

Processo: 1082581

Natureza: RECURSO ORDINÁRIO

Recorrentes: Alexandre José Resende, Aracely de Paula, Arnildo Antônio Morais, Gilberto Fonseca Filho, Jairo Luiz Cândido, Luiz Antônio Pereira Marins e Maria Aparecida Rios

Jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Araxá

Processo referente: 1007386, Edital de Licitação

Procuradores: Wilza Mendes da Cunha, OAB/MG 102.289; Dogmar Batista de Souza, OAB/MG 135.520; Fernando de Oliveira Resende, OAB/MG 94.072; Raíza de Oliveira Corrêa, OAB/MG 171.417

MPTC: Maria Cecília Borges

RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

TRIBUNAL PLENO – 30/6/2021

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

1. Para fins de caracterização da hipótese descrita no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, considera-se singular o objeto que exige, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.
2. Nos termos do § 1º do art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295/46, com redação dada pela Lei nº 14.039/20, os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada a notória especialização do contratado.
3. Não sendo possível realizar o confronto de preços em contratações de outros profissionais devido à singularidade do objeto, a razoabilidade do valor poderá ser aferida por meio da comparação com o preço praticado pelo contratado em outros órgãos para a prestação de serviços equivalentes.
4. Em contratações por processos de inexigibilidade de licitação, considerando a singularidade do objeto, a notória especialização e as particularidades metodológicas do contratado que levaram à sua escolha pela Administração Pública, não há impedimento para que as informações relativas ao projeto básico sejam extraídas de peça elaborada pelo próprio interessado na contratação.

5. Em contratações por processos de inexigibilidade de licitação, a justificativa de preços deve objetivar a maior individualização dos custos unitários incorridos, mesmo em serviços predominantemente intelectuais, indicando o valor homem/hora e a carga de trabalho demandada para cada serviço contratado.

6. A aplicação de multa pela Corte de Contas não está necessariamente relacionada com a constatação da ocorrência de dano, visto que a gestão adequada dos recursos públicos pressupõe a fiel observância dos preceitos legais e constitucionais, estando o administrador público submetido aos princípios constitucionais previstos no *caput* do art. 37 da Constituição da República, dentre os quais se destaca o princípio da legalidade, segundo o qual o agente público somente pode agir de acordo e nos limites da lei. No entanto, deve-se atentar, consoante o art. 28 da LINDB, que o Tribunal somente deverá exercer seu poder punitivo quando, considerando a realidade do sujeito controlado e as possíveis interpretações válidas acerca da norma de regência, constatar que o agente praticou o ato que contraria a ordem jurídica com dolo ou erro grosseiro.

7. Em razão da ausência de orçamento detalhado em planilha, reputa-se como erro grosseiro a homologação de procedimento licitatório sem o referido documento, ficando o Prefeito Municipal, na qualidade de autoridade homologadora do certame, assim como os subscritores do edital, responsáveis pela irregularidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em:

- I) não conhecer do recurso quanto ao tópico 7, por falta de interesse recursal dos recorrentes e, no que se refere às demais alegações recursais, conhecer do presente recurso ordinário, por unanimidade, considerando que os recorrentes possuem legitimidade e interesse recursal, que o recurso é próprio e tempestivo e que foram observadas as disposições legais e regimentais, diante das razões expendidas no voto do Relator;
- II) dar provimento parcial ao recurso, no mérito, por unanimidade, mantendo as irregularidades relativas à inexistência de orçamento detalhado em planilhas na Tomada de Preços nº 02.001/2015 e à ausência de comprovação de habilitação dos profissionais da empresa para execução dos serviços, mantendo a aplicação de multa determinada pela Primeira Câmara aos Senhores Arnildo Antônio Morais e Gilberto Fonseca Filho, respectivamente, secretário municipal de Planejamento e Gestão à época e então presidente da Comissão Permanente de Licitação, na quantia de R\$500,00 (quinhentos reais) cada, nos termos do voto do Relator;
- III) manter, por maioria, a multa cominada ao Sr. Aracely de Paula, Prefeito Municipal, em razão da ausência de orçamento detalhado em planilhas na Tomada de Preços nº 02.001/2015, por se tratar de erro grosseiro a homologação de procedimento licitatório sem o referido documento, uma vez que o Prefeito, na qualidade de autoridade homologadora do certame (Termo de Homologação e Adjudicação do Objeto, fl. 459, peça nº 13 do processo piloto), assim como os subscritores do edital, são responsáveis pela referida irregularidade, nos termos do voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz;

- IV) determinar a intimação dos recorrentes acerca do inteiro teor desta decisão, inclusive pela via postal com aviso de recebimento;
- V) determinar o arquivamento dos autos, após o trânsito em julgado da decisão e promovidas as medidas cabíveis à espécie.

