição.

Após, intimadas as partes e promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 12/11/2020

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação oferecida pelo Ministério Público de Contas, em decorrência do Procedimento Preparatório nº 058.2018.642, em que foram identificadas possíveis irregularidades nos Processos de Inexigibilidade de Licitação nºs 01/13, 193/13, 114/14, 10/17 e 116/17, promovidos pelo Município de Rio Doce, os quais resultaram na contratação direta da empresa Administração Pública para Municípios Ltda. (ADPM), no período de 2013 a 2017.

Na sessão da Segunda Câmara ocorrida no dia 27/08/20, o relator, conselheiro substituto Victor Meyer, propôs o acolhimento da prejudicial de mérito arguida pela defesa, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal quanto aos Procedimentos de Inexigibilidade nº 01/13 e nº 193/13, posicionamento que foi aprovado por unanimidade pelo Colegiado. No mérito, o relator apresentou proposta de voto nos seguintes termos:

Quanto às questões principais de mérito, Senhor Presidente, meu voto é bastante extenso e me parece que o Dr. Joaquim está representando a empresa ADPM. **Estou propondo a rejeição dos pedidos do Ministério Público** que poderiam resultar em algum tipo de sanção para a empresa ADPM, **tanto com relação ao pedido de ressarcimento por dano presumido quanto à declaração de inidoneidade da empresa ADPM.**

Quero apenas fazer a observação de que, **em relação à possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação da empresa ADPM, estou entendendo que não é possível contratar por inexigibilidade, mas estou deixando de aplicar multa ao responsável** em razão disso, especificamente, reconhecendo que, na época, havia inegável controvérsia sobre o assunto, porque a defesa trouxe aos autos diversas manifestações de membros do Ministério Público estadual requerendo o arquivamento de inquéritos civis ou, até mesmo, de inquéritos penais ou de denúncias, sob o argumento de que era possível a contratação por inexigibilidade de licitação da empresa ADPM em situações idênticas. Então, embora eu não concorde com esse argumento, reconheço que, na época, isso era controverso e deixo de aplicar multa.

(...)

Diante do exposto, **proponho que seja julgada, parcialmente procedente a representação para considerar irregulares as sucessivas contratações por inexigibilidade de licitação da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. pelo município de Rio Doce, e aplicar multa ao prefeito Silvério Joaquim Aparecido da Luz, no valor total de R\$15.000,00, diante da ausência (1) de projetos básicos, (2) de orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários, baseados em pesquisas de preços ou estudos que respaldassem a especificação dos serviços previstos nos contratos e (3) de cláusulas com definição de**

critérios e índices de reajuste de preços, nos procedimentos 114/2014 (inexigibilidade 07/2014), 10/2017 (inexigibilidade 02/2017) e 116/2017 (inexigibilidade 12/2017), sendo **R\$5.000,00 por contratação irregular não alcançada pela prescrição**. Só destacando que eu não estou aplicando a multa pela contratação direta em si, por inexigibilidade de licitação, mas por falhas, irregularidades no procedimento de contratação.

Após, intimadas as partes e promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos. (grifos nossos).

Em seguida, pedi vista dos autos para melhor avaliar o processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Consta dos presentes autos que a empresa Administração Pública para Municípios Ltda. (ADPM) foi contratada pelo Município de Rio Doce para a realização de serviços técnicos especializados de consultoria, assessoria, auditoria financeira e treinamento de pessoal nas áreas de administração, fazenda, planejamento e controle interno, por meio dos Procedimentos de Inexigibilidade de Licitação nºs 01/13, 193/13, 114/14, 10/17 e 116/17.

Em síntese, o relator reconheceu a inexistência de singularidade do objeto, propondo que fossem julgados irregulares os procedimentos nº 114/14 (Inexigibilidade nº 07/14), nº 10/17 (Inexigibilidade nº 02/17) e nº 116/17 (Inexigibilidade nº 12/17), bem como seus respectivos contratos. Contudo, deixou de propor a aplicação de multa aos responsáveis quanto a este ponto, uma vez que, à época das contratações, havia controvérsia acerca do cabimento da inexigibilidade de licitação em casos similares.

Por outro lado, o relator propôs a aplicação de multa ao Senhor Silvério Joaquim Aparecido da Luz, prefeito municipal de Rio Doce à época, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por contratação irregular não alcançada pela prescrição, totalizando R\$15.000,00 (quinze mil reais), em razão da apuração de irregularidades nos procedimentos de Inexigibilidade de Licitação nºs 114/14, 10/17 e 116/17, quais sejam a ausência (1) de projetos básicos, (2) de orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários e (3) de cláusulas com a definição dos critérios e do índice de reajuste de preços. Relativamente à responsabilização do prefeito, o relator afirmou que, a partir da análise da ordem cronológica dos documentos que compõem os processos, a contratação teria partido da proposta da empresa ADPM e levada a cabo pelo prefeito, sem que houvesse pesquisa de preços e estudos que respaldassem a especificação dos serviços pretendidos. Por esse motivo, o conselheiro substituto Victor Meyer concluiu que restou configurada a negligência grave na conduta do agente, em virtude de ter exposto a administração à possibilidade de violação do princípio da isonomia ao favorecer a ADPM, bem como de realização de contratações de serviços desnecessários e com sobrepreço.

