

Processo: 1098424

Natureza: RECURSO ORDINÁRIO

Recorrente: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Processo referente: Representação n. 1047990

Órgão: Prefeitura Municipal de Engenheiro Caldas

Interessados: José Ferrarese, Samuel Dutra Júnior, Monteiro e Monteiro Advogados Associados, representada por Bruno Romero Pedrosa Monteiro

Procuradores: Ana Karina Pedrosa de Carvalho, OAB/PE 35.280; Augusto César Lourenço Brederodes, OAB/PE 49.778; Bruno Romero Pedrosa Monteiro, OAB/PE 11.338, OAB/DF 20.013, OAB/MG 97.276; Fernando Mendes de Freitas Filho, OAB/PE 17.232; Sílvio Perez Nunes, OAB/MG 73.556; Carla Rodrigues Perez, OAB/MG 78.857; Bruna de Cássia Miranda Bezerra Leite Sampaio, OAB/PE 33.698

MPTC: Cristina Andrade Melo

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

TRIBUNAL PLENO – 21/9/2022

RECURSO ORDINÁRIO. MUNICÍPIO. REPRESENTAÇÃO. PRELIMINAR. ADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO. MÉRITO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. IRRETROATIVIDADE DA LEI. *OBTER DICTUM*. SINGULARIDADE. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. REGULARIDADE. HONORÁRIOS DE ÊXITO. FUNDEF. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. PROVIMENTO NEGADO AO RECURSO.

1. O que caracteriza a singularidade do serviço não é a habitualidade por sua demanda no âmbito da rotina administrativa ou a sua complexidade, mas o aspecto subjetivo da prestação do serviço, a experiência específica, o elemento criativo, tudo aliado à confiança depositada no prestador. Em outras palavras, não a raridade numérica de prestadores – outros poderão existir – mas a raridade subjetiva relacionada aos meios empregados pelo prestador de serviços, com o acréscimo da confiança que nele se deposita, situações que tornam inviável estabelecer o procedimento competitivo.
2. Admite-se o pagamento de honorários em virtude do êxito, exceto quando a remuneração se relacionar com a recuperação de recursos do FUNDEF, previstos no art. 21 da Lei n. 11.494/2007. O recebimento em atraso de parcelas devidas ao FUNDEF não descaracteriza a vinculação constitucional dos recursos.
3. A referência à lei nova de licitações e contratos constituiu um elemento de argumentação, à maneira de um *obter dictum*, sem alterar, porém, os fundamentos da decisão, que foram os dispositivos da Lei n. 8.666/93.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) conhecer, preliminarmente, do recurso, uma vez que estão presentes os pressupostos de admissibilidade;
- II) negar provimento ao recurso, no mérito, mantendo-se integralmente a decisão recorrida, conforme consta na fundamentação desta decisão;
- III) determinar a intimação, pessoal, da representante do Ministério Público de Contas, que atuou como recorrente, conforme o disposto no *caput* do art. 167-A do Regimento Interno; bem como dos interessados, segundo o disposto no inciso I do § 1º do art. 166 do Regimento Interno;
- IV) determinar o arquivamento dos autos, após o trânsito em julgado da decisão, segundo o disposto no inciso I do art. 176 do citado diploma regimental.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho.

Presente à sessão o Subprocurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 21 de setembro de 2022.

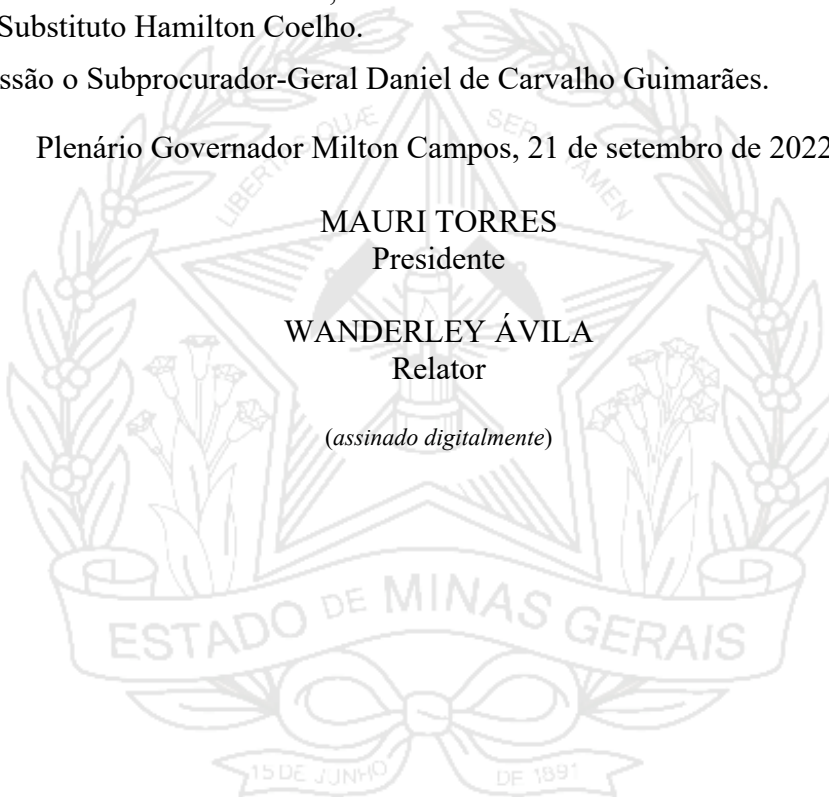
MAURI TORRES

Presidente

WANDERLEY ÁVILA

Relator

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 21/9/2022

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Ministério Público de Contas, por intermédio do qual busca a reforma da decisão proferida pela Segunda Câmara, na sessão do dia 17/9/2020, nos autos da Representação nº 1047990.

