

Processo: 1101610
Natureza: Recurso Ordinário
Recorrentes: Anderson Bernardes de Oliveira, Ivonir Marques de Oliveira, Márcio Barufi Bergamini, Joice José Severino Filho, Cleber Luiz Faria, Afonso Celso Praes Júnior
Órgão: Prefeitura Municipal de Iturama
Processo referente: Denúncia n. 1012301
Apenso: Embargos de Declaração n. 1095421
Procuradores: Adrianna Belli Pereira de Souza - OAB/MG 54.000, Dilvanir José da Costa - OAB/MG 5.400, Fabiana Campos de Almeida - OAB/MG 178445, Lilian Vilas Boas Novaes Furtado - OAB/MG 169.068, Reinaldo Belli de Souza Alves Costa - OAB/MG 190.000
MPTC: Procurador Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO

TRIBUNAL PLENO – 25/10/2023

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PRELIMINARES. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. CONSULTORIA EM GESTÃO PÚBLICA. SERVIÇOS NÃO HABITUAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO. SINGULARIDADE. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. ESCOLHA DO CONTRATADO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. REFORMA DA DECISÃO. CANCELAMENTO DA MULTA. ARQUIVAMENTO.

1. Afastam-se as preliminares de nulidade processual relativas à ausência de citação da empresa contratada na condição de litisconsorte passivo necessário e ao cerceamento de defesa para a produção de prova testemunhal.
2. Comprovada a notória especialização, a escolha do contratado, devidamente justificada, que atenda aos requisitos da essencialidade e adequabilidade à plena satisfação do objeto contratado, dar-se-á, subjetivamente, pelo princípio da confiança, tornando inviável a competição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento, e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) conhecer do recurso ordinário, na preliminar, por estarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade, com fundamento nos art. 329 c/c art. 335 da Resolução n. 12/2008;
- II) afastar as preliminares de nulidade processual de ausência de citação da empresa contratada na condição de litisconsorte passivo necessário e de cerceamento de defesa para a produção de prova testemunhal;
- III) dar provimento, no mérito, ao Recurso Ordinário n. 1101610, em consonância com a unidade técnica, para reformar a decisão proferida pela Segunda Câmara na sessão do dia

3/9/2020, nos autos da Denúncia n. 1012301, a fim de reconhecer a regularidade da contratação por inexigibilidade de licitação do Instituto Águila de Gestão Ltda., e afastar a multa aplicada ao sr. Anderson Bernardes Oliveira, prefeito de Iturama à época;

IV) determinar, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Agostinho Patrus.

Presente à sessão o Procurador-Geral Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 25 de outubro de 2023.

GILBERTO DINIZ

Presidente

LICURGO MOURÃO

Relator

(assinado digitalmente)



TRIBUNAL PLENO – 25/10/2023

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Ordinário interposto por Anderson Bernardes de Oliveira, Ivonir Marques de Oliveira, Márcio Barufi Bergamini, Joice José Severino Filho, Cleber Luiz Faria e Afonso Celso Praes Júnior, em face da decisão proferida pelo Colegiado da Segunda Câmara, na sessão de 3/9/2020, nos autos da Denúncia n. 1012301, conforme Súmula do Acórdão disponibilizada no Diário Oficial de Contas – DOC de 5/10/2020, e dos Embargos de Declaração (autos n. 1095421), que foram parcialmente acolhidos na sessão da Segunda Câmara de 10/12/2020, apenas para indeferir expressamente o pedido de oitiva de testemunhas formulado na peça de defesa.

Argui o recorrente que houve nulidade do processo por ausência de citação do Instituto Águila para integrar a lide, bem como nulidade do acórdão por cerceamento de defesa, em face do indeferimento do pedido de produção de prova testemunhal em sede de embargos declaratórios.

Sobre a questão de fundo, alegou:

- a) a singularidade do serviço prestado pela sua complexidade, excepcionalidade (não rotineiro) e relevância econômica e administrativa;
- b) a regularidade do processo licitatório como um todo no que tange a ausência de projeto básico e orçamento detalhado em planilhas (é incabível em face notória singularidade dos serviços), preço (compatibilidade com o preço de mercado), adequação da justificativa de preços;
- c) impossibilidade de responsabilizar e multar o prefeito por ausência de dolo ou erro grosseiro do gestor, nos termos dos arts. 22 e 28 da Lindb;
- d) necessidade de redução da multa, não sendo acolhido o pedido de decote da penalidade.