No que se refere ao requerimento do Ministério Público de Contas de que fosse determinado o ressarcimento ao erário municipal dos valores recebidos pela empresa ADPM e dos lucros eventualmente obtidos, o relator entendeu pela improcedência do pedido. Isso porque, conforme afirmado por ele, a Lei Orgânica do Tribunal não impõe a obrigação de restituir lucro auferido por meio de contratação ilícita, além de que a devolução de valores pagos por serviços prestados, no âmbito dos contratos nulificados, resultaria em enriquecimento sem causa em favor da Administração Municipal.

Com relação à responsabilização dos pareceristas, Leonardo da Cruz Nogueira e Vagner Adriano Ferreira, também pleiteada pelo *Parquet* de Contas, em razão da suposta emissão de pareceres com fundamentação insuficiente, em violação ao disposto no art. 38, IV, da Lei nº 8.666/1993, o relator afirmou que, embora tenha sido constatada a deficiência de conteúdo dos pareceres jurídicos, estes não podem ser considerados causas das contratações indevidas,

justamente por serem inconclusivos e não servirem de respaldo à decisão do gestor. Diante disso, propôs que a representação fosse julgada improcedente neste ponto.

Por fim, quanto ao pedido do Ministério Público de Contas para que fosse declarada a inidoneidade da empresa ADPM, com fulcro no art. 93 da Lei Orgânica do Tribunal, em virtude da reiterada prática de fraude à licitação e conluio com a Administração Municipal, o relator propôs a rejeição do pleito. Isso porque, no entendimento do relator, as falhas apuradas na condução dos procedimentos, não indicam necessariamente que a contratada concorreu para a prática desses atos administrativos deficientes. Além disso, o relator sustentou que, apesar de ter observado um elemento nos autos que apontasse para a ocorrência de fraude, este não teria sido objeto de contraditório, motivo pelo qual considerou contraproducente, na avançada fase processual, estabelecer nova oportunidade de defesa.

Adianto haver divergência quanto ao posicionamento do relator no sentido de não reconhecer a natureza singular do objeto das contratações diretas por inexigibilidade de licitação, realizadas entre Município de Rio Doce e a empresa Administração Pública para Municípios Ltda. (ADPM) e no que se refere às irregularidades de (1) ausência de projeto básico, (2) inexistência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários e (3) ausência de cláusula definindo o índice de reajuste de preços, as quais culminaram na proposta de aplicação de multa ao prefeito municipal. Diante disso, passo ao exame do primeiro e segundo itens da proposta de voto.

A. Ausência de singularidade do objeto

O *Parquet* de Contas sustentou que as contratações diretas por inexigibilidade de licitação são irregulares por ausência do requisito da singularidade do objeto, previsto no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 e na Súmula nº 106 deste Tribunal.

O relator, por sua vez, concordou com a alegação, reconhecendo a ausência de singularidade dos serviços nas supracitadas contratações, uma vez que, nas palavras dele, “sem a especificidade do objeto, não há como lhe atribuir o caráter singular que inviabiliza a competição”. Contudo, propôs o afastamento da multa, pois entendeu que, à época das contratações, havia fundada controvérsia quanto ao cabimento da inexigibilidade de licitação em casos que envolvessem serviços prestados por advogados e profissionais de contabilidade, motivo pelo qual a adoção da modalidade não caracterizou erro grosseiro para fins de aplicação de multa.

Acerca desse tema, tive a oportunidade de manifestar meu entendimento na sessão do Tribunal Pleno do dia 12/08/20, durante a deliberação das Consultas nºs 1.054.024 e 1.076.932, ainda não concluídas em virtude de pedido de vista.

Naquela oportunidade procedi à análise da regulamentação dada pela Constituição da República às contratações públicas, no inciso XXI do seu art. 37, o qual estabelece a regra geral do ordenamento jurídico pátrio, de que as obras, os serviços, as compras e as alienações devem ser precedidos de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes. Trata-se, sem dúvidas, de aplicação às contratações públicas dos princípios da impessoalidade e da moralidade, previstos no *caput* do mesmo dispositivo como diretrizes para toda a atuação da Administração Pública.

Por consequência, caso a execução indireta dos serviços de assessoria e consultoria pretendidos pelos órgãos e entidades estatais seja compatível com os atuais paradigmas da terceirização, a deflagração de procedimento licitatório para a contratação é a primeira opção a ser considerada pelo gestor.

De todo modo, o próprio texto constitucional contempla a possibilidade de a legislação prever ressalvas, que consistem, basicamente, nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação,

delineadas nos arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, situações em que, segundo a avaliação em abstrato do legislador, a contratação direta sem competição atenderia em maior escala o interesse público.

Afinal, não há que se considerar a licitação como um fim em si mesma, senão como um instrumento destinado a selecionar a proposta que melhor atende aos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição no momento das contratações públicas.

