

REPRESENTAÇÃO N. 859176

Representantes: Antônio de Pádua Bazanini, Érico Queiroz Júnior, Janice Aparecida Alves Araújo, Paulo Delorenzo Perocco

Órgão: Prefeitura Municipal de Guaranésia

Responsável: João Carlos Minchillo

Interessado: Alberto de Paula

Procurador: Lilian da Silva Fernandes - OAB/MG 106.591

MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria

RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

EMENTA

REPRESENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ANTES DA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO. CONTRATO VERBAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE DO OBJETO. REEMBOLSO DE DESPESAS COM DESLOCAMENTO DE ADVOGADO CONTRATADO. RESTRIÇÃO ÀS DESPESAS DE CARÁTER EVENTUAL E SUBMETIDAS A LIMITE MÁXIMO. TERMO ADITIVO EXTEMPORÂNEO. IRREGULARIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Constatada a inoccorrência da prescrição da pretensão punitiva, rejeita-se a prejudicial de mérito arguida pelo Órgão Ministerial.
2. A prestação dos serviços antes da realização dos atos do procedimento de justificação da inexigibilidade e da formalização do contrato afronta o art. 60 da Lei n. 8.666/93, em face da realização de despesas sem lastro contratual.
3. A ausência de singularidade dos serviços de assessoria jurídica, por tratar-se de tarefas rotineiras, permanentes e não-excepcionais, torna inadmissível a contratação por inexigibilidade de licitação.
4. A previsão de reembolso, pela contratante, de despesas incorridas por advogados para acompanhamento de ações judiciais fora do local de prestação dos serviços é admitida quando apresentar caráter eventual e contar com limite máximo no instrumento contratual ou em normas internas.
5. A prorrogação do contrato administrativo exige a formalização de termo aditivo antes do término do prazo de vigência do ajuste, tendo em vista que, uma vez expirado o prazo, o contrato original está extinto e não há possibilidade de produzir efeitos retroativos.

Segunda Câmara
13ª Sessão Ordinária – 02/05/2019

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de representação formulada pelos Senhores Érico Queiroz Júnior, Antônio de Pádua Bazanini e Paulo Delorenzo Perocco e pela Senhora Janice Aparecida Alves Araújo, todos servidores públicos do Município de Guaranésia, em que relatam a ocorrência de irregularidades

no Processo Administrativo nº 015/2009 – Inexigibilidade nº 01/2009, cujo objeto consiste na contratação da prestação de serviços advocatícios, de assessoramento e de consultoria, e no contrato dele decorrente, celebrado entre o Município e o Senhor Alberto de Paula.

Apontam os representantes o impedimento do contratado por ser também advogado do ex-Prefeito, a ilegalidade do reembolso de despesas com locomoção, hospedagem e alimentação, a assinatura de contrato em dia sem expediente, a adoção de efeitos retroativos, a extemporaneidade da publicação do extrato do contrato, a ausência de apresentação de certidão negativa da empresa do contratado, a elaboração de parecer jurídico e a emissão de despacho após a celebração do contrato, a incompatibilidade de horários para a prestação do serviço, a comprovação de participação em cursos com conteúdo estranho ao objeto do contrato, a contradição entre cláusulas atinentes à extensão do objeto, a divergência na numeração do contrato e, por fim, a ausência de singularidade do objeto. Ressaltam que tais falhas sugerem que o procedimento de justificação foi montado tempos após à data aposta no instrumento contratual.

A documentação foi recebida como representação em 16/08/11 (fl. 160).

A Unidade Técnica procedeu à análise dos apontamentos às fls. 172/181, considerando irregulares a contratação direta por inexigibilidade, em face da ausência de singularidade do objeto, a atribuição de efeitos retroativos ao contrato, a convalidação de atos realizados em momento anterior e o descumprimento do prazo para publicação do extrato do contrato.

Em manifestação preliminar, o Ministério Público de Contas aditou os apontamentos, neles incluindo as sucessivas prorrogações do contrato, quando já expirado o prazo de vigência (fl. 185/192).

À fl. 193, foi determinada a citação do Senhor João Carlos Minchillo, então Prefeito Municipal de Guaranésia.

A defesa foi apresentada às fls. 198/233, com o argumento de que a representação configura uma tentativa de retaliação dos servidores e que, em procedimento disciplinar, foram reconhecidas falhas formais em procedimentos licitatórios conduzidos pela primeira Comissão Permanente de Licitação (CPL), todas sob responsabilidade da presidente à época, Juliana Aparecida da Costa e Souza, porém incapazes de invalidar os atos. Destacou, ainda, que o contratado é profissional bem recomendado e com ampla experiência na área, sendo que as atividades a ele atribuídas se restringiam às de alta complexidade, que a retroação dos efeitos teve como objetivo reconhecer uma situação de fato, que a publicação do extrato do contrato se deu extemporaneamente em razão do vencimento de todos os contratos ao final do ano anterior e que as sucessivas prorrogações visaram garantir a continuidade dos serviços, além de confirmar a celebração do contrato em um domingo.

Em sede de reexame (fls. 396/401), a Unidade Técnica ratificou as irregularidades reconhecidas no estudo anterior e no parecer ministerial, enquanto o *Parquet* de Contas suscitou, em prejudicial de mérito, a incidência da prescrição da pretensão punitiva.

Em 18/02/19, os autos foram a mim redistribuídos, com fundamento no art. 115 do Regimento Interno (fl. 410).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Prejudicial de mérito

Conforme relatado, em prejudicial de mérito, o Ministério Público de Contas opinou pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal Contas, considerando que o despacho de recebimento da representação data de mais de 5 (cinco) anos.

Tendo em vista as normas de prescrição atualmente em vigor, constata-se que, no caso, os fatos analisados remontam ao exercício de 2009, tendo o prazo prescricional sido interrompido em 16/08/2011, com o despacho de recebimento da representação, nos termos do inciso V do art. 110-C da Lei Orgânica.

Dessa forma, considerando que a interrupção da prescrição inicial ocorreu menos de 5 (cinco) anos após a ocorrência dos fatos em análise, entendo incabível a aplicação da hipótese prevista no inciso I do art. 118-A da referida Lei.

Do mesmo modo, verifica-se a não incidência das hipóteses previstas no inciso II e no parágrafo único do art. 118-A da Lei Orgânica, uma vez que não transcorreu o lapso de 8 (oito) anos desde a causa interruptiva da prescrição e que o processo não ficou paralisado em um único setor por mais de 5 (cinco) anos.

Também, não há que se falar na incidência do inciso III do art. 118-A da Lei Orgânica, uma vez que o processo não se encontra em fase recursal.

Desse modo, não se verifica a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, razão pela qual afasto a prejudicial de mérito arguida pelo *Parquet* de Contas.

Mérito

Versa a representação sobre possíveis irregularidades no Processo Administrativo nº 015/2009 – Inexigibilidade nº 01/2009, cujo objeto consiste na contratação da prestação de serviços advocatícios, de assessoramento e de consultoria, e no contrato dele decorrente, celebrado com o Senhor Alberto de Paula.

Os apontamentos serão analisados nos itens a seguir.

a) Inclusão de parecer jurídico e de autorização da contratação após a efetiva celebração do contrato, assinatura do contrato em dia sem expediente, retroatividade dos efeitos e publicação extemporânea do contrato

Consta da representação que o parecer jurídico e a autorização para contratação foram incluídos no Processo Administrativo nº 015/2009 – Inexigibilidade nº 01/2009 após a efetiva celebração do contrato. Ainda, que o contrato é datado de 04/01/09, um domingo, o qual prevê a retroatividade dos seus efeitos ao dia 02/01/09, tendo sido publicado após o prazo legal.

A Unidade Técnica analisou os apontamentos de forma apartada e os considerou procedentes, em face dos indicativos de que a prestação dos serviços foi iniciada antes da formalização do contrato e que as datas indicadas nos documentos são fictícias. Confirmou a publicação do extrato do contrato em desacordo com o art. 61, §1º, da Lei nº 8.666/93.

