

Processo: 1141316
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Órgão: Instituto de Previdência de Buritis
Responsáveis: Ivanildo Quintal de Souza, Moacir Pitanguy do Prado Júnior, Emiliana Leite Botelho, Marcos Aurélio Moraes Silva, e Administração Pública para Municípios Ltda. – ADPM
Processo referente: Representação n. 1071535
Apenso: Representação n. 1084320
Procuradores: Joaquim Antônio Murta Oliveira Pereira, OAB/MG 139.385; Guilherme Silveira Diniz Machado, OAB/MG 67.408
MPTC: Procurador Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

TRIBUNAL PLENO – 21/11/2023

RECURSO ORDINÁRIO. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL. REPRESENTAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE. SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO. CONSULTORIA E AUDITORIA CONTÁBIL. RETROATIVIDADE DA LEI N. 14.039/2020. SINGULARIDADE. CONLUIO E FRAUDE À LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO E DE ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHA. CLÁUSULA DE REAJUSTE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. ARQUIVAMENTO.

1. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 335 do Regimento Interno desta Corte de Contas, deve ser conhecido o Recurso Ordinário.
2. Aplica-se a Lei n. 14.039/20, retroativamente, às ações fiscalizatórias em curso neste Tribunal de Contas, tendo em vista a interseção entre os princípios do Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.
3. A singularidade do serviço está atrelada ao aspecto subjetivo da prestação do serviço, a experiência específica, o elemento criativo, aliado à confiança depositada no prestador.
4. É necessária ampla análise probatória para a comprovação de fraude à licitação, abarcando a configuração de conluio.
5. Tratando-se de processos de inexigibilidade de licitação, não há impedimento para que as informações relativas ao projeto básico sejam extraídas de peça elaborada pelo próprio interessado na contratação, se atendidas as exigências de especificação do objeto do serviço prevista no art. 6º, IX, e às finalidades do § 9º do art. 7º da Lei n. 8.666/93.
6. Em contratações por processos de inexigibilidade de licitação, a exigência de orçamento detalhado em planilhas pode ser substituída pela justificativa de preço para a contratação dos serviços técnicos profissionais.

7. A obrigatoriedade da estipulação de critério de reajuste está adstrita aos contratos cuja duração é superior a 12 (doze) meses, nos termos do entendimento esboçado na Consulta n. 1048020.

ACÓRDÃO

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

- I) conhecer do recurso, na preliminar, uma vez presentes os requisitos previstos no art. 335, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, sendo próprio, tempestivo e o recorrente parte legítima;
- II) negar provimento ao recurso, no mérito, mantendo a íntegra da decisão proferida pela Segunda Câmara, em Sessão do dia 20/10/2022, nos autos da Representação n. 1071535;
- III) determinar a intimação do recorrente, na figura do representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, Senhor Daniel de Carvalho Guimarães, bem como dos recorridos, Senhores Ivanildo Quintal de Souza, Moacir Pitanguy do Prado Júnior, Emiliana Leite Botelho e a empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda., conforme o disposto no art. 166, II e § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas para ciência do teor desta decisão;
- IV) determinar, após o cumprimento das providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Substituto Telmo Passareli e o Conselheiro Agostinho Patrus.

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

Plenário Governador Milton Campos, 21 de novembro de 2023.

GILBERTO DINIZ
Presidente

WANDERLEY ÁVILA
Relator

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 21/11/2023

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Convido para participar da reunião o advogado Joaquim Antônio Murta Oliveira Pereira, representante da ADPM, para apresentar suas considerações referentes ao processo Recurso Ordinário n. 1141316, que é o item 3 da pauta.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, na figura do Procurador, Senhor Daniel de Carvalho Guimarães, em face da decisão proferida pela Segunda Câmara deste Tribunal de Contas, em sessão do dia 20/10/2022, nos autos da Representação n° 1.071.535, disponibilizada no Diário Oficial de Contas do dia 15/12/2022, juntada à peça n° 58 do Sistema de Gestão e Administração de Processos – SGAP, do processo principal, *ipsis litteris*:

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

I) julgar parcialmente procedente a representação, diante da publicação tardia do termo de ratificação da Inexigibilidade de Licitação n. 01/2018, descumprindo o mandamento do caput do art. 26 da Lei n. 8.666/93;

II) deixar de aplicar multa aos responsáveis, pelos motivos expostos na fundamentação desta decisão;

III) recomendar que a Administração cumpra as determinações legais na elaboração de futuros procedimentos de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços, especialmente no que se refere às publicações do termo de ratificação e do extrato de contrato, observadas as normas do art. 94 da Lei n. 14.133/2021, que dispõe que a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos, bem como, atente-se para a nova figura de “comissão de contratação” e de “agente de contratação”, previstos na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 14.1333/2021;

IV) determinar o arquivamento dos autos após o trânsito em julgado e a adoção das medidas regimentais cabíveis.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Inconformado com a decisão supra, o Recorrente, por meio de seu Procurador, interpôs o presente Recurso Ordinário (peça n° 1 do SGAP), requerendo, em síntese, o conhecimento e o provimento do Recurso, com a reforma do Acórdão proferido pela Segunda Câmara.

Em 01/02/2023, o Recurso foi distribuído à minha relatoria (peça n° 3 do SGAP). Após admitir o processamento (peça n° 6 do SGAP), determinei a intimação dos responsáveis, Senhores Ivanildo Quintal de Souza, Moacir Pitanguy do Prado Júnior, Emiliana Leite Botelho, Marcos

Aurélio Morais Silva, e da empresa Administração Pública para Municípios Ltda. – ADPM, para que apresentassem manifestação no prazo de 15 (quinze) dias.

Conforme Certidão à peça nº 21 do SGAP, em que pese devidamente intimados, os Senhores Emiliana Leite Botelho, Ivanildo Quintal de Souza, Marcos Aurélio Moraes Silva e Moacir Pitanguy do Prado Junior permaneceram inertes. Lado outro, a empresa Administração Pública Para Municípios – ADPM, apresentou manifestação, juntada à peça nº 20 do SGAP.

Os autos foram encaminhados à 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (peça nº 22 do SGAP), que se manifestou pelo provimento do recurso para reformar a Decisão em relação aos seguintes pontos: (i) ausência de singularidade do objeto e inobservância ao artigo 25, *caput*, e inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e à Súmula nº 106 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais; (ii) ausência de projeto básico ou termo de referência – Artigo 7º, §2º, I da Lei n. 8.666/1993; (iii) ausência de orçamento detalhado em planilhas – Artigo 7º, § 2º, II da Lei nº 8.666/1993; (iv) ausência de cláusula que estabeleça o critério de reajuste do contrato – descumprimento dos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em sede de parecer conclusivo (peça nº 24 do SGAP), reiterou o pedido de reforma do Acórdão recorrido, para que fosse reconhecida a irregularidade das Inexigibilidades de Licitação nº 01/2016, nº 01/2017 e nº 01/2018, do Instituto de Previdência de Buritis.

É o relatório, no essencial.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

O doutor Joaquim tem até 15 minutos para apresentar as suas alegações.

ADVOGADO JOAQUIM ANTÔNIO MURTA OLIVEIRA PEREIRA:

Excelentíssimo senhor Presidente, excelentíssimo senhor Relator, senhores Conselheiros, ilustre Procurador-Geral do Ministério Público de Contas e a todos que nos acompanham, uma boa tarde.

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público de Contas contra decisão que julgou parcialmente procedente representação por ele formulada questionando a regularidade da contratação da ADPM pelo Instituto de Previdência do Município de Buritis, por inexigibilidade de licitação.

Com relação à ausência de projeto básico, já é de conhecimento de todos as decisões tomadas nos Recursos Ordinários ns, 1104876, 1107554 e 1107555, todos de relatoria do Conselheiro Durval Ângelo, em que decidiu caso envolvendo a ADPM, pela possibilidade de as informações relativas ao projeto básico, ou termo de referência, serem retirados de documentos fornecidos pela própria contratada. E esse entendimento também não se aplica, por óbvio, somente aos casos da ADPM, como é o caso do Recurso Ordinário n. 1095504, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão.

Para além da simples referência a esses procedimentos, eu gostaria aqui de explicitar novamente os motivos que justificaram essas decisões por este Tribunal de Contas. Não podemos esquecer que a Lei nº 8.666, com relação à formalização dos procedimentos de contratação direta, ou seja, dispensa e inexigibilidade, é fraca. Com perdão da palavra, é péssima. Problema esse que eu acredito que venha a ser solucionado com a Lei nº 14.133, mas, diante da realidade normativa da Lei nº 8.666, há um cenário de incerteza sobre quais documentos deveriam incidir, deveriam instruir o processo de inexigibilidade.

Notadamente porque, no primeiro momento, sabemos todos que, nos processos de inexigibilidade, não se aplicam exatamente os mesmos requisitos dos processos licitatórios, tanto que nós seguimos o art. 26 da Lei 8666, cuja redação é vaga e dá margem para diversas interpretações. E foi nesse contexto e por se tratar de hipótese de inexigibilidade de licitação fundada na singularidade do serviço, cuja característica é a preponderância de elementos subjetivos na escolha do prestador mais apto a satisfazer o objeto contratual, que é razoável que as informações relativas ao objeto do contrato, a especificação e a forma de execução contratual sejam retiradas de documentos fornecidos pela própria contratada. Ademais, o próprio art. 7º da Lei 8666, quando trata da obrigatoriedade do termo de referência do orçamento detalhado em planilhas, excepciona essa obrigatoriedade para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, falando que, nessas situações de contratação direta, essas exigências se aplicam no que couber. E, no caso concreto, aqui, verifica-se que a especificação do serviço, a sua forma de execução e demais obrigações constaram do contrato, que tomou como referência os documentos e informações fornecidos pela contratada, que constam do processo de inexigibilidade de licitação, sendo, portanto, dispensável a elaboração por parte da administração de um projeto básico, aplicando-se, portanto, o § 9º do art. 7º da Lei 8666.