Votaram o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Wanderley Ávila e o Conselheiro Sebastião Helvecio. Vencidos, em parte, no mérito, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Mauri Torres.

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 30 de junho de 2021.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

GILBERTO DINIZ
Prolator de Voto Vencedor

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 30/6/2021

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto, em 27/11/19, pelos Senhores Alexandre José Resende, membro da Comissão Permanente de Licitação; Aracely de Paula, prefeito municipal; Arnildo Antônio Moraes, secretário municipal de Planejamento e Gestão; Gilberto Fonseca Filho, presidente da Comissão Permanente de Licitação; Jairo Luiz Cândido, membro da Comissão Permanente de Licitação; Luiz Antônio Pereira Marins, lotado no Departamento de Licitação do Município; e Maria Aparecida Rios, procuradora geral do município, em face da decisão proferida em 08/10/19, pela Primeira Câmara, nos autos do Edital de Licitação nº 1.007.386.

Naquela oportunidade, foram-lhes aplicadas multas em razão da ausência do projeto básico e do orçamento em planilhas dos custos dos serviços contratados e, também, pela inadequação da contratação por inexigibilidade de licitação relativos à contratação da empresa Libertas Auditores e Consultores Ltda., por meio do Processo Licitatório nº 177/2014 (Inexigibilidade de Licitação nº 007/2014) e do Processo Licitatório nº 003/2015 (Tomada de Preços nº 02.001/2015) realizados no Município de Araxá.

A decisão foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas (DOC) do dia 24/10/19, conforme certidão de fl. 2.238v (peça nº 19 do processo piloto).

Os recorrentes alegam, em síntese, a regularidade da contratação por Inexigibilidade de Licitação nº 007/2014, bem como a existência dos elementos necessários à constituição do projeto básico em documentos previstos nos autos e a regularidade da justificativa de preços apresentada. Quanto à Tomada de Preços nº 02.001/2015, pugnam pela regularidade do orçamento detalhado apresentado nos autos, bem como pela vantajosidade da contratação.

Em 03/12/19, o recurso ordinário foi distribuído à minha relatoria, com fulcro no art. 335 do Regimento Interno (peça nº 01).

Nos termos da peça nº 06, os autos foram digitalizados, em cumprimento ao disposto no art. 2-A, § 4º, da Portaria nº 20/PRES./2020.

Remetido o recurso à 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (4ª CFM), esta manifestou-se pela improcedência (peça nº 03).

O Ministério Público junto ao Tribunal (MPC) emitiu parecer à peça nº 07, opinando pela improcedência do recurso.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

Quanto ao item 06 do recurso (fl. 51, peça nº 05), qual seja “Ausência de justificativa para alteração e prorrogação contratual”, em análise ao tema o colegiado decidiu que *“a justificativa apresentada pela Administração para a prorrogação do contrato se deu de forma genérica, não demonstrando os serviços executados e aqueles cuja execução restaria prejudicada com a finalização do contrato. Não houve avaliação técnica e econômica que demonstrasse a vantajosidade da prorrogação para a Administração Pública. De acordo com a alínea “d” do*

inciso II do art. 57 da Lei n. 8666/93” (fl. 09, peça n° 19 do processo piloto). Em face das justificativas genéricas e tecnicamente insuficientes, afastou-se parcialmente o apontamento, sem atribuir qualquer sanção aos recorrentes, determinando-se tão somente a expedição recomendação:

Quanto as irregularidades cujas justificativas da Defesa foram parcialmente acolhidas: inadequação do documento Justificativa da Razão da Escolha do Executante e Justificativa do Preço, expiração do prazo para publicação dos extratos da ratificação e do contrato, reajustamento do contrato com valor superior ao permitido, ausência de comprovação da habilitação dos profissionais da empresa para execução dos serviços, e **ausência de justificativa para alteração e prorrogação contratual, faço recomendação** aos responsáveis: Aracely de Paula, Alexandre José Resende, Arnildo Antônio Moraes, Fabiano Lemos Teixeira, Gilberto Fonseca Filho, Jairo Luiz Cândido, Luiz Antônio Pereira Marins e Maria Aparecida Rios, em analogia ao artigo 275, inciso III, da Resolução TCE n. 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), para que em futuros procedimentos licitatórios não incorram nas irregularidades ora apuradas por essa Corte de Contas, encaminhando-lhes cópia do Acórdão. (Grifo nosso).

As razões recursais indicam que foram produzidas justificativas bastantes para a celebração do aditivo contratual inicialmente analisado, apontando diversos documentos para tanto, inclusive quanto à vantajosidade da avença (fl. 52, peça n° 05).