O Ministério Público de Contas não se manifestou expressamente acerca das questões.

A defesa do responsável negou que o Processo Administrativo nº 15/2009 tenha sido formalizado em datas diversas das nele retratadas e asseverou que ocorreram apenas falhas formais, pelas quais a Presidente da CPL à época foi penalizada. Acrescentou que a retroação

dos efeitos teve por objetivo remunerar o contratado desde o dia em que ele efetivamente iniciou a prestação do serviço, mesmo que anterior à data de assinatura do contrato e que há teses que dispensam a publicação do extrato do contrato quando publicada a ratificação da inexigibilidade.

Embora tais apontamentos tenham sido analisados na representação e nos estudos técnicos de maneira isolada, aqui o faço em um único tópico, por entender que compõem uma sequência de atos derivados da mesma causa, consoante se observará a seguir.

A cláusula geral relacionada à formalização dos contratos públicos é veiculada no art. 60 da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

A disposição legal impõe, portanto, a redução a termo das obrigações assumidas pela Administração Pública, como corolário dos princípios constitucionais do *caput* do art. 37, notadamente os da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

Essa medida visa, ademais, conferir ao órgão público e, em última instância, à própria sociedade a garantia contra riscos ínsitos às contratações não formalizadas, como o desvio de objeto, a atribuição de preço superior ao de mercado, a deficiência de qualidade, entre tantos outros.

Assim, dentro do ordenamento jurídico vigente, é nulo e desprovido de efeitos qualquer ajuste verbal de direitos e obrigações recíprocas que envolva a Administração Pública, com a restrita ressalva das compras de até R\$4.000,00 (quatro mil reais), valor vigente à época dos fatos, realizadas sob o regime de adiantamento.

Fora dessa hipótese excepcional, as despesas realizadas com a aquisição de bens ou com a prestação de serviços sem a devida formalização em instrumento escrito são irregulares, por ausência de lastro contratual.

Nesse sentido são as decisões do Tribunal de Contas da União, cujos excertos são aqui transcritos:

Não se pode efetuar pagamentos de despesas sem a devida cobertura contratual, por caracterizar contrato verbal, procedimento vedado pelo parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666, de 1993.¹

[...] 9.2. determinar ao órgão jurisdicionado que se abstenha de promover a aquisição de bens ou serviços sem cobertura contratual, bem assim de celebrar contratos com cláusula

¹ Tribunal de Contas da União. Decisão nº 260/2002. Plenário. Rel. Min. Adylson Martins Motta. Publicado no DOU de 26/07/02.

de vigência retroativa, caracterizando a existência de contrato verbal antes de sua formalização, por contrariar o disposto no parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/93.²

Assentada, pois, a nulidade do acordo de vontades não formalizado no âmbito da Administração Pública, há que se reconhecer que a sua declaração tem efeitos *ex tunc*, operando desde a origem do ato praticado com infração à lei, além de gerar a obrigação de indenizar eventual prejuízo e a responsabilidade de quem deu causa.

Tais efeitos, além de decorrerem da teoria geral dos fatos e atos jurídicos, foram expressamente delineados pelo art. 59 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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

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

São três, portanto, os reflexos principais do reconhecimento da nulidade do contrato público: a cessação dos seus efeitos jurídicos, a indenização do contratado pelo que houver executado e a responsabilização de quem deu causa à ilegalidade.

Com efeito, a análise do tratamento legal conferido ao contrato verbal na esfera da administração pública aproveita ao exame de alguns apontamentos da representação, no caso a ausência de fidedignidade das datas utilizadas no parecer jurídico, na autorização para contratação e no próprio contrato, além da atribuição de efeitos retroativos e da extemporaneidade da publicação do extrato contrato.

No caso, o parecer jurídico a que se refere a representação apresentou a data de 02/01/09 (fls. 121/131), sendo que nele o Senhor Rizzieri Luiz Perboni Vilas Boas, seu signatário, afirmou:

Resta-nos atestar ainda que no decorrer do primeiro mês do Vosso mandato, atendendo a uma situação emergencial, o profissional deixou de seus afazeres vindo ao socorro da Administração Municipal, prestando serviços e deixando marcada sua atuação, em todos os setores, demonstrando de plano competência e qualificação para o mister.

Prestou orientações a todos os departamentos e órgãos da Administração, demonstrando competência e conhecimento a fundo, desde as questões da área Administrativa, até nos serviços da Educação, Saúde e Assistência Social. (*sic*)

O despacho do Prefeito Municipal, por sua vez, apresentou a mesma data e, além de fazer remissão ao parecer jurídico, adotou seus fundamentos para reconhecer a situação de inexigibilidade de licitação e para autorizar a contratação direta do Senhor Alberto de Paula (fls. 133/134).

Vale destacar que praticamente todos os atos do procedimento de justificação para a inexigibilidade nesse caso, inclusive a nomeação e a posse da comissão permanente de licitação, a especificação dos serviços, a emissão de atestado de capacidade, a justificativa da

² Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 25/2007. Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Publicado no DOU de 26/01/07.

contratação, a declaração de disponibilidade financeira, a emissão de parecer jurídico e, por fim o despacho de autorização para contratação ostentam a data de 02/01/09.

A prática de tantos atos no mesmo dia chama a atenção de modo especial pelo fato de ser esse apenas o segundo dia da gestão municipal, uma vez que o Prefeito à época havia tomado posse no dia anterior, em 01/01/09.

Ainda, embora configurasse pressuposto para a realização de todos os demais atos do procedimento de inexigibilidade, a proposta de prestação dos serviços do advogado, com o seu plano de trabalho, preço e demonstração da qualificação, foi datada em 04/01/09 (fl. 19), dois dias após a própria autorização para contratação.

Em circunstâncias como a relatada, a literatura especializada reconhece uma das mais comuns tipologias de fraude em licitação, concernente à incoerência de datas, cujo exemplo recorrente é a licitação relâmpago, assim definida pela doutrina:

Uma licitação, como todo processo administrativo, exige a observação cronológica dos fatos. Há uma sequência de passos ao longo do processo: prazos, rotinas, formalização.

Frequentemente, em casos de fraude, encontram-se elementos que evidenciam a distorção da cronologia dos fatos, com a identificação de datas incoerentes e incompatíveis com a situação esperada.

Caso clássico é o da Carta-Convite relâmpago. Tudo é feito no mesmo dia: pedido de compra, verificação de saldo orçamentário, autorização, pesquisa de preços, análise jurídica, elaboração do edital, envio das cartas, mesmo que os convidados estejam localizados a centenas de quilômetros. [...]

Assim, uma das técnicas mais eficientes de detecção de fraudes é a observação atenta das datas de documentos dentro do processo licitatório.³

No caso em tela, além da concentração de todos os atos do procedimento em um único dia e da celebração do contrato em dia não útil, o Procurador e o Prefeito, após um dia de gestão, atestaram que o profissional já havia prestado orientações em questões administrativas, educacionais, assistenciais e de saúde, “no decorrer do primeiro mês” do mandato, demonstrando sua competência e qualificação.

O próprio conteúdo do parecer jurídico e da autorização para contratação deixam clara a sua confecção em data muito posterior àquela constante nos documentos, ao fazer referências temporais incompatíveis com apenas um dia de gestão.

Além disso, a proposta do prestador de serviços, que consta como primeiro documento do processo de inexigibilidade e que contemplou todos os elementos necessários ao seu prosseguimento, inclusive o preço, o plano de trabalho e a demonstração da especialização, tem data posterior ao da autorização para contratação.

É possível visualizar ainda mais um elemento indicativo dessa montagem de procedimento na publicação *a posteriori* do extrato do contrato, ocorrida somente em 06/05/09, mais de quatro meses após a data aposta no instrumento.

³ SANTOS, Franklin Brasil. SOUZA, Kleberon Roberto de. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 61-62.