A 1ª CFM, na análise de peça 7, concluiu pela admissão e provimento parcial do recurso para desconstituir a multa imposta ao recorrente.

O Ministério Público de Contas, no parecer de peça 9, opinou pelo conhecimento e não provimento do presente recurso ordinário.

Na sequência, os autos vieram-me conclusos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminares

1.1 Admissibilidade

Considerando que os recorrentes possuem legitimidade, que o apelo é próprio e tempestivo e que foram observadas as disposições legais e regimentais, conheço do presente recurso ordinário.

1.2 Da nulidade absoluta do processo por ausência de citação do Instituto Áquila para integrar a lide

Os recorrentes sustentam a nulidade absoluta do processo por ausência de citação do Instituto Áquila para integrar a lide, apontando violação dos artigos 113, 114 e 115 do Código de Processo Civil, bem como dos incisos LIV e LV da Constituição da República de 1988.

Arguem ainda que o acórdão promoveu a extensão da decisão à esfera jurídica do instituto sem que lhe fosse garantida a oportunidade de impugnar as razões jurídicas que fundamentam a exordial, o que caracterizaria violação ao devido processo legal e supressão ao direito à ampla defesa e ao contraditório.

A unidade técnica (peça 7) asseverou que “não há quaisquer afinidades ou comunhão de direitos entre a Administração contratante e o Instituto contratado e tampouco a comunhão entre o pedido e a causa de pedir do denunciante, sendo, portanto, descabida a alegação de litisconsórcio facultativo e, despicienda a verificação da comprovação da aptidão deste Instituto para manter e firmar a contratação com a Administração”.

O Ministério Público de Contas, em parecer de peça 9, destacou que, de acordo com o art. 114 do Código de Processo Civil – CPC, que versa sobre o litisconsórcio necessário, como já manifestado nos autos originais, que a fixação do preço pelo Instituto Áquila, por si só, não gera a necessidade de sua participação no processo para apuração das responsabilidades imputadas, afastando, destarte, a alegação do litisconsórcio passivo necessário.

Quanto ao litisconsórcio passivo facultativo, o órgão ministerial corroborou o entendimento técnico, tendo em vista que se tratou de aplicação de multa e recomendação ao chefe do Executivo municipal, sendo que ambas não alcançaram o referido instituto, razão pela qual entendeu pelo não provimento do recurso neste aspecto.

Com efeito, como já suscitado na decisão recorrida, o fato de terem sido apontadas nos autos possíveis irregularidades relacionadas à exigência de justificativa do preço para a contratação direta e à contratação por valor superior ao previsto, não demanda a citação do particular para garantir a produção dos efeitos da decisão, sobretudo por que o exame das irregularidades pelo Tribunal e da suposta violação das regras caracterizadoras da inexigibilidade de licitação independem da análise da participação do contratado no curso do procedimento administrativo.

Isso posto, considerando que a situação consubstanciada nos autos não configura hipótese de litisconsórcio passivo necessário, **entendo** que deve ser afastada a alegada nulidade absoluta por ausência de citação do Instituto Áquila Ltda. para integrar a relação processual.

1.3. Da nulidade do acórdão por cerceamento de defesa em virtude da omissão do relator na apreciação do pedido de produção de prova testemunhal – Alegada violação ao art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, ao art. 111 da LC n. 102/2008 e ao art. 183 do RITCEMG

Os recorrentes apontam omissão do relator quanto ao pedido de produção de prova testemunhal, em virtude da qual alegam a nulidade do acórdão por cerceamento de defesa, violação ao art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, ao art. 111 da LC n. 102/2008 e ao artigo 183 do RITCEMG.

Afirmam que diante da ausência de apreciação do pedido pelo relator, o tema foi suscitado como questão de ordem em memorial apresentado antes do primeiro julgamento, ficando ainda sem resposta. Arguem também que o requerimento só foi expressamente indeferido em sede de embargos de declaração (autos de n. 1095421 – conforme se infere à peça 6), sendo que a recusa no deferimento fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, eis que que a prova era imprescindível para comprovação do elemento da singularidade.

