

PROCESSO Nº: 1.047.990
NATUREZA: REPRESENTAÇÃO
ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE ENGENHEIRO CALDAS
REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ
ANO REF.: 2018

REEXAME

I. INTRODUÇÃO

Versam os presentes autos sobre denúncia oferecida pelo Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais diante de supostas irregularidades na contratação do escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados pela Prefeitura Municipal de Engenheiro Caldas. O contrato teve por objeto a prestação de serviços jurídicos para recuperação de valores do Fundef (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério) que haviam deixado de ser repassados aos municípios em virtude de fixação ilegal de valor mínimo. O *Parquet* de Contas requereu, ainda, o deferimento de medida cautelar para determinar ao Município a abstenção da realização de qualquer pagamento ao contratado.

Em síntese, o representante aponta as seguintes irregularidades:

a) violação ao art. 26 da Lei Federal n. 8.666/93 – processo de inexigibilidade montado e ausência de justificativa de preço;

b) violação ao art. 25 da Lei n. 8.666/93 e à Súmula 106 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – ausência de inviabilidade de competição e singularidade do objeto;

c) nulidade da forma de remuneração – desvio de verbas da educação – precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Conforme despacho de fls. 246/248, o Relator recomendou ao Prefeito de Engenheiro Caldas a abstenção de qualquer pagamento de honorários advocatícios com fundamento no contrato objeto da representação. Determinou-se, ainda, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a citação dos Srs. Samuel Dutra Júnior, Prefeito Municipal, e José Ferrarese, Secretário Municipal de Administração, bem como do escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados, para apresentação de defesa e documentos que entendessem pertinentes sobre os fatos representados.

Peças de defesa apresentadas pelos defendentes Samuel Dutra Júnior, Prefeito Municipal, e José Ferrarese, Secretário de Administração Municipal, às fls. 254/286, e pelo escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados, às fls. 289/322.

No relatório inicial, às fls. 805/809v, este Órgão Técnico concluiu pela procedência da representação no que se refere à irregularidade na contratação direta de escritório de advocacia por inexigibilidade e à montagem do procedimento de inexigibilidade para justificar a contratação direta.

No tocante à irregularidade das formas de remuneração pactuadas no contrato, a Unidade Técnica entendeu pela procedência parcial da representação.

Consoante despacho à fl. 811, os autos retornaram a este Órgão Técnico para complementação do relatório inicial.

II. FUNDAMENTAÇÃO

De imediato, cumpre recordar que foram apresentadas duas peças de defesa nestes autos, sendo uma pelos Srs. Samuel Dutra Júnior e José Ferrarese e outra pelo escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados. Pela semelhança entre os argumentos aviados em ambas, serão estas analisadas de forma conjunta a seguir.

II.1. Da análise das defesas apresentadas em face das irregularidades apontadas

II.1.1 Da violação ao art. 26 da Lei Federal n. 8.666/93 – processo de inexigibilidade montado e ausência de justificativa de preço

Em síntese, o representante aponta que o procedimento instaurado pela Administração Pública Municipal para a contratação direta teria sido previamente montado.

Informa que, ao analisar as cópias do referido procedimento, foi verificado que todas as etapas ocorreram na mesma data, qual seja, 13 de fevereiro de 2017, sustentando ainda que não há sequência lógica na paginação dos autos do processo. Apresenta como exemplo o fato de que a ratificação dada pelo Prefeito para a contratação por inexigibilidade foi acostada antes mesmo do parecer jurídico.

Conforme noticia a representação, as circunstâncias apontadas indicam ter havido montagem do procedimento com intuito de justificar a regularidade da contratação.

No que tange ao preço cobrado pelo escritório contratado, aduz o *Parquet* que não há qualquer documento que comprove a realização de pesquisa que o justifique, ao contrário do que alega o assessor jurídico da Prefeitura no parecer juntado aos autos do procedimento de inexigibilidade (fls. 41/47).

Em defesa apresentada às fls. 254/286, os representados Samuel Dutra Júnior e José Ferrarese argumentam que o procedimento de inexigibilidade só é publicado após sua conclusão, não havendo abertura de prazos legais durante a tramitação. Asseveram também que os eventuais erros materiais na paginação e a celeridade procedimental da Administração não caracterizam montagem do procedimento.