Ainda que se desconsiderasse a evidente inconsistência de datas entre a proposta, os demais atos do procedimento e a assinatura do contrato, a agilidade incomum da administração municipal, que teria conseguido realizar uma inexigibilidade inteira em um único dia, pareceria pouco crível se confrontada com a necessidade de mais de quatro meses para levar o extrato do contrato à imprensa oficial.

Por isso, visualizo aqui não o descumprimento do prazo de publicação do contrato, considerado isoladamente, mas uma sequência de atos produzidos já no curso da prestação do serviço e pós-datados, levando ao grande lapso temporal entre a data do contrato e a da publicação.

Em verdade, todos esses apontamentos que dizem respeito ao curso do procedimento, como as datas incongruentes do parecer e da autorização, a assinatura de contrato em dia não útil, a retroatividade dos efeitos e a publicação extemporânea do extrato, são elementos que, ao invés de configurarem irregularidades formais por si, caracterizam a realização da inexigibilidade em momento posterior ao início da prestação dos serviços.

Com efeito, o reconhecimento de que os documentos do Processo Administrativo nº 015/2009 – Inexigibilidade nº 01/2009 foram pós-datados conduz à conclusão de que, na melhor das hipóteses, houve prestação e pagamento de serviços antes da formalização de contrato escrito, quando o que havia entre as partes era, no máximo, um ajuste verbal, situação que viola flagrantemente o art. 60 da Lei nº 8.666/93.

Outrossim, a retroatividade dos efeitos do contrato, prevista em seu item 4, nada mais é do que o reconhecimento expresso e documentado de que houve prestação de serviços sem lastro contratual, em mais uma demonstração de que a administração municipal se valeu de contrato verbal.

Considerando que o art. 60 da Lei nº 8.666/93 taxa de nulo o contrato não reduzido a termo no âmbito da Administração Pública, incidem, portanto, as consequências previstas no art. 59 da mesma Lei. No caso, a cessação dos efeitos jurídicos restou prejudicada, dado o decurso de todo o prazo contratual, ainda prorrogado, assim como a indenização do contratado pelo que executou, uma vez que foi remunerado pelo valor previsto no contrato durante o período de prestação do serviço.

Resta agora a responsabilização do gestor, responsável pela autorização para contratação, mediante procedimento realizado em absoluta violação das formalidades exigidas pela lei, em ato que, assim como os demais, ostentou data fictícia, a fim de encobrir a irregularidade.

Nesse sentido, veja-se a decisão do Tribunal de Contas da União:

No que tange ao contrato verbal, no âmbito administrativo, a lei é claríssima ao vedá-lo e declará-lo nulo de pleno direito (art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Por outro lado, é também a lei que determina a promoção da responsabilidade de quem deu causa ao contrato nulo (art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).⁴

Diante do exposto, considero que a inclusão de parecer jurídico e de autorização da contratação após a efetiva celebração do contrato, a sua assinatura em dia sem expediente, a retroatividade dos seus efeitos e a publicação extemporânea do extrato do contrato são

⁴ Tribunal de Contas da União. Acórdão 375/1999. Segunda Câmara. Rel. Min. Valmir Campelo. Publicado em 20/08/99.

elementos que, analisados em conjunto com todo o contexto fático, demonstram a montagem de procedimento de justificação em momento posterior ao início da prestação dos serviços.

Registre-se que a alegação defensiva pertinente à responsabilidade da Presidente da Comissão Permanente de Licitação por falhas formais no procedimento não merece prosperar, uma vez que, consoante demonstrado neste item, foi o Prefeito Municipal quem, no momento em que deveria realizar o controle de legalidade dos atos administrativos, autorizou a contratação decorrente da inexigibilidade eivada de nulidade, sendo que seu próprio ato de autorização foi um dos que utilizou data falsa. A eventual responsabilidade concorrente da Comissão Permanente de Licitação, portanto, não infirma a culpabilidade do Prefeito Municipal.

Nesse contexto, reconheço a procedência da representação e considero irregulares a inclusão de parecer jurídico e de autorização da contratação após a efetiva celebração do contrato, a assinatura do contrato em dia sem expediente, a retroatividade dos efeitos e a publicação extemporânea do contrato, que demonstram a montagem de procedimento de inexigibilidade no curso da prestação dos serviços de assessoria e consultoria jurídica.

Diante da gravidade das condutas, que envolvem o falseamento da realidade e que prejudicam o exercício do controle, aplico multa no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) ao Senhor João Carlos Minchillo, Prefeito Municipal à época, uma vez que foi a autoridade responsável pela ratificação da inexigibilidade contrafeita e pela autorização da contratação, em ato cujo conteúdo demonstra a ciência pessoal das inconsistências do procedimento.

b) Ausência de singularidade do objeto

Também consta da representação que o objeto contratado não é singular, por tratar de atividades compatíveis com as de procurador, de advogado efetivo e de coordenador contábil-financeiro.

A Unidade Técnica e o Ministério Público de Contas, em manifestação preliminar, ratificaram o apontamento.

A defesa destacou que o contratado goza de boa reputação na área de direito público e detém ampla experiência, sendo que os serviços a ele atribuídos eram de alta complexidade, sem substituir os profissionais já vinculados à Prefeitura Municipal de Guaranésia.

O tema da contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação já foi submetido em diversas oportunidades a esta Corte, que, inclusive, emitiu resumo de tese reiteradamente adotada por oportunidade da apreciação da Consulta nº 888126, nos seguintes termos:

- a) Os serviços rotineiros, permanentes e não excepcionais devem, em regra, ser realizados pelo corpo jurídico do próprio ente. Consultas n. 765.192 (27/11/2008), 735.385 (17/10/2007), 708.580 (08/11/2006), 688.701 (15/12/2004), 684.672 (01/09/2004) e 183.486 (21/09/1994).
- b) Admite-se a contratação de serviços advocatícios, por meio de licitação, quando não houver procuradores suficientes para representar o órgão em juízo e promover ações de sua competência. Consultas n. 746.716 (17/09/2008), 735.385 (17/10/2007), 708.580 (08/11/2006), 688.701 (15/12/2004) e 684.672 (01/09/2004).
- c) Há a possibilidade de utilização do sistema de credenciamento para prestação de serviços jurídicos comuns, mediante a pré-qualificação dos advogados ou sociedades de advogados, quando a licitação para a escolha de um único contratado mostrar-se inviável, observados os princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade e eficiência. Consultas n. 812.006 (30/03/2011), 765.192 (27/11/2008) e 735.385 (17/10/2007).

d) Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666/93, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração. Enunciado de Súmula n. 106 e Consultas n. 765.192 (27/11/2008), 746.716 (17/09/2008), 735.385 (17/10/2007) e 688.701 (15/12/2004).

e) A confiança em relação ao contratado para realização de um serviço não é fator caracterizador da inexigibilidade, incumbindo ao administrador definir os aspectos da contratação, exclusivamente, à luz do interesse público e sob os auspícios dos princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade e publicidade, devendo tal elemento ser considerado de forma complementar, tendo em vista os demais requisitos estabelecidos pela Lei Federal n. 8.666/93. Consultas n. 746.716 (17/09/2008), 688.701 (15/12/2004) e 652.069 (12/12/2001).

Destaca-se, a princípio, que a orientação do Tribunal nas citadas consultas exige o estrito cumprimento da legislação de regência para a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação.

Isso porque o princípio da obrigatoriedade da licitação, previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, impõe a toda Administração Pública o dever de realizar procedimento licitatório para a aquisição ou alienação de bens e a execução de obras e serviços. Embora o próprio comando constitucional preveja situações que afastam a obrigatoriedade da licitação, configuradas pelas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, o gestor público sempre deve ter em mente que a ausência de licitação constitui exceção, e, portanto, deve ser interpretada de forma restritiva.

Dentre as hipóteses de inexigibilidade, o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, faz referência à contratação de profissionais de notória especialização para a execução de serviços técnicos específicos, referenciados no art. 13 do mesmo diploma, o qual prevê, em seu inciso II, a elaboração de pareceres e, em seu inciso V, o patrocínio ou defesa de causas jurídicas ou administrativas.