Transcrevo o acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por maioria, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto divergente do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, em:

I) julgar improcedente a Representação na parte em que trata da contratação direta do escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados por inexigibilidade de licitação, bem como no tocante à imputação relativa à alegada montagem do procedimento de inexigibilidade; II) julgar parcialmente procedente a Representação em relação à nulidade da Cláusula Quarta do Contrato Administrativo n. 021/2017, apenas quanto aos honorários advocatícios contratuais, em virtude da afronta à vinculação constitucional dos recursos afetados à manutenção e desenvolvimento do ensino; III) deixar, contudo, de aplicar sanção ao gestor, tendo em vista que os pagamentos que seriam devidos à Monteiro e Monteiro Advogados Associados ainda não se ultimaram, de maneira que não houve dispêndio de recursos públicos, tampouco efetivação de desvio de valores devidos ao Município de Engenheiro Caldas, pela União, a título de complementação do Fundef, entre os exercícios financeiros de 1998 e 2006, não se consumando o desvio da finalidade da aplicação dos recursos; IV) determinar que o atual prefeito municipal comprove, no prazo de 30 (trinta) dias, ter promovido aditamento contratual tendo como objeto a sua Cláusula Quarta, de forma a prever outra forma de remuneração do contratado, que não implique desvio da utilização de recursos com destinação vinculada, que observe todos os princípios inerentes às contratações públicas, com destaque para a modicidade, e que seja compatível com o serviço prestado; V) recomendar ao gestor que observe o parecer deste Tribunal, aprovado na Sessão do Pleno de 5/2/2020, em resposta à Consulta nº 1.041.523, no qual ficou assentado que “os recursos do Fundef recebidos extraordinariamente por meio de ação judicial não se subvinculam à previsão do art. 22 da Lei n. 11.494/07, qual seja, a destinação de 60% (sessenta por cento) ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública, embora estejam vinculados às ações consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica”; VI) determinar que a intimação dos responsáveis seja realizada por meio de publicação no Diário Oficial de Contas e pela via postal, devendo o Representante também ser intimado da decisão; VII) determinar, por fim, o arquivamento dos autos, cumpridos os procedimentos regimentais pertinentes.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila. Vencido em parte o Relator.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 17 de setembro de 2020

Transcrevo também a ementa do julgado:

REPRESENTAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. MONTAGEM DO PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PESQUISA DE MERCADO. INOCORRÊNCIA. IRREGULARIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE FIXOU OS HONORÁRIOS CONTRATUAIS E SUCUMBENCIAIS. AFRONTA À VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS RECURSOS AFETADOS À MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO. DETERMINAÇÃO DE ADITAMENTO CONTRATUAL PREVENDO OUTRA FORMA DE REMUNERAÇÃO DO CONTRATADO. RECOMENDAÇÕES.

1. Tem-se por configurada a inexigibilidade de licitação na situação 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.

2. É possível também a contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços advocatícios, 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, e ainda, considerando a promulgação da Lei nº 14.039/20.

3. A ausência de provas, nos autos, impossibilita apurar se ocorreu a montagem do procedimento de contratação direta, por inexigibilidade de licitação.

4. Não tendo sido demonstrado que o valor da contratação estava acima do valor de mercado, e diante da existência no procedimento de contratação direta da justificativa de valor que seria pago à contratada, não é possível concluir que houve descumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993.

5. Conforme amplamente reconhecido na seara jurisprudencial, os valores decorrentes da suplementação pela União devem ser utilizados exclusivamente em ações consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica, porquanto devidos ao FUNDEF e, por isso, submetidos à previsão do art. 21 da Lei nº 11.494/07, uma vez que o recebimento em atraso não descaracteriza a vinculação constitucional dos recursos. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Cível Originária nº 648.

6. Como decorrência da vinculação constitucional desses valores, resta evidenciada a impossibilidade de destaque dos honorários advocatícios contratuais sobre o montante recuperado pelo município, posto que despesa estranha à manutenção e desenvolvimento do ensino, sob pena de desvio de finalidade na aplicação dos recursos. A destinação vinculada dos recursos inviabiliza, portanto, a remuneração do contratado com parte dos valores auferidos na própria causa.