Por sua vez, em defesa apresentada às fls. 289/322, o escritório Monteiro e Monteiro igualmente ressalta que a celeridade do Município na análise da documentação comprobatória encaminhada pelo escritório não poderia ser tomada como montagem na contratação, qualificando como irresponsável tal apontamento.

No que diz respeito à ausência de justificativa de preço, ambas as defesas apresentadas sustentam que este teria sido comprovado no procedimento por meio de contratos anteriores firmados com a Administração ou com particulares.

Análise:

No exame inicial, às fls. 805/809v, entendeu-se que há indícios de montagem de procedimento licitatório, tendo em vista a data de autuação e produção dos documentos e a existência de petição nos autos do procedimento, elaborada pelo escritório Monteiro e Monteiro, com oferta do serviço de ajuizamento e acompanhamento da demanda, na qual o escritório chega a solicitar à Administração que instaure o procedimento de inexigibilidade.

Embora os defendentes sustentem que as datas idênticas seriam decorrentes de celeridade da Administração e a falta de sequência lógica dos autos teria sido causada por erro material, tais alegações são insuficientes para afastar os indícios de montagem, sobretudo por ter restado demonstrado o aliciamento do Município com o intuito de firmar o contrato e pela fragilidade da justificativa de contratação.

No que se refere aos argumentos dos defendentes acerca da justificativa de preço, cabe destacar que não é suficiente a juntada de cópias de outros contratos firmados pelo mesmo escritório, sobretudo em virtude de se tratar de percentual a incidir sobre montante que é variável conforme o contrato, qual seja, o valor de créditos do Fundef a serem possivelmente recuperados.

A referida variabilidade impede que se possa relacionar as características do serviço com o valor a ele atribuído. Assim sendo, pelo mesmo tipo de trabalho, o escritório poderá receber montantes muito discrepantes entre si, uma vez que cada Município tem um valor específico a recuperar, não sendo cabível a justificativa de preço com base em tais contratos.

Nesses termos, com fundamento no exame inicial, este Órgão Técnico mantém a irregularidade assinalada.

II.1.2 Da violação ao art. 25 da Lei n. 8.666/93 e à Súmula 106 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – ausência de inviabilidade de competição e singularidade do objeto

Em síntese, o Ministério Público de Contas aponta que o contrato entre o município de Engenheiro Caldas/MG e o escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados estaria eivado de ilegalidade, uma vez que não teriam restado comprovadas a inviabilidade de competição e a natureza singular do objeto a ser contratado. Sustenta, ainda, que os serviços contratados são ínsitos à atividade jurídica, podendo ser realizados pela assessoria jurídica do município.

Em oposição, defendem os representados que a notória especialização restou comprovada por atestados de capacidade técnica, certidões de regularidade e precedentes em ações de conhecimento patrocinadas pelo escritório contratado.

Quanto à singularidade, a defesa sustenta que esta decorreria da notória especialização, sendo o serviço singular aquele executado conforme características

próprias do executor. Aduz ainda que a lei não impõe que somente haja um fornecedor de notória especialização para que se justifique a inexigibilidade.

Os defendentes alegam, ainda, que a confiança entre o Município e o advogado contratado seria elemento para a configuração da inexigibilidade, sendo que a realização de licitação poderia conduzir à contratação de escritório de advocacia não capacitado.

Segundo aduzido pelo escritório Monteiro e Monteiro, os pleitos de recuperação creditícia em face de outro ente federado exigiriam do advogado elementos técnicos que fogem às atribuições de rotina do Município, motivo pelo qual não se poderia presumir que o Prefeito ou o corpo jurídico municipal estivessem aptos para atuação nessas situações.

O escritório aponta, ainda, que a assunção da demanda pela própria assessoria do Município traria risco de erro e, conseqüentemente, prejuízo ao Município. Traz como exemplo casos de Municípios que executaram valores fundamentados em cálculos incorretos por imperícia de seu corpo jurídico.

No relatório inicial, às fls. 805/809v, este Órgão Técnico concluiu pela procedência do apontamento, uma vez que restou caracterizada a violação ao art. 37 XXI, da Constituição da República, e ao art. 25, II, da Lei n. 8.666/93.