Importa ressaltar que, para que a contratação direta, com esteio no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, seja considerada regular, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração. Além disso, a contratação deve ser precedida de procedimento administrativo formal e o preço pago ao contratado deve ser compatível com o usualmente praticado no mercado.

É esse o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito nº 3074/SC, *in verbis*:

EMENTA: IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA.

A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

Incontrovertida a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta.

Denúncia rejeitada por falta de justa causa.⁵

Nessa esteira, singular é o serviço que extrapola a rotina do órgão contratante e cuja complexidade demande peculiar expertise do seu prestador, não podendo ser prestado pelo quadro próprio de servidores.

No caso presente, o objeto do contrato está detalhadamente descrito na Cláusula Primeira (fls. 136/137), da seguinte forma:

1. Do objeto: Prestação de serviços advocatícios, de assessoramento e consultoria e, especialmente:
 - 1.1 a Comissão Permanente de Licitações, emitindo parecer jurídico e orientações administrativas, quando requisitadas de forma suplementar para dirimir assuntos de alta complexidade;
 - 1.2 acompanhar as leis, regulamentos, instruções normativas, pareceres, orientações, enfim os atos normativos nacional e estadual para cumprimento pelo Município, emitindo pareceres, instruções e orientações para fiel execução;
 - 1.3 acompanhar e defender os interesses da Administração em processos administrativos de prestações de contas e tomadas de contas especial pelos órgãos da administração direta estadual e federal;
 - 1.4 análise e emissão de parecer jurídico da constitucionalidade, conveniência administrativa e interesse público, as proposições de leis aprovadas pelo Legislativo e submetidas ao Prefeito para sanção;
 - 1.5 ao controle das receitas tributárias próprias do Município, inclusive com a reforma e adequação da legislação tributária e demais regulamentos de sua execução;
 - 1.6 Controle Interno da Administração na execução das atividades do controle prévio, concomitante e *a posteriori* das despesas;
 - 1.7 ao serviço de planejamento e controle da execução orçamentária, atuando subsidiariamente na elaboração dos projetos de leis do plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual;
 - 1.8 assistência jurídica-administrativa aos órgãos e serviços da administração direta, visando a correta interpretação e execução das normas pertinentes;
 - 1.9 elaborar minutas dos atos privativos do Executivo, tais como projetos de leis, regulamentos, decretos, portarias, atos de provimentos e posse e outros assuntos pertinentes que lhe for requisitado;
 - 1.10 elaborar as minutas dos contratos administrativos, inclusive convênios, termos de cessão de uso, termos de concessão de serviços públicos e outros atos do interesse da Administração;

⁵ Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3074/SC. Primeira Turma. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 26/08/14.

- 1.11 emitir parecer jurídico em assuntos internos do Gabinete do Prefeito e da Administração Municipal prestando orientação e indicando soluções jurídico-administrativas;
- 1.12 exercer o controle dos atos de legalidade da admissão, movimentação de pessoal, afastamento e concessão de benefícios e vantagens pecuniárias aos servidores municipais e dependentes;
- 1.13 interpor as medidas jurídico-administrativas visando a suspensão, eficácia e controle de legalidade – constitucionalidade – dos atos do Executivo e Legislativo;
- 1.14 prestar serviço suplementar e solidário à Procuradora Municipal nos assuntos de alta complexidade em que for parte o Município e/ou o Prefeito Municipal;
- 1.15 prestar serviço suplementar e solidário às Comissões de Inquérito, Sindicância, Processante da Administração e Comissões Especiais da Administração;
- 1.16 prestar serviços em processos judiciais em instância superior cuidando dos interesses do Município e do Prefeito Municipal;
- 1.17 propor solução jurídico-administrativa na orientação das nomeações e provimento de cargos públicos comissionados e efetivos, inclusive com a adequação das dotações orçamentárias, visando o preenchimento de cargos de provimento efetivo, mediante concurso público;
- 1.18 propor solução jurídico-administrativa relativos a assuntos do interesse do Prefeito e/ou da Administração Municipal;
- 1.19 propor solução jurídico-administrativa visando contratações temporárias e de excepcional interesse público, quando indispensáveis e nos termos da legislação municipal;
- 1.20 rever a legislação municipal, adequando-a às normas da Constituição Federal e Estadual, observados os limites da competência subsidiária, complementar e de legislar sobre assuntos de interesse local;
- 1.21 consultoria jurídica em questões administrativas, constitucionais e tributárias, incluindo-se a emissão de pareceres e elaboração de peças jurídicas.

Parágrafo único. Não constitui objeto deste contrato o patrocínio ou defesa em processos judiciais ou administrativos perante a Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, bem como causas em segunda instância perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; a defesa e/ou recurso perante o Tribunal de Contas da União e em causas ou recursos de qualquer natureza para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Observa-se, pois, que os serviços descritos na cláusula concernente ao objeto do contrato consistem em atividades próprias da rotina administrativa, relacionadas a licitações, atos normativos, controle interno, prestação de contas, provimento de cargos e acompanhamento de processos administrativos e judiciais.

Para atendimento dessas necessidades, a Prefeitura Municipal de Guaranésia possuía em sua estrutura cargos públicos como os de procurador, de advogada e de coordenador contábil-financeiro, cujas atribuições naturais se confundiam com o objeto contratado.

Da maneira como descritas, não se visualiza traço de especificidade nesses temas que extrapole a praxe da administração pública, assim como não há qualquer distintivo nas obrigações contratuais que as tornem singulares, incomuns ou excepcionais, de modo que só possam ser prestadas satisfatoriamente por profissional de especial qualificação, externo ao quadro de servidores.

Nesse contexto, em que os serviços contratados são os que habitualmente são afetos à Administração, resta descaracterizada a singularidade do objeto, consoante assentado na jurisprudência desta Corte e notadamente na Súmula nº 106:

Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração.

Aliás, mesmo nos itens em que há alusão à “alta complexidade” (1.1 e 1.14), deve se reconhecer que a referência é abstrata, dentro de temas corriqueiros de atribuição da Comissão Permanente de Licitação e da Procuradoria Jurídica. Em sede de defesa, também não foram indicados eventuais temas excepcionalmente complexos que tenham sido submetidos ao contratado durante a execução dos serviços.

Assim, não importa quão qualificado seja o profissional, se o objeto não é singular, não há plena satisfação dos requisitos do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, tornando irregular a contratação direta por inexigibilidade.

Cumpra aqui destacar que, consoante reconhecido no item anterior, o Processo Administrativo nº 015/2009 – Inexigibilidade nº 01/2009 foi “fabricado” já no curso da prestação de serviço, com a caracterização de contrato verbal, considerado nulo pela Lei nº 8.666/93.

Nesse caso, há que se admitir que todos os atos do falso procedimento fazem parte de uma sucessão de condutas ligadas por um nexo de dependência que resulta na irregularidade mais abrangente, qual seja, a ausência de formalização do contrato antes da prestação do serviço.

Deste modo, a irregularidade dos atos que consistiram em meio para se chegar à irregularidade final por ela deve ser absorvida, em raciocínio semelhante ao utilizado na esfera penal com a aplicação do princípio da consunção.

Afinal, se o procedimento é um conjunto de atos ligados entre si pela finalidade e ele, avaliado em sua inteireza, é considerado nulo, em face da grave irregularidade na origem, todas as ações desenvolvidas dentro dele carregam a mesma mácula, porque dele fazem parte.

Assim, entendo, em abstrato, que o objeto do procedimento ora discutido não se enquadra na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, em face da ausência da singularidade do objeto.

Porém, deixo de sancionar esta conduta de forma isolada, por entender que ela compõe uma sucessão de atos que já foi reconhecida como nula no item anterior, avaliada enquanto procedimento, cuja penalização, a meu ver, absorve as demais irregularidades que compuseram suas fases.