Assim, o art. 17 regulamenta as alienações e o art. 24 as hipóteses de dispensa de licitação, em que, embora possível, a disputa possa não se mostrar conveniente, seja em razão do valor da contratação, do tempo necessário para realizá-la, de políticas de fomento, dentre outros princípios também protegidos pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, o art. 25 cuida de situações em que as circunstâncias fáticas inviabilizam a competição, quando se diz que a licitação é inexigível. Justamente em virtude da impossibilidade de se estabelecer a disputa para atingir o fim pretendido é que as hipóteses de inexigibilidade não se encerram em um rol exaustivo, estando previstas em cláusula geral no *caput*, com o destaque de exemplos em que tal inviabilidade se manifesta concretamente, *in verbis*:

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;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 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.

Destacando o inciso II, de que trata a situação dos autos, tem-se a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13², de natureza singular, com profissionais de notória especialização. Nesses casos, a competição é inviável, na medida em

² 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.

que a singularidade do objeto impossibilita a avaliação de diferentes ofertas sob perspectiva objetiva.

À vista da indeterminação dos conceitos legais, esta Corte foi instada inúmeras vezes a se manifestar acerca da caracterização dos elementos nucleares desse dispositivo, quais sejam a notória especialização dos profissionais e a singularidade do objeto, tendo sua jurisprudência há muito se assentado quanto à ausência desta última quando os serviços pretendidos constituam atividades de menor complexidade ou próprias da rotina administrativa.

Vide, nesse sentido, trecho do parecer emitido pelo Tribunal Pleno na Consulta nº 746.716 em 17/09/08, com remissões ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 684.973:

Portanto, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias e com o entendimento expresso no já citado incidente de Uniformização de Jurisprudência desta Corte, **deve ser comprovado no caso concreto, por um lado, a caracterização da singularidade do objeto a ser contratado e, por outro lado, que a notória especialização do executor seja elemento essencial para a adequada realização deste objeto.**

Deste modo, o elemento confiança deve ser considerado de forma complementar, tendo em vista os demais requisitos estabelecidos pela Lei.

Atendidos esses requisitos, poderá ocorrer a contratação mediante a formalização do processo de inexigibilidade de licitação.

Nos casos em que os serviços são considerados atividades corriqueiras, habituais da Administração Pública, a contratação deve ocorrer mediante a realização de procedimento licitatório, como determinam os artigos 2º e 3º da Lei de Licitações.

Deste modo, Sr. Presidente, encontra-se respondida, em tese, a questão suscitada pelo Prefeito Municipal de Rio Piracicaba, acerca da possibilidade de contratação de assessoria e consultoria contábil e jurídica mediante processo de inexigibilidade de licitação, se comprovada a notória especialização da empresa ou do profissional a ser contratado.³ (grifo nosso)

Inclusive, tal entendimento encontra-se sumulado no Enunciado nº 106 desde 2008, nos seguintes termos:

Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração.

Desde então, a tese aí fixada tem sido reiteradamente aplicada pelos órgãos colegiados desta Corte, inclusive nos processos por mim relatados, como é o caso da Consulta nº 887.769⁴,

³ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 746.716. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Antônio Andrada. Sessão de 17/09/08. Grifos do original.

⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CONSULTA Nº 887.769. TRIBUNAL PLENO. REL. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. SESSÃO DE 05/04/17: CONSULTA. ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. SERVIÇOS PRESTADOS AOS ASSOCIADOS. NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO ESTRITA AO OBJETO DA ASSOCIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS AOS ENTES ASSOCIADOS. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA ATENDER ÀS DEMANDAS PRÓPRIAS DA ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. OBSERVÂNCIA AOS RITOS DA LEI N. 8.666/93. INDISPENSÁVEL A COMPROVAÇÃO TANTO DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS OU EMPRESAS CONTRATADAS COMO DA SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS. SÚMULA TC N. 106.

1. Os serviços oferecidos aos associados devem estar estritamente vinculados ao objeto da associação, não sendo, portanto, possível a contratação de escritório de advocacia por associação de Municípios para prestação

analisando a singularidade do objeto apenas sob a perspectiva da excepcionalidade, da transitoriedade ou da complexidade dos serviços.

Todavia, a evolução das necessidades públicas – e, por consequência, da atuação estatal voltada à satisfação delas –, o desenvolvimento de novos paradigmas na Administração e a correspondente alteração de marcos legais fizeram-me refletir de forma mais aprofundada acerca da matéria, para, durante a deliberação das Consultas nºs 1.054.024 e 1.076.932, propor um avanço na análise da singularidade que justificaria a contratação pública direta, em virtude da inexigibilidade de licitação.

A meu ver, o que qualifica o serviço como singular não é a habitualidade por sua demanda dentro da rotina administrativa ou a sua complexidade, abstratamente considerada, **ou não apenas isso.**

O que marca a singularidade é o aspecto subjetivo da prestação do serviço, avaliado sob a ótica do prestador, que envolve a metodologia empregada, a experiência específica, o elemento criativo, o traço pessoal do profissional, que agregam às atividades qualidades que as tornam distintas de todas as outras disponíveis no mercado.

Há situações em que são essas particularidades incidentes na execução do serviço que, aliadas à confiança no prestador, contribuem para o alcance dos resultados pretendidos, o que possivelmente ocorreria em menor ou nenhuma medida caso a contratação recaísse sobre outro profissional que, embora qualificado, utilizasse metodologias diversas.

É possível que existam tantos outros potenciais prestadores do serviço, mas que aspectos subjetivos, relacionados aos meios empregados, indiquem apenas um deles como apto a atender à necessidade pública.