Análise:

Cabe destacar que a Lei n. 8.666/93, em seu art. 25, §1º, define notória especialização como a possibilidade de inferir que o trabalho de determinado profissional é **essencial** e **indiscutivelmente o mais adequado** à plena satisfação do objeto contratado, o que permite concluir que a existência de mais de um fornecedor adequado afasta a hipótese de inexigibilidade. Além disso, o *caput* do art. 25 se refere expressamente a **inviabilidade de competição**, o que reforça a exigência de que haja apenas um fornecedor apto para o serviço.

No que diz respeito à confiança, trazida à baila pelos defendentes, importante observar novamente o entendimento adotado por este Tribunal em resposta à Consulta n. 888.126, segundo o qual a confiança não é elemento caracterizador de inexigibilidade, devendo o administrador considerá-lo somente de forma complementar.

Em relação à singularidade do objeto, não há nos autos documentos suficientes para demonstrá-la. Não obstante se tratar de demanda que envolve recuperação de créditos, os serviços contratados em si são somente a instauração e o acompanhamento da fase de cumprimento de sentença, atividade costumeira dos escritórios de advocacia.

Ainda que se admita não ser o corpo jurídico do Município qualificado tecnicamente para acompanhamento do processo, por ser viável a competição, haveria obrigatoriedade de se realizar o certame licitatório para seleção do escritório a ser contratado.

Nesses termos, com fundamento no exame inicial, este Órgão Técnico mantém a irregularidade assinalada.

II.1.3 Da nulidade da forma de remuneração – desvio de verbas da educação – precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

Em suma, relata o representante que o contrato em análise estabelece duas formas irregulares de contraprestação a ser paga ao escritório contratado, quais sejam, honorários sucumbenciais e honorários contratuais no valor de 20% do montante recuperado.

Sustenta que os honorários de sucumbência integram o patrimônio do ente público quando este é vencedor em uma demanda, devendo ser contabilizados como receita pública.

No tocante aos honorários contratuais, aduz que o pagamento de 20% sobre os valores do Fundef a serem recuperados configura desvio de verbas vinculadas à aplicação exclusiva na educação básica.

Em defesa, os representados alegam que é justo, legal e legítimo o pagamento do percentual de 20% do que for recuperado pelo escritório em favor dos cofres municipais. Sustentam também que o Poder Judiciário autoriza o levantamento de valores pelo advogado por precatório próprio específico e apartado, de forma que o valor não transitaria pelos cofres do Município.

Declaram, ainda, que foi firmado entre as partes um contrato de eficácia, de legalidade já reconhecida pelo Tribunal de Contas da União, cuja remuneração se dá de forma proporcional e condicionada ao êxito.

Ademais, mencionam os defendentes que o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça seria no sentido da possibilidade de destaque da verba honorária, ainda que se trate de recursos vinculados.

Segundo a peça apresentada pelo escritório Monteiro e Monteiro, o STF teria estabelecido que a discussão da vinculação ou não dos valores do Fundef não alcança os honorários advocatícios.

No que concerne aos honorários sucumbenciais, aduzem os representados que estes não atingem o montante da condenação principal, sendo de titularidade do advogado que patrocina a causa, por força do art. 85 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15).

Destacou-se ainda, em sede de defesa, a natureza de recompensa da verba sucumbencial, conforme prevê o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94).

Análise:

Cumprе esclarecer que o que se questiona na representação em tela não é a natureza *ad exitum* do contrato firmado, que foi, inclusive, admitida por este Tribunal na Consulta de n. 873.919. Assim, torna-se desnecessária a análise das razões de defesa apresentadas acerca dessa modalidade de remuneração.

O que se sustenta na representação é a vinculação constitucional e legal dos valores do Fundef à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica do Brasil.

Conforme apregoado por este Órgão Técnico, em relatório inicial, os recursos do Fundef foram destinados por sua lei instituidora (Lei n. 9.424/97) para emprego exclusivo na área educacional, de modo que a utilização para outras finalidades padece de ilegalidade.

Convém novamente mencionar que o Fundef foi substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), criado pela Emenda Constitucional n. 53/2006, a qual alterou o art. 60, IV, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, vinculando os recursos recebidos exclusivamente ao âmbito de atuação prioritária fixado no art. 211, §2º e §3º da Constituição da República, qual seja, a educação básica. Desse modo, a Lei n. 9.424/97 teve a maioria de seus dispositivos revogados pela Lei n. 11.949/07, regulamentadora do Fundeb.

