

PROCESSO Nº: 1.095.500 (ELETRÔNICO)
NATUREZA: REPRESENTAÇÃO
ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA LUZIA
REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO
ANO REF.: 2017

REEXAME

I. INTRODUÇÃO

Versam os presentes autos acerca da representação oferecida pelo Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais (MPC) (Peça nº 02 – SGAP), diante de supostas irregularidades na contratação do escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados pela Prefeitura Municipal de Santa Luzia, em relação a Inexigibilidade nº 013/2017 (Contrato nº 074/2017) que teve como 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 deixaram de ser repassado ao município, em virtude de fixação ilegal de valor mínimo (Peça nº 02 – SGAP).

Em síntese, o representante apontou as seguintes irregularidades (Peça nº 02 – SGAP):

- 1) Ausência de inviabilidade de competição e singularidade do objeto, violando o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 e a Súmula nº 106 deste Tribunal;
- 2) Deficiência na justificativa do preço, violando o art. 26 da Lei nº 8.666/93; e
- 3) Desvio de verbas do Fundef que, ao invés de serem utilizadas na manutenção e desenvolvimento do ensino, serão utilizadas para pagamento de honorários advocatícios.

Em conjunto com a Representação, foram juntados os documentos referentes ao Processo de Inexigibilidade nº 013/2017, bem como o Contrato nº 074/2017, firmado entre o Município de Santa Luzia e o escritório de advocacia Monteiro e Monteiro associados (Peça nº 02 – SGAP).

A Coordenadoria de Protocolo e Triagem manifestou-se pela autuação dos documentos como representação (Peça nº 03 – SGAP).

Em seguida, o Conselheiro-Presidente recebeu a documentação como representação e determinou sua atuação e distribuição (Peça nº 04- SGAP).

Em 10/11/2020, o processo foi distribuído para relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão (Peça nº 05– SGAP).

Na sequência, o Conselheiro-Relator determinou o encaminhamento dos autos à 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para análise inicial (Peça nº06 – SGAP).

Em exame inicial, à Peça nº 07 – SGAP, este Órgão Técnico concluiu como irregular a contratação do escritório de advocacia Monteiro e Monteiro Advogados Associados para execução de serviços jurídicos de recuperação dos valores do Fundef.

Em 14/12/2020, a Segunda Câmara, por unanimidade, diante da necessidade de uniformização de tratamento a questão relativa à atuação do Órgão Ministerial por meio do mesmo representante como parte e como *custos legis*, determinou o sobrestamento dessa representação, com fulcro no art. 171 do Regimento Interno, até a deliberação pelo Tribunal Pleno da Representação nº 1.084.306 (Peça nº 11 – SGAP).

A Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência informou que foi disponibilizado a ementa e o inteiro teor do Acórdão da referida representação no Diário Oficial de Contas do dia 01/02/2021 (Peça nº 12 – SGAP).

Diante disso, o Relator determinou a citação do Sr. Wellerson Rodrigo Augusto de Faria (Secretário Municipal de Finanças do Município de Santa Luzia) e do escritório

de advocacia Monteiro e Monteiro Advogado Associados, por meio do seu representante legal, no prazo improrrogável de 15 dias, para que apresentassem defesa e documentos que julgassem pertinentes acerca dos apontamentos da Representação oferecida pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e da análise técnica (Peça nº 13).

Devidamente citado, Sr. Wellerson Rodrigo Augusto de Faria (Secretário Municipal de Finanças do Município de Santa Luzia) apresentou defesa à Peça nº 16 - SGAP.

Regularmente citado, o escritório de advocacia Monteiro e Monteiro Advogado Associados enviou sua defesa, acompanhada dos documentos (Peça nº 19 – SGAP)

Nestes termos, retornaram os autos a este Órgão Técnico para reexame, em cumprimento à determinação da Peça nº 13 - SGAP (Peça nº 20 – SGAP).

II. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, recorda-se que foram apresentadas duas peças de defesa nestes autos, sendo uma pelo Sr. Wellerson Rodrigo Augusto de Faria e outra pelo escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados. Devido à semelhança entre os argumentos aviados em ambas, elas serão analisadas de forma conjunta, a seguir.

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

II.1.1 Ausência de inviabilidade de competição e singularidade do objeto, violando o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 e a Súmula nº 106 deste Tribunal

Em suma, o Ministério Público de Contas aponta que contrato entre o município de Santa Luzia / MG e o escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados estaria eivado de ilegalidade, uma vez que não foram comprovadas a inviabilidade de competição e a natureza singular do objeto contratado. Além disso, os serviços contratados são ínsitos à atividade jurídica, podendo ser realizados pela assessoria jurídica do município.