7. Neste caso, a remuneração daqueles que postulam em nome dos municípios, quando não pertencentes aos seus quadros de servidores, deve ser suportada pelos recursos públicos sem destinação vinculada, com dotação orçamentária própria.

O recurso foi por mim admitido (despacho, peça nº 5).

Em sua peça recursal, a representante do Ministério Público de Contas alegou, em síntese, que não ficou demonstrada a inviabilidade de competição necessária para amparar a contratação direta da sociedade Monteiro e Monteiro Advogados Associados; sustentou que é incabível a

aplicação retroativa da Lei Federal nº 14.039/2020¹, que seria o fundamento da decisão recorrida; requereu a reforma da decisão e a aplicação de multa a Samuel Dutra Júnior, ex-prefeito, e a José Ferrarese, ex-secretário municipal de administração e subscritor da solicitação de contratação, mediante inexigibilidade de licitação, da referida sociedade (peça nº 2).

Ouvi o órgão Técnico. Concluiu a 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios que são procedentes as razões recursais; destacou que os dispositivos da Lei Federal nº 14.039/2020 não são aplicáveis às contratações realizadas anteriormente à sua entrada em vigor, ou seja, em 18/08/2020 (peça nº 7).

Concedi, regimentalmente, vista dos autos a Samuel Dutra Júnior, a José Ferrarese e à sociedade Monteiro e Monteiro Advogados Associados (peça nº 12); apenas a última se manifestou (peças nº 17 e nº 18), conforme está certificado nos autos (peça nº 23).

Após as intimações, manifestou-se novamente a representante do Ministério Público de Contas, reiterando as razões apresentadas na peça de recurso.

Vieram os autos.

É o relatório necessário.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Concedo a palavra à doutora Bruna.

ADVOGADA BRUNA DE CÁSSIA MIRANDA BEZERRA LEITE SAMPAIO:

Boa tarde, senhor Presidente, Conselheiro Relator Wanderley Ávila e demais membros.

O processo em pauta trata-se de uma Representação feita pelo Ministério Público de Contas em razão de uma contratação realizada entre a Prefeitura de Engenheiro Caldas e o Escritório Monteiro e Monteiro Advogados, em 2017, para recuperação de verbas do FUNDEF.

No julgamento realizado pela Segunda Câmara, foi julgada parcialmente procedente a Representação, visando apenas à retificação da cláusula e ao pagamento dos honorários, para que fossem feitos através de verba própria do município.

Contudo, através de um recurso apresentado pelo Ministério Público, o Órgão Ministerial trouxe a alegação de desnecessidade dessa contratação, através do procedimento de inexigibilidade de licitação, realizada pela Prefeitura de Engenheiro Caldas e o Escritório Monteiro e Monteiro Advogados, por entender que o corpo técnico e jurídico da prefeitura poderia ter ingressado com a referida ação e tocado o processo com assertividade.

A referida contratação, pelo município, do escritório, aos olhos do Ministério Público, é um risco de dano ao erário municipal. E nesse ponto, Excelências, é imprescindível falar que a recuperação da verba do FUNDEF é oriunda de repasses irregulares que foram feitos pela União Federal entre os anos de 1998 e 2006.

¹ Lei nº 14.039, de 17/8/2020. Alterou a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e o Decreto nº 9.295/1046, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade. Publicada em 18/8/2020.

Ou seja, quando da contratação do escritório em 2017, o dano ao erário já estava configurado pela ausência de repasse do órgão federal ao município de Engenheiro Caldas. E, também, pela ausência de ingresso pela procuradoria do município de uma ação individual pleiteando a referida recuperação.

O direito do município encontrava-se prescrito quando da contratação do escritório em 2017, ou seja, a contratação do escritório foi feita exatamente pela falta de *expertise* e de especialidade técnica do corpo jurídico e técnico do município de Engenheiro Caldas, razão pela qual o escritório, que detém a *expertise* necessária, foi contratado com a finalidade de salvar a recuperação de crédito que se encontrava prescrita através de um direito individual do município, utilizando-se do cumprimento de sentença oriundo da ação civil pública do Ministério Público Federal de São Paulo.

Litigar, Excelências, contra a União Federal nos autos de um cumprimento de sentença que tem a sua tramitação na Justiça Federal do DF não é tão simples como tenta fazer crer o Ministério Público Federal.

Nos autos do cumprimento de sentença, são levadas a termo situações processuais de legitimidade do município, de competência territorial e, também, dos valores apresentados. Quando da contratação do escritório, a prefeitura, a procuradoria e os órgãos técnicos e contábeis do município sequer sabiam qual o valor era devido pela União Federal à Prefeitura de Engenheiro Caldas. Tampouco sabiam qual eram os parâmetros de levantamento desse crédito.

Podemos considerar que o cumprimento de sentença é uma das fases mais sensíveis do processo, porque são levantadas situações que podem fulminar o título judicial, bem como penalidades que podem ser arcadas pelo município em razão do levantamento de um crédito indevido, seja pelo excesso de execução, que vai gerar ônus sucumbenciais ao município, seja pela prestação de valor a menor, o que acarretaria em uma não composição integral do Fundo Educacional, que já estava tão sofrido em razão dos repasses a menor feito pela União Federal.