Todavia, a fim de contribuir para o aprimoramento da gestão e prevenir falhas futuras, determino que seja emitida recomendação ao atual gestor do Município, para que nas próximas contratações de serviço semelhante não utilize a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, pelos argumentos aqui expostos.

c) Impedimento do contratado para a prestação do serviço

Os representados questionam também o impedimento do contratado para a prestação dos serviços advocatícios, Senhor Alberto de Paula, por patrocinar os interesses do Prefeito Municipal de Guaranésia da gestão anterior em ações judiciais.

A Unidade Técnica entendeu que a representação não procede neste ponto, por ausência de fundamento legal.

O Ministério Público de Contas e a defesa do responsável não se manifestaram expressamente neste ponto.

Acerca do tema, verifica-se que a normatização aplicável aos profissionais da advocacia, notadamente o Código de Ética de Disciplina da OAB, veda o patrocínio simultâneo de interesses opostos ou conflitantes, ainda que em causas com objetos diversos. Eis o que determina a norma ética:

Art. 17. Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar em juízo clientes com interesses opostos

Nos autos, porém, o relato dos representantes restringe-se à existência de vínculo contratual entre o contratado e o Prefeito antecessor para prestação de serviços advocatícios, o que, *a priori*, não é causa de impedimento para contratação com o Município.

A vedação ética somente incidirá se houver demonstração do conflito entre interesses dos clientes, sendo que, no caso em tela, não consta da representação a amplitude da assistência jurídica prestada ao ex-Prefeito ou o ponto em que reside o conflito com a prestação dos serviços contratados pela Prefeitura Municipal.

Outrossim, o objeto do contrato ora analisado diz respeito à assessoria para atividades administrativas e, ao menos em princípio, não há interseção com a discussão judicial sobre atos pretéritos do gestor municipal anterior.

Com efeito, considero que não houve demonstração de conflito de interesses e, por isso, improcede a representação quanto a este item.

d) Ausência de apresentação de certidão negativa de débito pela empresa do contratado

Alegam os representantes que o Senhor Alberto de Paula é sócio-proprietário da empresa CONTAG – Contabilidade e Advocacia e que, por isso, deveria apresentar a certidão negativa de débitos de sua empresa no procedimento de contratação dos serviços.

A Unidade Técnica considerou improcedente o apontamento, uma vez que o documento somente seria exigível na contratação de pessoa jurídica.

O Ministério Público de Contas e a defesa do responsável não se manifestaram expressamente acerca do tema.

A questão atinente à exigência, direcionada à pessoa física, de certidão de empresa da qual seja sócio-proprietário deve ser examinada sob o prisma da distinção entre as personalidades da pessoa física e da pessoa jurídica.

Sobre o assunto, reconhece-se historicamente que, com o desenvolvimento da economia, as pessoas passaram a se agrupar para a realização de objetivos comuns. Segundo Orlando Gomes, citado por Gagliano e Pamplona, “surge assim, a necessidade de personalizar o grupo,

para que possa proceder a uma unidade, participando do comércio jurídico, com individualidade”⁶

A pessoa jurídica nasce, portanto, como um novo ente detentor de direitos e deveres, com personalidade jurídica própria e independente, e não se confunde com as pessoas físicas que a compõem.

Em razão da atribuição legal de personalidade à pessoa jurídica, ela detém vínculos jurídicos próprios, que beneficiam ou prejudicam somente a ela, salvo na situação excepcional prevista no art. 50 do Código Civil, aplicável exclusivamente às hipóteses de abuso da personalidade jurídica, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Por esse motivo, a exigência de demonstração de obrigação de pessoa jurídica dirigida à pessoa física que a compõe contraria a própria ontologia da personalidade das pessoas jurídicas, ao confundir as obrigações de uma e outra.

Deste modo, descabe a exigência de certidões da pessoa jurídica CONTAG – Contabilidade e Advocacia durante a contratação do Senhor Alberto de Paula, enquanto profissional autônomo prestador de serviços, haja vista a distinção legal entre a pessoa jurídica e a pessoa física que a compõe.

Assim, também neste ponto entendo que é improcedente a representação.

e) Demonstração de participação em cursos com conteúdo estranho ao objeto do contrato

Os representantes apontam, ainda, a apresentação pelo contratado, durante o procedimento de justificção da inexigibilidade de licitação, de certificados com conteúdo estranho ao objeto do contrato, indicando como exemplo a participação em eventos de “auto-estima, criatividade e motivação” (fls. 44 e 51), “saúde” (fl. 62), “administração rural” (fl. 75), entre outros.

A Unidade Técnica confirmou a existência de certificados sem pertinência temática com o objeto da contratação e de diplomas em duplicidade, porém avaliou que tal ocorrência não é relevante, porque os documentos com tais características devem apenas ser desconsiderados na avaliação da qualificação do prestador do serviço.

O Ministério Público de Contas e a defesa do responsável não se manifestaram expressamente acerca do tema.

Entre as hipóteses destacadas no art. 25 da Lei nº 8.666/93, que tornam a licitação inexigível por inviabilidade de competição, encontra-se a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

O conceito de notória especialização, requisito fundamental para a caracterização da hipótese de inexigibilidade, é trazido pelo § 1º do mesmo dispositivo, *in verbis*:

Art. 25. [...]

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil, parte geral, volume 1. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 181.

relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do contrato.

Observa-se da transcrição legal que, de fato, a demonstração da qualificação profissional deve estar relacionada com as atividades contratadas.

Como bem destacado pela Unidade Técnica, na fase de demonstração de notória especialização do Procedimento Administrativo nº 015/2009 – Inexigibilidade nº 01/2009, foram acostados os documentos de fls. 32/98, dentre os quais há certificados sem pertinência temática com o objeto do contrato e diplomas em duplicidade.

A simples apresentação de documentos inábeis para a comprovação da notória especialização, todavia, não configura irregularidade *de per si*, uma vez que não prejudicam inexoravelmente a demonstração do requisito legal. Basta que sejam desconsiderados na avaliação da qualificação profissional e o procedimento administrativo não será maculado.

No caso em tela, os documentos impertinentes ou em duplicidade são uma pequena parte em meio a vários certificados relacionados ao objeto contratual, tendentes a comprovar a experiência e a capacitação do contratado nos temas requisitados, demonstrando que os certificados impugnados não foram os únicos avaliados para a aferição da notória especialização.

À vista da ausência de impacto dos certificados sem pertinência temática para a comprovação da exigência legal da notória especialização, que restou amparada por tantos outros documentos, considero improcedente este questionamento da representação.

f) Acumulação ilícita e incompatibilidade de horários

A representação relata que o Senhor Alberto de Paula, advogado contratado pela Prefeitura Municipal de Guaranésia, era também servidor público da Prefeitura Municipal de Botelhos, o que configuraria acumulação ilícita, ainda que indireta, de remunerações públicas. Relata, ainda, que não havia compatibilidade de horários entre as duas atividades.

A Unidade Técnica entendeu que o exame do apontamento ficou prejudicado pela falta de elementos probatórios.

O Ministério Público de Contas e a defesa do responsável não se manifestaram expressamente acerca da questão.

Neste ponto, observa-se que não há, entre os documentos instrutórios dos autos, qualquer indicação de vínculo laboral do Senhor Alberto de Paula com a Prefeitura Municipal de Botelhos.

Sem comprovação da existência e da natureza do vínculo com outro ente público, bem como de suas características, está, de fato, prejudicada a análise do apontamento acerca da licitude da acumulação ou da compatibilidade de horários.

Cumprir registrar que o Cadastro de Agentes Públicos do Estado e dos Municípios de Minas Gerais – CAPMG, repositório de informações de folhas de pagamento de órgãos públicos sob jurisdição do Tribunal, contempla dados municipais a partir de janeiro de 2013, sendo que os fatos ora examinados datam de 2009.

Ademais, à vista do decurso de longo período desde a data dos fatos objeto da representação, que dificulta substancialmente a reunião de elementos probatórios, e da fase em que o processo se encontra, maduro para julgamento, entendo que não seria razoável neste momento

realizar diligências junto aos municípios para complementação da instrução em relação a um único apontamento.