Da mesma forma, em relação ao orçamento detalhado em planilhas, verifica-se que houve a devida justificativa de preço exigida pelo art. 26 da Lei 8666, fato esse que foi reconhecido pelo próprio Ministério Público de Contas, na Peça 33, da Representação. E, tal como acabei de mencionar em relação ao projeto básico, a ausência de planilha de custos de orçamento detalhado deve ser analisada à luz do fato de se tratar de uma hipótese de inexigibilidade de licitação, não se aplicando as mesmas regras de um processo licitatório competitivo. Verifica-se que a decisão recorrida e também, como disse o próprio recorrente, reconheceram que houve a aferição da razoabilidade do preço praticado, mediante a comparação do valor praticado pela própria contratada.

Ora, se o presente caso configura uma hipótese de inexigibilidade de licitação que houve a justificativa de preço mediante a comparação e que houve também a especificação, o detalhamento de como o serviço será executado, a que se presta o termo de referência e a planilha de orçamento? Verifica-se que houve, no caso concreto, todas as informações para que fosse legítima a contratação, foram elaboradas, constam dos autos dos procedimentos de inexigibilidade, razão pela qual é lícito se aplicar a exceção trazida no § 9º do art. 7º da Lei 8666.

Por fim, em relação à ausência de cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste, não se desconhece que, na Lei 8666, há previsão de que se trataria de uma cláusula obrigatória independente do prazo do contrato. Entretanto, com o advento da Lei 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao plano real, essa cláusula não se tornou mais obrigatória nos contratos celebrados de até um ano, conforme decidido por este Tribunal, na Consulta 1048020, de relatoria também do Conselheiro Wanderley Ávila, que asseverou: “sempre que o contrato administrativo vigorar por período superior a um ano, o contratado fará jus a reajuste por índice, sendo dever da administração pública concedê-lo, independente de requerimento do particular ou de previsão contratual expressa”.

Seguindo o entendimento dessa consulta – e, por se tratar de consulta, nunca custa lembrar, decisão com força normativa deste Tribunal –, seguindo esse entendimento, diversos são os precedentes das Câmaras em que se decidiu pela não necessidade da cláusula de reajuste contratual, nos contratos firmados de até um ano. É o caso da Representação 1058869, também de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila; Representação 1053873, de relatoria do Conselheiro Substituto Telmo Passareli; e Representação 1058864, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão.

Assim, considerando que, no presente caso, os contratos foram celebrados por até doze meses, não é obrigatória a cláusula de reajuste contratual.

Então, senhores Conselheiros, com essas considerações, e, reiterando todas os argumentos aduzidos nas contrarrazões, requer seja negado o provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

Muito obrigado.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Passo a palavra ao Relator, o Conselheiro Wanderley Ávila.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

II – FUNDAMENTAÇÃO

II. 1 – Da admissibilidade

Conforme Certidão Recursal, juntada à peça nº 4 do SGAP, observo que a Decisão recorrida, proferida no dia 20/10/2022, foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas – DOC do dia 15/12/2022 (peça nº 58 do SGAP, processo principal), tendo a contagem do prazo recursal iniciado em 23/01/2023.

Logo, considerando que o processo foi recebido pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para ciência da Decisão no dia 12/01/2023, e que, o prazo vigente à época para a interposição do recurso era de 30 (trinta) dias, previsto nos artigos 334, 335 e 168 do Regimento Interno deste Tribunal, é tempestivo o Recurso Ordinário interposto no dia 30/01/2023.

Assim, uma vez que constatei estarem presentes os requisitos formais previstos no art. 335 do Regimento Interno desta Corte, sendo o Recurso próprio, tempestivo e o Recorrente parte legítima, admito o Recurso.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Admito, senhor Presidente.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Admito.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

Admito.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR NA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

II. 2 – Do mérito

Oportuno ressaltar que a Decisão recorrida foi proferida nos autos da Representação formulada pelo Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, em face de supostas irregularidades na contratação da empresa Administração Pública para Municípios Ltda. – ADPM, pelo Instituto de Previdência de Buritis - IPREB, para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil, orçamentária e financeira, em decorrência do Processo Licitatório nº 02/2016 – Inexigibilidade nº 01/2016; Processo Licitatório nº 02/2017 – Inexigibilidade nº 01/2017; e Processo Licitatório nº 01/2018 – Inexigibilidade nº 01/2018.

II. 2. 1 – Irretroatividade da Lei nº 14.039/2020 – Aplicação do art. 6º da LINDB e art. 5º, XXXVI da Constituição da República de 1988

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ora Recorrente, se insurgiu em face do Acórdão, que considerou a regularidade das inexigibilidades deflagradas com base na aplicação retroativa da Lei nº 14.039/2020, que alterou a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) e o Decreto-Lei nº 9.295/1946, que dispôs sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade.

Em relação ao apontamento, sustentou que a lei nova deveria ser aplicada aos casos pendentes e futuros, de modo a retroagir apenas para atingir fatos já consumados quando não ofender a previsão constitucional, ou quando o legislador expressamente determinar sua aplicação aos casos pretéritos, em observância ao art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, e art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Ponderou que a Lei nº 14.039/2020 refere-se à norma de direito público que atribuiu a presunção legal de singularidade para dois tipos de serviços, em razão da qualificação do prestador (advogado ou contador). Afirmou, no entanto, que a nova legislação não possui cunho penal nem sancionador, apenas inserindo o caráter da singularidade a determinadas atividades, de modo que não poderia retroagir, afastando-se a hipótese de retroatividade da lei penal mais benéfica prevista no art. 5º, LV, da Constituição da República.

Ainda, sustentou que os processos licitatórios realizados pelo Instituto de Previdência de Buritis se converteram em atos jurídicos perfeitos, requerendo, ao final, a reforma do acórdão para afastar a aplicação da Lei nº 14.039/2020 ao exame das Inexigibilidades de Licitação nº 001/2016, nº 001/2017 e nº 001/2018, deflagradas pelo Instituto de Previdência de Buritis – IPREB.

Devidamente intimada para manifestar-se, a empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. argumentou, em síntese, que as alterações promovidas pela Lei nº 14.039/2020 seriam mais benéficas aos responsáveis, uma vez que reforçam a regularidade das

contratações questionadas, requerendo, ao final, que fosse negado provimento ao Recurso Ordinário (peça nº 20 do SGAP).

Por sua vez, que pese devidamente intimados, os Senhores Emiliana Leite Botelho e Ivanildo Quintal de Souza, Marcos Aurélio Moraes Silva e Moacir Pitanguy do Prado Junior permaneceram inertes, conforme Certidão de Manifestação anexada à peça nº 21 do SGAP.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, à peça nº 22 do SGAP, manifestou-se por manter o acórdão recorrido, sob o fundamento de que esta Corte de Contas, em que pese haver controvérsia, vem decidindo pela retroatividade da Lei nº 14.039/2020, como demonstra a decisão proferida em 13/07/2022 nos autos do Recurso Ordinário nº 1.107.528.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, à peça nº 24 do SGAP, emitiu parecer reiterando a peça recursal e opinando pelo provimento do Recurso, com a reforma da decisão proferida para afastar a aplicação da Lei Federal nº 14.039/2020.

Pois bem.

A questão aqui discutida versa sobre a regularidade da contratação direta da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda., mediante os Processos de Inexigibilidade nº 001/2016, 001/2017 e 001/2018, sobretudo no que tange à aplicabilidade retroativa da Lei nº 14.039/2020.

Os referidos processos de inexigibilidades tiveram por objeto a contratação para a prestação de serviço técnico profissional especializado em auditoria e consultoria contábil e financeira, no âmbito do Município de Buritis.

A Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020, que alterou o Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994) e o Decreto-Lei nº 9.295/1946 (regramento que criou o Conselho Federal de Contabilidade), destacou a advocacia como serviço técnico e singular apto a ser considerado como de notória especialização e, conseqüentemente, poder ser contratado sem licitação, por meio da inexigibilidade, prevista no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, a Constituição da República protege o ato jurídico perfeito, como alegado pelo Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, ora Recorrente, vejamos:

Art. 5º. XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Ocorre que a Lei nº 14.039/2020 abrange ações de improbidade administrativa e outros procedimentos cuja controvérsia processual é circunscrita à ausência de singularidade do objeto das contratações diretas de profissionais da advocacia e da contabilidade.

A Jurisprudência vem se manifestando pela aplicabilidade do princípio da retroatividade a lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República, quando tratar-se de leis que abrangem o campo do Direito Administrativo Sancionador, conforme entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 37.031/SP, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa, cuja ementa abaixo transcrevo:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição.

III - Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente.

IV - Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se inderos os demais atos processuais.

V - A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

VI - Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido.

(RMS 37.031/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018)

Acerca da temática, este Tribunal de Contas vem entendendo pela retroatividade da Lei nº 14.039/2020, por se tratar de norma de índole constitucional e mais benéfica, a exemplo do voto proferido no Recurso Ordinário nº 1.102.163, de relatoria do Conselheiro Substituto Telmo Passareli, apreciado na Sessão do dia 25/12/2021, à unanimidade, vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA FINANCEIRA E CONTÁBIL. CARÁTER PUNITIVO DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. RETROAÇÃO DE NORMA EM BENEFÍCIO DO REPRESENTADO. RECURSO CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

Sendo o papel do Tribunal de Contas o de exercer as devidas atribuições do *jus puniendi* estatal, cediço que deve ser exercitada a aproximação entre os princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador, de modo a devidamente invocar o princípio trazido pelo art. 5º, XL, da CRFB, de que a lei penal deve retroagir em benefício do réu.

No mesmo sentido, destaco o Recurso Ordinário nº 1.107.528, de relatoria do Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, apreciado na sessão do Tribunal Pleno do dia 13/07/2022, que, em caso similar ao ora apreciado, negou provimento ao Recurso interposto pelo Ministério Público de Contas, conforme trechos que abaixo transcrevo:

[...]

Sobre o tema, destaca-se o artigo intitulado “Presunção de singularidade tem efeito retroativo” de autoria do professor Luciano Ferraz, publicado no site Consultor Jurídico¹, de 19/11/2020, que assim discorreu, *in litteris*:

(...)