Não é que a demanda seja excepcional ou transitória – aspectos valorados para fins de singularidade, segundo a Súmula nº 106 – mas que, dentre as opções disponíveis no mercado, um serviço específico detém metodologia própria que melhor se adequa às peculiaridades daquele ente ou órgão.

Nesse sentido são as preciosas e tradicionais lições de Bandeira de Mello:

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, *como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa*, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade *científica, técnica ou artística*, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, *e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do*

de serviços advocatícios aos entes associados por não ser juridicamente possível o ajuste de contrato de representação por interposta pessoa.

2. A contratação de advogado para atender às demandas próprias da Associação de Municípios deve seguir os ritos da Lei n. 8.666/93.

3. A confiança depositada no profissional, ainda que notório especialista, não enseja, por si só, a contratação direta, pois, nos termos da Súmula TC 106: “Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração”.

*interesse público. Bem por isso, não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” ou “C”, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação. É natural, pois, que, em situações desse gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente *mais indicados do que os de outros*, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.⁵*

Importa notar que a influência da individualidade na prestação de serviços eminentemente técnicos não incide exclusivamente nas contratações da Administração Pública. É possível visualizar no mercado em geral a abundante oferta de profissionais, por exemplo, da arquitetura, do magistério, da advocacia, da medicina, entre outros ramos, muitos de significativa qualificação, aptos a prestarem serviços técnicos no seu âmbito de atuação. Todavia, aquele que os contrata não o faz comparando com outros da mesma área, de acordo com critérios objetivos, mas, invariavelmente, pautando-se em suas habilidades pessoais específicas, em seu estilo próprio, na confiança estabelecida etc.

Com efeito, quando se está diante de situação em que são esses aspectos subjetivos que atendem ao fim almejado pela Administração, é patente a inviabilidade de se estabelecer um processo competitivo por meio da licitação, ainda que dos tipos melhor técnica ou técnica e preço, os quais pressupõem a avaliação da proposta técnica segundo critérios claros e objetivos.

Isso porque não são passíveis de comparação os serviços tidos por mais adequados em virtude do seu traço distintivo, da marca pessoal e do elemento criativo atribuído ao profissional ou à metodologia por ele empregada. São essas características que, a meu ver, materializam a singularidade do objeto e determinam o enquadramento no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, na medida em que impossibilitam a competição de acordo com critérios objetivamente aferíveis.

Aliás, essa evolução quanto à caracterização da singularidade do objeto para fins de inexigibilidade de licitação, bem como a inviabilidade de competição em razão dos aspectos subjetivos já vêm sendo reconhecidas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa da ementa do julgado a seguir:

ACÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.

A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação.

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

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 507. Itálicos do autor.

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.⁶ (grifo nosso)

O Tribunal de Contas da União também segue a mesma linha argumentativa, senão vejamos:

29. Adentrando no exame da singularidade do objeto, enfatizo que tal conceito não pode ser confundido com unicidade, exclusividade, ineditismo ou mesmo raridade. Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, fulcrada no *caput* do art. 25, e não pela natureza singular do serviço. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede que exista a contratação amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.

[...]

31. Isso porque em alguns tipos de contratação deve ser observada a relação que existe entre a singularidade do objeto e a notória especialização. Embora tal fato não possa ser tomado como uma regra geral, a singularidade do objeto muitas vezes decorre da própria notória especialização de seu executor. Para essa corrente doutrinária, a notória especialização envolveria uma espécie de singularidade subjetiva, que estaria associada ao profissional que executa o objeto.

32. Luiz Cláudio de Azevedo Chaves, em artigo recentemente publicado pela Revista do TCU, apresenta um ilustrativo exemplo demonstrando tal assertiva. Para alguns, seria questionável se um curso de Redação Oficial pudesse ser considerado singular porque *“o tema não é complexo e há muitos professores de português no mercado”*. Porém, o autor esclarece que a *“singularidade não é sinônimo de exclusividade ou raridade. Não é a quantidade de oferta de profissionais que indica a presença desse elemento no serviço, mas sim o exame do componente de seu núcleo, que, na hipótese é a didática própria do professor. A conclusão a que se chega é que, mesmo sendo um curso sobre tema de nível menos especializado, e havendo milhares de professores aptos, se a intervenção do mestre for determinante para o alcance dos resultados desejados, presente estará o elemento singular do serviço.”* [CHAVES, Luiz Cláudio, “Contratação de Serviços de Treinamento e Aperfeiçoamento de Pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU”, Revista do TCU nº 129, ano 46, janeiro/abril/2014].

[...]

34. A despeito das considerações da unidade técnica, entendo que nesse tipo de objeto – consultoria – a inexigibilidade de licitação é possível para contratação de objetos mais complexos, em particular quando **a metodologia empregada e os produtos entregues são interdependentes da atuação do prestador de serviço, assim como de suas experiências pretéritas, publicações, equipe técnica, aparelhamento e atividades anteriormente desenvolvidas para o próprio órgão.**

35. **A própria escolha do contratado acaba dependendo de uma análise subjetiva, e não poderia ser diferente, pois, se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos, a licitação não seria inviável. Ela é impossível justamente porque há dificuldade de comparação objetiva entre as propostas, que estão atreladas aos profissionais que executarão os trabalhos. Portanto, nesse tipo de objeto, resta caracterizada a discricionariedade na escolha do contratado.**

36. Nesse sentido, o TCU proferiu o Acórdão 204/2005-Plenário, que ratificou permanecer a critério do gestor público a escolha do contratado, visando satisfação adequada do interesse público:

⁶ Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 348/SC. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 15/12/06. Grifos adotados.