A Monteiro Advogados é o escritório pioneiro nas ações do FUNDEF. Ingressou com as ações em meados dos anos de 2000. É o único escritório que detém ações coletivas transitadas em julgado em favor de municípios do Estado de Alagoas e Pernambuco. É o escritório que detém a maioria dos procedimentos de cumprimento de sentença da ação civil pública distribuída no país, mais de 600 de processos, e que encontrou uma assertividade no levantamento do crédito, chegando ao ponto de a contadoria do TRF-1 concordar com o pagamento dos valores apresentados na inicial.

Dessa forma, mostram-se desarrazoadas as alegações trazidas no recurso, em razão da clara necessidade da terceirização do serviço pela falta de corpo técnico e jurídico no município de Engenheiro Caldas; da singularidade do objeto contratado, pois não se trata de um mero cumprimento de sentença; e da *expertise* do escritório que detém a maioria dos processos em trâmite no Brasil sobre a recuperação de crédito do FUNDEF. Dessa forma, mostra-se necessária a contratação, dentro dos parâmetros legais, da inexigibilidade de licitação.

Um segundo ponto apontado pelo órgão de contas trata-se da cláusula de pagamento dos honorários advocatícios. O pagamento através de cláusula de êxito já foi objeto de diversos debates no âmbito desta Corte de Contas e também dos nossos tribunais superiores, o que foi validado desde que os valores cobrados estejam dentro do percentual de mercado.

O contrato firmado entre o escritório e o município de Engenheiro Caldas previa o pagamento de 20% de honorários no êxito. O percentual de 20% encontra-se dentro da regulamentação da OAB, órgão que faz o controle da cobrança de honorários dos advogados, bem como é um

percentual reconhecido pelo mercado, haja vista os inúmeros contratos que esta Corte de Contas já julgou com percentuais nesse mesmo patamar.

Então, não se mostra desarrazoado o percentual praticado pelo escritório de advocacia. Em verdade, a contratação, por necessária, veio salvar verbas que o município não havia ingressado de forma individual e que se encontravam prescritas naquele momento.

O escritório, ao assumir um contrato de êxito, passa a assumir todo risco daquele procedimento durante quantos anos aquele processo tramitar no Poder Judiciário. E, quem sabe, no final, se vier a dar errado, o escritório arca com toda a execução do contrato, sem nenhum recebimento de honorários. Fixar valores de recebimento mensal ou um valor fixo numa recuperação de crédito que tenha o patamar elevado e contando com a possibilidade de um indeferimento do direito, aí sim, seria trazer um dano ao erário municipal.

A cláusula de honorários de êxito, conforme já reconhecido por esta Corte, é possível dentro da regulamentação de mercado, que é o que aconteceu no referido processo.

E, por fim, chamo atenção sobre o julgamento que aconteceu no Supremo Tribunal Federal, em março deste ano, na ADPF 528, sobre a forma de pagamento desses honorários advocatícios.

Quando da assinatura do contrato do escritório com o Município de Engenheiro Caldas, em 2017, foi fixada uma cláusula de destaque de pagamento dos honorários do precatório que viesse a ser pago ao Município.

Ao final daquele mesmo ano, em 2017, o STJ julgou o processo do Município de Livramento e entendeu pela vinculação da verba oriunda das ações do FUNDEF ao Fundo de Educação do Município, proibindo, desde então, o destaque dos honorários no precatório, sendo permitido apenas com pagamento de verba própria.

Quando do julgamento deste processo pela Segunda Câmara, foi aplicado este entendimento proferido pelo STJ. Era o entendimento vigente na época e houve a determinação de retificação da cláusula honorária para que a verba honorária fosse paga através de verba própria do Município.

Contudo, em março de 2022, o STF, através da ADPF 528, entendeu pela manutenção da vinculação da verba da Educação e, ao mesmo tempo, fez uma distinção do momento de pagamento desse precatório. Quando o município recebe os valores através de precatório federal, ele recebe não só a verba nominal que foi deixada de ser repassada pela União Federal, no passado, mas, também, uma parcela da verba, que são os juros de mora.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal manteve a vinculação da verba da Educação da parte nominal do crédito e entendeu por desvinculada a parte dos juros de mora e, nesse julgamento, deixou expresso que os honorários advocatícios poderiam ser pagos com essa parcela não vinculada do precatório.

Então, eu solicito que, no presente julgamento, seja aplicado o entendimento firmado através da ADPF 528, que transitou em julgado em agosto e pôs um ponto final na discussão de pagamento de honorários advocatícios em ações oriundas de recuperação do FUNDEF, para que o escritório possa receber, no futuro, os honorários destacados do precatório, nos limites dos valores dos juros de mora.

E, dessa forma, o escritório requer o afastamento das alegações ministeriais apresentadas no recurso, com a manutenção da regularidade da contratação e a correção da cláusula de pagamento. Na verdade, a manutenção da cláusula de pagamento originária de destaque dos honorários do precatório.