Com efeito, tramita nas raias do Poder Judiciário brasileiro imensa gama de ações de improbidade administrativa e procedimentos administrativos que discutem justamente

a validade da contratação direta de advogados e contadores, muitas delas na expectativa do pronunciamento do STF no RE 656.558/SP, relator ministro Dias Toffoli, com repercussão geral reconhecida, e pendente de julgamento definitivo.

A Lei 14.039/20 traz reflexos sobre as ações de improbidade administrativa e outros procedimentos que estejam em andamento, notadamente naqueles casos em que a controvérsia processual é circunscrita à ausência de singularidade do objeto das contratações diretas de advogados e contadores, uma vez presente (ou não impugnada) a notória especialização do contratado.

(...)

Ao se estabelecer a conjugação dessa premissa — que respeita a lógica da unidade do jus puniendi estatal e à transversalidade dos princípios do Direito Penal como aplicáveis ao Direito Administrativo sancionador —, com a presunção de singularidade veiculada pela Lei 14.039/20 (que é absoluta, como sustentei aqui na ConJur [1]), impõe invocar a regra inserta no artigo 5º, XL da Constituição — “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” [2] —, a fim de que a referida presunção produza efeitos sobre as ações de improbidade administrativa, inquéritos civis públicos, tomada de contas especiais em curso, ditando-lhes a improcedência ou o arquivamento.

A ressonância da regra constitucional da retroatividade da lei mais benéfica (artigo 5º, XL, da Constituição) no campo do Direito Administrativo sancionador decorre naturalmente do reconhecimento da interseção entre os princípios do Direito Penal e os temas do Direito Administrativo sancionador. O reconhecimento explícito dessa retroação é chancelado pela jurisprudência do STJ, a ver: [...]

Note-se que não se deve aqui invocar — é impertinente — a aplicação do artigo 24 da LINDB — *tempus regit actum* — para sustentar que a Lei 14.039/20 não retroage, porque a questão é de índole constitucional, superpondo-se hierarquicamente à disposição da LINDB.

Assim sendo, e caminhando para o final, os efeitos da nova lei (Lei 14.039/20) não se resumem a dar suporte à singularidade das contratações de advogados e contadores notório especializados da data de sua vigência para frente, ela também tem o condão de retroagir para colocar em xeque e a termo as discussões judiciais e administrativas em torno da ausência de singularidade nos serviços prestados pela Administração Pública pelos experts: "Há muito a ciência econômica alertou que economia não é sobre dinheiro (ou preço) mas sobre incentivos. Se ficarmos olhando somente o preço, agiremos como o zagueiro que marca a bola e não o atacante. Levaremos um gol pelas costas"³

Visto isso, levando em consideração que a questão da retroatividade da Lei 14.039/20, que alterou a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB)⁴ é de índole constitucional, superpondo-se hierarquicamente à disposição da Lindb, afasto as alegações recursais do Parquet de Contas, dada a impertinência da aplicação do art. 24 da Lindb (aplicação da norma de regência à época dos fatos), por entender que os efeitos da citada lei retroagem

1 Disponível em: 2 FERRAZ, Luciano. Nova presunção de singularidade na contratação de advogados é absol

2 FERRAZ, Luciano. Nova presunção de singularidade na contratação de advogados é absoluta. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/interesse-publiconova-presuncao-singularidade-contratacao-advogados>

³ NOBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lobes-meirelles-15102020.

⁴“Artigo 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.”

para sepultar discussões judiciais e administrativas em torno da ausência de singularidade nos serviços prestados pelos experts à Administração Pública.

Nesse sentido, a decisão deste Tribunal Pleno, na Sessão de 15/12/2021, à unanimidade, nos autos do Recurso Ordinário n. 1102163, da relatoria do conselheiro substituto Telmo Passareli, segundo a qual, “por se tratar de norma mais benéfica, deve ser aplicada às ações fiscalizatórias do Tribunal de Contas em curso, que são, em verdade, de conteúdo punitivo, emanantes do Direito Administrativo Sancionador Estatal, possuindo, assim, caráter ‘penaliforme’, o que faz com que se aproximem, aos menos principiologicamente, aos estabelecimentos e princípios próprios do Direito Penal”.

Por fim, apresento o Recurso Ordinário n° 1.101.748, de relatoria do Conselheiro Substituto Telmo Passareli, objeto de deliberação pelo Tribunal Pleno na sessão do dia 07/12/2022, que em caso similar, afastou a irregularidade da contratação direta da empresa ADPM e entendeu pela retroatividade da Lei Federal n° 14.039/2020, conforme ementa abaixo colaciono:

RECURSO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA MUNICÍPIOS – ADPM. ADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO. MÉRITO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ACESSORIA FINANCEIRA E CONTÁBIL. CARÁTER PUNITIVO DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. RETROAÇÃO DE NORMA EM BENEFÍCIO DO REPRESENTADO. NEGADO PROVIMENTO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

1. Conforme entendimento deste Tribunal, a singularidade para a contratação por inexigibilidade de licitação de serviços jurídicos e de consultoria está condicionada à demonstração da notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.
2. Sendo o papel do Tribunal de Contas exercer as atribuições do jus puniendi estatal, cediço que deve ser exercitada a aproximação entre os princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, de modo a devidamente invocar o princípio trazido pelo art. 5º, XL, da Constituição da República, de que a lei penal deve retroagir em benefício do réu.

Diante do exposto, acompanho os entendimentos jurisprudenciais acima colacionados e entendo pela retroatividade da Lei n° 14.039/20 e pela sua aplicabilidade às ações fiscalizatórias em curso neste Tribunal de Contas, tendo em vista a interseção entre os princípios do Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

Nesse sentido, não acolho as razões recursais e mantenho a aplicabilidade retroativa da Lei n° 14.039/2020 ao exame das Inexigibilidades de Licitação n° 001/2016, n° 001/2017 e n° 001/2018, deflagradas pelo Instituto de Previdência de Buritis – IPREB, para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil, orçamentária e financeira.

II. 2. 2 – Ausência de singularidade do objeto e inobservância ao artigo 25, *caput*, e inciso II, da Lei n° 8.666/1993 e Súmula n° 106 do TCEMG

Em síntese, o Recorrente se insurgiu em face dos serviços contratados por meio da Inexigibilidade de Licitação n° 001/2016, n° 001/2017 e n° 001/2018, sob o fundamento de serem corriqueiros e cotidianos, não revestidos da complexidade inerente à natureza singular, em confronto ao disposto no art. 25 da Lei n° 8.666/93 e na Súmula n° 106 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Apontou que o texto constitucional e a legislação infraconstitucional oferecem diversas possibilidades para solucionar os problemas envolvendo a admissão de pessoal do Município, como (i) nomeação de servidores comissionados para o exercício de funções de chefia, direção

e assessoramento; (ii) contratação temporária para atender excepcional interesse público e (iii) licitação para contratação de serviços técnicos especializados.

Ao final, reiterou a ausência de natureza singular e inviabilidade de competição capazes de revestir de regularidade os processos de inexigibilidades deflagrados pelo Instituto de Previdência de Buritis – IPREB, requerendo a reforma do Acórdão.

Devidamente intimada para manifestar-se, a empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. alegou, em síntese, que as complexidades inerentes aos serviços contábeis executados pela Administração Pública impõem a contratação de uma consultoria externa, sobretudo nos Municípios cuja infraestrutura é consideravelmente mais defasada. Por fim, pugnou pelo não provimento ao Recurso Ordinário, diante da correta contratação mediante Inexigibilidade de Licitação (peça nº 20 do SGAP).

Em sua manifestação, a referida empresa arrolou processos perante esta Corte, nos quais sua contratação foi julgada regular.

Nos termos relatados, os demais responsáveis não se manifestaram, em que pese terem sido regularmente intimados.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, à peça nº 22 do SGAP, se manifestou pela ausência de singularidade do objeto e inobservância ao art. 25, *caput*, e inciso II, da Lei nº 8.666/93 e à Súmula nº 106 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nas contratações por Inexigibilidade, realizadas com a empresa ADPM.

À peça nº 24 do SGAP, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas emitiu parecer reiterando a peça recursal e opinando pelo provimento do Recurso, com a reforma da decisão proferida para afastar a aplicação da Lei Federal nº 14.039/2020.

Examino.

Inicialmente, convém destacar a fundamentação do voto recorrido, proferido pelo Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, nos autos da Representação nº 1.071.535, apreciado na Sessão da Segunda Câmara do dia 20/10/2022, que considerou regular a Inexigibilidade de Licitação, respaldada no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, conforme trechos que abaixo transcrevo:

Com a devida vênia do entendimento do *Parquet*, depreendo que a nova disposição deste Tribunal se mostra adequada e em mesmo sentido da tendência da evolução legislativa, afastando longo período de insegurança jurídica acerca do conceito indeterminado de singularidade, sujeito a subjetivismo interpretativo.

Saliente-se que, demonstrando a tendência de a legislação evoluir nesse sentido e afastando qualquer insegurança jurídica que o conceito indeterminado de singularidade possa acarretar, a nova Lei de Licitações, Lei 14.133/2021, suprimiu o requisito da singularidade para a contratação de todos os serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação:

[...]

Nessa linha de intelecção, tem-se que a lei anterior exigia para a licitude da contratação por inexigibilidade de licitação a demonstração, dentre outros requisitos, de notória especialização e singularidade do serviço.

Assim sendo, a singularidade do serviço é comprovada por sua própria natureza de serviço especializado de assessoria contábil e financeira, ante a sustentada retroação da Lei 14.049/2020 ao caso em tela. Ressalte-se aqui, também, que a notória especialização da

empresa contratada é prontamente reconhecida pelo MPC⁵ em sua peça inaugural, estando o requisito mínimo para a inexigibilidade de licitação indubitavelmente atendido nas contratações ensejadores dos autos originários.

Por fim, entendo que também foi atendido o requisito mínimo da inviabilidade da competição de demais prestadores para a realização do serviço que se pretendia contratar, sustentando a regularidade dos procedimentos.

A inexigibilidade de licitação, respaldada no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/1993, não pressupõe, necessariamente, a existência de apenas um profissional ou empresa no mercado apto a cumprir o objeto contratual, mas sim que, dadas as peculiaridades do serviço, torne-se impossível estabelecer parâmetros objetivos de competição entre os potenciais competidores, cabendo à Administração, portanto, um juízo de conveniência na escolha daquele especialista que apresenta melhores condições de cumprir com êxito o contrato.