Por outro lado, os representados defendem que a Monteiro e Monteiro Advogados apresentou toda documentação comprobatória alusiva à possibilidade de contratação, por meio de inexigibilidade de licitação.

Nesse contexto, a notória especialização ficou comprovada por atestados de capacidade técnica, certidões de regularidade e precedentes em ações de conhecimento patrocinadas pelo escritório contratado.

Ademais, a diligência e celeridade do Município na análise da documentação, inclusive diante da constatação de existência de centenas de outros contratos firmados com Municípios em todo país, não pode ser taxado como fraude na contratação.

Com relação a 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 relatam que a confiança entre 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.

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

O escritório alega 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 imperícias de seu corpo jurídico.

Por fim, os defendentes transcreveram julgados das Cortes Superiores.

Análise

O art. 25, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93 prevê a possibilidade de contratação direta por meio do procedimento de inexigibilidade de licitação, a saber:

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; (Grifo nosso)

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

[...]

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Grifo nosso)

A inexigibilidade da licitação exige a concorrência de três requisitos: serviço técnico especializado constante do rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93, singularidade do objeto e notória especialização do contratado.

O conceito singularidade do serviço é bem desenvolvido pela doutrina e está fortemente relacionado com a exclusividade no seu fornecimento, a saber:

Certamente não se considera de natureza singular aquilo que pode ser executado por numerosos profissionais ou empresas. Caso o legislador não pretendesse conjugar a notória especialização do profissional ou empresa com a natureza inédita ou incomum do serviço a ser prestado, teria simplesmente omitido a expressão *natureza singular* no dispositivo mencionado. Pois singular, inédito, incomum são, na verdade, sinônimos (...). É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade de competição¹. (Grifo nosso)

Nesse sentido, há singularidade quando um único profissional é habilitado a realizar os serviços contratados. Caso haja pluralidade de particulares capazes de

¹ Sant'anna, Reynaldo. Aspectos do Direito Público no Tribunal de Contas. Rio de Janeiro: Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, 1992 *apud* PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 5 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 300-301

satisfazer o objeto do contrato, não há que se falar em singularidade do objeto do contrato.

A existência de outros profissionais aptos a desempenhar a mesma espécie de serviço descaracteriza a singularidade do objeto e viabiliza a competição, repelindo, assim, a possibilidade de contratação direta.

Além disso, a Lei nº 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.

Ademais, 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, é importante observar novamente o entendimento adotado por este Tribunal em resposta à Consulta nº 888.126, segundo o qual a confiança não é elemento caracterizador de inexigibilidade, devendo o administrador considerá-lo somente de forma complementar, *in verbis*:

[...]

A confiança em relação ao contratado para realização de um serviço não é fator caracterizador da inexigibilidade, incumbindo ao administrador definir os aspectos da contratação, exclusivamente, à luz do interesse público e sob os auspícios dos princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade e publicidade, devendo tal elemento ser considerado de forma complementar, tendo em vista os demais requisitos estabelecidos pela Lei Federal nº 8.666/93. Consultas nº 746.716 (17/09/2008), 688.701 (15/12/2004) e 652.069 (12/12/2001). (grifo nosso)

[...]

Após análise dos autos, verificou-se que os defendentes não trouxeram qualquer novo argumento ou apresentaram documentos que comprovassem a singularidade do objeto.

Apesar da demanda envolver a recuperação de créditos, os serviços contratados em si são apenas 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.

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

II.1.2 Deficiência na justificativa do preço, violando o art. 26 da Lei nº 8.666/93

O *Parquet* aduz que não há qualquer documento que comprove a realização de pesquisa de preço que justificassem o percentual cobrado pelo escritório contratado a título de honorários advocatícios, oposto do que alega o assessor jurídico da Prefeitura no parecer juntado aos autos do procedimento de inexigibilidade.

Ambos os defendentes argumentaram que a justificativa de preços teria sido comprovada no procedimento por meio de contratos anteriores firmados com Administração ou com particulares.

No final, transcreveram o entendimento da Advocacia Geral da União e do Tribunal de Contas da União acerca do tema.

Análise

Como se sabe, o reconhecimento e a justificativa das situações de inexigibilidade de licitação elencadas no art. 25 da Lei nº 8.666/93, demandam a formalização de um procedimento de inexigibilidade, do qual constará a razão da escolha do prestador dos serviços e a justificativa do preço contratado, conforme dispõe o parágrafo único do art. 26, *in verbis*:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, **as situações de inexigibilidade referidas no art. 25,**

necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005).