Destarte, em face da ausência de comprovação da própria existência da acumulação de cargos, restou inviabilizada a aferição da sua licitude, seja pela adequação às hipóteses constitucionais, seja pela compatibilidade de horários, razão pela qual julgo improcedente a representação neste item.

g) Contradição entre cláusulas relativas ao objeto contratual

A representação questiona a contradição entre cláusulas do contrato que se referem à prestação os serviços junto ao Tribunal de Justiça, sendo que uma exclui a defesa perante esse órgão do objeto e outra preveria a convocação extraordinária para comparecimento a tribunais de segunda instância.

A Unidade Técnica considerou improcedente o apontamento.

O Ministério Público de Contas e a defesa do responsável não se manifestaram expressamente acerca da questão.

As cláusulas apontadas como contraditórias pela representação são as seguintes:

1. Do objeto:

[...]

Parágrafo único. Não constitui objeto deste contrato o patrocínio ou defesa em processos judiciais ou administrativos perante a Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, bem como causas em segunda instância perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; a defesa e/ou recurso perante o Tribunal de Contas da União e em causas ou recursos de qualquer natureza para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

[...]

3.2.1. Da convocação extraordinária: Havendo convocação extraordinária para prestação de serviços *in loco* ou para outro local atendendo aos interesses da Administração, inclusive nos tribunais de segunda instância, secretarias de governo e tribunais de contas, fica assegurada a remuneração da diária-extra de R\$200,00 (duzentos reais), sem prejuízo do reembolso das despesas que comprovar.

O parágrafo único do item 1, portanto, delinea o objeto do contrato, destacando o que não se encontra abrangido pela prestação de serviços, sendo que o item 3.2.1 regulamenta a possibilidade de convocação extraordinária do contratado.

A meu ver, embora o texto do contrato não seja o mais preciso, é possível, pela via da interpretação, resolver a aparente contradição, visto que os tribunais de segunda instância citados no item 3.2.1 não se resumem ao TJMG (item 1, parágrafo único). Os Tribunais Federais também têm órgãos de segunda instância e não foram excepcionados do objeto, por exemplo.

Ademais, há que se reconhecer que o item 3.2.1 não se refere à especificação do objeto, mas sim à eventualidade de convocação extraordinária, que poderia ser negada durante a execução contratual, se requerida para atividade estranha ao serviço contratado.

Por essas razões, entendo que é improcedente a representação quanto a esta alegação.

h) Divergência na numeração do contrato

Os representantes apontam, ainda, a divergência entre o número do contrato constante no próprio documento e o divulgado na publicação na imprensa oficial.

A Unidade Técnica considerou que a falha configura erro material, sem consequências na esfera de responsabilização.

O Ministério Público de Contas e a defesa do responsável não se manifestaram expressamente acerca da questão.

De fato, o instrumento de contrato acostado às fls. 135/144 apresentou o número 024/2009 (fl. 135), cujo objeto consistiu na prestação de serviços advocatícios, de assessoramento e consultoria, tendo como contratado o Senhor Alberto de Paula, pelo valor de R\$27.000,00 (vinte e sete mil reais).

O extrato do contrato publicado na imprensa oficial em 06/05/09, por sua vez, repetiu as mesmas informações, porém apresentou como referência o número 015/2009.

À vista da coincidência de dados do contrato, como o objeto, o contratado e o valor, é possível verificar que a publicação trata mesmo do Contrato nº 024/2009, embora tenha utilizado número diferente.

A divergência, todavia, não causou prejuízo à identificação do pacto celebrado pela administração municipal e tampouco ao atingimento das finalidades da publicação, uma vez que as informações realmente relevantes estavam corretas.

Nessas condições, adiro à conclusão da Unidade Técnica, por entender que a divergência no número do contrato caracteriza erro material, que não prejudicou as finalidades do procedimento, razão pela qual julgo improcedente a representação neste item.

i) Reembolso de despesas com locomoção, hospedagem e alimentação

Segundo os representantes, o contrato celebrado com o Senhor Alberto de Paula continha cláusula ilegal, por tratar de valores variáveis, referentes à previsão de reembolso de despesas com locomoção em veículo próprio, hospedagem e alimentação, mediante exibição de comprovantes, quando o contratado precisasse se deslocar para a prestação do objeto.

A Unidade Técnica entendeu que a previsão não é vedada pela legislação pertinente.

O Ministério Público de Contas e a defesa do responsável não se manifestaram expressamente acerca da questão.

Neste tema, cumpre iniciar a análise do questionamento sob a ótica das disposições preliminares aplicáveis aos contratos administrativos. Na seção correspondente na Lei nº 8.666/93, em homenagem ao planejamento, à publicidade, à legalidade e à moralidade, dispôs o §1º do art. 54:

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Logo adiante, são regulamentadas as cláusulas essenciais do contrato administrativo, entre as quais se encontra a que cuida do preço e das condições de pagamento, sempre com a observância da clareza e precisão impostas pelo §1º do art. 54:

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;

A partir dessas disposições legais, há que se entender que todas as condições necessárias à prestação do objeto contratado devem estar contempladas na proposta de preço do interessado, de modo que todos os fatores que onerem o contrato sejam prontamente conhecidos pela administração pública, permitindo-lhe planejar adequadamente suas despesas. Não é outra a razão de se impor a definição clara e precisa dos direitos e das obrigações das partes.

De outro lado, é imperioso considerar que a realidade da gestão pública nem sempre permite que a clareza e a precisão pretendidas pela lei correspondam a um contrato cujas despesas dele decorrentes tenham um valor monetário estanque.

Não se está aqui a falar de contratos com valores indeterminados, esses, sim, ilegais, ante as previsões dos arts. 54, §1º, e 55, III, da Lei nº 8.666/93, mas de contratos em que os parâmetros de remuneração sejam definidos com precisão, ainda que o valor total devido pela Administração apresente variação eventual, à vista de diferenças quantitativas ou qualitativas na prestação do serviço, porém sempre de acordo com os critérios contratualmente estabelecidos.

Quando seja possível calcular tais variações com grau de precisão razoável, o correto é realizar a estimativa na fase de planejamento da contratação e, de fato, incluir os custos no valor da remuneração regular do contratado.

Não se pode olvidar, todavia, que muitas vezes não é possível estimar a frequência com que ocorrerão as variações da prestação do serviço que influenciam de forma significativa para o custo do contrato.

Nessas circunstâncias, importante reconhecer que a imposição de contratação por valores fixos pode acarretar um ajuste antieconômico e superestimado, prejudicial à Administração Pública, na medida em que o fornecedor considerará, em sua proposta de preço, a variação da prestação do serviço dentro do cenário mais oneroso, de modo a precaver-se de prejuízos.

Nessa situação se inclui a prestação do serviço que envolve a necessidade eventual de deslocamento de funcionários do contratado, mas em frequência que não pode ser estimada com precisão dentro da vigência do contrato.

Ao se encampar a tese de que os custos decorrentes do deslocamento devem compor a proposta do contratado para remuneração fixa, porque as cláusulas dos contratos devem ser claras e precisas, está-se também a aceitar que a Administração Pública pagará ao prestador de serviço o valor correspondente ao serviço em si, acrescido do custo da maior ocorrência de deslocamentos pela maior distância possível, ainda que sequer tenha havido deslocamento no período, pois o contratado foi obrigado a incorporar o risco da ocorrência no seu preço.

Há, todavia, uma alternativa que, a meu ver, atende à previsão legal e, ao mesmo tempo, garante um preço mais próximo da realidade. Trata-se justamente a previsão em contrato de reembolso de despesas com locomoção, hospedagem e alimentação, em que o contratado é remunerado por valor fixo quanto à prestação do serviço que não apresenta variação e é ressarcido pelos custos adicionais em que incorrer por deslocamentos eventuais, somente na medida em que ocorrerem e dentro dos limites fixados no próprio contrato.

