

Processo: 1047990
Natureza: REPRESENTAÇÃO
Representante: Ministério Público junto ao Tribunal
Representada: Prefeitura Municipal de Engenheiro Caldas
Partes: Samuel Dutra Júnior; José Ferrarese; Monteiro e Monteiro Advogados Associados
Procuradores: Carla Rodrigues Perez, OAB/MG 78857; Sílvia Perez Nunes, OAB/MG 73556
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

SEGUNDA CÂMARA – 17/9/2020

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

1. Tem-se por configurada a inexigibilidade de licitação na situação em que a seleção do contratado que melhor atende aos fins buscados pela Administração Pública encontra-se dentro da esfera de discricionariedade do gestor, sem prejuízo da realização do procedimento de justificação previsto no art. 26 da Lei nº 8.666/93, em que deverão estar demonstradas as razões da escolha do prestador do serviço e as justificativas do preço acordado.
2. É possível também a contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços advocatícios, porquanto serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/93, dotado de singularidade, assim considerado por exigir, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, e ainda, considerando a promulgação da Lei nº 14.039/20.
3. A ausência de provas, nos autos, impossibilita apurar se ocorreu a montagem do procedimento de contratação direta, por inexigibilidade de licitação.
4. Não tendo sido demonstrado que o valor da contratação estava acima do valor de mercado, e diante da existência no procedimento de contratação direta da justificativa de valor que seria pago à contratada, não é possível concluir que houve descumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993.
5. Conforme amplamente reconhecido na seara jurisprudencial, os valores decorrentes da suplementação pela União devem ser utilizados exclusivamente em ações consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica, porquanto devidos ao FUNDEF e, por isso, submetidos à previsão do art. 21 da Lei nº 11.494/07, uma vez que o

recebimento em atraso não descaracteriza a vinculação constitucional dos recursos. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Cível Originária nº 648.

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

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

ACÓRDÃO

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

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

- VI) determinar que a intimação dos responsáveis seja realizada por meio de publicação no Diário Oficial de Contas e pela via postal, devendo o Representante também ser intimado da decisão;
- VII) determinar, por fim, o arquivamento dos autos, cumpridos os procedimentos regimentais pertinentes.

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

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 17 de setembro de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

GILBERTO DINIZ
Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator do voto vencedor

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 5/3/2020

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, oferecida pelo Ministério Público junto ao Tribunal em desfavor do Sr. Samuel Dutra Júnior, Prefeito do Município de Engenheiro Caldas; do Sr. José Ferrarese, Secretário Municipal de Administração; e da Monteiro e Monteiro Advogados Associados, por aduzidas irregularidades na formalização do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017 e do consectário Contrato Administrativo nº 021/2017, celebrado entre o Município de Engenheiro Caldas e a Monteiro e Monteiro Advogados Associados, para “prestar serviços jurídicos em defesa do Direito da **CONTRATANTE**, no âmbito administrativo e/ou judicial, propondo e acompanhando os procedimentos até final decisão em ambas as esferas, no que concerne à recuperação dos valores do FUNDEF que deixaram de ser repassados aos municípios em face da ilegal fixação nacional do valor mínimo anual por aluno, na forma da Lei n. 9.424/96” (fl. 216).

Da peça inaugural de fls. 1 a 21, depreende-se que a representação se originou do Procedimento Preparatório nº 044.2018.266 instaurado pelo *Parquet* de Contas, visando à apuração de possíveis ilegalidades na mencionada contratação direta, por inexigibilidade de licitação, quando foram requisitados do Sr. Samuel Dutra Júnior informações e documentos necessários ao esclarecimento dos fatos.

O representante salientou, em síntese, à fl. 10-v, que o contrato celebrado entre as partes acarretou desvio de finalidade de verbas públicas vinculadas à educação, sobretudo na parte em que estipula previsão de pagamento de 20% do valor recuperado a título de honorários advocatícios à Monteiro e Monteiro Advogados Associados, para a execução de decisão judicial em ação civil pública, que assegurou aos municípios o direito de recebimento de valores devidos pela União a título de complementação do Fundef, entre os exercícios financeiros de 1998 e 2006.

Sustentou que, a despeito de a execução da decisão judicial encontrar-se atualmente suspensa, a paralisação processual se deu de maneira provisória, em razão de tutela cautelar na ação rescisória ajuizada pela União perante o TRF da 3ª Região, processo nº 5006325-85.2017.4.03.0000.

Para além desses apontamentos, alegou a existência de ilegalidades na formalização do processo de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, a saber: a) violação ao art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, por se tratar de processo “montado” e por ausência de justificativa do preço; e b) afronta ao inciso II do art. 25 desse mesmo diploma e ao enunciado da Súmula 106 do TCE/MG, diante da ausência de inviabilidade de competição e de singularidade do objeto.

Quanto à primeira ilegalidade destacada, argumentou que há fortes indícios de que o processo de inexigibilidade tenha sido “montado”, porquanto, do exame dos documentos requisitados, apurou-se “que todas as etapas do processo ocorreram no mesmo dia, ou seja, em 13 de fevereiro de 2017” (fl. 6). Aliado a isso, aduziu não haver sequência lógica nos atos que integraram o procedimento e, ainda, a ausência de documento capaz de comprovar a realização de pesquisa de mercado que justificasse o valor cobrado pela contratada, a título de honorários advocatícios contratuais, para execução de serviço de pouca complexidade jurídica.

Sobre a segunda ilegalidade destacada, o representante informou, à fl. 7, que, embora não haja dúvida acerca da capacidade profissional e da notória especialização da contratada, “não há

como sustentar, em face da natureza dos serviços prestados, a presença de um serviço excepcional que demandasse alguém notoriamente especializado e que não pudesse ser executado pelo próprio assessor jurídico do Município de Engenheiro Caldas ou mesmo por outro escritório contratado por regime de competição”.

Consignou que a matéria foi analisada pela Controladoria Geral da União, que, de igual modo, ao examinar a contratação de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de licitação, para cumprimento de sentença com vistas à recuperação de valores do Fundef, afastou a singularidade do objeto e, também, a inviabilidade de competição.

Outro ponto contestado na representação refere-se à nulidade da forma de remuneração da contratada, por caracterizar desvio de verbas da educação, diante da redação conferida à cláusula quarta do Contrato Administrativo nº 021/2017 (fls. 216 e 217).

Para o representante, a estipulação contratual evidenciada é irregular, seja em relação aos honorários advocatícios sucumbenciais, seja no tocante aos honorários advocatícios contratuais, ajustados em 20% do montante recuperado.

Em relação aos honorários sucumbenciais, fez menção ao parecer exarado na Consulta nº 873.919, no qual ficou assentado que: “[...] b.2. os honorários de sucumbência, quando vencedor o ente público, pertencem à entidade, e não ao procurador ou representante judicial, devendo ser contabilizados como fonte de receita”.

Por essa razão, o representante asseverou que valores relativos aos honorários de sucumbência devem ser, forçosamente, contabilizados como receita pública.

No que tange aos honorários advocatícios contratuais, fixados em 20% do montante recuperado, o representante entendeu que tal prática é irregular, pois configura desvio de verbas “carimbadas” do Fundef, as quais devem ser aplicadas na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério.

Sustentou que, na aplicação dos recursos vinculados à educação, não há margem para a discricionariedade quanto à sua destinação, razão pela qual, sob esse enfoque, entendeu que a cláusula quarta do contrato celebrado constitui “afronta direta e frontal à natureza do antigo FUNDEF, hoje substituído pelo FUNDEB” (fl. 9), vulnerando, assim, o art. 60 do ADCT da Constituição da República, os arts. 2º e 21 da Lei nº 11.494, de 2007, e o parágrafo único do art. 8º da Lei Complementar nº 101, de 2000 (LRF).

Salientou que o Município de Engenheiro Caldas teria direito de receber, conforme valor estimado pela contratada, R\$2.407.975,81 (dois milhões quatrocentos e sete mil novecentos e setenta e cinco reais e oitenta e um centavos), que deveriam ser, integralmente, aplicados em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino. Contudo, diante da previsão de pagamento de 20% desse montante a título de honorários advocatícios, estimou a possibilidade de desvio de verbas da educação da ordem de R\$481.000,00 (quatrocentos e oitenta e um mil reais).

A propósito do tema, o representante citou o Acórdão nº 1.824/2017-Plenário, no qual o Tribunal de Contas da União, em 23/8/2017, assentou o entendimento de que o pagamento de honorários aos patronos contratados deve ser feito com verba própria, e não com retenção de verba vinculada. Em igual sentido, foram colacionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, nas quais é vedada a retenção de honorário contratual do valor da complementação da verba do Fundef no momento da expedição de precatório.

Na sequência, o representante, diante da ausência de singularidade do serviço contratado e do disposto no inciso XVIII do art. 3º da Lei Complementar nº 102, de 2008, sustentou que este Tribunal de Contas deveria determinar ao gestor que promovesse a anulação do processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017 e, por conseguinte, do Contrato Administrativo nº

021/2017, celebrado entre o Município de Engenheiro Caldas e a Monteiro e Monteiro Advogados Associados.

Ademais, por força do disposto no parágrafo único do art. 21 da Lei nº 13.655, de 2008, asseverou que o Tribunal deveria indicar as consequências jurídicas e administrativas aplicáveis ao caso, as quais, concisamente, seriam: a) a retirada da validade do mandato conferido pelo Município ao escritório nominado para o ajuizamento e acompanhamento da ação de cumprimento da sentença nº 0017324-27.2017.4.01.3400, devendo o advogado responsável pela Secretaria de Assuntos Jurídicos do Município de Engenheiro Caldas assumir o acompanhamento da ação até seu desfecho; e b) a fixação do entendimento de que o escritório contratado não tem direito a ser indenizado pelo que já houver executado, sobretudo por ter dado ensejo à nulidade, observado o disposto no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666, de 1993.

Por derradeiro, à vista do potencial lesivo do contrato e por vislumbrar receio de grave lesão ao erário e risco de ineficácia da decisão de mérito, o representante requereu, à fl. 12-v, “o deferimento de **medida cautelar** para que o **Município de Engenheiro Caldas se abstenha de realizar qualquer pagamento ao contratado referente aos honorários advocatícios contratuais, mesmo que indiretamente, por meio de requerimento judicial de desmembramento de eventual precatório, até que o mérito da presente representação seja definitivamente julgado, sob pena de a despesa ser considerada irregular e o gestor ser responsabilizado pessoalmente**”.

O representante entendeu satisfeito o requisito do *fumus boni iuris*, diante da patente nulidade do contrato, que pode ocasionar desvio de aproximadamente R\$481.000,00 (quatrocentos e oitenta e um mil reais) que deveriam ser aplicados exclusivamente na educação, em afronta ao inciso IV do art. 60 do ADCT da Constituição da República, ao parágrafo único do art. 8º da LRF e à Lei nº 11.494, de 2007.

Considerou, também, configurado o *periculum in mora*, tendo em vista o risco de dano ao erário decorrente do ajuizamento, pelo Município de Engenheiro Caldas, de ação pleiteando o cumprimento da sentença na Seção Judiciária do Distrito Federal, em 7/4/2017, embora, em 19/6/2018, o Prefeito Municipal tenha informado que não houve a execução do serviço contratado.

A esse respeito, à fl. 13, foi salientado, ainda, pelo representante que: “a ação de cumprimento de sentença nº 0017324-27.2017.4.01.3400, que tramita na 14ª Vara de Brasília, encontra-se em fase recursal uma vez que teve sua inicial indeferida (...).”