Obrigada.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra o Conselheiro Wanderley Ávila.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1. Admissibilidade

Conforme registrou a certidão recursal, a contagem do prazo para interposição do recurso iniciar-se-ia em 22/4/2021 (fls. 11, peça nº 9); o recurso foi protocolado em 4/2/2021.

Admiti o recurso, destacando a existência dos pressupostos de tempestividade e de legitimidade da parte (peça nº 5).

Ratifico o juízo de admissibilidade do apelo.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também conheço do Recurso.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Conheço.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA ADMITIDO O RECURSO.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

II.2. Mérito

A questão discutida nos autos da representação versou sobre a regularidade da contratação direta de sociedade de advogados pelo Município de Engenheiro Caldas, mediante o Processo de Inexigibilidade nº 003/2017. A contratação teve por objeto a prestação de serviços jurídicos,

no âmbito administrativo e judicial, para recuperação de valores, relativos ao FUNDEF, que deixaram de ser repassados ao Município em virtude da fixação ilegal de valor nacional anual mínimo por aluno. O contrato estipulou o pagamento à contratante do percentual de 20% do valor recuperado.

A representante do Ministério Público de Contas pleiteou, no recurso, que a representação seja julgada totalmente procedente, uma vez que não ficou demonstrada a inviabilidade de competição e a singularidade do serviço contratado, havendo, pois, ofensa à Súmula nº 106 deste Tribunal².

Sustentou, em síntese:

- a) “não há como sustentar, em face da natureza dos serviços contratados, a presença de um serviço excepcional, incomum e/ou inédito que demandasse alguém notoriamente especializado e que não pudesse ser executado pelo próprio assessor jurídico do Município de Engenheiro Caldas ou mesmo por outro escritório contratado por regime de competição”;
- b) “não há nos autos do processo de inexigibilidade demonstração da natureza singular do objeto ou da necessidade a ser satisfeita”;
- c) o voto vencedor proferido nos autos da representação está fundamentado na Lei Federal nº 14.039/2020, todavia “as alterações legislativas introduzidas pela Lei Federal n. 14.039/2020 não podem retroagir para alcançar fatos praticados e atos consumados anteriormente à sua vigência”;
- d) “o processo de inexigibilidade objeto desta representação, levada a cabo no ano de 2017, deve ser analisado pela Corte de Contas de acordo com a legislação e entendimento jurisprudencial em vigor à época em que realizado” (fl. 06). Acrescenta que “a Lei n. 14.039, (...), somente deve ser aplicada para os atos praticados após a sua vigência, isto é, após 18 de agosto de 2020”;
- e) o conceito de ato jurídico perfeito é dado pelo art. 6º, §1º da LINDB, o qual não será prejudicado, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXVI da CR. “Ora, não somente o processo de inexigibilidade ora examinado, como também o contrato dele decorrente foram deflagrados/celebrados e produziram seus efeitos antes que fosse publicada a Lei Federal n. 14.039/2020 constituindo, portanto, ato jurídico perfeito. E, como tal, não podem ser alcançados por legislação superveniente”;
- f) assim, “em observância ao disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, as disposições contidas na Lei Federal n. 14.039/2020 não podem retroagir para atingir o processo de inexigibilidade n. 003/2017, bem como seu decorrente contrato administrativo n. 021/2017, que constituem atos jurídicos perfeitos”.

Destacou o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos autos do processo TC-000429/005/12 (peça nº 24):

Desse modo, a singularidade está atrelada ao objeto imprescindível à Administração, que, quando surge num contexto norteado por circunstâncias excepcionais, não pode ser

² 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.

satisfeito por qualquer profissional; não se relaciona diretamente ao profissional a ser contratado.

A interpretação da Lei nº 14.039/20, portanto, merece cautela, evitando-se desvirtuar a exceção licitatória.

A norma constitucional determina que as exceções à licitação pública sejam definidas de maneira específica na legislação, o que pode ser visualizado na Lei nº 8.666/93 e na legislação correlata, não tendo a Lei nº 14.039/20 inovado nas licitações e contratações administrativas com disposição expressa nesse aspecto.

Ao regulamentar as carreiras, a nova lei reforça a aptidão dos serviços prestados por advogados e contadores para atenderem um objeto singular, o que, entretanto, para a finalidade da inexigibilidade de licitação, precisa ser apurado concretamente em cada contratação à luz do art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666/93, que permanece sendo o condutor para essa inexigibilidade.

O contrário seria afirmar que a contratação direta é admitida sempre, bastando que o contrato seja destinado a profissionais notoriamente especializados, mesmo quando o objeto represente uma atividade contínua da Administração, e apenas para os serviços técnicos especializados prestados por advogados e contadores, não qualquer outra carreira, interpretação que, à luz do ordenamento jurídico, carece de razoabilidade.