Dessa forma, mantém-se a clareza do preço, das condições e dos critérios de pagamento, permite-se o planejamento da Administração e garante-se uma contratação mais econômica.

O Tribunal de Contas da União, inclusive, admite o reembolso de despesas de deslocamento de empresas contratadas, desde que haja norma específica ou regramento nos editais de licitação, além da previsão de limites de gastos, senão vejamos:

RELATÓRIO DE MONITORAMENTO. CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE PESSOAL DO DNIT. MEDIDAS EM CURSO VOLTADAS PARA A REGULARIZAÇÃO DO TEMA. RECOMENDAÇÕES AO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. ANÁLISE INCIDENTAL DE DOIS EDITAIS PARA SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO DO PAC E DE OBRAS FERROVIÁRIAS. GASTOS COM VIAGENS E SERVIÇOS GRÁFICOS. INCIDÊNCIA DA REMUNERAÇÃO DA EMPRESA. CRITÉRIO DE TEMPO MÍNIMO DE FORMADO. FATOR DE PERMANÊNCIA. INCLUSÃO INDEVIDA DOS TRIBUTOS IRPJ E CSLL NA PLANILHA. FALTA DE DIMENSIONAMENTO DA EQUIPE TÉCNICA. FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. PERCENTUAL ELEVADO PARA ESTIMATIVA DOS CUSTOS ADMINISTRATIVOS. AUTORIZAÇÃO DE PROSSEGUIMENTO DAS LICITAÇÕES CONDICIONADA A ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS SANEADORAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. PROSSEGUIMENTO DO MONITORAMENTO.

[....]

2. Impõe-se ao gestor público, em atenção ao princípio da moralidade administrativa, prescrever limites máximos para gastos individuais de alimentação e hospedagem do pessoal das empresas contratadas, podendo o administrador fixar o disciplinamento em norma específica, de conhecimento de todas as interessadas, ou fixar o regramento nos próprios editais das licitações.⁷

Com especial razão aplica-se esse raciocínio ao reembolso de despesas para acompanhamento de ações judiciais e administrativas em trâmite fora da sede do contratante, tendo em vista que, ainda que se tenha um conhecimento próximo dos processos em que o contratado seja parte, não é possível estimar com precisão quantas vezes será necessário o seu comparecimento em órgãos localizados fora da circunscrição da prestação ordinária do serviço para acompanhamento de atos processuais em cada período da vigência do contrato.

Ainda, não é possível prever as novas ações em que o contratado será demandado e que, eventualmente, imponham a sua presença para acompanhamento na sede de Tribunais Regionais ou Superiores.

Aplicando-se a explanação para a presente situação, verifica-se que o Contrato nº 024/2009 contem cláusula de reembolso de despesas com locomoção, hospedagem e alimentação, assim redigida:

3.2. Do reembolso de despesas: A Administração reembolsará ao contratado, mediante exibição de comprovantes fiscais ou documentos válidos, as despesas com locomoção em veículo próprio a razão de R\$0,50 (cinquenta centavos) o quilômetro rodado, bem como as despesas de estadia e alimentação, quando em visita periódica ou extraordinária à sede do Contratante ou a serviço deste.

⁷ Tribunal de Contas da União. AC 2632/2007. Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Sessão de 05/12/07.

Em que pese posicionar-me pela regularidade da previsão contratual de reembolso de despesas com deslocamento, nos termos admitidos pelo Tribunal de Contas da União, necessário estabelecer a distinção em relação à disposição do contrato em análise.

Conforme asseverado acima, os custos do contratado que devem ser suportados por reembolso são aqueles que têm caráter de eventualidade e cuja frequência de ocorrência não pode ser estimada. Se forem frequentes e/ou estimáveis com certa precisão, devem constar do planejamento e ser contemplados na proposta de preço.

Ainda, as despesas eventuais devem estar limitadas, seja em ato normativo, seja no próprio edital de licitação, a fim de garantir que o contrato não preveja valores indeterminados.

No caso presente, a Cláusula 3.2 admite que o contratado seja reembolsado por despesas que, à toda evidência, fazem parte da prestação ordinária do serviço, como a visita periódica à sede da Prefeitura Municipal. Além disso, o dispositivo não estabelece limites para o reembolso de despesas com estadia e alimentação, aí sim prejudicando a clareza e a precisão do contrato e, por consequência, a observância aos arts. 55, III, c/c 54, §1º, ambos da Lei nº 8.666/93.

Por tais razões, considero que o texto do item 3.2 do contrato viola o texto da Lei de Licitações, não porque o reembolso de despesas de deslocamento seja ilegal, *a priori*, mas porque, no caso concreto, a previsão contratual alcançou custos fixos da prestação do serviço e, para os que eram eventuais, não estabeleceu limites máximos, de modo a garantir a clareza e a precisão do contrato.

Assim como explanado no item *b* deste voto, apesar de considerar irregular a previsão, deixo de sancioná-la de forma isolada, por entender que ela compõe uma sucessão de atos que já foi reconhecida como nula nesta ocasião e cuja penalização, a meu ver, absorve as demais irregularidades componentes do procedimento.

Todavia, a fim de contribuir para o aprimoramento da gestão e prevenir falhas futuras, determino que seja emitida recomendação ao atual gestor do Município, para que em contratações futuras de serviço semelhante não estabeleça o reembolso por despesas não eventuais e que, quanto às eventuais, fixe limites máximos para ressarcimento no instrumento contratual.

j) Prorrogações do contrato após a expiração da sua vigência

O Ministério Público de Contas promoveu o aditamento da representação, impugnando a celebração de termos aditivos ao Contrato nº 24/2009, para prorrogação do prazo, mesmo após expirada a vigência, com retroatividade dos seus efeitos.

Em sua defesa, o responsável argumentou que nenhum dispositivo legal foi infringido e que a medida apenas reconheceu um direito preexistente do contratado.

A Unidade Técnica, no reexame, considerou que a defesa não ilidiu o apontamento.

Acerca da prorrogação de vigência de contrato já expirado e da retroatividade dos efeitos, cumpre reiterar a explanação feita no item *a* da análise de mérito neste voto, relativa à vedação legal ao contrato verbal e ao reconhecimento da nulidade do ato dessa natureza.

Naquela assentada, foi reconhecido que a prestação de serviços sem lastro contratual, que é o que ocorre quando ainda não há formalização de contrato embora o objeto já esteja sendo executado, se enquadra na definição de contrato verbal, considerado nulo pelo art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Na prorrogação de prazo de contrato cuja vigência já se expirou, o raciocínio é semelhante, tendo em vista que, no limbo existente entre o fim da vigência e a data da formalização do termo aditivo, ocorre prestação de serviços sem lastro contratual, utilizando, portanto, um contrato verbal.

Outrossim, uma vez expirada a vigência do contrato, dá-se a sua extinção e a cessação de todos os seus efeitos. Por já não existir no mundo jurídico, não é possível prorrogar o prazo de um contrato vencido.

Com o mesmo entendimento, pela irregularidade da prorrogação de contratos com vigência já expirada, tem decidido reiteradamente o Tribunal de Contas da União, senão vejamos:

2.15. Citam as partes que, de acordo com jurisprudência da Corte de Contas, em regra, a prorrogação do contrato administrativo deve ser efetuada antes do término do prazo de vigência, mediante termo aditivo, para que não se opere a extinção do ajuste. (Enunciado do Acórdão n. 127/2016). Na situação apresentada, não houve a formalização de novo termo aditivo antes do fim do prazo, razão pela qual se operou a extinção do contrato. Assim, a empresa estava impossibilitada de prosseguir a obra, reforçando-se a jurisprudência do TCU no sentido de que ‘a retomada de contrato cujo prazo de vigência encontra-se expirado configura reconstrução sem licitação, o que infringe os arts. 2º e 3º da Lei 8.666/1993 e a Constituição Federal, art. 37, inciso XXL’ (Enunciado do Acórdão n. 1936/2014 - Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 23/7/2014).