Desse modo, na linha do que foi decidido pelo Tribunal Pleno nos Processos 11075286, de minha relatoria, e 11021637, considero improcedente o apontamento de irregularidade ora representado.

Conforme destacado no Acórdão recorrido, a questão aqui discutida diz respeito à suposta ausência de singularidade dos serviços contratados, pois, sob a ótica do Ministério Público de Contas, tais serviços seriam corriqueiros e habituais no âmbito da Administração Pública.

Ocorre que a matéria relativa à singularidade para a contratação de serviços jurídicos e de consultoria já foi objeto de inúmeras deliberações por este Tribunal de Contas, de modo que, diante da evolução legislativa, vem se consolidando o entendimento de que a singularidade é aspecto subjetivo da prestação do serviço, que deve ser levada em conta a metodologia empregada, a experiência específica, o elemento criativo, o traço pessoal do profissional, dentre outras particularidades que tornam tais atividades distintas das demais disponíveis no mercado, nos termos do entendimento proferido pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão, no julgamento do Recurso Ordinário nº 1.082.581, apreciado pelo Tribunal Pleno no dia 30/06/2021, *in verbis*:

[...]

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

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

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

[...]

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

⁵ “De fato, é possível verificar que a empresa contratada possui notória especialização na prestação de serviços de assessoria contábil, diante da vasta experiência em outros municípios e da qualificação de seus funcionários, demonstradas no currículo por ela juntado aos autos de inexigibilidade.” (fl. 5 da peça 3)

da singularidade, não deve estar adstrita à ausência de habitualidade dos serviços, como exposto na Súmula nº 106.

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

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

[...]

Assim, em face desses argumentos e, em especial, do novo cenário legislativo, sem prejuízo das outras irregularidades imputadas às contratações e as razões recursais apresentadas, entendo que a contratação pela via direta da empresa Libertas Auditores & Consultores em sede da Inexigibilidade de Licitação nº 007/2014 (Processo Licitatório nº 177/2014) para a prestação de serviços de consultoria e auditoria contábil, orçamentária e financeira, por inexigibilidade de licitação, encontra amparo legal, 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

Por esse motivo, reconheço a procedência do recurso ordinário neste item.

Destaco o voto proferido nos autos do Recurso Ordinário nº 1.107.528, de Relatoria do Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, apreciada por unanimidade na sessão do Tribunal Pleno do dia 13/07/2022, que, em caso similar de contratação da empresa Administração Pública para Municípios – ADPM, negou provimento ao recurso, conforme trechos do voto abaixo transcrevo:

[...]

A 3ª CFM anuiu, mais uma vez, com o entendimento esposado pelo MPC, destacando que a singularidade não pode ser confundida com a possibilidade de o serviço ser prestado somente por uma pessoa ou empresa, contudo, não está relacionada ao agente que irá prestar o serviço, porque diz respeito ao objeto. Ao final, concluiu que o caso não era singular, e por esse motivo, não seria cabível a contratação direta (peça 37).

O Ministério Público de Contas no parecer conclusivo de peça 39, reiterou os fatos e fundamentos suscitados no recurso e ao final requereu a reforma do acórdão, para que seja reconhecida a irregularidade dos processos de inexigibilidade de licitação deflagrados pela Prefeitura de Piranguçu, haja vista a manifesta violação ao disposto no art. 25, caput, e II, da Lei n. 8.666/1993 e na Súmula n. 106 do TCEMG, com a condenação dos responsáveis ao pagamento de multa.

Na decisão recorrida o relator conselheiro Wanderley Ávila já havia ressaltado recente decisão desta Casa, nos autos dos Recursos Ordinários n. 1092439 e n. 1077058, ambos de relatoria do conselheiro Sebastião Helvecio, apreciados pelo Pleno do dia 27/1/2021, em que foi reconhecida a regularidade da inexigibilidade para a contratação da ADPM, dada a “inquestionável comprovação de notória especialização da empresa contratada”.

Destarte, na linha dos precedentes decisórios consubstanciados nos Recursos Ordinários n. 1077058, 1092439 e 1102163, entendo que deve ser mantido inalterado o acórdão recorrido.

Ainda, apresento o Recurso Ordinário nº 1.098.424, de minha relatoria, apreciada por unanimidade pelo Tribunal Pleno na sessão do dia 21/09/2022, vejamos:

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.

[RECURSO ORDINÁRIO n. 1098424. Rel. CONS. WANDERLEY ÁVILA. Sessão do dia 21/09/2022. Disponibilizada no DOC do dia 09/11/2022. Colegiado. PLENO.]

Por todo o exposto, na esteira dos entendimentos jurisprudenciais acima colacionados, entendo pela regularidade das Inexigibilidades n° 001/2016, n° 001/2017 e n° 001/2018, motivo pelo qual nego provimento ao pleito recursal.

II. 2. 3 – Fraude à Lei n° 8.666/93 – Conluio entre a Administração Municipal e a empresa contratada

O Recorrente, em síntese, se insurgiu em face do Acórdão proferido pela Segunda Câmara deste Tribunal de Contas, na sessão do dia 20/10/2022, que afastou os elementos apresentados em relação à fraude nos Procedimentos de Inexigibilidade de Licitação n° 001/2016, n° 001/2017 e n° 001/2018 e o conluio entre a Administração Pública Municipal e a empresa contratada, alegado pela Representante, ora Recorrente.

Sustentou que a fraude fundamenta-se no fato de que “a empresa ADPM, de forma consciente e deliberada, vem oferecendo a prestação de serviços corriqueiros da administração Pública à prefeituras e câmaras dos municípios mineiros e, para conferir aparente legalidade a contratação, fornece o processo montado de inexigibilidade de licitação; lado outro, os gestores anuem com a prática fraudulenta, em detrimento da realização do regular processo licitatório ou do incremento técnico do quadro de pessoas do órgão” (peça n° 1 do SGAP).

Afirmou que a documentação constante da Inexigibilidade demonstra que os Agentes Públicos receberam os documentos da ADPM e assinaram sem qualquer apreciação técnica ou controle de legalidade, o que caracterizaria fraude à Lei n° 8.666/93.

Discorreu acerca da prova indiciária para os casos de difícil verificação e colacionou entendimentos jurisprudenciais.

Ao final, requereu a reforma do Acórdão para que fosse reconhecida a irregularidade diante da fraude à Lei n° 8.666/93 e existência de conluio entre a ADPM e o Instituto de Previdência de Buritis, nos moldes do art. 3°, *caput*, e § 1°, I, da Lei n° 8.666/93, com a condenação dos

responsáveis ao pagamento de multa, e o reconhecimento da inidoneidade para licitar da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda., nos termos do art. 93 da Lei Complementar nº 102/2008.

Devidamente intimada para manifestar-se, à peça nº 20 do SGAP, a empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. alegou, em síntese, a regularidade do fornecimento da minuta de parecer jurídico ou outras peças pela contratada, afastando a alegação de conluio e de irregularidade pela utilização de peças modelos.

Os Senhores Emiliana Leite Botelho, Ivanildo Quintal de Souza, Marcos Aurélio Moraes Silva e Moacir Pitanguy do Prado Junior, em que pese devidamente intimados, permaneceram inertes, conforme certidão anexada à peça nº 21 do SGAP.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, à peça nº 22 do SGAP, entendeu pela ausência de comprovação de fraude, sob o fundamento de que a apresentação de modelos idênticos nos procedimentos de contratação direta realizados com a empresa ADPM não comprova a existência de fraude, pugnano pela improcedência do pedido de alteração da decisão recorrida.

Por sua vez, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas emitiu parecer, anexado à peça nº 24 do SGAP, opinando pelo provimento do apelo ministerial, com a reforma da decisão proferida para que fosse reconhecida a irregularidade das Inexigibilidades de Licitação nº 01/2016, nº 01/2017 e nº 01/2018, do Instituto de Previdência de Buritis.

Pois bem.

Conforme destacado anteriormente, o colegiado da Segunda Câmara entendeu pela ausência de prova robusta nos autos que comprovasse a ocorrência de conluio ou fraude entre a empresa contratada, ADPM - Administração Pública para Municípios Ltda. e os Agentes Públicos do Instituto de Previdência de Buritis envolvidos na realização dos Processos de Inexigibilidade nº 001/2016, nº 001/2017 e nº 001/2018.

Sobreleva destacar trechos da decisão proferida pelo Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, nos autos do processo de origem, *in verbis*:

A respeito da utilização de “modelos” em face da jurisprudência colacionada pela ADPM, no caso, a Representação n. 1.058.892 (relator conselheiro José Alves Viana. Sessão do dia 9/2/2021) e o Recurso Ordinário n. 1.076.904 (relator conselheiro Sebastião Helvecio. Sessão do dia 27/1/2021), observa-se que o entendimento desta Corte não é pela irregularidade da utilização de tais instrumentos nos procedimentos licitatórios.

No parecer conclusivo de peça 51, o Parquet de Contas considerou que os representados não conseguiram afastar a ocorrência dos indícios de fraude por ele indicada, e opinou pela procedência da irregularidade, com aplicação de multa aos responsáveis e reconhecimento da inidoneidade para licitar da empresa ADPM.

Ora, pelos elementos trazidos aos autos, e considerando que este Tribunal tem adotado o entendimento de que não há vedação para que o particular, interessado em contratar com a administração pública, forneça subsídios para os agentes públicos bem como a utilização de modelos da peça processual não tem o condão de macular a atividade do agente público, conluio que não há prova robusta nos autos que comprove a ocorrência de conluio ou fraude entre a empresa contratada ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. e os agentes públicos do Instituto de Previdência de Buritis envolvidos na realização dos Processos de Inexigibilidade n. 01/2016, n. 01/2017 e n. 01/2018.

Nesse contexto, tenho por improcedente este tópico.