“16. Verifica-se, então, do entendimento desse texto que o Administrador deve, na situação do inciso II do art. 25, escolher o mais adequado à satisfação do objeto. O legislador admitiu, no caso, a existência de outros menos adequados, e colocou, portanto, sob o poder discricionário do Administrador a escolha do contratado, sob a devida e indispensável motivação, inclusive quanto ao preço, ao prazo e, principalmente, o aspecto do interesse público, que deverá estar acima de qualquer outra razão.”

37. Essa é a melhor interpretação da Súmula 264 do TCU, de que **a contratação de serviços por 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.**

[...]

39. Saliento que o fato da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento, aliada à discricionariedade do gestor na escolha do profissional a ser contratado, não autoriza a Administração a efetuar escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. A seleção deverá observar os critérios de notoriedade e especialização, sendo devidamente fundamentada no processo de contratação.⁷ (grifos nossos)

À vista dessas ponderações, entendo que a caracterização da hipótese de inexigibilidade calcada no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, em especial no que concerne ao elemento da singularidade, não deve estar adstrita à ausência de habitualidade dos serviços, como exposto na Súmula nº 106 e na proposta de voto do relator.

A meu sentir, a singularidade se faz presente quando, na escolha do prestador de serviços mais apto para o alcance das finalidades, incidem critérios preponderantemente subjetivos, tornando inviável a competição.

Nessas circunstâncias, tem-se por configurada a inexigibilidade de licitação, em que a seleção do contratado que melhor atende aos fins buscados pela Administração Pública encontra-se dentro da esfera de discricionariedade do gestor, sem prejuízo da realização do procedimento de justificação previsto no art. 26 da Lei nº 8.666/93, em que deverão estar demonstradas as razões da escolha do prestador do serviço e as justificativas do preço acordado.

Imperioso acrescentar que no fim de 2019 foi aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.489/19, o qual reconhece a singularidade dos serviços dos advogados e dos profissionais da contabilidade, por sua própria natureza técnica. No dia 12/08/20, o mesmo em que submeti as Consultas nºs 1.054.024 e 1.076.932 ao Tribunal Pleno, o Congresso Nacional apreciou e derrubou o veto total do Presidente da República à referida proposta, o que nos conduz agora ao reconhecimento expresso da singularidade dos serviços jurídicos e contábeis, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 14.039/20, *in verbis*:

Art. 1º A **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994** (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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.”

Art. 2º O art. 25 do **Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946**, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

“Art. 25.

⁷ Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 017.110/2015-7. Acórdão nº 2616/2015. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão de 21/10/15. Itálicos do original. Grifos adotados.

.....
§ 1º Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade 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.” (NR)

Destarte, entendo que é possível também a contratação direta por inexigibilidade de licitação do objeto ora examinado, porquanto serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/93, dotado de singularidade, assim considerado por exigir, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

À vista desses argumentos e, notadamente, ante a promulgação da Lei nº 14.039/20, não acolho a proposta de voto do relator quanto à inexistência de singularidade do objeto, por entender que os serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil e financeira contratados entre o Município de Rio Doce e a empresa Administração Pública para Municípios Ltda. (ADPM), são de natureza singular, em virtude da metodologia empregada e do traço distintivo dos serviços ofertados, conforme fundamentado no parecer técnico da contabilidade (presente em todos os procedimentos às fls. 04/05), razão pela qual podem ser firmados por meio do procedimento de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

B. Outras irregularidades

Também consta na proposta de voto do relator que os Procedimentos de Inexigibilidade nºs 114/14, 10/17 e 116/17 não contaram com projeto básico ou termo de referência, em descumprimento ao art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93, pois da análise dos autos não há nenhum documento que tenha descrito clara e detalhadamente o objeto pretendido. Ademais, conforme afirmado por ele, “não se pode considerar que a proposta apresentada pelo contratado supra a falta de pesquisas de preços, dos termos de referência, do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários ou mesmo de estudos efetuados pela administração.”

Em razão dessa falha e tendo em vista também a ausência de orçamento estimado em planilhas e a inexistência de cláusula com os critérios e o índice de reajuste de preços, o relator propôs a aplicação de multa ao prefeito municipal, Senhor Silvério Joaquim Aparecido da Luz, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) para cada contratação não alcançada pela prescrição, totalizando R\$15.000,00 (quinze mil reais).

Quanto à ausência de projeto básico ou termo de referência, é importante ter em vista que a exigência de elaboração de projetos como etapa preliminar à contratação, mais do que uma formalidade em si, configura o sobrelevo dado pela lei a um modelo de planejamento para a realização de despesas públicas, na medida em que, ainda na fase interna das licitações, deve a Administração identificar a sua real necessidade e as potenciais soluções para seu atendimento, inclusive com o estudo das condições de mercado, para, então, delimitar adequadamente o que pretende contratar.