Narrados os fatos, o representante, entre outras medidas, requereu: a) o recebimento da representação em face das irregularidades apontadas nos autos; b) o deferimento de medida cautelar “para determinar ao Município de Engenheiro Caldas que se abstenha de realizar qualquer pagamento ao contratado, direta ou indiretamente, por meio de requerimento judicial de desmembramento de eventual precatório, até que o mérito da presente representação seja definitivamente julgado, sob pena de a despesa ser considerada irregular e o gestor ser responsabilizado pessoalmente”; c) a citação dos responsáveis; e d) a procedência da representação com a aplicação de sanção aos responsáveis e fixação de prazo para que o gestor promovesse a anulação do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017 e, por conseguinte, do Contrato Administrativo nº 021/2017, celebrado entre o Município de Engenheiro Caldas e a Monteiro e Monteiro Advogados Associados.

Preenchidos os requisitos regimentais estabelecidos no art. 310 da Resolução nº 12, de 2008, o Conselheiro Presidente, em 22/8/2018, conforme despacho de fl. 244, recebeu a documentação como representação, que foi a mim distribuída (fl. 245).

Apreciados os documentos carreados aos autos, embora não desconhecesse a existência de julgados em que foi consolidada a impossibilidade de se destacar honorários advocatícios, em precatórios relativos à complementação de recursos financeiros do Fundef devidos pela União, verifiquei, sobretudo do documento de fls. 239 e 240, juntado pelo próprio representante, que a inicial da ação de cumprimento de sentença nº 0017324-27.2017.4.01.3400, que tramita na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, foi indeferida, ao fundamento de que “o título judicial exequendo somente tem eficácia no âmbito territorial do órgão prolator, nos termos do disposto no art. 16 da Lei n. 7.347/1985”, e, ainda, que a eficácia do título judicial exequendo estava suspensa, em virtude de tutela cautelar deferida em ação rescisória ajuizada pela União que tramita perante o juízo do TRF3, como informado pelo próprio representante.

Nessas circunstâncias, às fls. 246 a 248, não vislumbrei, naquela ocasião, risco iminente de desvio de parcela da complementação de recursos financeiros do Fundef que seria devida pela União à municipalidade, tratada na representação em exame, de modo que entendi suficiente recomendar ao Sr. Samuel Dutra Júnior, Prefeito do Município de Engenheiro Caldas, que a Administração municipal se abstinhasse de realizar qualquer pagamento de honorários advocatícios com fundamento no Contrato Administrativo nº 021/2017, ainda que por meio de requerimento judicial de desmembramento de possível precatório, até nova manifestação deste Tribunal de Contas.

E, em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, determinei a citação do Sr. Samuel Dutra Júnior, Prefeito do Município de Engenheiro Caldas; do Sr. José Ferrarese, Secretário Municipal de Administração; e da Monteiro e Monteiro Advogados Associados.

Citados, os Srs. Samuel Dutra Júnior e José Ferrarese apresentaram a defesa conjunta encartada às fls. 254 a 286, e a Monteiro e Monteiro Advogados Associados carrou aos autos a defesa juntada às fls. 289 a 322, acompanhada da documentação de fls. 323 a 801.

Instada a se manifestar, a Unidade Técnica, às fls. 805 a 809-v, concluiu pela procedência das seguintes irregularidades: a) irregularidade na contratação direta de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, b) montagem do procedimento de inexigibilidade para justificar a contratação direta; e c) irregularidade nas formas de remuneração estabelecida no contrato.

No relatório complementar de fls. 812 a 817, a Unidade Técnica manifestou-se pela manutenção das irregularidades, à exceção dos honorários sucumbenciais.

O Ministério Público junto ao Tribunal, às fls. 820 a 823, ratificou e reiterou, em todos os termos, a inicial por ele apresentada, pugnando, assim, pela procedência dos fatos representados e pela adoção das medidas consignadas na conclusão do parecer, a saber:

- b.1) aplicada sanção aos responsáveis, com fulcro no art. 83, inciso I, c/c art. 85, inciso II, da Lei Complementar Estadual n. 102/08, sem prejuízo das demais sanções cabíveis;
- b.2) seja assinalado prazo para que o gestor promova a anulação do Processo de Inexigibilidade n. 003/2017 e conseqüentemente do Contrato n. 021/2017, firmado entre o Município de Engenheiro Caldas e o escritório de advocacia Monteiro e Monteiro Advogados Associados, conforme previsto no art. 3º, inciso XVIII, Lei Complementar Estadual n. 102/2008 (Lei Orgânica do TCE/MG);
- b.3) anulado o contrato, seja indicado que o acompanhamento da ação de cumprimento de sentença deve ficar a cargo da Secretaria de Assuntos Jurídicos do Município, bem como que o escritório contratado não tem direito a ser indenizado pelo que já houver executado, precisamente por ter dado causa à nulidade, em virtude do que dispõe o parágrafo único do art. 59 da Lei Federal n. 8.666/93.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo à análise individualizada das irregularidades lançadas na representação pelo Ministério Público junto ao Tribunal e examinadas pela Unidade Técnica, em cotejo com a documentação que instrui os autos e as razões apresentadas pela defesa.

1. Irregularidade na contratação do escritório de advocacia Monteiro e Monteiro Advogados Associados por inexigibilidade de licitação

Relativamente à contratação direta da Monteiro e Monteiro Advogados Associados, por meio do processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017, o representante alegou que, embora não houvesse dúvida acerca da capacidade profissional e da notória especialização da contratada, “(...) não há como sustentar, em face da natureza dos serviços prestados, a presença de um serviço excepcional que demandasse alguém notoriamente especializado e que não pudesse ser executado pelo próprio assessor jurídico do Município de Engenheiro Caldas ou mesmo por outro escritório contratado por regime de competição” (fl. 7).

Consignou que a Controladoria Geral da União (CGU), de igual modo, ao examinar a contratação de escritório de advocacia, por inexigibilidade de licitação, para cumprimento de sentença com vistas à recuperação de valores do Fundef, afastou a singularidade do objeto e, também, a inviabilidade de competição.

Os Srs. Samuel Dutra Júnior e José Ferrarese, às fls. 254 a 286, alegaram, em síntese, que o Município de Engenheiro Caldas seguiu todos os ditames previstos na Lei nº 8.666, de 1993, para realizar a contratação direta por inexigibilidade de licitação, e que os requisitos de notoriedade do contratado e de singularidade do objeto foram cabalmente demonstrados no procedimento administrativo.

À fl. 257, salientaram que, no Município de Engenheiro Caldas, **“tais trabalhos são realizados pelos Assessores Jurídicos contratados, em substituição aos Procuradores municipais, face a inexistência de Procuradoria formalmente constituída na edilidade, conforme pontualmente indicado pelo Ministério Público de Contas nos itens 81 e 82 da exordial.”**

Por sua vez, a contratada sustentou que não há vedação à terceirização de serviços jurídicos, ainda que exista procuradoria constituída no âmbito municipal. Aduziu, à fl. 297, que existem casos em que a atuação do corpo jurídico municipal, na tentativa de recuperação de créditos do Fundef, foi ineficaz, e que a correção do valor somente foi possível após sua atuação no feito. Asseverou, ainda, que, no Município de Engenheiro Caldas, não há Procuradoria Municipal formalmente constituída e que os trabalhos corriqueiros são realizados por assessores jurídicos contratados.

A Unidade Técnica, no relatório do reexame de fl. 815, concluiu pela irregularidade da contratação do escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, tendo ressaltado:

Em relação à singularidade do objeto, não há nos autos documentos suficientes para demonstrá-la. Não obstante se tratar de demanda que envolve recuperação de créditos, os serviços contratados em si são somente a instauração e o acompanhamento da fase de cumprimento de sentença, atividade costumeira dos escritórios de advocacia.

Ainda que se admita não ser o corpo jurídico do Município qualificado tecnicamente para acompanhamento do processo, por ser viável a competição, haveria obrigatoriedade de se realizar o certame licitatório para seleção do escritório a ser contratado.

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

A prévia licitação constitui regra para a celebração de contrato pela Administração Pública e, conseqüentemente, a contratação direta é exceção, observadas as hipóteses e regras previstas na legislação de regência. E, mesmo quando se tratar de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, o ente público não está autorizado a contratar com qualquer particular, sobretudo porque, em tais casos, o ajuste deverá ser precedido, necessariamente, de procedimento administrativo formal, que evidencie a obediência aos princípios e regras do regime jurídico administrativo, em especial o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993.

A inexigibilidade de licitação pressupõe inviabilidade de competição, e o inciso II do art. 25, combinado com o art. 13 da Lei nº 8.666, de 1993, estabelece, como pressuposto da contratação direta de serviços técnicos profissionais especializados, que deve ser feita a comprovação, simultaneamente, da natureza singular do objeto e da notória especialização do favorecido. Ficando devidamente configurada a situação de inexigibilidade de licitação, deve-se atentar para a razão da escolha do executante e, por fim, para a justificativa do preço, nos termos dos incisos II e III do art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, para, finalmente, autorizar-se a celebração do contrato.

É manifesto que serviço técnico-especializado e singular é aquele excepcional, em que a competição entre os diversos profissionais técnicos se mostre inviável. O serviço para ser singular deve apresentar características que o tornam inconfundível com outros, seja porque é único, seja porque, a despeito de não ser exclusivo, se mostra inconciliável com a ideia de comparação objetiva de propostas. É aspecto inerente ao serviço, e não ao profissional ou pessoa jurídica que o executará. A singularidade do objeto a ser contratado, com efeito, é requisito indispensável para justificar a contratação direta, por inexigibilidade de licitação.

Nesse sentido é o entendimento consubstanciado na Súmula nº 106 deste Tribunal de Contas, publicada em 22/10/2008, nos seguintes termos:

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.

Relativamente à caracterização da singularidade dos serviços, Marçal Justen Filho esclarece que:

No universo dos serviços, aqueles referidos no art. 13 se diferenciam porque seu desempenho envolve conhecimentos específicos e peculiares, que exigem não apenas a profissionalidade, mas também uma especialização. Isso não significa que a contratação direta possa ser realizada simplesmente em face de sua caracterização, eis que o art. 25, inc. II, exige a natureza singular.

(...)

Ou seja, a fórmula “natureza singular” destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13. É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sob tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional “especializado”. Envolve os casos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação por qualquer profissional (ainda que especializado). (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 419-420).

Este Tribunal, na resposta dada à Consulta nº 873.919, relatada pelo Conselheiro em exercício Hamilton Coelho, na sessão plenária de 10/4/2013, consolidou o entendimento de que a contratação de serviços advocatícios, por meio de licitação, somente é admitida quando não houver procuradores suficientes para representar o órgão em juízo e promover ações de sua competência. Confira-se a ementa desse parecer:

CONSULTA – PREFEITURA MUNICIPAL – RESGATE DE CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS – A) TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – VEDAÇÃO – ATIVIDADE TÍPICA E CONTÍNUA DA ADMINISTRAÇÃO – B) CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – POSSIBILIDADE, EM CARÁTER EXCEPCIONAL E EXTRAORDINÁRIO – NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO E DE OBSERVÂNCIA DAS SEGUINTESS PREMISSAS: HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – INTEGRAM O PATRIMÔNIO DA ENTIDADE – CONTABILIZAÇÃO COMO FONTE DE RECEITA – REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO JURÍDICO – POSSIBILIDADE DE AJUSTE DE HONORÁRIOS POR ÊXITO, FIXADO EM PERCENTUAL SOBRE O VALOR AUFERIDO OU CONTRATO DE RISCO PURO, POR MEIO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – PREVISÃO NO CONTRATO DO VALOR ESTIMADO DOS HONORÁRIOS E DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA – CONDICIONAMENTO DO PAGAMENTO AO EXAURIMENTO DO SERVIÇO

a) É vedada a terceirização dos serviços advocatícios que objetivem o resgate de créditos previdenciários, por consubstanciarem atividade típica e contínua da Administração, bem como por vincular-se à administração tributária, devendo ser atribuída sua execução a servidores do quadro permanente de pessoal, por força do disposto nos incisos II e XXII do art. 37 da Constituição da República.

b) Não obstante, admite-se a contratação de advogados, em caráter excepcional e extraordinário, quando o volume do serviço não possa ser absorvido pelos procuradores municipais ou, ainda, na hipótese de inexistência de cargo de advogado nos quadros da Administração, até que o Poder Público organize sua estrutura de pessoal, observada, em todo caso, a adequada motivação, bem como as seguintes premissas:

b.1. a contratação de serviços de advocacia para resgate de créditos previdenciários indevidamente recolhidos com ajuste de honorários por êxito é possível, devendo a remuneração do profissional ser fixada, no instrumento contratual, em valor estimado, observando-se o princípio da razoabilidade, evitando-se o desembolso de valores exorbitantes;

b.2. os honorários de sucumbência, quando vencedor o ente público, pertencem à entidade, e não ao procurador ou representante judicial, devendo ser contabilizados como fonte de receita;

b.3. é possível a contratação de honorários por êxito, fixado em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, bem como por risco puro, mediante remuneração do advogado exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência, devendo constar no contrato o valor estimado dos honorários e a dotação orçamentária própria para o pagamento de serviços de terceiros;

b.4. o pagamento deve estar condicionado ao exaurimento do serviço, com o cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, não se podendo considerar, para esse fim, a mera obtenção de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço.