O relatório destacou, ainda, que a aplicação dos recursos em comento em áreas alheias à educação básica afronta ao art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei n. 101/00), que determina exclusividade de utilização de recursos vinculados no atendimento ao objeto da vinculação, independentemente do exercício em que forem arrecadados.

Contrariamente ao alegado pelos defendentes, o entendimento mais recente do STJ, adotado pela Primeira Seção no Recurso Especial n. 1703697, prestigia

a vinculação constitucional e legal dos recursos do Fundef/Fundeb, bem como a manutenção dessa vinculação mesmo que os valores constem de título executivo judicial.

No que diz respeito ao STF, é importante esclarecer que, diferentemente do que sustenta o escritório Monteiro e Monteiro, o que ficou estabelecido no acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1050028 foi apenas a impossibilidade de se discutir por meio de Recurso Extraordinário a validade de se descontarem das verbas destinadas ao Fundef as quantias referentes aos honorários advocatícios contratuais.

Assim, embora o escritório sustente que o referido acórdão estabeleceu que a discussão relativa à vinculação não alcançaria os honorários advocatícios, o que ficou consignado, em verdade, é que a questão dos honorários sequer foi decidida nas Ações Cíveis Ordinárias que discutiram a complementação do Fundef.

Conforme apontado por este Órgão Técnico em relatório inicial, foi proferida decisão pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, na Suspensão de Liminar n. 1186, determinando a imediata suspensão de todas as decisões que tenham autorizado o pagamento de honorários advocatícios contratuais em precatórios expedidos pela União para quitar diferenças de complementação de verbas do Fundeb.

Conforme fundamentado pelo Ministro, constata-se situação potencialmente lesiva à educação pública, caracterizada pelas várias demandas propostas pelos entes públicos legitimados, por meio de advogados particulares, o que tem feito com que os recursos vinculados à educação sejam destinados ao pagamento de honorários advocatícios.

Por fim, no tocante aos honorários de sucumbência, assiste razão aos defendentes, uma vez que o titular do direito às verbas de sucumbência, segundo estabelece o art. 85, §19, do Código de Processo Civil, é o advogado da parte

vencedora da demanda, e não a própria parte. Não há que se falar em contabilização de tais valores como receita pública, mesmo que a parte vencedora seja ente público.

Pelo exposto, com fundamento no exame inicial, este Órgão Técnico mantém as irregularidades assinaladas no tocante aos honorários contratuais, concluindo pela improcedência no que diz respeito aos honorários de sucumbência.

III. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se pela procedência da representação, em violação ao ordenamento jurídico pátrio, a saber:

a) montagem do procedimento de inexigibilidade para justificar a contratação direta - violação ao art. 26 da Lei n. 8.666/93, II e III;

b) irregularidade na contratação direta de escritório de advocacia por inexigibilidade - violação ao art. 25 da Lei n. 8.666/93 e à Súmula n. 106 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais;

c) irregularidade na forma de pagamento dos honorários contratuais – violação ao art. 211, §2º e §3º e ao art. 60, IV (ADCT), da Constituição da República, bem como ao art. 8º da Lei Complementar n. 101/00.

No que diz respeito aos honorários sucumbenciais, conclui-se pela improcedência do apontamento.

Esclareça-se que as irregularidades assinaladas são passíveis de aplicação de multa aos **Srs. Samuel Dutra Junior e José Ferrarese, respectivamente, Prefeito Municipal e Secretário de Administração Municipal de Engenheiro Caldas**, agentes públicos solidariamente responsáveis pela licitação, por terem praticado atos com grave infração à norma legal, nos termos do art. 83, I, c/c o art. 85, II da Lei Orgânica desta Corte (Lei Complementar n. 102 de 2008).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL



No que tange ao escritório **Monteiro e Monteiro Advogados Associados**, tendo em vista que os autos indicam ter havido aliciamento da Administração Municipal e incitação à contratação direta fora das hipóteses legais, entende-se igualmente cabível a sanção aplicável aos agentes públicos, com fundamento no art. 2º, II, do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução n. 12 de 2008).

À consideração superior.

Belo Horizonte, 6 de maio de 2019.

Rebeca Lara Fonseca da Silva
TC-NS-14 - Analista de Controle Externo
Matrícula: 3210-4