Nessa linha, o art. 7º da Lei nº 8.666/93 condiciona a realização de licitação para a execução de obras e para a prestação de serviços à existência prévia de projeto básico e executivo, aplicando-se, no que couber, às situações de dispensa e inexigibilidade, nos seguintes termos:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

- I - projeto básico;
- II - projeto executivo;
- III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

- I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
- II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

[...]

§ 9º O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

De acordo com o § 9º transcrito acima, as exigências veiculadas no artigo se aplicam *no que couberem* aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, uma vez que, consoante admitido pela própria lei, há situações de contratação direta em que o procedimento formal tradicional precisa ser ajustado para se acomodar às especificidades do caso concreto.

É o que ocorre com a hipótese do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que alberga a contratação direta de serviço técnico dotado de singularidade com profissional de notória especialização.

Neste caso, consoante amplamente caracterizado no item anterior desta fundamentação, a escolha do gestor está intrinsecamente ligada à metodologia e à marca pessoal do contratado, que o distingue dos demais prestadores de serviços de natureza semelhante e o torna mais apto à satisfação da necessidade pública.

Quando presente essa circunstância, em que o estilo próprio é marcante para a escolha do prestador, parece-me que ele é a pessoa com melhores condições para detalhar o objeto, discriminando as fases de execução e as entregas a serem realizadas ao longo da vigência do contrato, de acordo com o seu modelo de negócio.

Por essa razão, entendo que, conquanto imprescindível a existência de documento em que esteja especificado o objeto na fase interna do certame, com base no qual é celebrado o contrato e são fixados os resultados que devem ser entregues, não há impedimento para que tais informações sejam extraídas de peça elaborada pelo próprio interessado na contratação, quando se trate de inexigibilidade fundada na singularidade e na notória especialização, justamente porque são as particularidades da sua metodologia que levaram à sua escolha pela Administração.

Nessa situação, a elaboração, no âmbito da Administração, de termo de referência há de ser entendida como uma opção que se encontra dentro da esfera de discricionariedade do gestor, não porque a discriminação do serviço seja facultativa, mas porque pode já estar regularmente realizada na proposta de serviços, sendo desnecessário fazê-lo novamente de forma obrigatória apenas para atendimento da formalidade procedimental.

Deste modo, a meu ver, os documentos emitidos pela empresa ADPM, intitulados “Termo de Referência”, nos Procedimentos de Inexigibilidade nºs 114/14, 10/17 e 116/17 (respectivamente às fls. 11/24, 12/30 e 11/33 da mídia digital anexa, nas pastas denominadas Licitação 114-14, 10-17 e 116-17), atendem à exigência de especificação do objeto do serviço e às finalidades do § 9º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, razão pela qual divirjo da proposta do relator neste ponto.

O relator apurou, ainda, a violação do art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, em virtude da ausência de planilhas de orçamento de quantitativos e preços unitários dos serviços contratados durante

os procedimentos de inexigibilidade em tela, o que na opinião dele, seriam indispensáveis, dada a diversidade de serviços prestados ao longo de reiterados exercícios fiscais.

Acerca dessa falha, impende registrar, de início, que a situação ora examinada diz respeito a procedimentos de inexigibilidade pautados na singularidade do objeto, o que, por conceito, é incompatível com a comparação objetiva com outros serviços.

Com o mesmo raciocínio, recentemente decidiu o Tribunal de Contas da União que a realização de cotação de preços junto a potenciais prestadores dos serviços demandados, a fim de justificar que os preços contratados estão compatíveis com os praticados no mercado, afasta a hipótese de inexigibilidade de licitação, por restar caracterizada a viabilidade de competição, consoante consta do Acórdão nº 2280/2019⁸.

Sob tal perspectiva, há de se reconhecer que aos procedimentos de inexigibilidade não se aplica o disposto no art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, tanto que o que exige o art. 26, III, da mesma norma, é a justificativa de preço, e não orçamento detalhado em planilhas.

Assim, a despeito da dificuldade derivada da inviabilidade de competição, no bojo dos procedimentos de contratação direta, a contraprestação a ser paga deve ser justificada, de modo a demonstrar a sua razoabilidade diante das circunstâncias concretas.

Embora não haja a discriminação legal dos atos necessários à justificativa do preço nessas hipóteses, a doutrina e a jurisprudência vêm levantando, a partir de casos hipotéticos e concretos, as alternativas para demonstração da adequação do preço, quando não seja possível a realização de orçamentos.

Nessa linha, há muito já prelecionava Marçal Justen Filho que, em face da ausência de competição, a razoabilidade do preço fosse avaliada sob a ótica do próprio prestador do serviço, senão vejamos:

A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.⁹

Tal orientação é também adotada em inúmeros precedentes do Tribunal de Contas da União, fazendo referência, inclusive, à Orientação Normativa emitida pela Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

[...]

30. Ainda no tocante à seleção das consultorias, resta analisar a questão dos preços contratados. Quanto a isso, verifico que alguns precedentes desta Corte reconheceram a dificuldade de justificar o preço nos casos de inexigibilidade à luz de propostas de outros fornecedores ou prestadores, razão pela qual foi nascendo o entendimento de que a razoabilidade do preço poderia ser verificada em função da atividade anterior do próprio particular contratado (nessa linha, item 9.1.3 do Acórdão 819/2005-TCU-Plenário).