Essa orientação foi reiterada pelo Tribunal, conforme evidenciado no parecer proferido, na sessão plenária de 8/8/2013, na Consulta nº 888.126, relatada pelo Conselheiro Wanderley Ávila, com a seguinte ementa:

CONSULTA – CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA JURÍDICA – EXCEPCIONALIDADE – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – OBRIGATORIEDADE, SALVO COMPROVADA SINGULARIDADE DO SERVIÇO E A NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DO PROFISSIONAL – CONFIANÇA EM RELAÇÃO AO

CONTRATADO – ELEMENTO NÃO CONFIGURADOR DA INEXIGIBILIDADE – OPÇÃO POR CREDENCIAMENTO – POSSIBILIDADE – SISTEMA DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, LEGALIDADE, MORALIDADE E PUBLICIDADE E ÀS NORMAS DA LEI N. 8.666/93 – CONSULTAS N. 765192, 735385, 708580, 688701, 684672, 183486, 746716, 812006, 652069 – RESUMO DE TESE REITERADAMENTE ADOTADA.

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).

E, conforme jurisprudência deste Tribunal, a contratação de serviços advocatícios para acompanhamento de processos não apresenta singularidade necessária para justificar a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação. Nesse sentido, vejamos as seguintes ementas de decisões prolatadas pelos órgãos de deliberação deste Tribunal:

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS. AUSÊNCIA DO ORÇAMENTO EM PLANILHAS DOS CUSTOS DOS SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS. INADEQUAÇÃO DO DOCUMENTO DESTINADO A JUSTIFICAR A ESCOLHA DO FORNECEDOR. INADEQUAÇÃO DO DOCUMENTO INTITULADO JUSTIFICATIVA DE PREÇO. AUSÊNCIA DA PUBLICAÇÃO DO TERMO DE RATIFICAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA JUSTIFICATIVA PARA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DA PROPOSTA E O VALOR DO CONTRATO. IRREGULARIDADES. DANO AO ERÁRIO. MULTA. RESTITUIÇÃO. RECOMENDAÇÃO.

1. É necessária a existência do binômio serviço singular e notória especialização para possibilitar a adequação da contratação por inexigibilidade de licitação, nos termos do inciso II do art. 25 da Lei Nacional n. 8.666/1993.

2. Serviços advocatícios corriqueiros, devem ser prestados pelo corpo jurídico do próprio ente, não sendo possível a contratação direta, conforme entendimento exarado na resposta à Consulta n. 735.385, Sessão Plenária do dia 08/08/2007.
3. A realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, bem como para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.
4. Para se estimar os preços de um serviço a ser contratado, há que se levar em conta todo o período de vigência do contrato a ser firmado, considerando-se todas as prorrogações previstas para a contratação.
5. A adequação orçamentária envolve a previsão de recursos orçamentários para satisfação da despesa a ser gerada por meio da futura contratação, devendo, para tal, ser consideradas todas as despesas subordinadas a determinada rubrica orçamentária.
6. Configurada a situação inexigível, deve-se atentar para a razão da escolha do executante e justificativa do preço, nos termos dos incisos II e III do artigo 26 da Lei n. 8.666, de 1993, para, somente depois, autorizar-se o contrato por inexigibilidade de licitação.
7. 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 da Lei Federal n. 8.666/93 deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005).
8. Entende-se por “serviços contínuos” aqueles que, se interrompidos, podem comprometer a continuidade de atividades essenciais.
9. Conforme dispõe a Súmula n. 46 deste Tribunal, a eficácia de contratos, convênios e acordos e seus aditamentos celebrados pelos órgãos e entidades públicas, estaduais e municipais, qualquer que seja o seu valor, dependerá da publicação de seu resumo no Órgão Oficial do Estado ou no Diário Oficial local, a qual deverá ser providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao da sua assinatura, para ocorrer no prazo de 20 dias daquela data.
10. As minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser precedidos de parecer jurídico, nos termos do art. 38, caput e parágrafo único, da Lei n. 8.666/93. (Representação nº 959.035. Rel. Conselheiro Wanderley Ávila. Julg.: Sessão da Segunda Câmara de 1º/12/2016).

REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL – CONTRATAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA E ADVOCACIA JUDICIAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS – NÃO JUSTIFICADA A NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO JÁ QUE AS ATIVIDADES DO CONTRATADO COINCIDEM COM AS EXERCIDAS POR SERVIDORES DO MUNICÍPIO – PROCEDÊNCIA – IRREGULARIDADE – APLICAÇÃO DE MULTA.

Os argumentos apresentados pela Defendente não são suficientes para afastar a irregularidade, pois não restou demonstrado que os serviços prestados possuem natureza singular, requisito exigido pelo art. 25, II, da Lei n. 8666/93, para a contratação por inexigibilidade de licitação, conforme entendimento desta Corte de Contas, sumulado no enunciado n. 106.

A prestação de serviço jurídico-advocatório é atividade profissional que deve ser realizada pelo corpo jurídico do próprio Município. Na hipótese de este não possuir procuradores suficientes para representá-lo em juízo e promover as ações de competência municipal,

determinado serviço – motivadamente – poderá ser terceirizado a uma sociedade civil de advogados, mas, via de regra, mediante procedimento licitatório prévio. Consulta n. 708580 (sessão Plenária de 08/11/06).

Afigura-se, em regra, irregular a contratação ainda que mediante licitação, pelo órgão ou entidade pública, de escritório de advocacia com o objetivo de realizar serviços rotineiros de ajuizamento e acompanhamento das ações normais do ente, quanto deste, em princípio, possua quadro funcional próprio para execução de tais trabalhos. Consulta n. 735385 (sessão Plenária de 08/8/07). (Representação nº 812.122. Rel. Conselheiro Mauri Torres. Julg.: Sessão da Primeira Câmara de 19/5/2015).

No caso em exame, o Município de Engenheiro Caldas contratou, por meio da Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017, a Monteiro e Monteiro Advogados Associados, para prestação de serviços “jurídicos em defesa do Direito da CONTRATANTE, no âmbito administrativo e/ou judicial, propondo e acompanhando os procedimentos até final decisão em ambas as esferas, no que concerne à recuperação dos valores do FUNDEF que deixaram de ser repassados aos municípios em face da ilegal fixação nacional do valor mínimo anual por aluno, na forma da Lei nº 9.424/96” (fl. 216).

O Sr. Samuel Dutra Júnior, Prefeito do Município de Engenheiro Caldas, autorizou a abertura do processo de inexigibilidade e, no mesmo ato, ao encaminhar a questão à Comissão Permanente de Licitação (CPL), concluiu: “Encaminho para as providências necessárias à solicitação ficando condicionada a contratação da empresa MONTEIRO E MONTEIRO ADVOGADOS ASSOCIADOS, se forem cumpridas todas as exigências e formalidades legais” (fl. 212). O nominado agente público ainda ratificou o procedimento da Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017 (fl. 39) e celebrou o Contrato Administrativo nº 021/2017, dele decorrente, em 13/2/2017 (fls. 215 a 219). O extrato da inexigibilidade foi publicado no “Minas Gerais”, edição de 14/2/2017 (fl. 220).

Da leitura do instrumento de contrato (fls. 215 a 219), é possível depreender a ausência do requisito da singularidade do objeto, pois se refere a serviço advocatício para cumprimento de sentença em processo judicial. É dizer, o escritório de advocacia contratado ajuizou apenas ação para cumprimento da sentença exarada nos autos da Ação Civil Pública nº 1999.61.00.050616-0, autuada sob o nº 0017324-27.2017.4.01.3400, processo que tramitou na Sessão Judiciária de São Paulo.

A toda evidência, portanto, a prestação do serviço consubstanciada no objeto ajustado no Contrato Administrativo nº 021/2017, por não apresentar complexidade especial ou extraordinária, não se reveste da singularidade a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993, requisito indispensável para autorizar a contratação direta por inexigibilidade de licitação. Em razão disso, em consonância com a informação da Unidade Técnica, considero procedente a representação, por entender configurada a irregularidade concernente à contratação direta da Monteiro e Monteiro Advogados Associados, por meio da Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017.

Deixo, contudo, de sancionar o gestor pela irregularidade apurada, porquanto, a despeito da celebração do ajuste, os pagamentos que seriam devidos à Monteiro e Monteiro Advogados Associados ainda não se ultimaram, de maneira que não houve dispêndio de recursos públicos, tampouco efetivação de desvio de valores devidos ao Município de Engenheiro Caldas, pela União, a título de complementação do Fundef, entre os exercícios financeiros de 1998 e 2006.

2. Montagem do procedimento de inexigibilidade para justificar a contratação direta e ausência de justificativa de preço

O representante apontou que há circunstâncias indicativas de que o processo de inexigibilidade teria sido “montado” e de que não haveria documento capaz de comprovar a realização de

pesquisa de mercado, que justificasse o valor cobrado pela contratada, a título de honorários advocatícios, para execução de serviço de pouca complexidade jurídica.

Os Srs. Samuel Dutra Júnior e José Ferrarese alegaram que o procedimento de inexigibilidade somente é publicado depois de sua conclusão, não havendo prazos legais a serem observados durante a tramitação. Asseveraram também que possíveis erros materiais na paginação e a celeridade procedimental da Administração não caracterizam montagem do procedimento.

O escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados alegou que a condução do procedimento de inexigibilidade de licitação foi feita pela Comissão Permanente de Licitação (CPL) e pelo quadro jurídico do órgão municipal. Sustentou que sua participação se restringiu à apresentação da documentação probatória, com vistas a viabilizar a contratação, e que a celeridade e a diligência promovidas pelo órgão público no curso do procedimento não podem ser qualificadas como fraude à contratação, consoante se extrai à fl. 300.

Em ambas as defesas apresentadas, sustentou-se que o valor cobrado pela contratada, a título de honorários advocatícios, teria sido justificado e comprovado no procedimento por meio de contratos anteriores celebrados com a Administração ou com particulares.

No reexame, às fls. 812 a 817-v, a Unidade Técnica concluiu pela existência de indícios de montagem do procedimento para a contratação direta. Vejamos:

Embora os defendentes sustentem que as datas idênticas seriam decorrentes de celeridade da Administração e a falta de sequência lógica dos autos teria sido causada por erro material, tais alegações são insuficientes para afastar os indícios de montagem, sobretudo por ter restado demonstrado o aliciamento do Município com o intuito de firmar o contrato e pela fragilidade da justificativa de contratação.

No que se refere aos argumentos dos defendentes acerca da justificativa de preço, cabe destacar que não é suficiente a juntada de cópias de outros contratos firmados pelo mesmo escritório, sobretudo em virtude de se tratar de percentual a incidir sobre montante que é variável conforme o contrato, qual seja, o valor de créditos do Fundef a serem possivelmente recuperados.