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) (Grifo nosso)

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) afirma a necessidade de justificativa do preço nas contratações por inexigibilidade, como se observa no seguinte julgado:

45. Também importante é o entendimento pacífico de que a justificativa de preço é elemento essencial da contratação, posto que a sua validade depende da verificação da razoabilidade do preço ajustado, conforme prevê o inciso III do art. 26 da Lei nº 8.666/1993.

[...]

47. Por outro lado, diferentemente da tese do recorrente, a inviabilidade de competição não constitui óbice, por si, à verificação da razoabilidade do preço. Diversos são os parâmetros que poderão ser utilizados para se avaliar a adequação dos preços, mesmo quando se tratar de fornecedor exclusivo.

48. Sobre esse tema, o jurista Marçal Justen Filho (Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., 2002, p. 290-291) evidencia, de forma objetiva, a existência de vários métodos exequíveis para se evidenciar a razoabilidade dos preços. Por exemplo, um dos parâmetros poderia ser os preços praticados pelos particulares ou por outros órgãos governamentais, conforme sinaliza, inclusive, o inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. Ensina o autor que, na ausência de outros parâmetros, '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 (...).

49. Em conclusão, a justificativa dos preços tanto era exequível como também era exigência legal, visto que a Administração Pública não pode contratar por valor desarrazoado. Por conseguinte, não há escusa para a precariedade dos estudos que precederam as contratações em discussão, razão porque ratifico as conclusões que fundamentaram a deliberação

recorrida. (TCU – Acórdão n. 2611/2007 – Plenário – Relator: Augusto Nardes)
(Grifo nosso)

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.

Além disso, a 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.

Registra-se, ainda, que o preço dos serviços contratados diretamente por meio de um processo de inexigibilidade de licitação deve ser fixado a partir da realização de uma pesquisa de mercado, de modo a refletir a média dos preços praticados por outros profissionais ou empresas que desempenham os serviços a serem contratados.

Nesse sentido, ao examinar a matéria, esta Corte ressaltou a necessidade imperiosa da justificativa do preço contratado em procedimento de inexigibilidade de licitação:

"Processo Administrativo. Justificação do preço contratado. (...) quanto ao Processo de Inexigibilidade, entendo ter falhado o responsável pela contratação, uma vez que, além de não demonstrar a notoriedade do contratado, o que justificaria sua escolha, **também não se preocupou em justificar o preço de sua contratação, contrariando, gravemente, o art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93** (...). Especificamente, quanto à omissão na justificativa de preço, entendo ser esta uma exigência de caráter relevante, pois, através dela, **pode-se refrear a coligação maliciosa de qualquer interessado no intento de superfaturar o valor da contratação**. Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Contas da União, ao julgar o Processo nº 009.896/07-5, também enfatizou a observância, nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, do disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, **especialmente no que se refere à exigência de justificativas para o preço contratado**, que, neste caso, viu-se severamente negligenciada. Assim, apesar de entender que o objeto da contratação é contemplado nas hipóteses de inexigibilidade, considero, no entanto, eivada de vícios a contratação em comento, não por ter ferido a regra da obrigatória licitação,

mas por não ter respeitado os requisitos para o regular procedimento de inexigibilidade, conforme dispostos no § 1º do art. 25, bem como no inciso III do art. 26, ambos da Lei de Regência das Licitações". (TCEMG, Processo Administrativo nº 701008, Rel. Conselheira Adriene Andrade, j. em 21.08.2007.)² (Grifo nosso)

Por fim, conclui-se que não houve comprovação da realização de pesquisa de mercado, indispensável para justificar a fixação do preço dos serviços contratados, razão pela qual concluímos pela manutenção da irregularidade dos fatos representados, relativos à alegação de deficiência na justificativa de preço, em inobservância ao art. 26 da Lei nº 8.666/93.

II.1.3 Desvio de verbas do Fundef que, ao invés de serem utilizadas na manutenção e desenvolvimento do ensino, serão utilizadas para pagamento de honorários advocatícios

Em síntese, o Ministério Público de Contas aponta como ilegal a previsão de pagamento de 20% dos valores relativos à complementação do Fundef, no qual deve ser aplicado integralmente na educação, conforme previsto no art. 21 da Lei nº 11.494/2007 e Constituição Federal, art. 60 do ADCT.

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 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 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.

² Extraído do site www.zenite.com.br

Além disso, mencionam 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.

Por fim, em sede de defesa, destacou a natureza de recompensa da verba sucumbencial, conforme prevê o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Análise

Conforme apregoadado por este Órgão Técnico, em relatório inicial, os recursos do Fundef foram destinados por sua lei instituidora (Lei nº 9.424/96) para emprego exclusivo na área educacional, de modo que a utilização para outras finalidades padece de ilegalidade.