Em contrapartida, o Recorrente afirmou que houve a configuração de fraude à Lei nº 8.666/93 e conluio entre a Administração Municipal e a empresa contratada, sob os seguintes apontamentos (peça nº 1 do SGAP):

- a) A maioria dos atos referentes à Inexigibilidade nº 001/2017 ocorreram no dia 2/1/2017, enquanto os relativos à Inexigibilidade nº 001/2018 ocorreram no dia 2/1/2018;
- b) Na inexigibilidade nº 001/2017, a proposta foi enviada em 16/12/2016, enquanto a requisição para a realização do serviço só foi formulada pelo Diretor Administrativo Financeiro do IPREB, Sr. Moacir Pitanguy do Prado Junior, em 2/1/2017. Na Inexigibilidade nº 001/2018, a proposta foi enviada em novembro de 2017 e a requisição foi efetuada em 2/1/2018;
- c) Não houve qualquer menção sobre o valor estimado que seria exigido para a realização das contratações nas solicitações sobre a existência de dotação orçamentária e recursos, tampouco nas estimativas de impacto econômico-financeiro. Cumulativamente, não existe qualquer documento que corrobore a realização da pesquisa para a cotação de preços;
- d) Os pareceres, assinados pela Sra. Emiliana Leite Botelho, são idênticos aos pareceres adotados por outros municípios em contratações realizadas com a empresa ADPM;
- e) Os membros titulares da Comissão Permanente de Licitação nomeados nos anos de 2016, 2017 e 2018, respectivamente pelas Portarias n. 01/2016, 01/2017 e 01/2018, foram os mesmos: Ivanildo Quintal de Souza, Presidente; Moacir Pitanguy do Prado Junior, Membro; e Rosa Amélia Gonçalves da Silva, Membro.

O ponto crucial da insurgência do Recorrente em face ao Acórdão exarado pela Segunda Câmara consiste na ausência de prova robusta nos autos da Representação nº 1.071.535, que comprovasse a ocorrência de conluio ou fraude entre a empresa contratada e os Agentes Públicos do Instituto de Previdência de Buritis envolvidos na realização dos Processos de Inexigibilidade nº 001/2016, nº 001/2017 e nº 001/2018.

Quanto à alegação de montagem dos procedimentos licitatórios, por meio da utilização de modelos de pareceres jurídicos, esta Corte de Contas já se manifestou em casos similares que envolviam a empresa ADPM, afastando a irregularidade da utilização de “modelos”, desde que realizada uma análise pormenorizada, a exemplo das minutas que abaixo colaciono:

REPRESENTAÇÃO. CÂMARA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. INVIABILIDADE DA COMPETIÇÃO. POSSIBILIDADE. SERVIÇO CUSTOMIZADO. MODELO DE PARECER. ESPECIFICIDADE. LEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. A infungibilidade, essencial para a caracterização de inexigibilidade no procedimento licitatório, pode estar na busca por um serviço customizado para atender aos interesses e necessidades peculiares do Município que, aliado ao princípio da confiança, leva a uma escolha que melhor atenda ao interesse público.

2. A utilização de modelos de parecer, desde que feita uma análise pormenorizada de cada caso, não indica ocorrência de ilegalidade por montagem do processo.

[REPRESENTAÇÃO n. 1058892. Rel. CONS. JOSÉ ALVES VIANA. Sessão do dia 09/02/2021. Disponibilizada no DOC do dia 22/04/2021. Primeira Câmara.]

RECURSO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO. CONSULTORIA E AUDITORIA CONTÁBIL. SERVIÇOS NÃO HABITUAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO. SINGULARIDADE. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. ESCOLHA DO CONTRATADO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. UTILIZAÇÃO DE MODELO DE PARECER JURÍDICO. REGULARIDADE. PROCEDÊNCIA.

1. Diante das alterações oriundas da Lei n. 14.039/2020, se verificado os requisitos que se aplicam para o instituto da inexigibilidade de licitação (art. 25, II da Lei n. 8.666/1993), somados a comprovação da notória especialização da empresa contratada, não há porque apontar a contratação como irregular.

2. Comprovada a notória especialização, nos termos da novel legislação, a escolha do contratado, devidamente justificada, para atender aos requisitos da essencialidade e adequabilidade à plena satisfação do objeto contratado, dar-se-á, subjetivamente, pelo princípio da confiança.

3. Nas contratações diretas, o fornecimento de subsídios à Administração, pelo futuro contratado, não constitui, por si só, afronta à legislação vigente, sendo, a utilização de modelo de parecer jurídico, aceitável quando contemple fidedignamente seu objetivo, assumindo, o signatário, todas as responsabilidades legais.

[RECURSO ORDINÁRIO n. 1095324. Rel. CONS. DURVAL ANGELO. Sessão do dia 01/06/2022. Disponibilizada no DOC do dia 10/06/2022. Colegiado. PLENO.]

No que tange à comprovação de fraude à licitação, cumpre destacar a Representação nº 1.015.584, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, que entendeu pela necessidade de ampla análise probatória para fins de comprovação da fraude abarcando a configuração de conluio, conforme minuta que abaixo transcrevo:

REPRESENTAÇÃO. PROCESSO SELETIVO PARA CONCESSÃO DE PERMISSÃO DE USO DO BEM PÚBLICO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECONHECIMENTO. EMPRESAS ENVOLVIDAS. MANUTENÇÃO NO POLO PASSIVO. MÉRITO. IRREGULARIDADES NO CERTAME. REPASSE DA AUTORIZAÇÃO DE USO DO BEM PÚBLICO PARA TERCEIROS, SEM ANUÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. CONLUIO. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO.

1. A ausência de relação do agente público com os fatos reputados irregulares enseja o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva.

2. A referência quanto a possível conluio entre empresas em processo seletivo acarreta a sua manutenção no polo passivo da demanda para que, em observância ao contraditório e à ampla defesa, sejam apreciadas as suas alegações defensivas, de maneira a aferir, na análise de mérito, sua responsabilidade no caso concreto.

3. A permissão de uso de bem público é ato administrativo de caráter precário que não gera obrigação à Administração Pública, sendo inexigível a deflagração de processo licitatório. A falta de obrigatoriedade na realização de licitação; no entanto, não é um impeditivo para instauração do procedimento, cabendo ao gestor, verificada a existência de interessados, assegurar o caráter impessoal da escolha.

4. A comprovação de fraude à licitação, abarcando a configuração de conluio, montagem e combinação de preço demanda análise probatória ampla.

5. Não demonstrada a ocorrência de repasse da autorização de uso do bem público para terceiros, sem anuência da Administração, mas tão somente a realização de parcerias comerciais para realização dos eventos, conforme permitido em contrato firmado entre o Município e o particular, não há se falar em ocorrência de irregularidade. (Grifo nosso)

Após realizada a análise da documentação apresentada nos autos principais (Representação nº 1.071.535), constato os pareceres jurídicos relativos ao Processo de Inexigibilidade nº 01/2016 (peça nº 19 do SGAP, fls. 492/509); Processo de Inexigibilidade nº 01/2017 (peça nº 22 do SGAP, fls. 1.157/1.175); Processo de Inexigibilidade nº 01/2018 (peça nº 25, fls. 1.935/1.951).

No entanto, no caso em apreço, entendo que a referida documentação por si só não é suficiente para macular os procedimentos licitatórios, inexistindo elementos concretos que indiquem fraude e conluio entre a ADPM e o Instituto de Previdência de Buritis.

Nesse sentido, não há que se falar em responsabilização dos agentes públicos, uma vez que não restou configurada a existência de dolo ou de erro grosseiro, motivo pelo qual afastou as razões recursais apresentadas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e voto pela improcedência do Recurso.

II. 2. 4 – Ausência de projeto básico ou termo de referência – Artigo 7º, § 2º, I da Lei nº 8.666/93

O Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais insurgiu em face do entendimento proferido pelo colegiado da Segunda Câmara, que julgou improcedente a alegação de ausência de Projeto Básico ou Termo de Referência no Processo de Inexigibilidade nº 01/2016, em confronto ao disposto no art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93, sob o fundamento de que a expressão “no que couber” prevista no § 9º do referido dispositivo, atribui margem para existência de dúvida razoável por parte dos aplicadores do Direito.

Afirmou que, por meio do projeto básico ou termo de referência, “a Administração irá especificar o que pretende contratar, providência essencial para a escolha da contratada e, posteriormente, para a fiscalização da execução dos serviços”, ressaltando a sua imprescindibilidade (peça nº 1 do SGAP).

Sustentou que a insuficiência em questão prejudicou os Processos de Inexigibilidades deflagradas pelo Instituto de Previdência de Buritis, sob o fundamento de que foram celebrados contratos “guarda-chuva” entre o poder público e a ADPM, que previram diversos serviços de forma vaga e genérica.

Requeru, por fim, a reforma do Acórdão, com a condenação dos responsáveis ao pagamento de multa.

Intimada para manifestar-se, à peça nº 20 do SGAP, a empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. alegou, em síntese, que no procedimento de contratação direta mediante Inexigibilidade de Licitação não se faz a cotação, mas justificativa de preço.

Ainda, ponderou que a Inexigibilidade de Licitação deve seguir o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93, diante da singularidade dos serviços, sendo impossível a adoção integral dos mesmos procedimentos adotados para os processos licitatórios.

Ao final, ponderou que “as propostas formuladas pela ADPM contemplavam, devidamente, o objeto contratual e a forma de execução dos serviços, bem como foi realizada a efetiva justificativa de preços, restando satisfeitas a exigência de especificação do objeto do serviço e as finalidades dos §2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, incidindo, por conseguinte, o §9º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, razão pela qual deve ser provido o presente recurso” (peça nº 20 do SGAP).

Em análise ao presente apontamento, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios assim entendeu (peça nº 22 do SGAP):

Desse modo, entende-se que a falta de projeto básico ou termo de referência demonstra a ausência de planejamento dos gestores municipais, podendo trazer graves danos e riscos à qualidade da contratação e ao dispêndio dos recursos públicos do município.

O fato de nas propostas formuladas pela ADPM se encontrarem definidos o objeto contratual e a forma de execução dos serviços, restando satisfeita a exigência de especificação do objeto do serviço e as finalidades, não pode ser justificativa para a inexistência do projeto básico.

Ora, tal instrumento é inerente à fase interna ou preparatória da contratação, pois é nele que o setor requisitante define o objeto que a Administração Pública precisa contratar.