A referida variabilidade impede que se possa relacionar as características do serviço com o valor a ele atribuído. Assim sendo, pelo mesmo tipo de trabalho, o escritório poderá receber montantes muito discrepantes entre si, uma vez que cada Município tem um valor específico a recuperar, não sendo cabível a justificativa de preço com base em tais contratos.

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

Depois de analisar o procedimento de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017, verifiquei que o termo de ratificação foi assinado em 13/2/2017 (fl. 39) e divulgado, na mesma data, no “quadro público de avisos” da Prefeitura, conforme informado na certidão de fl. 40. Constatei, também, que os demais atos do procedimento, incluídos a autuação (fl. 34), a solicitação de justificativa (fl. 35), a declaração de exigência financeira (fl. 37), o parecer técnico subscrito pelo contador (fl. 38), o parecer jurídico (fls. 41 a 47) e a solicitação do parecer jurídico (fl. 48), datam de 13/2/2017, o que é indicativo de que os setores administrativos envolvidos no procedimento teriam se articulado para viabilizar a formalização da contratação em exame. E, no “Minas Gerais”, edição de 14/2/2017 (fl. 22), foi publicado o “Extrato Inexigibilidade 003-2017”.

A proposta de preços da Monteiro e Monteiro Advogados Associados à Prefeitura Municipal de Engenheiro Caldas, encartada à fl. 36, porém, é datada de 25/1/2017, o que favorece o entendimento de que a Administração Municipal, depois de tomar conhecimento da proposta

do possível contratado, teria dado início aos atos preparatórios e exigidos legalmente para a celebração do ajuste.

Em razão disso, a despeito de constatar que documentos integrantes do procedimento administrativo têm datas idênticas, não há, nos autos, comprovação exata de que tal comportamento é conducente à incontrastável conclusão de que teria havido montagem do processo administrativo referente à Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017. E, por isso, julgo improcedente a representação, nesse particular.

Além disso, é possível verificar da documentação que instrui o processo, sobretudo do documento juntado à fl. 35, a justificativa da escolha do prestador e do valor que seria pago à contratada, formalidade necessária para instrução de processo para contratação direta, conforme previsto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993. No mencionado documento, a autoridade requisitante informa que realizou pesquisa de preços, com base em dados de contratos celebrados por outros municípios da região e, também, daqueles divulgados na imprensa oficial do Estado de Minas Gerais.

Na verdade, o que não consta do processo de inexigibilidade de licitação é a pesquisa de preço utilizada para averiguar a adequação entre os valores pactuados e aqueles praticados, à época, por prestadores de serviço da área.

Ocorre que a falta de anexação de documentos nos autos do procedimento administrativo objeto da representação não permite presumir que a pesquisa de mercado não tenha sido, de fato, realizada pela Administração, até porque o processo de inexigibilidade de licitação foi instruído com o elemento exigido no inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, a justificativa do preço.

Aliado a isso, em consulta ao Sistema Gerencial de Administração de Processos (SGAP), pude verificar que, nas Representações 1.058.803, 1.053.852 e 1.058.928, também formuladas pelo Ministério Público junto ao Tribunal, os valores contratados por outros Municípios com a Monteiro e Monteiro Advogados Associados eram similares aos do contrato que ela celebrou com o Município de Engenheiro Caldas. Isso é indicativo de que o valor da contratação objeto da representação ora examinada não foi exorbitante e destoante daqueles adotados em outros contratos com objeto similar.

Dessa forma, considerando que, nos autos, não ficou demonstrado que o valor da contratação estava acima do valor de mercado, entendo não haver elementos suficientes para comprovação da irregularidade pertinente à ausência de pesquisa de mercado.

3. Nulidade da forma de remuneração do contrato por configurar desvio de verbas

O representante também aduziu que a estipulação contida na cláusula quarta do Contrato Administrativo nº 021/2017 é irregular, seja em relação aos honorários advocatícios sucumbenciais, seja no tocante aos honorários advocatícios contratuais, ajustados em 20% (vinte por cento) do montante recuperado (fl. 8).

Para o representante, considerando o parecer deste Tribunal em resposta à Consulta nº 873.919, os valores relativos aos honorários de sucumbência devem ser, forçosamente, contabilizados como receita pública. Assim, a previsão de que os honorários advocatícios contratuais corresponderiam a 20% (vinte por cento) do montante recuperado configura desvio de verbas “carimbadas” do Fundef, porquanto os recursos recebidos pelo Município a esse título deveriam ser aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério (fl. 8-v).

À fl. 9, o representante sustentou que o Município de Engenheiro Caldas teria direito de receber, conforme valor estimado pela contratada, R\$2.407.975,81 (dois milhões quatrocentos e sete mil

novecentos e setenta e cinco reais e oitenta e um centavos), que deveriam ser, integralmente, aplicados em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino. Contudo, diante da previsão de pagamento de 20% (vinte por cento) desse montante a título de honorários advocatícios, pode-se estimar desvio de verbas da educação da ordem de R\$481.000,00 (quatrocentos e oitenta e um mil reais).

Para corroborar suas alegações, citou o Acórdão nº 1.824/2017-Plenário, no qual o Tribunal de Contas da União (TCU), em 23/8/2017, assentou o entendimento de que o pagamento de honorários aos patronos contratados deve ser feito com verba própria, e não com retenção de verba vinculada. Em igual sentido, foram colacionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais Regionais Federais (TRF), nas quais é vedada a retenção de honorário contratual do valor da complementação da verba do Fundef no momento da expedição de precatório.

Os Srs. Samuel Dutra Júnior e José Ferrarese alegaram que existem julgados no Supremo Tribunal Federal (STF), que autorizam a possibilidade do destaque de honorários contratuais em processos do Fundef.

Segundo os defêndentes, é “evidente a existência de grave risco de pagamento de honorários advocatícios pelos serviços prestados pela Monteiro e Monteiro Advogados, oriundos da execução do contrato de prestação de serviços, seja pela via administrativa ou judicial, acaso acolhida a tese ministerial e declarada a nulidade do procedimento de contratação e, conseqüentemente, a rescisão do contrato firmado” (fl. 285).

O escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados alegou, à fl. 301, que foi celebrado “contrato de eficácia”, em que a execução do serviço pelo prestador corre a seu risco, e a remuneração se dá de forma proporcional e condicionada ao êxito, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico.

Argumentou que o contrato proporciona economia para a Administração Pública e se traduz em mecanismo de incentivo da eficiência e do alcance de metas (fl. 302). Também asseverou que esse tipo de contratação desonera a Administração em relação a todos os custos processuais e procedimentais envolvidos no trâmite da ação. Por remate, sustentou que a jurisprudência do STJ e do STF admite a possibilidade de que sejam destacadas verbas de honorários em processos de precatórios do Fundef, não obstante a vinculação dos valores do fundo.

A Unidade Técnica, ao proceder ao reexame da matéria, ressaltou que os recursos do Fundef são caracterizados por sua vinculação constitucional e legal específica às hipóteses de manutenção e desenvolvimento da educação básica. E, portanto, a utilização de tais recursos para finalidade diversa daquela prevista em lei implica em violação ao princípio da legalidade. Além disso, ressaltou:

Contrariamente ao alegado pelos defêndentes, o entendimento mais recente do STJ, adotado pela Primeira Seção no Recurso Especial n. 1703697, prestigia a vinculação constitucional e legal dos recursos do Fundef/Fundeb, bem como a manutenção dessa vinculação mesmo que os valores constem de título executivo judicial.

No que diz respeito ao STF, é importante esclarecer que, diferentemente do que sustenta o escritório Monteiro e Monteiro, o que ficou estabelecido no acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1050028 foi apenas a impossibilidade de se discutir por meio de Recurso Extraordinário a validade de se descontarem das verbas destinadas ao Fundef as quantias referentes aos honorários advocatícios contratuais.

Assim, embora o escritório sustente que o referido acórdão estabeleceu que a discussão relativa à vinculação não alcançaria os honorários advocatícios, o que ficou consignado,

em verdade, é que a questão dos honorários sequer foi decidida nas Ações Cíveis Ordinárias que discutiram a complementação do Fundef.

A Unidade Técnica ressaltou que o Ministro Dias Toffoli, presidente do STF, ao examinar a Suspensão de Liminar nº 1186, determinou a imediata suspensão de todas as decisões que tenham autorizado o pagamento de honorários advocatícios contratuais em precatórios expedidos pela União para quitar diferenças de complementação de verbas do Fundef.

Além disso, assinalou que “o titular do direito às verbas de sucumbência, segundo estabelece o art. 85, §19, do Código de Processo Civil, é o advogado da parte vencedora da demanda, e não a própria parte. Não há que se falar em contabilização de tais valores como receita pública, mesmo que a parte vencedora seja ente público”, fls. 816-v e 817.

Pois bem. Com efeito, a cláusula quarta do Contrato Administrativo nº 021/2017 (fl. 216 e 217) estabelece:

CLÁUSULA QUARTA – DOS HONORÁRIOS – AD EXITUM

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

(...)

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

De modo a elucidar o apontamento, em consulta ao Sistema Informatizado de Contas do Município (SICOM), pude constatar que, nos exercícios financeiros de 2017, 2018 e 2019, não houve empenhamento de despesa, tampouco pagamentos, seja a título de honorários contratuais ou sucumbenciais em favor da Monteiro e Monteiro Advogados Associados.

E, de acordo com o documento encartado às fls. 239 e 240, constatei que o Município de Engenheiro Caldas, em 7/4/2017, ajuizou ação para o cumprimento da sentença prolatada nos autos da Ação Civil Pública nº 1999.61.00.05061600, autuada sob o nº 0017324-27.2017.4.01.3400. Todavia, a inicial foi indeferida pelo juiz da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, por entender que a sentença “somente tem eficácia no âmbito do órgão prolator, nos termos do disposto no art. 16 da Lei nº 7.347/1985”. Apurei, ainda, que o Município de Engenheiro Caldas interpôs recurso de apelação, pendente de decisão, conforme andamento processual constante do sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (www.trfl.jus.br).

Para além disso, conforme informado no relatório do reexame da Unidade Técnica, em 11/1/2019, o Ministro Dias Toffoli deferiu, no processo SL 1186 MC/DF, o pedido da Procuradoria-Geral da República para suspensão dos efeitos de decisões judiciais que autorizaram o destaque de honorários advocatícios contratuais, em precatórios expedidos pela União, em casos de pagamento de diferenças de complementação de verbas do Fundef, em ações de execução intentadas por Estados e Municípios, conforme trecho que ora transcrevo:

Ante o exposto, defiro o pedido formulado pela PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, para determinar a imediata suspensão de todas as decisões que tenham autorizado o destaque de honorários advocatícios contratuais em precatórios expedidos pela União para o pagamento de diferenças de complementação de verbas do FUNDEF.

Sobre a forma de remuneração da contratada, seja no tocante aos honorários advocatícios sucumbenciais, seja a respeito dos honorários advocatícios contratuais, forçoso reiterar que, a despeito dos apontamentos destacados na representação, no caso em apreço, os pagamentos que seriam devidos à Monteiro e Monteiro Advogados Associados ainda não se efetivaram e, por conseguinte, não ocorreu qualquer desvio de recursos vinculados ao Fundeb, pois se trata de contrato de eficácia e, até esta data, o ente municipal não obteve êxito que ensejasse pagamento à contratada.

E, diante da constatação de que a adoção do procedimento de contratação direta por inexigibilidade de licitação não se coadunou com os ditames legais, entendo que o deslinde da questão tratada neste tópico está jungido às consequências advindas da própria ilegalidade do procedimento, uma vez que esta, *in casu*, absorveria supostas impropriedades consolidadas no instrumento contratual, sobretudo aquelas cláusulas que ainda não produziram efeito.