Por fim, afirmou que “por todos os ângulos que se examine a questão, conclui-se pela irretroatividade da Lei Federal n. 14.039/2020 e pela ausência de presunção de singularidade dos serviços quando constatada a notória especialização, de modo que a contratação ora examinada afrontou entendimento jurisprudencial uniforme do Tribunal de Contas, com grave infração à Lei Federal n. 8.666/1993, estando a merecer a sanção prevista no art. 83, inciso I, c/c art. 85, inciso II, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008”.

A unidade técnica propôs o acolhimento das razões apresentadas no recurso. Afirmou:

No caso em análise, como o processo de inexigibilidade, assim como o contrato dele decorrente, já produziram seus efeitos antes que fosse publicada a Lei federal n. 14.039/2020, eles já constituíram ato jurídico perfeito. Logo, não podem ser afetados por legislação posterior. [...] Tendo em vista, então, a inaplicabilidade da Lei federal n. 14.039/2020, assim como a não demonstração dos requisitos da inviabilidade de competição e da singularidade do serviço, verifica-se a irregularidade do processo de inexigibilidade n.003/2017.

O representante da sociedade de advogados, Bruno Romero Pedrosa Monteiro, sustentou que a decisão da Segunda Câmara está em consonância com a jurisprudência do STJ (RESP 1.192.332, Primeira Turma, Diário do Judiciário de 19/12/2013), transcrevendo trechos do acórdão. Acrescentou que também o STF teria acolhido a tese da legalidade da contratação de serviço jurídico, afastando a caracterização de ato de improbidade ou de conduta típica de natureza criminal, conforme a AP 348/SC, julgado em 15/12/2006, e o HC 86.198/PR, julgado em 17/4/2007. Por fim, afirmou que também o TCU teria admitido a legalidade da contratação por inexigibilidade, conforme decisão no Processo TC 033.977/2011-9 (peça nº 18).

Sustentou ainda que, ao contrário do alegado pelo recorrente, o órgão fracionário não teria fundamentado a sua decisão somente na Lei Federal nº 14.039/2020; ou, por outra forma, independentemente da lei utilizada, a anterior, a Lei nº 8.666/93, ou a lei posterior citada, o Processo de Inexigibilidade nº 003/2017 e o Contrato Administrativo nº 021/2027 seriam “regulares, legais, corretos e lícitos”, como foi exposto pelo Relator:

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, a que faz referência a recomendação constante na proposta de voto do relator. ...

À vista desses argumentos e, notadamente, ante a promulgação da Lei nº 14.039/20, manifesto minha divergência quanto ao reconhecimento da irregularidade do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017, por ausência de singularidade, e à emissão de recomendação, no sentido de observar com rigor a demonstração, de forma simultânea, da natureza singular do objeto e da notória especialização do proponente para a devida caracterização da situação de inexigibilidade.

E concluiu:

Ademais, antes que se ponha em dúvida a validade da Lei nº 14.039/2020, como fez o Ministério Público de Contas, importante informar que, apesar do questionamento perante o STF, por intermédio da ADI nº 6569/DF (o que lhe daria indícios de inconstitucionalidade), o MINISTRO RELATOR EDSON FACHIN declarou manifestamente inadmissível a Medida requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

Feito isso, passo à análise das questões.

De fato, a Constituição da República protege o ato jurídico perfeito, como alegou o recorrente:

Art. 5º.

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Por outro lado, as leis são aprovadas e são destinadas para aplicabilidade às situações futuras. A irretroatividade é o princípio prevalente, ainda que não seja absoluto.

Decidiu o STF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA DE CARÁTER INTERPRETATIVO - LEIS INTERPRETATIVAS - A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO DE LEIS DE CONVERSÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE - CARÁTER RELATIVO - LEIS INTERPRETATIVAS E APLICAÇÃO RETROATIVA - REITERAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA SOBRE MATÉRIA APRECIADA E REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - AUSÊNCIA DO "PERICULUM IN MORA" - INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. - É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. - As leis interpretativas - desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo - não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. - Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. - A questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória editada pelo Presidente da República. - O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao "status libertatis" da pessoa (CF, art. 5. XL), (b) ao "status subjectionais" do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, "a") e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5., XXXVI). - Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. - As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou, como postulado absoluto, incondicional e

inderrogável, o princípio da irretroatividade. - A questão da retroatividade das leis interpretativas. ADI 605 MC/DF. [Grifei o texto.]