Ressalta-se 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 nº 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 nº 9.424/96 teve a maioria de seus dispositivos revogados pela Lei nº 11.949/07, regulamentadora do Fundeb.

É importante destacar que a aplicação dos recursos em comento em áreas alheias à educação básica afronta o art. 8 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/00), que determina exclusividade de utilização de recursos vinculados no

atendimento ao objeto da vinculação, independentemente do exercício em que forem arrecadados.

Art. 8 [...]

Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

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

Ademais, foi proferida decisão pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, na Suspensão de Liminar nº 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.

De acordo com o 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.

Por todo o exposto, este Órgão Técnico mantém a irregularidade apenas no tocante aos honorários contratuais.

II.1.4 Da necessária indenização pelo ente público em razão do serviço prestado (Defendente: Monteiro e Monteiro Advogados Associados)

O escritório de advocacia frisou que eventual rescisão contratual declarada por essa Corte de Contas não exonera o Ente Municipal ao pagamento de indenização pelos serviços prestados no decorrer da vigência do contrato.

Por fim, transcreveu as decisões do STJ acerca do pagamento de honorários advocatícios em eventual declaração de rescisão da contratação.

Análise

De início, sabe-se que a administração deve indenizar o particular pelos serviços/ fornecimentos executados até a data em que foi declarada, desde que não tenha dado causa à esta nulidade, conforme o art. 59 da Lei nº 8.666/93:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo Único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (grifo nosso)

Nesse contexto, ao analisar o artigo 59, parágrafo único da Lei de Licitações, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“Ademais, a Administração não pode locupletar-se indevidamente em virtude de nulidade de contrato administrativo, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados ou pelas obras realizadas. Agravo regimental improvido. (Agr. Regimental no REsp nº 303.730-AM, Relator Min. Paulo Medina, 2ª Turma do STJ, DJU 17/09/2002) (grifo nosso)

Nesse sentido, a jurisprudência do TJMG asseverou que:

“Uma vez comprovada a realização de serviço por empresa e seu correspondente não pagamento pela Administração, sobressai sua altaneira responsabilidade em cumprir com suas obrigações, sob pena de intolerável enriquecimento ilícito, ainda que aquela tenha dado motivo à rescisão do contrato.” (Apelação Cível nº 346.502-8, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, 5ª Câmara Cível do TJMG) (grifo nosso)

Nessa linha, o jurista Hely Lopes Meirelles destacou que:

775 – Contrato – Nulidade – Remuneração – Enriquecimento ilícito

“(…) mesmo no caso de contrato nulo pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização, sob pena de lesão à vedação de enriquecimento ilícito”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 316.) (grifo nosso)

Com o mesmo entendimento, o Tribunal de Contas de São Paulo (TCE SP) ressaltou que:

5250 – Contrato – Anulação – Cláusula de edital que prevê a vedação à indenização – Ilegalidade – Nulidade – Dever da Administração de indenizar o contratado – TCE/SP

O TCE/SP considerou ilegal cláusula de edital em que se previa a vedação à indenização no caso de anulação do contrato. Tal cláusula ofenderia o conceito de justa indenização e representa violação ao art. 402 do Código Civil. Além disso, de acordo com o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93 **“a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contrato pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”.** (TCE/SP, TC-24136/026/08, Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho, j. em 30.07.2008.) (grifo nosso)

Destarte, em relação aos serviços prestados, bens entregues e obras realizadas, a administração pública deve pagar os valores devidos com base no contrato administrativo firmado, ausente prova de desvio, ilegalidade nos valores acordados ou de superfaturamento. Nesse passo, a obrigação de pagar por objetos contratuais recebidos tem por objetivo evitar o enriquecimento ilícito da entidade administrativa.

Diante disso, esta Unidade Técnica conclui que uma eventual rescisão contratual declarada por essa Corte de Contas não exonera o Ente Municipal ao pagamento de indenização pelos serviços prestados. Portanto, este Órgão Técnico concorda com as alegações do defendente.

III. Conclusão

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

- Ausência de inviabilidade de competição e singularidade do objeto, violando o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 e a Súmula nº 106 deste Tribunal;
- Deficiência na justificativa do preço, violando o art. 26 da Lei nº 8.666/93; e
- Desvio de verbas do Fundef que, ao invés de serem utilizadas na manutenção e desenvolvimento do ensino, serão utilizadas para pagamento de honorários advocatícios.

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 ao **Sr. Wellerson Rodrigo Augusto de Faria (Secretário Municipal de Finanças do Município de Santa Luzia)**, agente público responsável pela licitação, por ter 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



À consideração superior.

3ª CFM, 25 de junho de 2021.

Guilherme de Lima Alves
Analista de Controle Externo
TC 3301-1