A unidade técnica manifestou ser incabível a interposição de recurso ordinário contra a decisão que indeferiu o pedido preliminar de oitiva de testemunhas, entendendo ser despicienda nova análise preliminar neste recurso.

O Ministério Público de Contas argumentou que a instrução processual está em conformidade com o rito previsto no Regimento Interno, com as normas do Código de Processo Civil Brasileiro – que foram, supletivamente, observadas, tendo sido oportunizado ao interessado ciência da instauração do processo, bem como a oportunidade de se manifestar, produzindo ou requerendo provas, o que foi devidamente respeitado dentro do disposto na legislação que rege os processos que tramitam neste Tribunal.

Para tanto, transcreveu os arts. 183 e 190 do Regimento Interno (Resolução TCEMG n. 12/2008) que preveem, respectivamente:

Art. 183. Aos responsáveis e aos interessados nos processos de competência do Tribunal serão assegurados a ampla defesa e o contraditório da seguinte forma:

- I - vista e cópia dos autos;
- II - apresentação de documentos, justificativas e alegações escritas;
- III - sustentação oral, perante o Tribunal Pleno e as Câmaras;
- IV - obtenção de certidões e informações;
- V - conhecimento das decisões do Tribunal;
- VI - interposição de recursos.

Parágrafo único. A ampla defesa e o contraditório poderão ser exercidos pela parte ou por procurador legalmente constituído nos autos.

Art. 190. As provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas na forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros.

Nesse contexto, o órgão ministerial destacou que não merece reparo o que foi deliberado nos embargos de declaração, *verbis*:

(...) caso entendessem pertinentes a oitiva de terceiros, os ora embargantes deveriam ter, no momento em que foram chamados ao processo, apresentado as declarações de quem entendessem necessário para corroborar suas defesas, na forma documental.

A despeito de não ignorarem o conteúdo da referida disposição normativa, porquanto a mencionaram na própria peça recursal, os embargantes pretendem, sob o argumento da garantia do contraditório e da ampla defesa, subverter o rito dos processos neste Tribunal, conforme definido em seu Regimento Interno, pugnando pela reabertura da fase de instrução processual.

(...)

Ora, não há qualquer violação ao contraditório e à ampla defesa. É necessário esclarecer que a apresentação de declarações pessoais de terceiros no âmbito deste Tribunal não é vedada, apenas deve ser feita na forma escrita, sendo inconcebível, portanto, a tese de restrição ao contraditório ou às garantias constitucionais.

Em outras palavras, o Regimento Interno do Tribunal não inviabiliza a produção da referida prova ou a dispensa indevidamente, como querem crer os embargantes, mas apenas determina a forma como as declarações pessoais de terceiros devem ser apresentadas.

Assim, concluiu que a ausência de deferimento da produção da prova testemunhal requerida, e o seu posterior indeferimento, não representam, *per se*, cerceamento de defesa, razões pelas quais deve ser rejeitada esta preliminar arguida neste recurso.

Acorde com os órgãos instrutivo e ministerial, consoante previsão contida no art. 190, da norma regimental, todas as provas apresentadas perante o Tribunal de Contas devem conter forma documental, o que, repita-se, obsta o requerimento para colheita de prova testemunhal.

Convém repisar que em momento algum os responsáveis demonstraram a pertinência da oitiva de terceiros, ainda que por meio documental, qual seja – excepcionalmente –, manifestações escritas após intimação desta Corte, para que fossem tais provas úteis para a defesa comprovar a regularidade da contratação direta do Instituto Águila de Gestão Ltda. mediante o procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 4/2017, motivo pelo qual ficam afastados os argumentos dos recorrentes.

Por tais razões, **entendo** que deve ser afastada a alegada nulidade do acórdão por cerceamento de defesa, tendo em vista que o rito processual observou as normas de regência aplicáveis à espécie.

2. Da alegada presença de singularidade do serviço prestado

Os recorrentes alegam que a razão da decisão foi a ausência de demonstração da singularidade dos serviços prestados pelo Instituto Águila Ltda., de modo que os outros apontamentos de irregularidade feitos pela unidade técnica foram absorvidos pela declaração da irregularidade da contratação.