Neste tópico, os recorrentes pleitearam, *in verbis*:

7) Afastar o entendimento da ausência de comprovação da vantajosidade da prorrogação contratual por insuficiência de documentos, por restar demonstrado nos autos que o aditamento contratual foi precedido de avaliações que conferiram segurança suficiente ao ordenador de despesas para se posicionar pela legalidade da prorrogação da vigência da prestação de serviços em conformidade com a jurisprudência da Suprema Corte de Contas, haja vista que diversos setores se pronunciaram expressamente sobre o aditamento. Na remota possibilidade de ser mantido o referido posicionamento, **solicitamos subsidiariamente, a conversão da penalidade pecuniária em orientação de cunho pedagógico ou, seja estabelecido prazo para correção (artigo 3º, inciso XVIII, do RITCEMG).** (Grifo nosso).

Considerando a determinação de recomendação por parte desta Corte de Contas, e não de sanção pecuniária, a Unidade Técnica não se manifestou no tema em sua peça opinativa (fl. 06, peça n° 03).

Da mesma maneira, o MPC não se manifestou.

Conforme se observa, o pleito recursal subsidiário dos recorrentes já havia sido atendido no acórdão recorrido, sendo determinada unicamente a expedição de recomendação aos responsáveis, e não multa.

Pelo exposto, não conheço do recurso neste tópico, considerando a falta de interesse recursal dos recorrentes.

No que se refere às demais alegações recursais, considerando que os recorrentes possuem legitimidade e interesse recursal, que o recurso é próprio e tempestivo e que foram observadas as disposições legais e regimentais, conheço do presente recurso ordinário.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Conheço, senhor Presidente.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Com o Relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Admito.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Também admito.

CONSELHEIRO PRESIDENTE JOSÉ ALVES VIANA:

FICA ADMITIDO O RECURSO ORDINÁRIO.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Mérito

Conforme relatado, a Primeira Câmara, na sessão de 08/10/19, nos autos do Processo nº 1.007.386, considerou irregular a ausência de projeto básico e de orçamento em planilhas dos custos dos serviços contratados, a inadequação da justificativa de preço e a contratação por inexigibilidade de licitação, nos seguintes termos:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** não acolher as razões da Defesa apresentadas pelos responsáveis, uma vez que não foram suficientes para afastar as seguintes irregularidades: **1)** ausência do projeto básico e do orçamento em planilhas dos custos dos serviços contratados (fl. 574v/575v); e **2)** inadequação da contratação por Inexigibilidade de Licitação (fl. 577/578); **II)** acolher os argumentos da Defesa dos responsáveis, uma vez que as razões foram suficientes para afastar parcialmente as irregularidades: **1)** inadequação do documento Justificativa da Razão da Escolha do Executante e Justificativa do Preço (fl. 575v/577); **2)** expiração do prazo para publicação dos extratos da ratificação e do contrato (fl. 578v/579); **3)** reajustamento do contrato com valor superior ao permitido (fl. 581/582); **4)** ausência de comprovação da habilitação dos profissionais da empresa para execução dos serviços (fl. 579v/580v); e **5)** ausência de justificativa para alteração e prorrogação contratual (fl. 580v/581); **III)** aplicar sanção pecuniária – pessoal e individualmente – aos agentes públicos municipais: Aracely de Paula, Alexandre José Resende, Arnildo Antônio Moraes, Fabiano Lemos Teixeira, Gilberto Fonseca Filho, Jairo Luiz Cândido, Luiz Antônio Pereira Marins e Maria Aparecida Rios, responsáveis pela ausência do projeto básico e do orçamento em planilhas dos custos dos serviços contratados e, também, pela inadequação da contratação por Inexigibilidade de Licitação, no valor total de R\$ 8.000,00, como incursos no artigo 85, inciso II, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), pela prática de infração às normas legais, assim discriminados: **a)** ao Sr. Aracely de Paula, a quantia de R\$1.000,00; **b)** ao Sr. Alexandre José Resende, a quantia de R\$1.000,00; **c)** ao Sr. Arnildo

Antônio Moraes, a quantia de R\$1.000,00; **d**) ao Sr. Fabiano Lemos Teixeira, a quantia de R\$1.000,00; **e**) ao Sr. Gilberto Fonseca Filho, a quantia de R\$1.000,00; **f**) ao Sr. Jairo Luiz Cândido, a quantia de R\$1.000,00; **g**) ao Sr. Luiz Antônio Pereira Marins, a quantia de R\$1.000,00; **h**) à Sra. Maria Aparecida Rios, a quantia de R\$1.000,00; **IV**) recomendar aos responsáveis: Aracely de Paula, Alexandre José Resende, Arnildo Antônio Moraes, Fabiano Lemos Teixeira, Gilberto Fonseca Filho, Jairo Luiz Cândido, Luiz Antônio Pereira Marins e Maria Aparecida Rios, quanto às irregularidades cujas justificativas da Defesa foram parcialmente acolhidas: inadequação do documento Justificativa da Razão da Escolha do Executante e Justificativa do Preço, expiração do prazo para publicação dos extratos da ratificação e do contrato, reajustamento do contrato com valor superior ao permitido, ausência de comprovação da habilitação dos profissionais da empresa para execução dos serviços, e ausência de justificativa para alteração e prorrogação contratual, em analogia ao artigo 275, inciso III, da Resolução TCE n. 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), para que em futuros procedimentos licitatórios não incorram nas irregularidades ora apuradas por essa Corte de Contas, encaminhando-lhes cópia do Acórdão; **V**) determinar, cumpridas as disposições regimentais pertinentes, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Passo ao exame individual das irregularidades constatadas, em cotejo às alegações recursais.