Nesse sentido, em convergência com o representante e com amparo no entendimento consolidado no STF, *v. g.* no julgamento dos Mandados de Segurança 23.550 e 26.000, o qual se funda no inciso IX do art. 71 da Constituição da República, deve o atual Prefeito do Município de Engenheiro Caldas anular o processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017, o que, de acordo com o disposto no § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666, de 1993, também enseja a nulidade do ajuste dele originado, Contrato Administrativo nº 021/2017.

A propósito da anulação de contrato administrativo, cito as disposições insertas no citado art. 49:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Segundo comentários de Marçal Justen Filho:

Há vínculo lógico-jurídico entre a licitação e o contrato. Portanto, a tardia revelação do vício da licitação produz reflexos sobre o contrato já firmado. A proclamação do vício em momento posterior à assinatura do contrato não impede o desfazimento deste último.

(...)

As regras acima desenvolvidos aplicam-se aos casos de contratação direta. (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 790-791).

Nesse sentido também é a jurisprudência do STJ, consoante se depreende das ementas dos julgados a seguir transcritas:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIÇO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 13 E 25) E À LEI DE

IMPROBIDADE (LEI 8.429/92, ART. 11). EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO.

1. A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93 sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais de notória especialização.

2. A contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente.

3. A multa civil, que não ostenta feição indenizatória, é perfeitamente compatível com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos), independentemente de dano ao erário, dolo ou culpa do agente.

4. Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão da ausência de dano ao erário com a efetiva prestação dos serviços de advocacia contratados, deve ser aplicada apenas a multa civil, reduzida a patamar mínimo (10% do valor do contrato, atualizado desde a assinatura).

5. Recurso especial provido em parte. (grifos meus) (REsp 488842 / SP. Segunda Turma. Rel. Min. Ministro João Otávio de Noronha. Rel. do Acórdão Min. Castro Meira. Julg. 17/4/2008. Pub. DJe 05/12/2008)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO RECORRIDO. PUBLICAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO NOVO CPC. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇO DE ADVOCACIA PELO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 3º, 13 E 25 DA LEI DE 8.666/93 E 11 DA LEI DE 8.429/92. EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO.

Publicação do acórdão recorrido anteriormente à vigência do novo CPC

(...)

5. Trata-se na origem de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Sociedade de Advogados, tendo em vista a contratação desta, sem licitação, para fazer o acompanhamento de defesas do Município perante os Tribunais de Justiça e de Contas, além de atividade consultiva nas áreas de licitação e finanças públicas, no período de 2001 a 2004 pela quantia total de R\$ 136.723,84 (cento e trinta e seis mil, setecentos e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos), válidos para o referido período.

6. Em primeiro e segundo graus o pedido foi julgado improcedente.

7. No Recurso Especial, o Ministério Público Mineiro alega violação dos arts. 13, V, e 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 e 11, I, da Lei 8.429/1992.

Condições legais para a inexigibilidade de licitação: possibilidade de contratação de serviços advocatícios sem licitação

8. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente.

9. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado. Contratação direta de serviços não singulares - violação dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 e 11 da Lei 8.429/92 – improbidade administrativa caracterizada - afronta aos princípios administrativos.

10. Na demanda em análise, a municipalidade, a pretexto da singularidade dos serviços de advocacia, terceirizou em bloco, entre os anos de 2001 e 2004, com dispêndio de cerca de R\$ 136.723,84 (cento e trinta e seis mil, setecentos e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos, válidos para o referido período), atividades que são próprias e bem poderiam ter sido executadas pelos advogados que integram, com vínculo público, a Prefeitura de Visconde do Rio Branco-MG.

11. A leitura dos autos indica que o objeto dos sucessivos contratos (ao todo foram 04) era absolutamente genérico, pois consistente na prestação de serviços técnico-especializado de assessoria e consultoria e patrocínio judicial e administrativo e congêneres.

12. Tais tarefas não podem ser consideradas como singulares no âmbito da atividade jurídica de um Município. Os procedimentos que correm nos respectivos Tribunais de Contas, de maneira geral, versam sobre assuntos cotidianos da esfera de interesse das municipalidades. E mais, assuntos de licitação e de assessoria em temas financeiros não exigem conhecimentos demasiadamente aprofundados, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública e pela assessoria jurídica do município. Ilegalidade. Serviços não singulares.

13. A contratação de serviços sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade, viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e os deveres de legalidade e imparcialidade e configura improbidade administrativa. Ausente o prejuízo ao erário no caso concreto, a situação amolda-se ao conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, da Lei 8.429/1992. Nesse sentido: REsp 1.038.736/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4.5.2010, DJe 28.04.2011; REsp 1.444.874/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.2.2015, DJe 31.3.2015, e REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 14.12.2010. Art. 11 da Lei 8.429/92 dolo genérico.

14. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o art. 11 da Lei 8.429/1992 dispensa a comprovação de intenção específica de violar princípios administrativos, sendo suficiente o dolo genérico. No caso, é indiscutível a intenção do ex-Prefeito de contratar sem licitação e a aceitação do encargo por parte da Sociedade de Advogados. Ou seja, indubitável a vontade livre e consciente das partes em efetivar a contratação direta. Divergência jurisprudencial demonstrada

15. No julgamento do REsp 488842/SP, esta Corte entendeu que, "Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão da ausência de dano ao erário com a efetiva prestação dos serviços de advocacia contratados, deve ser aplicada apenas a multa civil, reduzida a patamar mínimo (10% do valor do contrato, atualizado desde a assinatura)".

16. A apontada divergência jurisprudencial realmente ocorre, porque naquela oportunidade o STJ apreciou situação bastante assemelhada. Os serviços eram de mesma natureza (primordialmente o acompanhamento de processos no TCE/SP).

17. A decisão neste Recurso Especial deve seguir as linhas adotadas no citado paradigma (REsp 488842/SP), por conta da profundidade dos debates ali travados, com dois pedidos de vista e principalmente em razão da similitude entre os casos confrontados.

18. A multa civil, que não ostenta feição indenizatória, é perfeitamente compatível com os atos de improbidade listados nos autos e tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92.

19. Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão das circunstâncias específicas e peculiares dos fatos narrados nos autos, deve ser aplicada apenas a multa civil a cada um dos agentes envolvidos, em patamar mínimo (10% do valor total das contratações, atualizados desde a assinatura do primeiro pacto).

20. As conclusões acima são praticamente as mesmas a que chegou a Segunda Turma ao julgar o REsp 488842/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/12/2008). Considerando a similitude fática e jurídica entre os casos, seguem-se aqui as orientações ali firmadas, a fim de resguardar a isonomia entre as situações.

Conclusão 21. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 1505356/MG. Segunda Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016).

Apurado, portanto, que a nulidade do procedimento de inexigibilidade é capaz de acarretar, por arrastamento, a nulidade do contrato que dele se originou, diante das nuances do caso concreto, entendendo que o apontamento atinente à cláusula de remuneração da contratada não demanda exame individualizado, por se encontrar subsumido pela própria irregularidade do procedimento de inexigibilidade de licitação, como demonstrado no início desta fundamentação.

III – DECISÃO

Diante do exposto na fundamentação, julgo procedente o apontamento lançado na representação, por entender irregular a contratação direta da Monteiro e Monteiro Advogados Associados, por meio da Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017.

Deixo, contudo, de sancionar o gestor pela irregularidade apurada, porquanto, a despeito da celebração do contrato, os pagamentos que seriam devidos à Monteiro e Monteiro Advogados Associados ainda não se ultimaram, de maneira que não houve dispêndio de recursos públicos, tampouco efetivação de desvio de valores devidos ao Município de Engenheiro Caldas, pela União, a título de complementação do Fundef, entre os exercícios financeiros de 1998 e 2006.

Determino ao atual Prefeito Municipal que, no prazo de trinta dias, comprove a anulação do procedimento de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017 e do Contrato Administrativo nº 021/2017, dele decorrente, consoante o disposto no § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666, de 1993, nos termos da fundamentação. O acompanhamento da ação de cumprimento da sentença nº 0017324-27.2017.4.01.3400, em trâmite na 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, deve ficar a cargo da Secretaria de Assuntos Jurídicos do Município de Engenheiro Caldas, se possível, ou ser assumido por profissional da área contratado por meio de processo licitatório, cuja remuneração não pode ser feita com recursos oriundos das diferenças de complementação do Fundef, em razão da vinculação deles às despesas inerentes à educação básica pública regular.

Complemento, ainda, relativamente à matéria em exame, que o gestor observe o parecer deste Tribunal, aprovado na Sessão do Pleno de 5/2/2020, em resposta à Consulta nº 1.041.523, no qual ficou assentado que “os recursos do Fundef recebidos extraordinariamente por meio de ação judicial não se subvinculam à previsão do art. 22 da Lei n. 11.494/07, qual seja, a destinação de 60% (sessenta por cento) ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública, embora estejam vinculados às ações consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica”.

Recomendo aos gestores municipais que, nos próximos procedimentos para contratação direta de serviço técnico-especializado, observem com rigor a cabal demonstração, de forma simultânea, da natureza singular do objeto e da notória especialização do proponente para a

devida caracterização da situação de inexigibilidade, bem como os comandos insculpidos no art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, principalmente em relação à razão da escolha do fornecedor e da justificativa do preço.

Determino, ainda, que a intimação dos responsáveis seja realizada por meio de publicação no Diário Oficial de Contas e pela via postal.

Intime-se também o representante da decisão.

Ao final, cumpridos os procedimentos regimentais pertinentes, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR GLAYDSON SANTO SOPRANI MASSARIA.)

RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 17/9/2020

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação oferecida pelo Ministério Público de Contas em face dos Senhores Samuel Dutra Júnior, prefeito do Município de Engenheiro Caldas, e José Ferrarese, secretário municipal de Administração, bem como do escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados, em que imputa irregularidades na formalização do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017 e do Contrato Administrativo nº 021/2017, cujo objeto consiste na prestação de serviços jurídicos, no âmbito administrativo e judicial, “propondo e acompanhando os procedimentos até final decisão em ambas as esferas, no que concerne à recuperação dos valores do FUNDEF que deixaram de ser repassados aos municípios em face da ilegal fixação nacional do valor mínimo anual por aluno, na forma da Lei n. 9.424/96”.

O *Parquet*, na condição de representante, sustenta que as disposições contratuais implicam desvio de finalidade de verbas públicas vinculadas à educação, que a contratação direta por inexigibilidade afronta o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, e que o processo de justificação foi montado e não teve o preço motivado, violando o art. 26 da mesma Lei.

Na sessão da Segunda Câmara ocorrida no dia 05/03/20, o relator, conselheiro Gilberto Diniz, apresentou seu voto pela procedência da representação quanto à irregularidade da contratação direta do escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados por inexigibilidade de licitação, nos seguintes termos:

Diante do exposto na fundamentação, julgo procedente o apontamento lançado na representação, por entender irregular a contratação direta da Monteiro e Monteiro Advogados Associados, por meio da Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017.

Deixo, contudo, de sancionar o gestor pela irregularidade apurada, porquanto, a despeito da celebração do contrato, os pagamentos que seriam devidos à Monteiro e Monteiro Advogados Associados ainda não se ultimaram, de maneira que não houve dispêndio de recursos públicos, tampouco efetivação de desvio de valores devidos ao Município de Engenheiro Caldas, pela União, a título de complementação do Fundef, entre os exercícios financeiros de 1998 e 2006.

Determino ao atual Prefeito Municipal que, no prazo de trinta dias, comprove a anulação do procedimento de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017 e do Contrato Administrativo nº 021/2017, dele decorrente, consoante o disposto no § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666, de 1993, nos termos da fundamentação. O acompanhamento da ação de cumprimento da sentença nº 0017324-27.2017.4.01.3400, em trâmite na 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, deve ficar a cargo da Secretaria de Assuntos Jurídicos do Município de Engenheiro Caldas, se possível, ou ser assumido por profissional da área contratado por meio de processo licitatório, cuja remuneração não pode ser feita com recursos oriundos das diferenças de complementação do Fundef, em razão da vinculação deles às despesas inerentes à educação básica pública regular.