Aduzem, ainda, que o princípio federativo obriga a interpretação das disposições normativas respeitando as peculiaridades de cada ente federativo e, nesse contexto, o reconhecimento da singularidade dos serviços varia de acordo com as circunstâncias de cada ente e, no caso em tela, a singularidade reside principalmente na complexidade dos serviços e na relevância administrativa e econômica destes para a Administração Pública.

Arguem que o Instituto Águila tem um trabalho inegavelmente singular, pois é complexo, demanda grande experiência dos profissionais, bem como embasamento teórico científico, e não se trata de atividades rotineiras ou usuais da Administração Pública.

Além disso, frisam a relevância econômica e administrativa e que o serviço representaria um legado para o município, com potencial de aprimoramento da gestão. Ressaltam também que os serviços não poderiam ser cumpridos pelos servidores em face da sua complexidade e que a natureza singular dos serviços prestados pelo Instituto foi atestada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em caso análogo. Além disso, à natureza singular dos serviços, dever ser acrescido o elemento da confiança entre as partes.

Ao final, os recorrentes concluem que, diante dos serviços técnicos especializados, da notória especialização do contratado e da demonstração da natureza singular dos serviços, forçoso reconhecer a regularidade da contratação por inexigibilidade de licitação efetuada.

Não obstante a contratação por inexigibilidade ter sido considerada irregular pelos órgãos instrutivo e ministerial, bem como o fato de tal entendimento ter sido acolhido no voto aprovado pela Segunda Câmara nos autos principais, a 1ª CFM, em seu estudo técnico de peça 7, acolheu as razões recursais por compreender que a inexigibilidade de licitação do Instituto Águila de Gestão Ltda. pelo Município de Iturama foi regular, tendo em vista a comprovada singularidade do objeto e a notória especialização exigidas pelo inciso II do art. 25 da Lei n. 8.666/93.

Dessa feita, a unidade técnica manifestou-se pelo afastamento da multa no valor de R\$3.000,00 aplicada ao então prefeito Anderson Bernardes de Oliveira, na qualidade de autoridade ratificadora da Inexigibilidade de Licitação n. 4/2017.

O MPC, ao revés, em parecer de peça 9, salientou que os atos quando praticados, havia uma posição pacífica sobre o tema na jurisprudência desta Tribunal, bem como na jurisprudência do

TCU, e que não obstante as alegações recursais apresentadas, reafirmou o seu entendimento já adotado nos autos principais (Denúncia n. 1012301) no sentido da ausência do requisito da singularidade para a contratação por inexigibilidade do Instituto Águila de Gestão Ltda.

Quanto à aludida confiança suscitada pelos recorrentes, o *Parquet* de Contas destacou que o assunto já havia sido objeto de análise por este Tribunal nas Consultas n. 746.716 (17/09/2008), 688.701 (15/12/2004) e 652.069 (12/12/2001), que firmaram entendimento de que “a confiança do gestor deve ser alcançada por meio da demonstração da qualificação técnica do licitante no curso do procedimento licitatório e não ser tratada, isoladamente, como fator que justifique a inexigibilidade de licitação, uma vez que tal critério não consta no art. 25 da Lei 8.666/93”.

Nesse contexto, o Ministério Público de Contas opinou pelo não provimento do recurso.

Pois bem. Diferentemente do posicionamento do MPC, entendo que restou configurada nos autos principais (Denúncia n. 1012301), tanto a singularidade dos serviços contratados, em face do reconhecimento expresso nos arts. 1º e 2º da Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020¹, que alterando a Lei n. 8.906, de 4/7/1994, e o Decreto-Lei n. 9.295, de 27/5/1946, veio a dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços jurídicos e contábeis, o que justifica a contratação pública direta, em virtude da inexigibilidade de licitação, quanto à notória especialização. Explico.

Verifica-se, aqui, a admissão legal de que a qualidade singular emana da impossibilidade de avaliar tais serviços sob critérios objetivos, independentemente da habitualidade com que são prestados, razão pela qual considero possível a contratação direta por inexigibilidade de licitação do objeto contratado com o Instituto Águila de Gestão Ltda. (consultoria em gestão), porquanto serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei n. 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.