31. Tal situação culminou na expedição, pela Advocacia-Geral da União (AGU), da Orientação Normativa 17/2009, inicialmente com a seguinte redação: "É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas".

⁸ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2280/2019. Primeira Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão de 12/03/19.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 370.

32. Esta linha de raciocínio vem evoluindo no seio da Administração Pública (vide Portaria-AGU 572/2011) e sendo convalidada pelo Tribunal, como nos Acórdãos 1.565/2015, 2.616/2015 e 2.931/2016, todos do Plenário.

33. No presente caso, verifico que a ECT logrou demonstrar a adequação dos preços contratados levando em conta os valores praticados pelas empresas em outros contratos por elas mantidos, ou seja, foi demonstrada **a equivalência dos valores cobrados da Administração com os valores praticados pelas contratadas em outros ajustes contemplando o mesmo objeto ou objeto similar.**

34. Com isso em mente, enfatizo que a justificativa dos preços contratados observou o art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993 e seguiu a jurisprudência desta Corte de Contas sobre o tema.

35. Não obstante esteja propondo, até o momento, a convalidação das contratações em análise, reconheço estar presente o risco de que a ECT tenha empregado (ou venha empregando) de forma indevidamente generalizada a prerrogativa da inexigibilidade de licitações para a contratação de consultorias. Todavia, creio que tal risco pode (e deve) ser mitigado, conforme considerações que tecerei nas seções seguintes deste voto.

Acórdão:

9.5. recomendar à Segecex que avalie a oportunidade e conveniência de incluir em seu plano de fiscalização uma ação de controle externo sobre a contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços de consultoria, envolvendo a Administração Pública de uma forma geral, ocasião em que poderão ser propostas premissas para a caracterização dos requisitos de natureza singular do objeto e notória especialização da empresa executante, para a adequada justificativa dos valores contratados, para a implementação, avaliação e apropriação dos resultados dos serviços contratados e para a prevenção da sobreposição dos objetos contratados;¹⁰ (grifos nossos)

Também nesta Corte verifica-se que foi encampada a tese de justificativa de preços por meio da averiguação dos preços praticados pelo contratado:

Não sendo possível realizar a comparação de preços em contratações de outros profissionais devido às particularidades do futuro contrato, a razoabilidade do valor a ser cobrado poderá ser aferida por meio do cotejo de sua proposta com os preços por ele praticados junto a outros entes públicos e/ou privados.¹¹

Nesse contexto, a meu ver, afiguram-se amparadas pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial as justificativas de preço constantes dos procedimentos de inexigibilidade realizados no âmbito do Município de Rio Doce nos exercícios de 2014 a 2017 (fl. 01 da mídia digital anexa denominada Licitação 114-14, 10-17 e 116-17), por considerarem o valor compatível com o praticado pela mesma empresa em outros órgãos de porte semelhante para a prestação de serviços equivalentes.

Os preços utilizados como referência foram indicados pela empresa ADPM em suas propostas nos Processos nºs 114/14, 10/17 e 116/17, respectivamente, às fls. 10, 11 e 10 da mídia digital anexa aos autos, respectivamente nas pastas denominadas Licitação 114-14, 10-17 e 116-17.

Com efeito, tendo em vista que as justificativas de preços avaliaram os valores propostos por meio de comparação com os praticados pela mesma empresa em outros órgãos públicos para a prestação de serviços similares, considero atendida a exigência do art. 26, III, da Lei nº 8.666/93, sendo inaplicável para a hipótese a disposição do art. 7º, § 2º, II, do mesmo diploma, razão pela qual não acolho a proposta do relator quanto a este item.

¹⁰ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2993/2018. Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. Sessão de 12/12/18. Itálicos do original. Grifos adotados.

¹¹ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Representação nº 932.751. Primeira Câmara. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Sessão de 29/01/19.

Por fim, quanto ao contrato celebrado com a empresa ADPM, no ano de 2014, atinente ao Procedimento de Inexigibilidade nº 114/14, o relator constatou que nem o ajuste nem seus termos aditivos continham cláusula de reajustamento de preço, em descumprimento ao disposto no art. 40, XI, c/c art. 55, III, da Lei nº 8.666/93. À vista disso, entendeu que a falha não consiste na impossibilidade de reajuste, “mas na sua prática sem a definição do índice aplicado, o que não encontra justificativa tanto pela exigência expressa da lei quanto, e especialmente, pela observância do princípio da transparência.” Isso porque, *in casu*, houve duas prorrogações do acordo, sem que tenha havido menção a qual índice fora utilizado para reajustar o valor contratado.

Importa ressaltar que, garantida pela CR/88, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro constitui direito do contratado, como se verifica:

Art. 37. [...]

[...]

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

Na mesma esteira, assim as normas extraídas da Lei nº 8.666/93, utilizadas na fundamentação da representação, entabulam:

Art. 40. **O edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**

[...]

XI - **critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção**, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

Art. 55. **São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:**

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do **reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária** entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; (grifos nossos)

Diante desse quadro normativo, visando viabilizar o exercício do direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, um dos institutos voltados à manutenção da equação inicial é o reajuste, que se trata, a meu ver, do sinônimo de correção monetária, cuja utilização objetiva remediar os efeitos da desvalorização da moeda.