a) Contratação irregular por inexigibilidade de licitação

Como dito, decidiu o acórdão recorrido pela inadequação da contratação da empresa Libertas Auditores & Consultores em sede da Inexigibilidade de Licitação nº 007/2014 (Processo Licitatório nº 177/2014), em função da inexistência de singularidade do serviço contratado, firmando entendimento pela ausência de circunstância especial que desse causa à contratação. Além disso, verificou-se que em contratação posterior realizada por meio da Tomada de Preços nº 02.001/2015 (Processo Licitatório nº 003/2015), na qual sagrou-se vencedora a mesma empresa, os mesmos serviços constaram do novo contrato – registra-se, com objeto mais amplo – o que pressuporia a competição entre outros interessados.

Em sede recursal, aduziram os recorrentes que a contratação por inexigibilidade se deu em contexto sensível e atípico à Administração Municipal, com a cassação do antigo mandatário e substituição pelo Senhor Aracely de Paula. Segundo informaram, o processo de controle interno estava em situação frágil, inexistindo no quadro efetivo do município pessoal qualificado para realizar o objeto contratado, demandando assim diagnóstico operacional por parte de auditoria particular. Diferenciaram as subseqüentes contratações por inexigibilidade e por tomada de preços considerando-as, respectivamente, um diagnóstico operacional emergencial e serviços de assessoria ordinária (fl. 41, peça nº 05).

Argumentaram ainda que a contratação por inexigibilidade se deu, nos termos da Súmula nº 252 do Tribunal de Contas da União (TCU), pela presença simultânea de serviço técnico especializado, de natureza singular e notória especialização do contratado, entendidos como cumpridos no caso em tela. Apontaram o elemento confiança como constitutivo da contratação e suscitaram a análise da situação em tela sob a égide do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, especialmente considerando a falta de pessoal para controle interno pela própria Administração.

A Unidade Técnica, em sua peça opinativa (peça nº 03), pugnou pela improcedência das razões recursais, posicionando-se pela carência de elementos probatórios que deem conta à inexistência, em número ou especialização, de servidores municipais para a realização do objeto contratado. Indicou que os serviços de controle interno são rotineiros e comuns aos entes municipais, desconstituindo a singularidade do objeto. No que cabe à observância do art. 22 da LINDB, opinou que “a situação fática descrita pelos recorrentes, mormente relacionada à

carência de pessoal qualificado nos quadros do Município, não restou comprovada nos autos” (fl. 16, peça nº 03).

O MPC opinou pela improcedência do recurso ordinário (peça nº 07).

Acerca desse tema, tive a oportunidade de manifestar meu entendimento na sessão do Tribunal Pleno do dia 12/08/20, durante a deliberação das Consultas nºs 1.054.024 e 1.076.932.

Naquela oportunidade procedi à análise da regulamentação dada pela Constituição da República às contratações públicas, no inciso XXI do seu art. 37, o qual estabelece a regra geral do ordenamento jurídico pátrio, de que as obras, os serviços, as compras e as alienações devem ser precedidas 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 e consultoria pretendidos pelos órgãos e entidades estatais seja compatível com os atuais paradigmas da terceirização, 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 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, de que trata a situação dos autos, tem-se a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13¹, 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. (grifos nossos)²

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

¹ 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.

² 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 887.769³, 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.

³ 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”.

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, 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.⁴

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:

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 507. Itálicos do autor.

AÇÃO 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 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.⁵ (grifo nosso)

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

⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 348/SC. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 15/12/06. Grifos aditados.

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].

[...]

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.⁶ (grifos nossos)

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

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

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

⁶ 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.

profissionais da contabilidade, por sua própria natureza técnica. No dia 12/08/20, o mesmo em 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)

Ademais, a alegada correlação entre os objetos da contratação por inexigibilidade e o subsequente certame da Tomada de Preços, denotando a posterior possibilidade de concorrência entre prestadores, não tem o condão de desconstituir por si só a adequação da primeira contratação. Isso se dá, pois, considerando a singularidade do objeto, aplica-se ao caso em tela o brocardo *ad maiori, ad minus*; ou seja, quem pode mais, pode menos, garantindo à Administração, ao ter a possibilidade da contratação direta, a opção pelo sistema licitatório ordinário sem prejuízo ao direito originário.