Ou ainda, com destaque para a segurança das relações:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – LEGISLAÇÃO LOCAL QUE DEFINE OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR (CF, ART. 100, § 3º) – APLICABILIDADE IMEDIATA, DESDE QUE OBSERVADAS SITUAÇÕES JURÍDICAS JÁ CONSOLIDADAS NO TEMPO (DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA), SOB PENA DE OFENSA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA – CONDENAÇÃO JUDICIAL DO ESTADO DO PIAUÍ TRANSITADA EM JULGADO EM MOMENTO ANTERIOR AO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI ESTADUAL QUE REDUZIU O VALOR DAS OBRIGAÇÕES DEVIDAS PELA FAZENDA PÚBLICA, SUBMETENDO-AS, EM FACE DOS NOVOS PARÂMETROS, AO REGIME ORDINÁRIO DE PRECATÓRIOS, EM DETRIMENTO DA UTILIZAÇÃO DO MECANISMO DA REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV) – AS NORMAS ESTATAIS, TANTO DE DIREITO MATERIAL QUANTO DE DIREITO PROCESSUAL, NÃO PODEM RETROAGIR PARA AFETAR (OU PARA DESCONSTITUIR) SITUAÇÕES JURÍDICAS PREVIAMENTE DEFINIDAS COM FUNDAMENTO NO ORDENAMENTO POSITIVO ENTÃO APLICÁVEL (LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 87 DO ADCT) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. - A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio. Doutrina. Precedentes. - O Poder Público (o Estado do Piauí, no caso), a pretexto de satisfazer conveniências próprias, não pode fazer incidir, retroativamente, sobre situações definitivamente consolidadas, norma de direito local que reduza, para os fins do art. 100, § 3º, da Constituição, o valor das obrigações estatais devidas, para, com apoio em referida legislação, submeter a execução contra ele já iniciada, fundada em condenação judicial também já anteriormente transitada em julgado, ao regime ordinário de precatórios, frustrando, desse modo, a utilização, pelo credor, do mecanismo mais favorável e ágil da requisição de pequeno valor, de aplicabilidade até então legitimada em razão dos parâmetros definidos no art. 87 do ADCT. RE 646313 AgR / PI – PIAUÍ. Data: 18/11/2014.

Todavia a alegada aplicação retroativa não se verificou.

Vejamos.

A decisão recorrida se ateve a três questões: irregularidade da contratação, decorrente de processo de inexigibilidade de licitação; montagem de procedimento de inexigibilidade para justificar a contratação direta; nulidade da forma de remuneração do contratado, honorários sucumbenciais e honorários ajustados em vinte por cento sobre o montante recuperado (fls. 839v–848v, peça nº 24 dos autos da representação). O Relator afastou a possibilidade de fraude, mas julgou irregular o procedimento de inexigibilidade e, por arrastamento, o contrato, o que acarretou a irregularidade da forma de remuneração estabelecida no ajuste. Não impôs multa.

Por sua vez, o voto-vista, que foi o vencedor (fls. 848v–856v da citada peça nº 24), julgou parcialmente procedente a representação, em relação à forma estabelecida de remuneração, mas considerou regulares a inexigibilidade e o contrato dela decorrente, igualmente sem imposição de multa.

Ressaltou o autor do voto-vista, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, que a licitação não é um fim em si mesma, mas um instrumento destinado a selecionar a melhor proposta.

Destacou a evolução do conceito de singularidade. O que a caracterizaria não seria a habitualidade por sua demanda no âmbito da rotina administrativa ou a sua complexidade, mas o aspecto subjetivo da prestação do serviço, a experiência específica, o elemento criativo, tudo aliado à confiança depositada no prestador. Em outras palavras, não a raridade numérica de prestadores – outros poderiam existir – mas a raridade subjetiva relacionada aos meios empregados pelo prestador de serviços, com o acréscimo da confiança que nele se depositaria, situações que tornariam inviável estabelecer o procedimento competitivo. Transcrevo:

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.

A argumentação buscou também sustentar-se em decisões do STF e do TCU, que foram transcritas no voto-vista (fls. 852v–854v, peça nº 24 dos autos da representação).

E concluiu citando a Lei nº 8.666/93:

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, a que faz referência a recomendação constante na proposta de voto do relator.

A meu ver, 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.

Acrescentou, em seguida, a alteração introduzida na Lei nº 8.906/1994 pela Lei nº 14.039/2020, para então concluir:

Destarte, considero 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, manifesto minha divergência quanto ao reconhecimento da irregularidade do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017, por ausência de singularidade, e à emissão de recomendação, no sentido de observar com rigor a demonstração, de forma simultânea, da

natureza singular do objeto e da notória especialização do proponente para a devida caracterização da situação de inexigibilidade.

Como se pode concluir, referência à lei nova constituiu um elemento de argumentação, à maneira de um *obiter dictum*, sem alterar, porém, os fundamentos da decisão, que foram os dispositivos da Lei nº 8.666/93, como sustentou o recorrido em suas contrarrazões, que ficam acolhidas.

Não procedem, pois, as razões do recurso.

Acompanhei o voto-vista porquanto acolhi a tese da singularidade nele apresentada, daí resultando a regularidade do procedimento de inexigibilidade. De fato, a contratação de serviços advocatícios tem elementos que a distinguem, como decidiu o TCU:

2. Para fim de contratação com base no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, serviços advocatícios podem ser considerados como singulares não apenas por suas características abstratas, mas também em razão da relevância do interesse público em jogo, a exigir grande nível de segurança, restrição e cuidado na execução dos serviços, a exemplo de demandas judiciais envolvendo valores de indenização muito elevados, que coloquem em risco a sobrevivência da entidade contratante.³

Ademais, a caracterização da singularidade envolve a consideração de elementos qualitativos, questões consideradas no voto, como já foi referido, e também assinaladas em decisão da Segunda Câmara, que transcrevo:

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. Representação nº 1058702, sessão do dia 12/11/2020.