Por esse motivo, o gestor responsável pela elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico, pode ser responsabilizado pelos erros decorrentes de tal instrumento.

(...)

Conforme bem colocou o recorrente, outorgar tal detalhamento ao particular é inverter a lógica das contratações públicas, uma vez que se confere à própria empresa a prerrogativa de definir o que será executado.

Considerando a dimensão dos serviços a serem prestados pela ADPM ao Instituto de Previdência de Buritis – IPREB, e a continuidade da prestação destes serviços (12 meses), cabível e necessária a apresentação do Termo de Referência.

Portanto, entende-se que houve descumprimento às disposições do §2º, I do artigo 7º da Lei Federal n. 8.666/1993 na realização das Inexigibilidades nº 001/2016, nº 001/2017 e nº 001/2018 do Instituto de Previdência.

No mesmo sentido, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas opinou pela reforma da decisão proferida, nesses termos (peça nº 24 do SGAP):

O Ministério Público de Contas REITERA os fundamentos da peça recursal e OPINA pelo provimento do apelo ministerial, com a REFORMA DA DECISÃO PROFERIDA, para que seja reconhecida a irregularidade das **Inexigibilidades de Licitação nº 01/2016, nº 01/2017 e nº 01/2018, do Instituto de Previdência de Buritis**, nos seguintes termos:

[...]

C) **Condenar os responsáveis, Moacir Pintanguy Do Prado Junior**, Diretor Administrativo e Financeiro do Instituto de Previdência de Buritis – IPREB, na qualidade de agente requisitante das contratações, no período de 2016 a 2018; **Marcos Aurélio Moraes Silva**, Assessor Jurídico do Instituto de Previdência de Buritis - IPREB, no exercício de 2016, na qualidade de subscritor do parecer jurídico que respaldou a Inexigibilidade de Licitação nº 001/2016; **Moacir Pintanguy Do Prado Junior**, Diretor Administrativo e Financeiro do Instituto de Previdência de Buritis – IPREB, na qualidade de agente requisitante das contratações, no período de 2016 a 2018; e **Emiliana Leite Botelho**, Assessora Jurídica do Instituto de Previdência de Buritis - IPREB, nos exercícios de 2017 e 2018, na qualidade de subscritora dos pareceres jurídicos que respaldaram as Inexigibilidades de Licitação nºs 001/2017 e 001/2018, **ao pagamento de multa**, nos termos dos artigos 83, I, e 85, II, da LC nº 102/2008, **considerando a procedência das irregularidades relativas à ausência de projeto básico ou termo de referência e à ausência de orçamento detalhado em planilhas**, em razão de violação expressa ao disposto na legislação federal: descumprimento ao artigo 7º, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993; (Grifos originais)

Examinado.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 6º, IX, assim denomina projeto básico:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

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

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

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

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

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

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

[...]

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

No que se refere aos casos de Dispensa e Inexigibilidade de Licitação, conforme o disposto no § 9º do dispositivo acima colacionado, as exigências veiculadas no artigo se aplicam “no que couberem”, haja vista a necessidade de adaptação do procedimento formal tradicional às especificidades do caso concreto.

No caso de serviço técnico dotado de singularidade com profissional de notória especialização, como no caso em análise, a escolha da Administração Pública encontra-se ligada à metodologia e à marca pessoal do contratado, que o distingue dos demais prestadores de serviços de natureza semelhante e o torna mais apto à satisfação da necessidade pública.

Quanto ao presente apontamento, destaco que, ao apreciar casos similares, os quais também envolviam a contratação da empresa ADPM por meio de processo de inexigibilidade, este Tribunal de Contas, em síntese, o reiterado e já reproduzido raciocínio:

RECURSO ORDINÁRIO. EDITAL DE LICITAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. REGULAR CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE. SINGULARIDADE DO OBJETO. CONSULTORIA CONTÁBIL. AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO OU TERMO DE REFERÊNCIA. REGULARIDADE. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS. RESPONSABILIDADE DA AUTORIDADE HOMOLOGADORA DO CERTAME E DOS SUBSCRITORES DO EDITAL. SERVIÇO PREDOMINANTEMENTE INTELECTUAL. JUSTIFICATIVA DE PREÇOS. INDIVIDUALIZAÇÃO DOS CUSTOS UNITÁRIOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

1. Para fins de caracterização da hipótese descrita no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, considera-se singular o objeto que exige, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

2. Nos termos do § 1º do art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295/46, com redação dada pela Lei nº 14.039/20, os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada a notória especialização do contratado.

3. Não sendo possível realizar o confronto de preços em contratações de outros profissionais devido à singularidade do objeto, a razoabilidade do valor poderá ser aferida por meio da comparação com o preço praticado pelo contratado em outros órgãos para a prestação de serviços equivalentes.

4. Em contratações por processos de inexigibilidade de licitação, considerando a singularidade do objeto, a notória especialização e as particularidades metodológicas do contratado que levaram à sua escolha pela Administração Pública, não há impedimento para que as informações relativas ao projeto básico sejam extraídas de peça elaborada pelo próprio interessado na contratação. [...] (Grifo nosso)

[RECURSO ORDINÁRIO n. 1082581. Rel. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. Sessão do dia 30/06/2021. Disponibilizada no DOC do dia 03/08/2021. Colegiado. PLENO.]

RECURSOS ORDINÁRIOS. REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE AUDITORIA E CONSULTORIA MEDIANTE PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO E DE ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHA. AUSÊNCIAS SUPRIDAS PELA ROBUSTA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. REGULARIDADE. DESCONSTITUÍDAS AS MULTAS APLICADAS ÀS RESPONSÁVEIS ; RECONDUÇÃO DOS MEMBROS DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO. IRREGULARIDADE. MANTIDA A MULTA INDIVIDUAL IMPUTADA ÀS RESPONSÁVEIS ; AUSÊNCIA DE CLÁUSULA SOBRE O CRITÉRIO DE REAJUSTE DO CONTRATO. IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO IMPUTADA PENALIDADE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A falta de projeto básico ou termo de referência não demonstra por si só a ausência de planejamento dos gestores municipais.

2. A exigência de orçamento detalhado em planilhas pode ser substituída pela justificativa de preço, a depender do caso concreto.

3. Ao prever a rotatividade da composição da Comissão Permanente de Licitação, a lei busca preservar a Administração da perpetuação de falhas cometidas por determinados integrantes, sejam decorrentes de má-fé ou de deficiência técnica. [...] (Grifo nosso)

[RECURSO ORDINÁRIO n. 1104876. Rel. CONS. DURVAL ANGELO. Sessão do dia 17/08/2022. Disponibilizada no DOC do dia 02/09/2022. Colegiado. PLENO.]

Assim, diante dos entendimentos expostos, entende-se que a jurisprudência deste Tribunal de Contas caminha no sentido de que, inobstante a exigência do art. 7º da Lei nº 8.666/93, tratando-se de processos de inexigibilidade de licitação, considerando a singularidade do objeto, a notória especialização e as particularidades metodológicas do contrato, não há impedimento para que os elementos definidores do objeto, relativos ao projeto básico, sejam extraídos de documentos elaborados pelo próprio interessado na contratação.

Nesse sentido, na linha de entendimento do Acórdão recorrido e, em análise aos documentos juntados na Representação nº 1.071.535, verifico que o “Termo de Referência” do Processo de Inexigibilidade nº 001/2016 (fls. 42/57, peça nº 17 do SGAP), realizado pela própria empresa ADPM, prevê as especificações para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil e financeira, tais como o corpo técnico profissional e o detalhamento da prestação de serviços.

Por sua vez, na documentação juntada às fls. 573/574 (peça nº 19 do SGAP, processo principal), constatei o “Termo de Referência” do Processo de Inexigibilidade nº 001/2017, realizado pelo Instituto de Previdência de Buritis, que contempla o objeto, a justificativa, o quantitativo e custo, a dotação orçamentária e a vigência do contrato celebrado com a ADPM.

Por fim, à peça nº 22 do SGAP (fls. 1.260/1.261, dos autos principais), verifiquei a presença do Termo de Referência relativo ao Processo de Inexigibilidade nº 001/2018, que também contém o objeto, a justificativa, o quantitativo e custo, a adoção orçamentária e a vigência do contrato celebrado.

Assim, na linha do entendimento do Acórdão recorrido, entendo que a documentação arrolada aos autos atendeu à exigência de especificação do objeto do serviço prevista no art. 6º, IX, e às finalidades do § 9º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, motivo pelo qual julgo improcedente as razões recursais apresentadas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e voto pela manutenção do Acórdão recorrido.

II. 2. 5 – Ausência de orçamento detalhado em planilhas – Artigo 7º, § 2º, II da Lei nº 8.666/93

O Recorrente afirmou que na peça exordial dos autos principais, indicou de forma autônoma, dois apontamentos que representaram violação ao disposto na Lei nº 8.666/93, quais sejam, (a) ausência de orçamento detalhado em planilhas, em confronto ao art. 7º, § 2º, II e (b) ausência de demonstração da razão de escolha da empresa e da justificativa do preço, descumprimento ao ar. 26, parágrafo único, II e III, do mesmo diploma legal.

Ponderou que na Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União nº 17/2009, reproduzida pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2993/2018-Plenário, restou firmado o entendimento no sentido de que o valor da inexigibilidade poderia ser aferido por intermédio de comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada, não havendo que se falar em violação ao disposto no art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93.

No entanto, afirmou ter restado mantido a violação ao art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, diante da ausência de orçamento detalhado que permitiria a comparação de valores unitários praticados por mais de uma empresa, visando a aferição do preço de mercado e a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Ao final, requereu a reforma do acórdão para que fosse reconhecida a irregularidade relativa à ausência de orçamento detalhado em planilhas, nos termos do art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93. Ponderou que, diante da dúvida razoável em entorno da Orientação Normativa da AGU nº 17/2009, deixou de requerer a condenação dos responsáveis ao pagamento de multa.

A empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. sustentou, em síntese, que no procedimento de contratação direta mediante inexigibilidade de licitação não se faz cotação de preço e que, no caso concreto, houve a aferição da razoabilidade do preço mediante a comparação de preços praticados pelo contratado, nos termos do § 9º do art. 7º da Lei nº 8.666/93 (peça nº 20 do SGAP).