Complemento, ainda, relativamente à matéria em exame, que o gestor observe o parecer deste Tribunal, aprovado na Sessão do Pleno de 5/2/2020, em resposta à Consulta nº 1.041.523, no qual ficou assentado que “os recursos do Fundef recebidos extraordinariamente por meio de ação judicial não se subvinculam à previsão do art. 22 da Lei n. 11.494/07, qual seja, a destinação de 60% (sessenta por cento) ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública, embora estejam vinculados às ações consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica”.

Recomendo aos gestores municipais que, nos próximos procedimentos para contratação direta de serviço técnico-especializado, observem com rigor a cabal demonstração, de forma simultânea, da natureza singular do objeto e da notória especialização do proponente para a devida caracterização da situação de inexigibilidade, bem como os comandos insculpidos no art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, principalmente em relação à razão da escolha do fornecedor e da justificativa do preço.

Determino, ainda, que a intimação dos responsáveis seja realizada por meio de publicação no Diário Oficial de Contas e pela via postal.

Intime-se também o representante da decisão.

Ao final, cumpridos os procedimentos regimentais pertinentes, arquivem-se os autos.

Em seguida, pedi vista dos autos para melhor avaliar o processo.

II – FUNDAMENTAÇÃO

a) Irregularidade na contratação do escritório de advocacia Monteiro e Monteiro Advogados Associados por inexigibilidade de licitação

Consta dos presentes autos que o escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados foi contratado diretamente, por meio de inexigibilidade de licitação, para a prestação de serviços jurídicos, no âmbito administrativo e judicial, para a recuperação dos valores do FUNDEF que deixaram de ser repassados aos municípios.

No primeiro item da fundamentação do seu voto, o relator considerou ausente a singularidade do objeto, por não apresentar complexidade especial ou extraordinária, razão pela qual entendeu configurada a irregularidade da contratação direta mediante o Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017, deixando, porém, de aplicar sanção, uma vez que não foram realizados os pagamentos previstos ao contratado.

Na conclusão, contemplou a emissão de recomendações aos gestores municipais, no sentido de observar com rigor a demonstração, de forma simultânea, da natureza singular do objeto e da notória especialização do proponente para a devida caracterização da situação de inexigibilidade.

Na sessão do Tribunal Pleno do dia 12/08/20, tive a oportunidade de manifestar meu entendimento acerca das matérias, atinentes à possibilidade de terceirização dessas atividades e à singularidade dos serviços de consultoria e assessoria, no bojo das Consultas nºs 1.054.024 e 1.076.932, estando a deliberação ainda em aberto, em virtude de pedido de vista.

De todo modo, naquela oportunidade procedi à análise sucessiva, primeiro da legalidade da execução indireta dos serviços e, em seguida, da caracterização da inviabilidade de competição para fins de aplicação do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

No que toca à primeira questão, necessário mencionar o registro da Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência, quanto à existência de manifestação desta Corte, proferida em prejulgamento de tese na Consulta nº 887.769, no seguinte sentido:

No que concerne aos serviços de advocacia, esta Corte de Contas firmou entendimento, segundo o qual os Municípios devem possuir, no seu quadro de pessoal, um corpo jurídico mínimo de advogados para a prestação de serviços rotineiros, permanentes e não excepcionais, e que, em regra, não devem ser objeto de execução indireta. Essa regra, contudo, comporta exceções que justificam a terceirização dos serviços:

1. situações concretas, como, por exemplo, a insuficiência do quadro de procuradores, inexistência de procuradoria estruturada ou a inviabilidade de manter quadro próprio de procuradores;
2. a singularidade do serviço, que demanda a contratação de profissional de notória especialidade, mediante inexigibilidade de licitação.¹

Aliás, tal entendimento, de que a regra é a atribuição das atividades jurídicas a servidores de carreira, investidos mediante concurso público, encontra-se há muito sedimentado na jurisprudência deste Tribunal, como é possível observar das fundamentações dos pareceres emitidos anteriormente, nas Consultas nºs 684.672, 708.580, 735.385, 765.192 e 873.919, deliberadas, respectivamente, em 01/09/04, 08/11/06, 17/10/07, 27/11/08 e 10/04/13.

Não se pode olvidar, porém, que desde a conclusão dessas deliberações muitas alterações ocorreram na realidade da Administração Pública, com o aprofundamento do processo de desconcentração e descentralização das funções estatais, iniciado ainda no segundo quartel do século XX, com o Decreto-Lei nº 200/67, passando pelos Planos Nacional de Desestatização e de Reforma do Aparelho Estatal, a fim de promover a reordenação estratégica do Estado, direcionando seu esforço para as atividades tipicamente estatais, e pela reforma administrativa gerencial, levada a cabo pelo Decreto nº 2.271/97, que, regulamentando o § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67, estabeleceu em seu art. 1º rol exemplificativo das atividades “matérias acessórias, instrumentais ou complementares” passíveis de terceirização.

Mais recentemente, adveio a alteração na disciplina normativa quanto ao tema pelas Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17, que inovaram substancialmente a sistemática até então disciplinada pela Lei nº 6.019/74 e deram amparo legal à transferência pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

¹ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 887.769. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 05/04/17.

Na sequência, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 9.507/18, que trata da “execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.

Por ocasião da deliberação da Consulta nº 1.024.677, o Plenário desta Corte reconheceu que, com a novel normatização, restou superada a ideia de que a terceirização se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”, mas que, dentro do novo cenário, que configura desenvolvimento de um fenômeno de descentralização e desconcentração que vem de longa data, é possível a terceirização de todas as atividades, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império. Para essas, segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República.

Ao final, restou assentada no parecer, com caráter normativo, a possibilidade de execução indireta das atividades da Administração direta, autárquica e fundacional que não configurem exercício de parcela do poder estatal, com a seguinte ementa:

CONSULTA. LEI Nº 6.019/74. TRABALHO TEMPORÁRIO. INAPLICABILIDADE A ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. APLICABILIDADE ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL. APLICABILIDADE PARCIAL. EXCETO PARA ATIVIDADES QUE COMPREENDEM PARCELA DO PODER ESTATAL. EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA REGIDAS PELO ART. 173, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICABILIDADE PLENA SALVO QUANDO DEMANDAR ATRIBUIÇÕES INERENTES ÀS DO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS.

1) As normas da Lei nº 6.019/74 referentes ao contrato de trabalho temporário se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista, mas não se aplicam à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, para as quais o art. 37, IX, da CR/88 estabeleceu regime jurídico específico.

2) As normas da Lei nº 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam à administração direta, às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

3) As normas da Lei nº 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista regidas pelo art. 173, da CR/88, salvo quando os serviços demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes as dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários. A vedação não se aplica caso implique contrariedade aos princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade.²

² Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 1.024.677. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 04/12/19. Grifos aditados.

Recorde-se que esta tese, que supera a análise da terceirização sob a ótica das atividades meio e fim e direciona o foco para o exercício de parcela do poder estatal, foi reforçada na Consulta nº 1.040.717³, respondida na sessão plenária de 17/06/20.

Assim, entendo que a situação posta nos autos deve ser avaliada a partir do alinhamento jurisprudencial estabelecido nessas oportunidades, de acordo com o contexto normativo vigente.

Com efeito, em face das disposições da Lei nº 6.019/74, com as alterações conferidas pelas Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17, do Decreto Federal nº 9.507/18, por aplicação analógica, e, notadamente, do parecer emitido na Consulta nº 1.024.677, considero que a execução indireta não é admitida apenas para as atividades quem envolvem manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que:

a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção;

d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

A verificação da incidência nessas vedações deve ser realizada a partir do cotejo com as atividades especificadas em projeto básico ou termo de referência, sendo que, para o caso em tela, não vislumbro impedimento, *a priori*, para a execução indireta dos serviços jurídicos, no âmbito administrativo e judicial, para recuperação dos valores do FUNDEF que deixaram de ser repassados aos municípios, inclusive à vista da informação trazida pela defesa à fl. 257, de que o Município de Engenheiro Caldas não dispõe de procuradoria formalmente instituída.

Há que se distinguir, neste ponto, a atividade jurídica contenciosa e consultiva demandada pelos municípios daquela exercida no âmbito da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Nestes últimos entes federativos, a advocacia pública foi incumbida a instituições com matriz constitucional, em cujas carreiras somente se ingressa mediante concurso público de provas e títulos, por força dos arts. 131, § 2º, e 132, *caput*, da Constituição da República.

A imposição de organização em carreira e do ingresso por concurso público, conquanto expressa para a União, Estados e Distrito Federal, não foi estendida aos municípios pelo texto constitucional, do que se infere que, para estes, não incide a mesma obrigação, estando a atividade de consultoria e assessoramento jurídico regida pelas mesmas normas que todas as demais funções exercidas na seara municipal.

A adoção dessa posição implica a superação da tese estabelecida nas Consultas nºs 684.672, 708.580, 735.385, 765.192 e 873.919, cuja revogação propus na sessão do Tribunal Pleno de 12/08/20.

Uma vez assentada tal possibilidade, passa-se à avaliação dos mecanismos para realizar a contratação, segundo o arcabouço normativo vigente.

³ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 1.040.717. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 17/06/20.

Nesse contexto, o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República⁴ estabelece a regra geral do ordenamento jurídico pátrio, segundo a qual as obras, os serviços, as compras e as alienações devem ser precedidos de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes. Trata-se, sem dúvidas, de aplicação às contratações públicas dos princípios da impessoalidade e da moralidade, previstos no *caput* do mesmo dispositivo como diretrizes para toda a atuação da Administração Pública.

Por consequência, caso a execução indireta dos serviços de assessoria jurídica seja compatível com os paradigmas acima discriminados, a deflagração de procedimento licitatório para a contratação é a primeira opção a ser considerada pelo gestor.

De todo modo, o próprio texto constitucional contempla a possibilidade de a legislação prever ressalvas, que consistem, basicamente, nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, delineadas nos arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, situações em que, segundo a avaliação em abstrato do legislador, a contratação direta sem competição atenderia em maior escala o interesse público.

Afinal, não há que se considerar a licitação como um fim em si mesma, senão como um instrumento destinado a selecionar a proposta que melhor atende aos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição no momento das contratações públicas.

Assim, o art. 17 regulamenta as alienações e o art. 24 as hipóteses de dispensa de licitação, em que, embora possível, a disputa possa não se mostrar conveniente, seja em razão do valor da contratação, do tempo necessário para realizá-la, de políticas de fomento, dentre outros princípios também protegidos pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, o art. 25 cuida de situações em que as circunstâncias fáticas inviabilizam a competição, quando se diz que a licitação é inexigível. Justamente em virtude da impossibilidade de se estabelecer a disputa para atingir o fim pretendido é que as hipóteses de inexigibilidade não se encerram em um rol exaustivo, estando previstas em cláusula geral no *caput*, com o destaque de exemplos em que tal inviabilidade se manifesta concretamente, *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 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

⁴ Art. 37 [...]

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.

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

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Destacando o inciso II, que guarda relação mais próxima com a situação dos autos, tem-se a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13⁵, de natureza singular, com profissionais de notória especialização. Nesses casos, a competição é inviável, na medida em que a singularidade do objeto impossibilita a avaliação de diferentes ofertas sob perspectiva objetiva.

À vista da indeterminação dos conceitos legais, esta Corte foi instada inúmeras vezes a se manifestar acerca da caracterização dos elementos nucleares desse dispositivo, quais sejam a notória especialização dos profissionais e a singularidade do objeto, tendo sua jurisprudência há muito se assentado quanto à ausência desta última quando os serviços pretendidos constituam atividades de menor complexidade ou próprias da rotina administrativa.