Assim, em face desses argumentos e, em especial, do novo cenário legislativo, sem prejuízo das outras irregularidades imputadas às contratações e as razões recursais apresentadas, entendo que a contratação pela via direta da empresa Libertas Auditores & Consultores em sede da Inexigibilidade de Licitação nº 007/2014 (Processo Licitatório nº 177/2014) para a prestação de serviços de consultoria e auditoria contábil, orçamentária e financeira, por inexigibilidade de licitação, encontra amparo legal, porquanto serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/93, dotado de singularidade, assim considerado por exigir, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

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

b) Ausência de projeto básico

Nos termos do acórdão recorrido, entendeu o colegiado pela ausência de projeto básico em sede da Inexigibilidade de Licitação nº 007/2014 (Processo Licitatório nº 177/2014). Firmou-se que os documentos acostados às fls. 23/31 (peça nº 11 do processo piloto) referiam-se à proposta apresentada pela empresa contratada, em desconformidade com o entendimento desta Corte de

Contas da obrigatoriedade do instrumento, consubstanciado na Denúncia nº 932.254 de relatoria da Conselheira Adriene Andrade.

Em sede recursal, aduziram os recorrentes que as informações previstas no art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/93 relativas ao projeto básico, estão previstas às fls. 17/19 (peça nº 11 do processo piloto), ainda que não nomeadas como projeto básico. Reiterou-se que a contratação direta não exige a apresentação de projeto básico, com fulcro no art. 26 da Lei nº 8.666/93.

Ainda, argumentaram que a autorização (fl. 23, peça nº 11 do processo piloto) e a ratificação (fl. 238, peça nº 11 do processo piloto) têm o condão de convalidar a não apresentação de projeto básico específico e assim nomeado, haja vista que constam nos autos todas informações a ele alusivas. Suscitam a aplicação do princípio da *pas de nullité sans grief*, bem como do art. 22 da LINDB.

Em análise às razões recursais, manifestou-se a Unidade Técnica (peça nº 03) no sentido de que o alegado documento com as informações relativas ao projeto básico indicado pelos recorrentes se trata da “Solicitação de Abertura do Processo Licitatório” (fls. 17/19, peça nº 11 do processo piloto).

Registra a Unidade Técnica que aquele documento meramente reproduziu o conteúdo da proposta de serviço oferecida pela empresa contratada (fls. 24/29, peça nº 11 do processo piloto), não podendo ser transmutado em projeto básico ou termo de referência, inexistindo ali elementos analíticos suficientes para justificar o preço da contratação, ou ainda a forma que os trabalhos seriam entregues para possibilitar a correta liquidação dos empenhos e/ou notas de pagamento mensais. Assim sendo, opinou pela impertinência da observação do art. 22 da LINDB no caso em tela, visto que a exigência de elaboração do projeto básico decorre de lei (art. 7º, §2º, I, c/c art. 40, §2º, da Lei nº 8.666/83).

Quanto à ausência de projeto básico ou termo de referência, é importante ter em vista que a exigência de elaboração de projetos como etapa preliminar à contratação, mais do que uma formalidade em si, configura o sobrelevo dado pela lei a um modelo de planejamento para a realização de despesas públicas, na medida em que, ainda na fase interna das licitações, deve a Administração identificar a sua real necessidade e as potenciais soluções para seu atendimento, inclusive com o estudo das condições de mercado, para, então, delimitar adequadamente o que pretende contratar.

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

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

- I - projeto básico;
- II - projeto executivo;
- III - execução das obras e serviços.

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

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

- I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
 - II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
- [...]

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

De acordo com o § 9º transcrito acima, as exigências veiculadas no artigo se aplicam *no que couberem* aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, uma vez que, consoante admitido pela própria lei, há situações de contratação direta em que o procedimento formal tradicional precisa ser ajustado para se acomodar às especificidades do caso concreto.

É o que ocorre com a hipótese do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que alberga a contratação direta de serviço técnico dotado de singularidade com profissional de notória especialização.

Neste caso, consoante amplamente caracterizado no item anterior desta fundamentação, a escolha do gestor está intrinsecamente ligada à metodologia e à marca pessoal do contratado, que o distingue dos demais prestadores de serviços de natureza semelhante e o torna mais apto à satisfação da necessidade pública.

Quando presente essa circunstância, em que o estilo próprio é marcante para a escolha do prestador, parece-me que ele é a pessoa com melhores condições para detalhar o objeto, discriminando as fases de execução e as entregas a serem realizadas ao longo da vigência do contrato, de acordo com o seu modelo de negócio.