Os demais responsáveis, regularmente intimados, não se manifestaram, conforme relatado.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, à peça nº 22 do SGAP, entendeu pela irregularidade da falta de orçamento detalhado em planilhas que expressasse custos unitários do objeto a ser contratado nos processos de Inexigibilidades nº 001/2016, nº 001/2017 e nº 001/2018.

Na mesma esteira, o Ministério Público de Contas, à peça nº 24 do SGAP, retificou o entendimento anterior quanto à ausência de consolidação de erro grosseiro capaz de condenar os responsáveis e opinou pela aplicação de multa, tendo em vista a ausência de orçamento detalhado em planilhas.

Pois bem.

Cumpra destacar o entendimento proferido pelo Colegiado da Segunda Câmara, no Acórdão da Representação nº 1.071.535:

Acerca deste item, registra-se, de início, que a situação ora examinada diz respeito a procedimentos de inexigibilidade pautados na singularidade do objeto, o que, por conceito, é incompatível com a comparação objetiva com outros serviços.

Esse mesmo raciocínio foi recentemente adotado pelo Tribunal de Contas da União, de que a realização de cotação de preços junto a potenciais prestadores dos serviços demandados, a fim de justificar que os preços contratados estão compatíveis com os praticados no mercado, afasta a hipótese de inexigibilidade de licitação, por restar caracterizada a viabilidade de competição, consoante consta do Acórdão n. 2280/2019.

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

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

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

Nesta Corte verifica-se que foi encampada a tese de justificativa de preços por meio da averiguação dos preços praticados pelo contratado. [...]

Nesse contexto, a meu ver, afiguram-se amparadas pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial as justificativas de preço constantes dos procedimentos de inexigibilidade realizados no âmbito do Instituto de Previdência de Buritis – Ipreb, nos Processos de Inexigibilidades n. 01/2016, n. 01/2017 e n. 01/2018, cujos preços utilizados como referência foram indicados pela empresa ADPM em suas propostas, estando os valores compatíveis com o praticado pela mesma empresa em outros órgãos de porte semelhante para a prestação de serviços equivalentes.

Com efeito, tendo em vista que as justificativas de preços avaliaram os valores propostos por meio de comparação com os praticados pela mesma empresa em outros órgãos públicos para a prestação de serviços similares, considero atendida a exigência do art. 26, III, da Lei

n. 8.666/93, sendo inaplicável para a hipótese a disposição do art. 7º, § 2º, II, do mesmo diploma, razão pela qual entendo ser improcedente a representação também quanto a este item.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 7º, § 2º, II, impõe às licitações para obras e serviços, orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitário, vejamos:

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

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

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; (Grifo nosso)

No caso dos autos, a empresa ADPM foi contratada diretamente, por meio de Processo de Inexigibilidade, para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil e financeira. Assim, a despeito da singularidade e notória especialização que permeiam o objeto, que resultam na inviabilidade de competição, há de se ponderar que a norma de regência não deve ser o dispositivo acima citado, que se aplica aos contratos de licitação “tradicionais”.

Trata-se, pois, de aplicação do disposto no art. 26, parágrafo único, III, da Lei nº 8.666/93, o qual exige a justificativa de preços, sem mencionar o orçamento detalhado em planilhas, vejamos:

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.

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

III - justificativa do preço. (Grifo nosso)

Acerca da questão do preço da contratação, assim entende o doutrinador Marçal Justen Filho⁶, vejamos:

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

Cumpra salientar que, em caso similar de contratação direta da empresa ADPM, proferi entendimento nos autos da Representação nº 1.084.215, apreciada pela Segunda Câmara no dia 14/12/2021, no sentido de que as exigências do art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93 foram atendidas por meio da comparação com os preços praticados pela mesma empresa em outros órgãos públicos para a prestação de serviços similares, dada a singularidade do objeto, vejamos:

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 370.

Com efeito, impende registrar que a situação ora examinada diz respeito a procedimentos de inexigibilidade e, diante da dificuldade derivada da inviabilidade de competição, no bojo dos procedimentos de contratação direta a contraprestação a ser paga deve ser justificada, de modo a demonstrar a sua razoabilidade diante das circunstâncias concretas. [...]

Recentemente, o Tribunal de Contas da União decidiu no sentido de que a realização de cotação de preços junto a potenciais prestadores dos serviços demandados, a fim de justificar que os preços contratados estão compatíveis com os praticados no mercado, afasta a hipótese de inexigibilidade de licitação, por restar caracterizada a viabilidade de competição, nos termos do Acórdão nº 2280/2019, de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

Nessa esteira, destaco a Orientação Normativa nº 17, da Advocacia-Geral da União, que assim estabelece:

A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos. [...]

Compulsando os autos em epígrafe, verifico que a justificativa de preço para a prestação dos serviços técnicos profissionais especializados foram estabelecidos, dentre outros fatores, pelo valor equivalente ao praticado nos demais contratos similares firmados entre a ADPM e outros Municípios, consoante tabela disposta na proposta de honorários junto aos Processos de Inexigibilidade nº 01/2017 e 01/2018, fl. 33 e 640 (peças n. os 07 e 12), respectivamente.

Desta forma, entendo que as justificativas de preço extraídas dos Processo de Inexigibilidade, realizadas no âmbito da Câmara Municipal de Maria da Fé, encontram-se amparadas pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Assim, tendo em vista que as justificativas de preços avaliaram os valores propostos, por meio de comparação com os praticados pela mesma empresa em outros órgãos públicos para a prestação de serviços similares, considero atendida a exigência do art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, motivo pelo qual julgo improcedente a representação neste aspecto.

Ademais, apresento recente decisão proferida nos autos do Recurso Ordinário nº 1.121.034, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, apreciada na sessão do dia 12/07/2023, oportunidade na qual o Tribunal Pleno, por unanimidade, deu provimento ao recurso interposto pela empresa ADPM e julgou improcedente o apontamento de ausência de orçamento detalhado em planilhas diante da razoabilidade da aferição do valor por meio da comparação com o preço praticado pelo contratado, conforme trechos abaixo transcrevo:

[...]

Nesse contexto, a meu ver, afigura-se suficiente, amparada pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial, a justificativa de preço constante do procedimento de Inexigibilidade nº 8/14 (Processo Licitatório nº 63/14) realizado pelo Município de Amparo da Serra, considerando que foram indicados contratos de prestação de serviços equivalentes, em municípios de porte similar e valores compatíveis, executados pela mesma empresa, ora recorrente (fls. 3, volume 1 da peça nº 92 do processo em apenso nº 1.084.279)⁷

Cumprе anotar, inclusive, que em quatro dos cinco dos contratos indicados, celebrado com os municípios de São José do Alegre, Silvianópolis, Varjão de Minas e Wenceslau Braz, o

⁷ Tabela seguindo Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009 da Advocacia Geral da União.

valor ajustado era superior ao analisado nestes autos, o que, em plano geral demonstra que o preço fixado no Procedimento de Inexigibilidade nº 8/14 ficou próximo da média com os demais instrumentos.

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

Diante dessas ponderações, acolho as razões recursais para reformar o acórdão recorrido, e julgar improcedente a alegação de ausência de orçamento detalhado em planilhas no Procedimento de Inexigibilidade nº 8/14, pois, no caso concreto, as informações e os documentos que acompanharam a proposta de serviço continham elementos suficientes para oferecer um referencial de preços válido para a modalidade.

No mesmo sentido, colaciono ementa do Recurso Ordinário nº 1.082.581, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, apreciada na sessão do dia 30/06/2021, que tratou acerca da ausência de orçamento detalhado em planilhas em Processos de Inexigibilidade:

RECURSO ORDINÁRIO. EDITAL DE LICITAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. REGULAR CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE. SINGULARIDADE DO OBJETO. CONSULTORIA CONTÁBIL. AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO OU TERMO DE REFERÊNCIA. REGULARIDADE. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS. RESPONSABILIDADE DA AUTORIDADE HOMOLOGADORA DO CERTAME E DOS SUBSCRITORES DO EDITAL. SERVIÇO PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL. JUSTIFICATIVA DE PREÇOS. INDIVIDUALIZAÇÃO DOS CUSTOS UNITÁRIOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

[...] 3. Não sendo possível realizar o confronto de preços em contratações de outros profissionais devido à singularidade do objeto, a razoabilidade do valor poderá ser aferida por meio da comparação com o preço praticado pelo contratado em outros órgãos para a prestação de serviços equivalentes. [...]

[RECURSO ORDINÁRIO n. 1082581. Rel. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. Sessão do dia 30/06/2021. Disponibilizada no DOC do dia 03/08/2021. Colegiado. PLENO.]

Compulsando a documentação arrolada nos autos principais, verifico que a justificativa de preço para a prestação dos serviços técnicos profissionais foram estabelecidos, dentre outros fatores, pelo valor equivalente ao praticado nos demais contratos similares firmados entre a empresa ADPM e outros Municípios, conforme “Proposta de Honorários” referente ao Processo de Inexigibilidade nº 001/2016 (fls. 40/41, peça nº 17 do SGAP), nº 001/2017 (fls. 588/589, peça nº 19 do SGAP) e nº 001/2018 (fls. 1274/1275, peça nº 22 do SGAP).

Dessa forma, tendo em vista os entendimentos deste Tribunal de Contas acerca da matéria, acima colacionados, deixo de acolher as razões recursais acerca da ausência de orçamento detalhado em planilhas.

II. 2. 6 – Ausência de cláusula que estabeleça o critério de reajuste do contrato – Descumprimento dos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93

O Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais insurgiu em face do entendimento proferido pelo Colegiado da Segunda Câmara, que julgou improcedente a irregularidade apontada em relação à ausência de cláusula contratual, nos contratos celebrados em 2016, 2017 e 2018 com a empresa ADPM, em descumprimento ao disposto no art. 40, XI, c/c art. 55, III, da Lei nº 8.666/93.