Por outro lado, a divergência do voto-vista em relação à singularidade e à regularidade do procedimento de inexigibilidade levou à divergência em aplicar a nulidade por arrastamento do contrato.

Cuidou-se, assim, separadamente da cláusula quarta do contrato, que tratou dos honorários e que foi impugnada na representação:

CLÁUSULA QUARTA – DOS HONORÁRIOS – AD EXITUM

Em contraprestação aos seus serviços, a CONTRATADA perceberá remuneração honorária equivalente a 20% (vinte por cento) do montante recuperado sobre o benefício proporcionado à CONTRATANTE, valor este a ser apurado através do devido procedimento de cumprimento de sentença e a ser recebido através de precatório judicial e condicionado a que isso venha a ocorrer. [...]

§2. Fica estipulado que, com fulcro no art. 22, §4º da Lei nº 8.906/94, no ato da expedição do precatório/RPV/Alvará ou levantamento dos créditos passíveis de restituição, a CONTRATADA irá requerer em Juízo o destaque dos honorários contratuais, independentemente do recebimento dos honorários de sucumbência, se for o caso.

Foi apresentada a distinção entre os honorários de sucumbência, pagos pela parte vencida, e os contratuais, acordados entre a parte e o seu patrono.

³ Informativo de Licitações e Contratos nº 355.

A peça de representação se opôs ao pagamento dos honorários de sucumbência, visto que pertenceriam ao ente público e seriam contabilizados como receita (resposta à Consulta nº 873919⁴).

O voto-vista divergiu do apontamento. A tese adotada na consulta não poderia prevalecer diante do novo contexto legislativo, dispositivo do CPC de 2015, como se registra:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...]

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial. [...]

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

Concluiu-se, pois:

À vista do atual cenário legislativo e jurisprudencial, já não se sustenta a tese de que os honorários de sucumbência, quando seja parte da causa um ente público, pertencem a ele próprio, mesmo quando representado por advogado público que com ele mantenha vínculo laboral.

Assim, se até os advogados públicos devem ser os destinatários dos honorários de sucumbência nas causas em que atuam, com muito mais razão os advogados contratados no mercado, que não estão submetidos ao regime estatutário e cuja atuação está adstrita às regras da advocacia privada.

No tocante aos honorários pagos em virtude do êxito, a fundamentação do voto orientou-se para a regularidade da contratação. Entretanto, a conclusão foi pela nulidade parcial da cláusula contratual, uma vez que o êxito se relacionaria com a recuperação de recursos do FUNDEF, previstos no art. 21 da Lei nº 11.494/2007⁵. Acresce que o recebimento em atraso de parcelas devidas ao FUNDEF não descaracteriza a vinculação constitucional dos recursos⁶. Em consequência, remuneração deve ser suportada pelos cofres públicos, mediante a utilização de dotação orçamentária própria.

Tem-se assim apresentadas e discutidas as questões.

Acompanhei o voto-vista, anteriormente; verifiquei agora que as questões tratadas na representação foram bem discutidas e enfrentadas naquele voto, razão por que deve ser mantido integralmente.

Em suma, não se verificou a aplicação retroativa de lei, como alegado nas razões do recurso, que ficam afastadas. Procede, parcialmente, a representação, como está sustentado na fundamentação deste voto, apenas em relação à remuneração contratual decorrente do êxito.

Mantenho, pois, a decisão recorrida.

⁴ Sessões dos dias 11/7/2012, 25/7/2012 e 10/4/2013. Transcrevo um excerto da ementa: “b.1. a contratação de serviços de advocacia para resgate de créditos previdenciários indevidamente recolhidos com ajuste de honorários por êxito é possível, devendo a remuneração do profissional ser fixada, no instrumento contratual, em valor estimado, observando-se o princípio da razoabilidade, evitando-se o desembolso de valores exorbitantes; b.2. os honorários de sucumbência, quando vencedor o ente público, pertencem à entidade, e não ao procurador ou representante judicial, devendo ser contabilizados como fonte de receita.”

⁵ Revogada pela Lei nº 14.113, de 20/12/2020, ressaltando o art. 12.

⁶ Ação Cível Originária nº 648 julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 6/9/2017. A citação consta do voto-vista.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a decisão recorrida, conforme consta da fundamentação deste voto.

Intime-se, pessoalmente, a representante do Ministério Público de Contas, que atuou como recorrente, conforme o disposto no *caput* do art. 167-A do Regimento Interno.

Intimem-se os recorridos, segundo o disposto no inciso I do § 1º do art. 166 do Regimento Interno.

Arquivem-se os autos, após o trânsito em julgado da decisão, segundo o disposto no inciso I do art. 176 do citado diploma regimental.

É o voto.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Também nego provimento ao recurso do Ministério Público.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

De acordo.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Com o Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Também com o Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO O SUBPROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

* * * * *