Por essa razão, entendo que, conquanto imprescindível a existência de documento em que esteja especificado o objeto na fase interna do certame, com base no qual é celebrado o contrato e são fixados os resultados que devem ser entregues, não há impedimento para que tais informações sejam extraídas de peça elaborada pelo próprio interessado na contratação, quando se trate de inexigibilidade fundada na singularidade e na notória especialização, justamente porque são as particularidades da sua metodologia que levaram à sua escolha pela Administração.

Nessa situação, a elaboração, no âmbito da Administração, de projeto básico há de ser entendida como uma opção que se encontra dentro da esfera de discricionariedade do gestor, não porque a discriminação do serviço seja facultativa, mas porque pode já estar regularmente realizada na proposta de serviços, sendo desnecessário fazê-lo novamente de forma obrigatória apenas para atendimento da formalidade procedimental.

No caso em tela, identificou a Unidade Técnica a similitude entre os documentos de fls. 24/29 – “Proposta de Prestação de Serviço Técnico Especializado de Auditoria Pública (2013) na Administração Direta e no IPREMA” – e ofício da Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão de fls. 17/19, ambas documentações extraídas da peça nº 11 do processo piloto. Considerando as datas de assinatura de ambos, sendo o primeiro de 18/11/14 e o segundo de 20/11/14, é visível a possibilidade de o documento exarado pelo particular ter fundamentado a delimitação das balizas do objeto a ser contratado e executado.

Entendo que tal situação não representa, por si só, ilegalidade, especialmente considerando as características especiais que orbitam a contratação direta. O que se verifica é que durante a fase interna do processo licitatório foi produzido documento, ainda que aquém em sua forma usual, que cumpre suficientemente os elementos materiais previstos no art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/93 – o qual ainda pode ser lido de forma complementar àquele produzido pelo particular, apresentando metodologias para a execução do objeto, conforme se destaca (fl. 25, peça nº 11 do processo piloto):

- **Auditoria pública singular e especializada** de gestão nos documentos do exercício financeiro de 2013, **incluindo auditoria por amostragem** nos principais feitos e procedimentos;

- **Auditoria por amostragem** nos lançamentos da receita pública e conferência da compatibilidade com as determinações colacionadas por meio de Manual da Receita (Portaria Conjunta da STN/SOF);

(...)

- **Analisar por amostragem** prestações de contas relacionadas à convênios e instrumentos congêneres, buscando viés didático; (grifos nossos)

Deste modo, a meu ver, os documentos emitidos pela Administração Municipal (fls. 17/19, peça nº 11 do processo piloto) e prestados pela empresa Libertas Auditores & Consultores (fl. 24/29, peça nº 11 do processo piloto) na Inexigibilidade de Licitação nº 007/2014 (Processo Licitatório nº 177/2014), ainda que não formalmente nomeados como “Projeto Básico”, atendem à exigência de especificação do objeto do serviço prevista no art. 6º, IX, e às finalidades do § 9º do art. 7º, ambos da Lei nº 8.666/93.

c) Ausência de orçamento detalhado em planilhas

Decidiu o acórdão recorrido pela improcedência das razões de defesa e, conseqüentemente, pela condenação dos agentes públicos municipais, considerando ausente o orçamento detalhado em planilhas tanto na Inexigibilidade de Licitação nº 007/2014 (Processo Licitatório nº 177/2014) quanto na Tomada de Preços nº 02.001/2015 (Processo Licitatório nº 003/2015).

No tema, analisando os argumentos da defesa original relativos à suposta obrigatoriedade da peça somente para as obras e serviços complexos de engenharia, estabeleceu o acórdão que (fl. 03, peça nº 10 do processo piloto):

(...) ao exigir a planilha de composição de preços dos serviços nos termos da Lei n. 8.666/93, o legislador buscou **defender o interesse público, permitindo aferir a exequibilidade das propostas, além de propiciar o acompanhamento do cumprimento do contrato**. O comando legal não intenciona apenas possibilitar a repactuação dos preços, conforme alegado pela Defesa. Além disso, **a Lei n. 8.666/93 não prevê exceções para confecção das planilhas nos contratos de serviços comuns**, como citado pela Defesa.

Ainda sobre o preço praticado, especialmente quanto à inexigibilidade realizada, firmou o acórdão recorrido recomendação aos gestores municipais considerando a existência de irregularidades parciais no documento “Justificativa / Razão da Escolha do Executante / Justificativa de Preço” (fl. 20/22, peça nº 11 do processo piloto):

Entendo que o documento **justificou** a necessidade do serviço e da contratação. Quanto ao preço contratado, **limitou-se a afirmar que estava em conformidade com o de mercado**, em função de contratos apresentados pela empresa em serviços idênticos ou assemelhados. Destaco que a simples apresentação dos contratos de serviços semelhantes prestados a outros municípios, por si só, não justificou o preço contratado. Seria necessário ter apresentado elementos que permitissem a verificação da razoabilidade dos valores pagos pela Administração.