Isso porque a notória especialização da empresa contratada foi comprovada pela vasta documentação juntada às fls. 85 da peça 21 até fl. 99 da peça 23 dos autos principais, conforme, aliás, fez constar o parecer ministerial de fls. 152/153/peça 26.

Se isso não bastasse, na Proposta n. 249/2016, apresentada pelo Grupo Águila, no acórdão recorrido, para o “Programa de Modernização da Gestão da Prefeitura de Iturama”, foi informado ser um grupo de consultoria internacional de gestão de origem brasileira presente no ranking FDC das multinacionais e mapeada pelo relatório *Source Global Research* (Fonte de Pesquisa Global), instituição britânica de referência em pesquisas no segmento.

Em consulta ao site do Grupo Águila² foi possível conferir a sua atuação em sedes no Brasil (Belo Horizonte, São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília, Manaus), Suíça, Austrália, Colômbia e Portugal, sendo que nos últimos nove anos atuou em 23 países de todos os continentes, reunindo

¹ Por força do art. 2º da mencionada Lei n. 14.039, de 2020, foram acrescentados dois parágrafos ao art. 25 do Decreto-Lei n. 9.295, de 1946, dispositivo que passou a ter a seguinte redação, sublinha-se:
Art. 25. [...]

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

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

² Disponível em: <<https://www.aquila.com.br/#>>. Acesso em 20/7/2022.

mais de 500 profissionais liderados por referências técnicas (mais de 100 especialista com mais de 10 anos de experiência internacional em gestão).

E mais, que o grupo Áquila tem uma metodologia exclusiva (Cidades Excelentes e a plataforma IGMA (Índice de Gestão Municipal Áquila), que visa transformar a gestão pública dos municípios no Brasil, proporcionando melhor qualidade de vida para os seus cidadãos, promovendo serviços eficientes através de dados detalhados das cidades brasileiras, com 62 indicadores, como, por exemplo: desenvolvimento socioeconômico e ordem pública, governança, eficiência fiscal e transparência, educação, saúde e bem estar, infraestrutura e mobilidade, além do pilar secundário que é a sustentabilidade.

Logo, tem-se que a função gerencial da plataforma IGMA é permitir realizar análises comparativas a fim de que o gestor público possa aprofundar e estratificar as análises dos indicadores que sustentam cada pilar do município, identificando assim quais são as restrições e onde ele deve atuar para promover excelência.

Nesse cenário, na linha da argumentação ora expendida, cumpre ressaltar a decisão do Tribunal de Contas da União consubstanciada no Acórdão 1397/2022 – Plenário, assim ementado:

Licitação. Inexigibilidade de licitação. Serviço técnico especializado. Caracterização. Singularidade do objeto.

Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, **o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade.** O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento. (Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler – Boletim de Jurisprudência do TCU n. 406 – Sessões de 14 e 15/6/2022).

Por tais razões, em consonância com o estudo técnico em sede de reexame, acolho o pleito recursal a fim de reformar o r. acórdão recorrido e afastar, por conseguinte, a multa de R\$3.000,00 (três mil reais) aplicada ao sr. Anderson Bernardes de Oliveira, prefeito de Iturama à época, tendo em vista a regularidade da contratação direta do Instituto Áquila de Gestão Ltda., por inexigibilidade de licitação, uma vez comprovada a sua singularidade e notória especialização, como previsto no art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93.

III – CONCLUSÃO

Preliminarmente, conheço do recurso ordinário, por estarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 329 c/c art. 335 do RITCEMG.

Outrossim, entendo que devem ser afastadas as preliminares de nulidade processual relativas à ausência de citação do Instituto Áquila de Gestão Ltda. na condição de litisconsorte passivo necessário e ao cerceamento de defesa para a produção de prova testemunhal.

No mérito, em consonância com a unidade técnica, dou provimento ao Recurso Ordinário n. 1101610, para reformar a decisão proferida pela Segunda Câmara nos autos da Denúncia n. 1012301, na sessão do dia 3/9/2020, e reconhecer a regularidade da contratação por inexigibilidade de licitação do Instituto Áquila de Gestão Ltda. e afastar a multa aplicada ao sr. Anderson Bernardes de Oliveira, prefeito de Iturama à época.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

* * * * *