2.16. Acrescentam os signatários que esta Corte de Contas já decidiu que a continuidade da execução de serviços depois de esgotado o prazo de vigência contratual não encontra amparo na legislação que rege as contratações no âmbito da Administração Pública. (Enunciado do Acórdão n. 195/2005 - Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 2/3/2005). Em outra decisão, o TCU expôs que a celebração de termo aditivo de prorrogação do prazo contratual, com a vigência do contrato expirada, e execução de serviços sem amparo contratual, constitui infração ao art. 60, caput, da Lei 8.666/93 e jurisprudência do TCU (item 9.1.4 do Acórdão n. 1302/2013 – Plenário - Relator: Min. Valmir Campelo. Data da sessão: 29/5/2013).⁸

FISCOBRAS 2012. OBRAS NO CANAL ADUTOR DO SERTÃO ALAGOANO. ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES EM PERCENTUAL SUPERIOR AO LEGALMENTE PERMITIDO. PROJETO EXECUTIVO DEFICIENTE. TERMO ADITIVO ASSINADO APÓS O TÉRMINO DA VIGÊNCIA DO CONTRATO. AUDIÊNCIAS. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA REJEITADAS. MULTA. ATENDIMENTO DAS DETERMINAÇÕES EXARADAS PELO ACÓRDÃO Nº 1622/2012 – PLENÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

No que se refere à prorrogação da vigência do Contrato 1/1993, não merecem ser acolhidas as alegações recursais do recorrente. Isso porque, como ficou demonstrado, o 10º Termo Aditivo, firmado em 21/11/2011, estabeleceu como termo final do contrato o dia 5/5/2011 e deu causa a pagamentos por serviços prestados em abril e dezembro de 2011. A Seinfra/AL já havia sido cientificada sobre falha similar no Fiscobras 2011.

⁸ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 606/2019. Plenário. Rel. Min. André de Carvalho. Sessão de 05/02/19.

Portanto, além de revalidar contrato sem que estivessem caracterizadas as situações previstas no art. 57, § 1º, da Lei 8.666/1993, o responsável autorizou pagamentos sem cobertura contratual, em afronta ao previsto no art. 63 da Lei 4.320/1964.

Por certo, a vigência do contrato é condição necessária para sua prorrogação e para a realização da despesa, não se admitindo presunção de vigência de contrato.⁹

AUDITORIA. CONVÊNIOS. FNDE. CONSTRUÇÃO DE 19 ESCOLAS NO ESTADO DE TOCANTINS. PARALISAÇÕES NAS OBRAS POR INICIATIVA DA CONTRATANTE. PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS DEPOIS DE EXPIRADO O PRAZO DE VIGÊNCIA. OITIVA PRÉVIA À MEDIDA CAUTELAR. CONTRATOS POR ESCOPO. PRORROGAÇÃO DO CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO POR TEMPO IGUAL AO DA PARALISAÇÃO. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. A regra é a prorrogação do contrato administrativo mediante a formalização do respectivo termo aditivo, antes do término do prazo de vigência do ajuste, ainda que amparado em um dos motivos do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que, transcorrido o prazo de vigência, o contrato original estaria formalmente extinto e o aditamento posterior não poderia produzir efeitos retroativos;¹⁰

No caso em tela, a vigência do Contrato nº 024/2009 expirou em 30/06/09 (fl. 139).

Em 04/08/09, mais de um mês após a extinção do contrato, foi celebrado o 1º Termo Aditivo para prorrogação do prazo até 31/12/09, retroagindo os seus efeitos ao dia 01/07/09 (fl. 147).

Em 28/01/10, quase um mês após o fim da vigência, foi celebrado o Termo Aditivo nº 018/2010, para prorrogação do prazo por 12 (doze) meses, a partir de 01/01/10, com vencimento, portanto, em 31/12/10 (fl. 151).

Por fim, em 03/01/11, foi celebrado o Termo Aditivo nº 021/2011, para prorrogação do prazo original do contrato, de 03/01/11 a 28/02/11. Nesta última prorrogação, verifica-se que o vencimento do prazo ocorreu em uma sexta-feira (dia 31/12/10) e o termo aditivo foi formalizado no primeiro dia útil seguinte (dia 03/01/11), sem solução de continuidade, portanto.

Observa-se, então, que os dois primeiros Termos Aditivos foram celebrados após o fim do prazo contratual e previram a retroatividade das suas cláusulas para suportar a prestação de serviço durante o período sem cobertura contratual.

Nessa situação, repete-se a violação ao art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, em face da prestação de serviços, e consequente pagamento, na ausência de formalização de instrumento contratual.

Deste modo, julgo procedente o apontamento do Ministério Público de Contas, referente à prorrogação de contrato com vigência expirada e à concessão de retroatividade aos termos aditivos, e aplico multa de R\$1.000,00 (mil reais) por cada termo aditivo celebrado nessas condições, totalizando R\$2.000,00 (dois mil reais), ao Senhor João Carlos Minchillo, Prefeito

⁹ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 587/2019. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 20/03/19.

¹⁰ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 127/2016. Plenário. Rel. Min. André Luís de Carvalho. Sessão de 27/01/2016.

Municipal à época e signatário dos instrumentos, que, no caso concreto, demonstrou participação ativa no procedimento e ciência pessoal das cláusulas pactuadas.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a representação e aplico multa ao Senhor Senhor João Carlos Minchillo, Prefeito Municipal à época, no valor total de R\$12.000,00 (doze mil reais), sendo:

- a) R\$10.000,00 (dez mil reais) pelas irregularidades referentes à inclusão de parecer jurídico e de autorização da contratação após a efetiva celebração do contrato, à assinatura do contrato em dia sem expediente, à retroatividade dos efeitos e à publicação extemporânea do contrato, que demonstram a montagem de procedimento de inexigibilidade no curso da prestação dos serviços de assessoria e consultoria jurídica;
- b) R\$1.000,00 (mil reais) em face de cada uma das duas prorrogações de contrato cuja vigência já havia se expirado, com a atribuição de efeitos retroativos, em afronta aos arts. 57, §1º, e 60 da Lei nº 8.666/93, totalizando R\$2.000,00 (dois mil reais).

Determino, ainda, a emissão de recomendação ao atual gestor do Município de Guaranésia para que, em contratações futuras de serviço semelhante ao destes autos, não utilize a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, bem como para que não estabeleça o reembolso por despesas não eventuais e que, quanto às eventuais, fixe limites máximos para ressarcimento no instrumento contratual.

Intime-se o responsável acerca do teor desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, II, do Regimento Interno.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** afastar a prejudicial de mérito arguida pelo Ministério Público de Contas, uma vez que não se verificou a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal; **II)** julgar, no mérito, parcialmente procedente a representação; **III)** aplicar multa ao Senhor João Carlos Minchillo, Prefeito Municipal à época, no valor total de R\$12.000,00 (doze mil reais), sendo: **a)** R\$10.000,00 (dez mil reais) pelas irregularidades referentes à inclusão de parecer jurídico e de autorização da contratação após a efetiva celebração do contrato, à assinatura do contrato em dia sem expediente, à retroatividade dos efeitos e à publicação extemporânea do contrato, que demonstram a montagem de procedimento de inexigibilidade no curso da prestação dos serviços de assessoria e consultoria jurídica; **b)** R\$1.000,00 (mil reais) em face de cada uma das duas prorrogações de contrato cuja vigência já havia se expirado, com a atribuição de efeitos retroativos, em afronta aos arts. 57, §1º, e 60 da Lei nº 8.666/93, totalizando R\$2.000,00 (dois mil reais); **IV)** recomendar ao atual gestor do Município de Guaranésia que, em contratações futuras de serviço semelhante ao destes autos, não utilize a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, da Lei n. 8.666/93, bem como que não estabeleça o reembolso por despesas não eventuais e que, quanto às eventuais, fixe limites máximos para ressarcimento no instrumento contratual; **V)** determinar a intimação do responsável acerca do

teor desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, II, do Regimento Interno; **VI)** determinar, promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 02 de maio de 2019.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)

jc/rp/mp

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**