Inclusive, os valores trazidos pela própria Defesa, na tabela de fl. 661/662 que sintetizou os contratos paradigmas, eram consideravelmente inferiores à contratação efetuada pelo município de Araxá. (Grifo nosso)

Aduzem os recorrentes que a exigência do orçamento detalhado em planilhas não alcança a contratação direta. Quanto à Tomada de Preços nº 02.001/2015 (Processo Licitatório nº 003/2015), pugnam que a contratação foi efetivada abaixo do valor médio do serviço apurado, cumprindo assim os objetivos do art. 7º, §2º, da Lei nº 8.666/93. Argumentam ainda que o princípio a ser observado no caso em tela é o da instrumentalidade das formas, pois a finalidade do orçamento detalhado em planilhas seria a “contratação mais vantajosa”, firmando ainda que (fl. 15, peça nº 05):

Exigir que os contadores de prefeituras, técnicos escassos no mercado de trabalho da contabilidade pública e imprescindíveis para a legalidade da gestão de recursos municipais, os quais são permanentemente assoberbados em suas atividades de escrituração contábil das contas públicas, dediquem-se às minúcias da Contabilidade de Custos e se aprofundem nas especificidades de cada contratação a ser realizada pelo poder Público para elaboração de planilhas de custos é inviabilizar a atividade administrativa de comprometer a eficiência do serviço com exigências despropositadas de caráter meramente formal e desprovidas de amparo legal. (grifos originais)

Sobre a inadequação da justificativa de preços da inexigibilidade, argumentaram os recorrentes que, considerando inviabilidade de competição, a aferição da compatibilidade do preço se deu pela comparação dos preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos em serviços semelhantes. Nesse sentido, apresentaram enquanto referencial para a complexidade do serviço, em justificativa ao preço, dois parâmetros: i) a análise da extensão dos objetos contratados; ii) o comparativo entre o valor cobrado e o valor do orçamento do município no ano da auditoria; ambos apontando para a correção do valor contratado.

A Unidade Técnica, em sua peça opinativa (peça nº 03), entendeu pela improcedência das razões recursais quanto à ausência de orçamento detalhado em planilhas, visto que a elaboração e apresentação do documento é exigência legal (art. 7º, §2º, da Lei nº 8.666/93) e a simples menção de valores na proposta oferecida pela contratada (fls. 24/28, peça nº 11 do processo piloto) não pode ser aceita como substituição do documento exigido no dispositivo legal. Ademais, atestou que é incabível o entendimento da exigência do orçamento detalhado em planilhas somente às obras e serviços de engenharia.

Noutro giro, considerando a determinação de recomendação por parte desta Corte de Contas, e não de sanção pecuniária, a Unidade Técnica não se manifestou sobre a irregularidade de justificativa de preços em sua peça opinativa (fl. 06, peça nº 03).

Impende registrar que a situação ora examinada diz respeito a procedimentos diversos, o primeiro de inexigibilidade pautado na singularidade do objeto, o que, por conceito, é incompatível com a comparação objetiva com outros serviços, e o segundo de procedimento licitatório típico, com concorrência pública. Assim sendo, estes merecem ser tratados separadamente.

c.1) Da ausência de orçamento detalhado em planilhas e da parcial irregularidade na justificativa de preços em sede da Inexigibilidade de Licitação nº 007/2014

Tratando da contratação direta, e consonante raciocínio exposto supra, recentemente decidiu o Tribunal de Contas da União no sentido de que a realização de cotação de preços junto a potenciais prestadores dos serviços demandados, a fim de justificar que os preços contratados estão compatíveis com os praticados no mercado, afasta a hipótese de inexigibilidade de licitação, por restar caracterizada a viabilidade de competição, consoante consta do Acórdão nº 2280/2019⁷.

Sob tal perspectiva, há de se reconhecer que a norma de regência para o caso concreto não é o art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, e sim o art. 26, III, da mesma lei, o qual exige a justificativa de preços, não fazendo menção ao orçamento detalhado em planilhas.

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

⁷ Tribunal de Conta da União. Acórdão nº 2280/2019. Primeira Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão de 12/03/19.

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

Nessa linha, há muito já prelecionava Marçal Justen Filho que, em face da ausência de competição, a razoabilidade do preço fosse avaliada sob a ótica do próprio prestador do serviço, senão vejamos:

A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.⁸

Tal orientação é também adotada em inúmeros precedentes do Tribunal de Contas da União, fazendo referência, inclusive, à Orientação Normativa emitida pela Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

[...]