Ponderou que o Colegiado entendeu pela ausência de prejuízo concreto, tendo em vista que os contratos celebrados foram firmados pelo prazo de até 12 (doze) meses, sem que tivesse havido

termo aditivo, não sendo imperativa a presença de cláusulas que estabelecesse o critério de reajuste por índice financeiro, de acordo com o disposto no inciso XI do art. 40 e no inciso III do art. 55 da Lei nº 8.666/93.

Por fim, requereu a reforma do Acórdão, para que seja reconhecida a irregularidade relativa a ausência de cláusula que estabeleça o critério de reajuste no contrato decorrente das Inexigibilidade de Licitação nº 001/2016, nº 001/2017 e nº 001/2018, bem como a expedição de recomendação ao atual Presidente do Instituto para que, em futuras contratações, se atente às previsões legais.

Em sede de manifestação, anexada à peça nº 20 do SGAP, a empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. afirmou, em síntese, que após a publicação da Lei nº 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, deixou de ser obrigatória a cláusula que estabeleça o critério de reajuste nos contratos cujo prazo de duração seja de até 1 (um) ano.

Intimados, os demais responsáveis não se manifestaram, nos termos já relatados.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, à peça nº 22 do SGAP, assim se manifestou:

Assim, conforme entendimento do TCU, independentemente da maioria dos contratos firmados com a ADPM tenham apresentado prazo de duração de um ano, mister se faz que tanto o edital quanto o instrumento contratual prevejam os critérios de reajuste, ante a determinação dos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93. Soma-se, o fato de que a contratação da ADPM se prolongou por 3 anos no Instituto de Previdência de Buritis – IPREB.

Em que pese a irregularidade supramencionada, entende-se que o caso em apreço, conforme arguiu o recorrente, merece aplicação do artigo 22 da Lei 13.655/2018 – que dispõe sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

“ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

Conforme asseverou o procurador da ADPM, não se vislumbrou qualquer dano sofrido pela administração pública, diante da inexistência de cláusula estabelecendo o critério de reajuste do contrato.

Desse modo, no caso concreto, cabível uma interpretação da norma violada em consonância com o art. 22 introduzido pela Lei n 13.655/2018 ao LINDB, para excluir a punibilidade do agente, com recomendação à Administração que em futuros contratos faça constar cláusula estabelecendo o critério de reajuste.

O Ministério Público de Contas, à peça nº 24 do SGAP, opinou pela reforma da Decisão, para que seja reconhecida a irregularidade relativa a ausência de cláusula que estabeleça o critério de reajuste no contrato decorrente das Inexigibilidades de Licitação nº 001/2016, nº 001/2017 e nº 001/2018, do Instituto de Previdência de Buritis.

Examino.

Inicialmente, sobreleva destacar que a Constituição da República assegura ao contratado, a manutenção das condições efetivas da proposta que deu origem ao contrato administrativo, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

O ordenamento jurídico prevê instrumentos para a recomposição de eventuais desequilíbrios contratuais, constando dentre eles a possibilidade de reajuste dos valores contratados por meio de estabelecimento de índice econômico regente de tal atualização, a exemplo do art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93, que prevê a indicação de critério de reajuste como cláusula obrigatória do ato convocatório, *in verbis*:

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

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

No mesmo sentido, o art. 55, III, da Lei de Licitações, prevê como cláusula necessária a periodicidade do reajustamento de preços, nesses termos:

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

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

Com efeito, resta incontroverso o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assegurado por intermédio da cláusula de reajuste, cuja utilização objetiva remediar os efeitos da desvalorização monetária.

Esta Corte de Contas, em sede de deliberação da temática, nos autos da Consulta nº 1.048.020, de minha relatoria, entendeu pela necessidade de previsão contratual de reajustamento de preços em contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, vejamos:

CONSULTA. PROCURADORIA MUNICIPAL. PRELIMINAR. ADMISSIBILIDADE. MÉRITO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. VIGÊNCIA SUPERIOR A UM ANO. REAJUSTE POR ÍNDICE. CONCESSÃO DE OFÍCIO PELA ADMINISTRAÇÃO. PAGAMENTO RETROATIVO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Sempre que o contrato administrativo vigorar por período superior a 1 (um) ano, o contratado fará jus ao reajuste por índice, sendo dever da Administração Pública concedê-lo independentemente de requerimento do particular ou de previsão contratual expressa.
2. Na hipótese de a Administração Pública não ter aplicado o índice de reajuste no momento oportuno, é devido o pagamento retroativo, observando-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

[CONSULTA n. 1048020. Rel. CONS. WANDERLEY ÁVILA. Sessão do dia 04/12/2019. Disponibilizada no DOC do dia 19/12/2019. Colegiado. PLENO.]

Nessa perspectiva, apresento trechos do voto proferido pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão, em sede de Recurso Ordinário nº 969.460, apreciado na sessão do Tribunal Pleno do dia 02/09/2020:

Em análise do edital e do contrato, ambos acostados aos autos de nº 924.012, não vislumbro disposição sobre o critério de reajuste a ser aplicado, apesar de, a priori, tratar-se, nos termos da Lei nº 8.666/93, de cláusula obrigatória do instrumento convocatório e necessária do contrato administrativo.

Conforme venho defendendo, após o advento do Plano Real, a obrigatoriedade das estipulações de critérios de reajuste ficou adstrita aos contratos cuja duração é superior a 12 (doze) meses, com fulcro no previsto no art. 2º, caput e § 1º, e no art. 3º, caput e §1º, ambos da Lei nº 10.192/01:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É **nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.**

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

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir. (Grifos no original)

[...]

Observa-se, portanto, que, *in casu*, à luz do disposto no §1º do art. 2º da Lei nº 10.192/01, no instrumento convocatório e no contrato em comento era imperativa a presença de cláusulas que estabelecessem o critério de reajuste por índice financeiro, de acordo com o disposto no inciso XI do art. 40 e no inciso III do art. 55 da Lei nº 8.666/93.

Ocorre que, como dito, o reajuste é um direito constitucionalmente assegurado e devidamente previsto nas normas de regência, o que garante a concessão do reajuste por índice financeiro, bastando que a duração do contrato estenda-se para além de 1 (um) ano para que o instituto produza seus efeitos, independentemente de sua previsão expressa no edital ou no contrato, com vistas a preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente avençado. [...]

Ainda, destaco o voto por mim proferido nos autos da Denúncia nº 1.088.820, apreciada na sessão da Segunda Câmara do dia 12/08/2021, oportunidade na qual afastei a irregularidade alegada quanto à ausência de cláusula de reajuste, nesses termos:

[...]

Desta feita, conforme anteriormente exposto, o Edital do Pregão Presencial nº 008/2020, prevê que o preço registrado para futura e eventual aquisição de pneus, câmaras e protetores, será fixo e irrevogável.

Entretanto, entendo que a realização de reajuste visando a preservação da equação econômico-financeira de um contrato administrativo é um direito garantido constitucionalmente, ainda que não haja previsão editalícia ou contratual.

Assim, inobstante a ausência de cláusula de reajuste, se, eventualmente, o prazo do contrato decorrente da Ata de Registro de Preços ultrapassar o período de 12 meses, o contratado fará jus ao reajuste, sendo dever da Administração Pública concedê-lo independentemente de requerimento do particular ou de previsão expressa.

Desta feita, com base nos entendimentos desta Corte de Contas, tratando-se de Ata de Registro Preços com prazo de vigência de 12 (doze) meses, sem previsão de prorrogação, entendo que não há prejuízo ao certame, motivo pelo qual afasto a irregularidade apontada e concluo improcedência da denúncia.

No caso em preço, compulsando a documentação arrolada nos autos principais, constatei a seguinte relação de validade dos contratos dos Processos de Inexigibilidade nº 001/2016, nº 001/2017 e nº 001/2018, respectivamente:

- O Contrato de prestação de serviços técnicos especializados nº 002/2016, referente ao Processo de Inexigibilidade nº 001/2016 previa a validade de 01 de abril de 2016 a 31 de dezembro de 2016 (fls. 515/520, peça nº 19 do SGAP dos autos principais), ou seja, **menos de 12 (doze) meses**;

Verifiquei, ainda, que no referido contrato havia a previsão de reajuste do valor com a variação do IGP-M da Fundação Getúlio Vargas, mediante aplicação do índice do mês anterior a apresentação da proposta e do índice do mês anterior ao mês previsto para o reajustamento.

- O Contrato de prestação de serviços técnicos especializados nº 002/2017, referente ao Processo de Inexigibilidade nº 001/2017 **previa a vigência de 12 (doze) meses**, a contar do dia 02 de janeiro de 2017 (fls. 1.181/1.190, peça nº 22 do SGAP dos autos principais);

- O Contrato de prestação de serviços técnicos especializados nº 001/2018, referente ao Processo de Inexigibilidade nº 001/2018, previa a validade de 02 de janeiro de 2018 a 31 de dezembro de 2018 (fls. 1957/1965, peça nº 25 do SGAP dos autos principais), ou seja, **menos de 12 (doze) meses**.

Verifica-se, assim, que nenhum dos contratos perduraram por mais de 12 (doze) meses.

Nesse sentido, entendo que a obrigatoriedade da estipulação de critério de reajuste está adstrita aos contratos cuja duração é superior a 12 (doze) meses, nos termos do entendimento esboçado na Consulta nº 1.048.020 e nos demais entendimentos jurisprudenciais acima colacionados, motivo pelo qual deixo de acolher as razões recursais e mantenho a decisão proferida pelo Colegiado da Segunda Câmara, que julgou improcedente a irregularidade apontada em relação à ausência de cláusula contratual.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, **nego provimento** ao recurso, mantendo a íntegra da decisão proferida pela Segunda Câmara, em Sessão do dia 20/10/2022, nos autos da Representação nº 1.071.535.

Intime-se o Recorrente, na figura do representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, Senhor Daniel de Carvalho Guimarães, bem como os Recorridos, Senhores Ivanildo Quintal de Souza, Moacir Pitanguy do Prado Júnior, Emiliana Leite Botelho e a empresa ADPM

– Administração Pública para Municípios Ltda., conforme o disposto no art. 166, II e § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

É como voto.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo com o Relator, senhor Presidente.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

Acompanho o Relator.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

De acordo com o Relator, Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR, TAMBÉM, QUANTO AO MÉRITO.

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

* * *