Vide, nesse sentido, trecho do parecer emitido pelo Tribunal Pleno na Consulta nº 746.716 em 17/09/08, com remissões ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 684.973:

Portanto, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias e com o entendimento expresso no já citado incidente de Uniformização de Jurisprudência desta Corte, deve ser comprovado no caso concreto, por um lado, a caracterização da singularidade do objeto a ser contratado e, por outro lado, que a notória especialização do executor seja elemento essencial para a adequada realização deste objeto.

Deste modo, o elemento confiança deve ser considerado de forma complementar, tendo em vista os demais requisitos estabelecidos pela Lei.

Atendidos esses requisitos, poderá ocorrer a contratação mediante a formalização do processo de inexigibilidade de licitação.

Nos casos em que os serviços são considerados atividades corriqueiras, habituais da Administração Pública, a contratação deve ocorrer mediante a realização de procedimento licitatório, como determinam os artigos 2º e 3º da Lei de Licitações.

Deste modo, Sr. Presidente, encontra-se respondida, em tese, a questão suscitada pelo Prefeito Municipal de Rio Piracicaba, acerca da possibilidade de contratação de assessoria e consultoria contábil e jurídica mediante processo de inexigibilidade de licitação, se comprovada a notória especialização da empresa ou do profissional a ser contratado.⁶

Inclusive, tal entendimento encontra-se sumulado no Enunciado nº 106 desde 2008, nos seguintes termos:

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

⁵ Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

⁶ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 746.716. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Antônio Andrada. Sessão de 17/09/08. Grifos do original.

contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração.

Desde então, a tese aí fixada tem sido reiteradamente aplicada pelos órgãos colegiados desta Corte, inclusive nos processos por mim relatados, como é o caso da Consulta nº 887.769⁷, analisando a singularidade do objeto apenas sob a perspectiva da excepcionalidade, da transitoriedade ou da complexidade dos serviços.

Todavia, a evolução das necessidades públicas, e, por consequência da atuação estatal voltada à satisfação delas, o desenvolvimento de novos paradigmas na Administração e a correspondente alteração de marcos legais fizeram-me refletir de forma mais aprofundada acerca da matéria, para, durante a deliberação das Consultas nºs 1.054.024 e 1.076.932, propor um avanço na análise da singularidade que justifica a contratação pública direta, em virtude da inexigibilidade de licitação.

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.

É possível que existam tantos outros potenciais prestadores do serviço, mas que aspectos subjetivos, relacionados aos meios empregados, indiquem apenas um deles como apto a atender à necessidade pública.

Não é que a demanda seja excepcional ou transitória – aspectos valorados para fins de singularidade, segundo a Súmula nº 106 – mas que, dentre as opções disponíveis no mercado,

⁷ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 887.769. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 05/04/17:

CONSULTA. ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. SERVIÇOS PRESTADOS AOS ASSOCIADOS. NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO ESTRITA AO OBJETO DA ASSOCIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS AOS ENTES ASSOCIADOS. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA ATENDER ÀS DEMANDAS PRÓPRIAS DA ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. OBSERVÂNCIA AOS RITOS DA LEI N. 8.666/93. INDISPENSÁVEL A COMPROVAÇÃO TANTO DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS OU EMPRESAS CONTRATADAS COMO DA SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS. SÚMULA TC N. 106.

1. Os serviços oferecidos aos associados devem estar estritamente vinculados ao objeto da associação, não sendo, portanto, possível a contratação de escritório de advocacia por associação de Municípios para prestação de serviços advocatícios aos entes associados por não ser juridicamente possível o ajuste de contrato de representação por interposta pessoa.

2. A contratação de advogado para atender às demandas próprias da Associação de Municípios deve seguir os ritos da Lei n. 8.666/93.

3. A confiança depositada no profissional, ainda que notório especialista, não enseja, por si só, a contratação direta, pois, nos termos da Súmula TC 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”.

um serviço específico detém metodologia própria que melhor se adequa às peculiaridades daquele ente ou órgão.

Nesse sentido são as preciosas e tradicionais lições de Bandeira de Mello:

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, *como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa*, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade *científica, técnica ou artística*, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isso, *não é indiferente* que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” ou “C”, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

É natural, pois, que, em situações desse gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente *mais indicados do que os de outros*, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.⁸

Importa notar que a influência da individualidade na prestação de serviços eminentemente técnicos não incide exclusivamente nas contratações da Administração Pública. É possível visualizar no mercado em geral a abundante oferta de profissionais, por exemplo, da arquitetura, do magistério, da advocacia, da medicina, entre outros ramos, muitos de significativa qualificação, aptos a prestarem serviços técnicos no seu âmbito de atuação. Todavia, aquele que os contrata não o faz comparando com outros da mesma área, de acordo com critérios objetivos, mas, invariavelmente, pautando-se em suas habilidades pessoais específicas, em seu estilo próprio, na confiança estabelecida etc.

Com efeito, quando se está diante de situação em que são esses aspectos subjetivos que atendem ao fim almejado pela Administração, é patente a inviabilidade de se estabelecer um processo competitivo por meio da licitação, ainda que dos tipos melhor técnica ou técnica e preço, os quais pressupõem a avaliação da proposta técnica segundo critérios claros e objetivos.

Isso porque não são passíveis de comparação os serviços tidos por mais adequados em virtude do seu traço distintivo, da marca pessoal e do elemento criativo atribuído ao profissional ou à metodologia por ele empregada. São essas características que, a meu ver, materializam a singularidade do objeto e determinam o enquadramento no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, na medida em que impossibilitam a competição de acordo com critérios objetivamente aferíveis.

Aliás, essa evolução quanto à caracterização da singularidade do objeto para fins de inexigibilidade de licitação, bem como a inviabilidade de competição em razão dos aspectos subjetivos já vêm sendo reconhecidas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa da ementa do julgado a seguir:

ACÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 507. Itálicos do autor.

DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.

A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação.

2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.

Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.

Ação Penal que se julga improcedente.⁹

O Tribunal de Contas da União também segue a mesma linha argumentativa, senão vejamos:

29. Adentrando no exame da singularidade do objeto, ênfase que tal conceito não pode ser confundido com unicidade, exclusividade, ineditismo ou mesmo raridade. Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, fulcrada no *caput* do art. 25, e não pela natureza singular do serviço. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede que exista a contratação amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.

[...]

31. Isso porque em alguns tipos de contratação deve ser observada a relação que existe entre a singularidade do objeto e a notória especialização. Embora tal fato não possa ser tomado como uma regra geral, a singularidade do objeto muitas vezes decorre da própria notória especialização de seu executor. Para essa corrente doutrinária, a notória especialização envolveria uma espécie de singularidade subjetiva, que estaria associada ao profissional que executa o objeto.

32. Luiz Cláudio de Azevedo Chaves, em artigo recentemente publicado pela Revista do TCU, apresenta um ilustrativo exemplo demonstrando tal assertiva. Para alguns, seria questionável se um curso de Redação Oficial pudesse ser considerado singular porque “o tema não é complexo e há muitos professores de português no mercado”. Porém, o autor esclarece que a “singularidade não é sinônimo de exclusividade ou raridade. Não é a quantidade de oferta de profissionais que indica a presença desse elemento no serviço, mas sim o exame do componente de seu núcleo, que, na hipótese é a didática própria do professor. A conclusão a que se chega é que, mesmo sendo um curso sobre tema de nível menos especializado, e havendo milhares de professores aptos, se a intervenção do mestre for determinante para o alcance dos resultados desejados, presente estará o elemento singular do serviço.” [CHAVES, Luiz Cláudio, “Contratação de Serviços de Treinamento e Aperfeiçoamento de Pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU”, Revista do TCU nº 129, ano 46, janeiro/abril/2014].

⁹ Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 348/SC. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 15/12/06. Grifos adotados.

[...]

34. A despeito das considerações da unidade técnica, entendo que nesse tipo de objeto – consultoria – a inexigibilidade de licitação é possível para contratação de objetos mais complexos, em particular quando a metodologia empregada e os produtos entregues são interdependentes da atuação do prestador de serviço, assim como de suas experiências pretéritas, publicações, equipe técnica, aparelhamento e atividades anteriormente desenvolvidas para o próprio órgão.

35. A própria escolha do contratado acaba dependendo de uma análise subjetiva, e não poderia ser diferente, pois, se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos, a licitação não seria inviável. Ela é impossível justamente porque há dificuldade de comparação objetiva entre as propostas, que estão atreladas aos profissionais que executarão os trabalhos. Portanto, nesse tipo de objeto, resta caracterizada a discricionariedade na escolha do contratado.

36. Nesse sentido, o TCU proferiu o Acórdão 204/2005-Plenário, que ratificou permanecer a critério do gestor público a escolha do contratado, visando satisfação adequada do interesse público:

“16. Verifica-se, então, do entendimento desse texto que o Administrador deve, na situação do inciso II do art. 25, escolher o mais adequado à satisfação do objeto. O legislador admitiu, no caso, a existência de outros menos adequados, e colocou, portanto, sob o poder discricionário do Administrador a escolha do contratado, sob a devida e indispensável motivação, inclusive quanto ao preço, ao prazo e, principalmente, o aspecto do interesse público, que deverá estar acima de qualquer outra razão.”

37. Essa é a melhor interpretação da Súmula 264 do TCU, de que a contratação de serviços por notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

[...]

39. Saliento que o fato da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento, aliada à discricionariedade do gestor na escolha do profissional a ser contratado, não autoriza a Administração a efetuar escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. A seleção deverá observar os critérios de notoriedade e especialização, sendo devidamente fundamentada no processo de contratação.¹⁰

À vista dessas ponderações, entendo que a caracterização da hipótese de inexigibilidade calcada no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, em especial no que concerne ao elemento da singularidade, não deve estar adstrita à ausência de habitualidade dos serviços, como exposto na Súmula nº 106, a que faz referência a recomendação constante na proposta de voto do relator.

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

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

Imperioso acrescentar que no fim de 2019 foi aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.489/19, o qual reconhece a singularidade dos serviços dos advogados e dos profissionais da contabilidade, por sua própria natureza técnica. No dia 12/08/20, o mesmo em

¹⁰ Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 017.110/2015-7. Acórdão nº 2616/2015. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão de 21/10/15. Itálicos do original. Grifos aditados.

que submeti as Consultas nºs 1.054.024 e 1.076.932 ao Tribunal Pleno, o Congresso Nacional apreciou e derrubou o veto total do Presidente da República à referida proposta, o que nos conduz agora ao reconhecimento expresso da singularidade dos serviços jurídicos e contábeis, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 14.039/20, *in verbis*:

Art. 1º A [Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994](#) (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“[Art. 3º-A.](#) Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

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

Art. 2º O art. 25 do [Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946](#), passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

“Art. 25.

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

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

Destarte, considero que é possível também a contratação direta por inexigibilidade de licitação do objeto ora examinado, porquanto serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/93, dotado de singularidade, assim considerado por exigir, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

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

b) Nulidade da forma de remuneração do contrato por configurar desvio de verbas

No item 3 da fundamentação, que tratou da imputação de irregularidade da Cláusula Quarta do Contrato Administrativo nº 021/2017, relativamente aos honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais, o relator considerou que, diante da constatação de que a adoção do procedimento de contratação direta por inexigibilidade de licitação não se coadunou com os ditames legais, o deslinde da questão “está jungido às consequências advindas da própria ilegalidade do procedimento, uma vez que esta, *in casu*, absorveria supostas impropriedades consolidadas no instrumento contratual, sobretudo aquelas cláusulas que ainda não produziram efeito”.

A partir dessa percepção, o relator determinou a anulação do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 003/2017, o que, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93, também enseja a

nulidade do Contrato Administrativo nº 021/2017, e por isso deixou de analisar individualmente a cláusula de remuneração.

Todavia, à vista da minha divergência quanto à irregularidade da contratação direta por inexigibilidade, entendo não se aplicar a nulidade por arrastamento, o que me leva a analisar a cláusula de remuneração de forma individualizada.