Nesse sentido, o meu entendimento aproxima-se do conceito atribuído a tal instituto por Carlos Pinto Coelho Motta¹², segundo o qual o reajuste “consiste, basicamente, na atualização monetária”.

Em análise do contrato de fls. 377/381 da mídia digital anexa aos autos, denominada “Licitação 114-14”, não vislumbro disposição sobre o critério de reajuste a ser aplicado, apesar de, *a priori*,

¹² Eficácia nas licitações e contratos. 12. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 519.

tratar-se, nos termos da Lei nº 8.666/93, de cláusula obrigatória do instrumento convocatório e necessária do contrato administrativo.

Oportuno mencionar que, após o advento do Plano Real, o reajuste dos contratos administrativos é regido pelas disposições da Lei nº 10.192/01, cujo art. 3º estabelece:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O art. 2º, do mesmo diploma legal, admite a estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos cujo prazo de duração seja igual ou superior a um ano.

No caso em tela, verifica-se que o primeiro contrato teve vigência para 12 (doze) meses, firmado em 30/12/14 (Cláusula Quarta, fl. 46 da mídia digital anexa, denominada “Contratos e Empenhos”), enquanto o primeiro termo aditivo também apresentou validade para o período de 12 (doze) meses, qual seja, de 01/01 a 31/01/15 (Cláusula Quinta, fl. 408 da mídia digital anexa, denominada “Licitação 114-14”). Além disso, houve um segundo termo aditivo firmado, que apresentou validade de apenas um mês, entre 01/01 e 31/01/17, (Cláusula Quinta, fl. 412 da mídia digital anexa, denominada “Licitação 114-14”).

Logo, o contrato original apresentou prazo de duração de até 12 (doze) meses, razão pela qual, nos termos do art. 2º da Lei nº 10.192/01, não era imperativa a presença de cláusula que estabelecesse o critério de reajuste por índice financeiro, de acordo com o disposto no inciso XI do art. 40 e no inciso III do art. 55 da Lei nº 8.666/93.

Acresce-se à mencionada conclusão o fato de que, conforme depreende-se dos autos à fl. 378 da mídia digital anexa, denominada “Licitação 114-14”, os termos aditivos celebrados utilizaram como índice de correção o IGP-M, acumulado até outubro de 2015, que perfaz o percentual de 8,35%, de acordo com a medição da Fundação Getúlio Vargas, o que demonstra que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro foi realizada dentro de parâmetros de razoabilidade.

Diante do exposto, considero não ser irregular a inexistência de previsão do reajuste (ou correção monetária) nos contratos administrativos em exame.

Nesse cenário, considero improcedentes as irregularidades relativas à ausência (1) de projeto básico, (2) de orçamento estimado em quantitativos e planilhas de preços unitários e (3) de cláusula com a definição dos critérios e do índice de reajuste contratual.

III – CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, com a devida vênia, voto pela improcedência da representação, não acolhendo a proposta de voto do relator quanto a ausência de singularidade do objeto, por considerar que os serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil e financeira são de natureza singular, podendo ser firmados por meio do procedimento de inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

Nos termos da fundamentação, divirjo também do relator quanto à apuração de irregularidades nos Procedimentos de Inexigibilidade nºs 114/14, 10/17 e 116/17, por entender improcedentes (1) a ausência de projeto básico, (2) a ausência de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários e (3) a inexistência de cláusula com definição de critérios e de índice de reajuste de preços.

Acompanho o relator nos demais pontos da sua proposta de voto.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, eu acompanho, em parte, a divergência aberta pelo Conselheiro Cláudio Terrão, porquanto, em relação à ausência de projeto básico ou termo de referência nos procedimentos de inexigibilidade de n. 114/14, 10/17 e 116/17, em descumprimento ao inciso I do § 2º do art. 7º da Lei de Licitações tenho um entendimento diferente. Isso porque, pelo fato de não considerar a elaboração do termo de referência mera faculdade, não é razoável que o prestador escolhido seja aquele “com melhores condições para detalhar o objeto, discriminando as fases de execução e as entregas a serem realizadas ao longo da vigência do contrato, de acordo com o seu modelo de negócio”.

Ora, as necessidades da Administração devem ser delineadas pela própria Administração em documento que descreva, de forma clara e precisa, o objeto a ser contratado e as condições para a sua execução.

Assim, nesse particular, acolho a proposta de voto do Relator. Nos demais itens, eu estou acompanhando a divergência do Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Então, Vossa Excelência, quanto à irregularidade de contratação por inexigibilidade ...

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Parece que é o item 1 que trata do projeto básico. É o termo de referência que é o

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Só esse que Vossa Excelência acolhe?

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Não, nesse item 1, estou divergindo do voto-vista. Nos itens 2 e 3 estou acompanhando o voto-vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Eu também acolho a proposta de voto quanto à irregularidade da contratação por inexigibilidade de licitação e quanto ao item 1. Agora, quanto aos itens 2 e 3 eu acompanho o voto-vista.

ENTÃO, FICA APROVADO O VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ, E ACOLHIDA, EM PARTE, A PROPOSTA DE VOTO. TAMBÉM, VENCIDO EM PARTE, O CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

* * * * *