Assim, tem-se que a Cláusula Quarta do instrumento contratual (fls. 216/217) cuidou dos honorários devidos à sociedade contratada, com as seguintes disposições:

CLÁUSULA QUARTA – DOS HONORÁRIOS – AD EXITUM

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

[...]

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

A representação ministerial suscita a nulidade da referida cláusula tanto quanto aos honorários contratuais quanto aos sucumbenciais, uma vez que os últimos compõem a receita pública e pertencem ao ente público, sendo que os primeiros são retirados do montante recuperado, o qual constitui verba vinculada à manutenção e ao desenvolvimento do ensino.

As defesas, por sua vez, argumentaram que há decisões das Cortes Superiores que autorizam o destaque dos honorários em processos de precatórios do FUNDEF.

Aqui, há que se distinguir os honorários advocatícios de sucumbência dos contratuais, ambos impugnados na representação que ora se examina. Enquanto os honorários contratuais ou convencionais são aqueles ajustados entre a parte e seu patrono no momento em que instrumentalizam a relação de representação, os honorários de sucumbência são os pagos pela parte vencida ao advogado do vencedor, uma vez que arbitrados pelo julgador na decisão¹¹.

No caso em tela, a representação imputa irregularidade à cláusula contratual, asseverando que os honorários de sucumbência pertencem ao ente público e não ao procurador, devendo necessariamente serem contabilizados como receita pública, de acordo com o parecer emitido na Consulta nº 873.919, cuja ementa transcrevo em parte:

b.1. a contratação de serviços de advocacia para resgate de créditos previdenciários indevidamente recolhidos com ajuste de honorários por êxito é possível, devendo a remuneração do profissional ser fixada, no instrumento contratual, em valor estimado, observando-se o princípio da razoabilidade, evitando-se o desembolso de valores exorbitantes;

b.2. os honorários de sucumbência, quando vencedor o ente público, pertencem à entidade, e não ao procurador ou representante judicial, devendo ser contabilizados como fonte de receita;

b.3. é possível a contratação de honorários por êxito, fixado em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, bem como por risco puro, mediante remuneração do advogado exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência, devendo constar no

¹¹ Código de Processo Civil, art. 85, *caput*:

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

contrato o valor estimado dos honorários e a dotação orçamentária própria para o pagamento de serviços de terceiros;

b.4. o pagamento deve estar condicionado ao exaurimento do serviço, com o cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, não se podendo considerar, para esse fim, a mera obtenção de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço.¹²

Em que pese o prejulgamento de tese fixado na ocasião, cumpre registrar a alteração do contexto legislativo que sobreveio à deliberação, destacando-se o Código de Processo Civil de 2015, que atribui os honorários de sucumbência ao advogado do vencedor, com expressa extensão da regra aos advogados públicos, senão veja-se:

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

[...]

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

A propósito, submetida a controle concentrado de constitucionalidade, a regra foi recentemente declarada em conformidade com o sistema constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.053, em acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. INTERDEPENDÊNCIA E COMPLEMENTARIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PREVISTAS NOS ARTIGOS 37, CAPUT, XI, E 39, §§ 4º E 8º, E DAS PREVISÕES ESTABELECIDAS NO TÍTULO IV, CAPÍTULO IV, SEÇÕES II E IV, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DO RECEBIMENTO DE VERBA DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA POR ADVOGADOS PÚBLICOS CUMULADA COM SUBSÍDIO. NECESSIDADE DE ABSOLUTO RESPEITO AO TETO CONSTITUCIONAL DO FUNCIONALISMO PÚBLICO.

1. A natureza constitucional dos serviços prestados pelos advogados públicos possibilita o recebimento da verba de honorários sucumbenciais, nos termos da lei. A CORTE, recentemente, assentou que “o artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, não constitui vedação absoluta de pagamento de outras verbas além do subsídio” (ADI 4.941, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Relator p/ acórdão, Min. LUIZ FUX, DJe de 7/2/2020).

2. Nada obstante compatível com o regime de subsídio, sobretudo quando estruturado como um modelo de remuneração por performance, com vistas à eficiência do serviço público, a possibilidade de advogados públicos perceberem verbas honorárias sucumbenciais não afasta a incidência do teto remuneratório estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição Federal.

3. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.¹³

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

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

¹² Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 873.919. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Subst. Hamilton Coelho. Sessão de 10/04/13. Grifos adotados.

¹³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.053. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Red. do acórdão Min. Alexandre de Moraes. Sessão virtual de 12/06/20 a 19/06/20. Grifos adotados.

Destarte, no que concerne aos honorários de sucumbência, não verifico qualquer inadequação da Cláusula Quarta do Contrato Administrativo nº 021/2017.

De outro lado, no que toca aos honorários advocatícios contratuais, conforme sustentei durante a deliberação da Consulta nº 873.919, citada na representação, considero perfeitamente possível a contratação de honorários por êxito, fixado em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, devendo constar no contrato o valor estimado dos honorários e a dotação orçamentária própria para o pagamento de serviços de terceiros. Essa é, a meu ver, a regra geral.

Não se pode olvidar, todavia, que o caso em tela cuida de contratação cujo objeto consiste na prestação de serviços jurídicos para a recuperação dos valores do FUNDEF pagos a menor pela União.

Conforme amplamente reconhecido na seara jurisprudencial, os valores decorrentes da suplementação pela União devem ser utilizados exclusivamente em ações consideradas como manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica, porquanto devidos ao FUNDEF e, por isso, submetidos à previsão do art. 21 da Lei nº 11.494/07¹⁴, uma vez que o recebimento em atraso não descaracteriza a vinculação constitucional dos recursos. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Cível Originária nº 648¹⁵.

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

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

Nesse sentido, há decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 5ª Regiões, confirmadas pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstrado pelo Ministério Público de Contas em sua representação, às fls. 10/11.

Também o Tribunal de Contas da União se manifestou com o mesmo entendimento, ao referendar medida cautelar que contemplou, inclusive, determinação para que municípios beneficiários da decisão judicial proferida na ACP nº 1999.61.00.050616-0 não utilizem os recursos recuperados para pagamento de honorários advocatícios e nem celebrem contratos com previsão dessa natureza. Eis os termos da decisão:

REPRESENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS DO FUNDEF E DO FUNDEB. DETERMINAÇÕES. PEDIDOS DE REEXAME. EFEITO SUSPENSIVO COMO ATRIBUTO DA PRÓPRIA DECISÃO. RISCO GRAVE AO INTERESSE PÚBLICO. CONCESSÃO DE CAUTELAR PARA EVITAR USO INDEVIDO DOS

¹⁴ Art. 21. Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de complementação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no art. 70 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 648. Tribunal Pleno. Julgado em 06/09/17:

[...] 2. A complementação ao FUNDEF realizada a partir do valor mínimo anual por aluno fixada em desacordo com a média nacional impõe à União o dever de suplementação de recursos, mantida a vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino.

RECURSOS EM QUESTÃO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO
CONTESTADA.

[...]

Por esse fundamento, e com o fito de assegurar a eficácia da futura decisão definitiva de mérito que impeça a prática de atos de difícil reversão, o Presidente deste Tribunal, nos termos do art. 28, inciso XVI, do Regimento Interno, proferiu medida cautelar com o seguinte conteúdo:

“(…)

1) alertar estados e municípios que têm direito a recursos provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União no âmbito do Fundef referente a 1998 a 2006, oriundos da ACP 1999.61.00.050616-0, ou de ações similares na esfera judicial ou administrativa, que, até trânsito em julgado deste processo nesta Corte, atualmente em fase de análise dos recursos interpostos contra o acórdão 1.824/2017-Plenário, os recursos de complementação da União de verbas do Fundef, obtidos pela via judicial ou administrativa, devem ser utilizados exclusivamente para manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, nos termos do art. 21 da Lei 11.494/2007, da Constituição Federal, e do art. 60 do ADCT, sob pena de responsabilidade do gestor que lhes conferir outra destinação, na forma da Lei Orgânica do TCU;

2) determinar aos municípios beneficiados pela ACP 1999.61.00.050616-0 que, cautelarmente, até trânsito em julgado deste processo nesta Corte, não promovam pagamento de honorários advocatícios com recursos oriundos da complementação da União ao Fundef/Fundeb e que não celebrem contratos que contenham, de algum modo, tal obrigação; e

3) determinar à SecexEducação que, com urgência, informe os recorrentes e todos os que tenham sido notificados do despacho de peça 236 acerca da concessão da medida cautelar adotada nesta decisão.”

[...]

ACÓRDÃO

VISTA, relatada e discutida a proposta do titular da Secretaria de Recursos de adoção de medida de urgência em relação a pedidos de reexame interpostos pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará - Sintepp, pela Prefeitura Municipal de Gonçalves Dias/MA e pela Confederação Nacional dos Servidores e Funcionários Públicos das Fundações, Autarquias e Prefeituras Municipais - CSPM contra o acórdão 1.824/2017 - Plenário.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, em:

9.1. com fulcro no art. 276, *caput*, do Regimento Interno, referendar a medida cautelar adotada pelo Presidente Raimundo Carreiro por meio do despacho contido na peça 249 destes autos, transcrito no relatório que precedeu este acórdão, bem como as medidas acessórias constantes do mencionado despacho; e

9.2. dar ciência desta deliberação aos recorrentes e demais notificados pelo referido despacho.¹⁶

Assim, considero parcialmente procedente a representação ministerial, ante a nulidade da Cláusula Quarta do Contrato Administrativo nº 021/2017 apenas no que toca aos honorários advocatícios contratuais, em virtude da afronta à vinculação constitucional dos recursos afetados à manutenção e desenvolvimento do ensino.

À vista da nulidade ora reconhecida, entendo ser o caso de intimação do prefeito municipal, não para que comprove a anulação do procedimento de inexigibilidade ou do Contrato Administrativo nº 021/2017, em sua integralidade, como proposto pelo relator, mas para que demonstre ter promovido aditamento contratual tendo como objeto a sua Cláusula Quarta, de

¹⁶ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 43/2018. Processo nº 005.506/2017-4. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ana Arraes. Sessão de 17/01/18. Grifos adotados.

forma a prever outra forma de remuneração do contratado, que não implique desvio da utilização de recursos com destinação vinculada, que observe todos os princípios inerentes às contratações públicas, com destaque para a modicidade, e que seja compatível com o serviço prestado.

III – CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, manifesto minha divergência quanto aos itens 1 e 3 da fundamentação do voto do relator e à recomendação por ele emitida, uma vez que considero improcedente a representação na parte em que trata da contratação direta do escritório Monteiro e Monteiro Advogados Associados por inexigibilidade de licitação, mas reconheço sua procedência parcial em relação à nulidade da Cláusula Quarta do Contrato Administrativo nº 021/2017, apenas no que toca aos honorários advocatícios contratuais, em virtude da afronta à vinculação constitucional dos recursos afetados à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Apesar do reconhecimento da irregularidade, assim como o relator, deixo de aplicar sanção ao gestor, tendo em vista que os pagamentos previstos ainda não foram realizados, não se consumando o desvio da finalidade da aplicação dos recursos, e determino que o atual prefeito municipal comprove, no prazo de 30 (trinta) dias, ter promovido aditamento contratual tendo como objeto a sua Cláusula Quarta, de forma a prever outra forma de remuneração do contratado, que não implique desvio da utilização de recursos com destinação vinculada, que observe todos os princípios inerentes às contratações públicas, com destaque para a modicidade, e que seja compatível com o serviço prestado.

Acompanho o relator quanto às demais conclusões, inclusive a improcedência da imputação relativa à montagem do procedimento de justificação e o registro para que o gestor observe o parecer emitido na Consulta nº 1.041.523.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Esta Presidência acompanha o Conselheiro Cláudio Terrão no seu voto vista.

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO, VENCIDO, EM PARTE,
O CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES).

* * * * *