30. Ainda no tocante à seleção das consultorias, resta analisar a questão dos preços contratados. Quanto a isso, verifico que alguns precedentes desta Corte reconheceram a dificuldade de justificar o preço nos casos de inexigibilidade à luz de propostas de outros fornecedores ou prestadores, razão pela qual foi nascendo o entendimento de que a razoabilidade do preço poderia ser verificada em função da atividade anterior do próprio particular contratado (nessa linha, item 9.1.3 do Acórdão 819/2005-TCU-Plenário).

31. Tal situação culminou na expedição, pela Advocacia-Geral da União (AGU), da Orientação Normativa 17/2009, inicialmente com a seguinte redação: "É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas".

32. Esta linha de raciocínio vem evoluindo no seio da Administração Pública (vide Portaria-AGU 572/2011) e sendo convalidada pelo Tribunal, como nos Acórdãos 1.565/2015, 2.616/2015 e 2.931/2016, todos do Plenário.

33. No presente caso, verifico que a ECT logrou demonstrar a adequação dos preços contratados levando em conta os valores praticados pelas empresas em outros contratos por elas mantidos, ou seja, foi demonstrada **a equivalência dos valores cobrados da Administração com os valores praticados pelas contratadas em outros ajustes contemplando o mesmo objeto ou objeto similar.**

34. Com isso em mente, enfatizo que a justificativa dos preços contratados observou o art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993 e seguiu a jurisprudência desta Corte de Contas sobre o tema.

35. Não obstante esteja propondo, até o momento, a convalidação das contratações em análise, reconheço estar presente o risco de que a ECT tenha empregado (ou venha empregando) de forma indevidamente generalizada a prerrogativa da inexigibilidade de licitações para a contratação de consultorias. Todavia, creio que tal risco pode (e deve) ser mitigado, conforme considerações que tecerei nas seções seguintes deste voto.

Acórdão:

9.5. recomendar à Segecex que avalie a oportunidade e conveniência de incluir em seu plano de fiscalização uma ação de controle externo sobre a contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços de consultoria, envolvendo a Administração Pública de uma forma geral, ocasião em que poderão ser propostas premissas para a caracterização dos requisitos de natureza singular do objeto e notória especialização da empresa

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 370.

executante, para a adequada justificativa dos valores contratados, para a implementação, avaliação e apropriação dos resultados dos serviços contratados e para a prevenção da sobreposição dos objetos contratados;⁹ (grifos nossos)

Também nesta Corte verifica-se que foi encampada a tese de justificativa de preços por meio da averiguação dos preços praticados pelo contratado:

Não sendo possível realizar a comparação de preços em contratações de outros profissionais devido às particularidades do futuro contrato, a razoabilidade do valor a ser cobrado poderá ser aferida por meio do cotejo de sua proposta com os preços por ele praticados junto a outros entes públicos e/ou privados.¹⁰

O que se tem, portanto, é que na contratação direta a exigência legal se faz pela justificativa de preços, e não necessariamente pelo orçamento detalhado em planilha, nos termos do art. 26, III, da Lei nº 8.666/93, a ser apurado pelo cotejo entre os preços praticados pelo contratado junto a outros entes públicos e/ou privados para serviços de volume e complexidade semelhantes.

Nesse contexto, a meu ver, afigura-se amparada pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial a metodologia empregada à justificativa de preço extraída da Inexigibilidade de Licitação nº 007/2014 (Processo Licitatório nº 177/2014) realizada no âmbito do Município de Araxá, considerando que foram apresentados contratos semelhantes assinados pela empresa Libertas com outros Municípios (fls. 171/202, peça nº 11 e 12 do processo piloto).

Ainda sobre o preço, decidiu o acórdão recorrido pela parcial irregularidade da justificativa de preço exarada, considerando que *“as razões da Defesa não trouxeram aos autos elementos suficientes para afastar a irregularidade quanto ao preço da contratação”*.

Nada obstante, diferente do assinalado no acórdão recorrido, entendo não haver elementos nos autos que demonstrem a não razoabilidade dos valores pagos.

Em cômputo aos autos, tem-se que o primeiro relatório da Unidade Técnica (fl. 575v/577, peça nº 13 do processo piloto) aponta a identidade de valores entre a proposta comercial da empresa Libertas e daquele registrado na Justificativa de Preço (fl. 21, peça nº 11 do processo piloto) como indicativo da insuficiência da demonstração da compatibilidade do preço contratado com o valor de mercado.

O segundo relatório (fl. 06, peça nº 03), por sua vez, não abordou o tema, considerando a não incidência de sanção pecuniária.

Conforme exposto anteriormente neste tópico, a metodologia aplicada no caso em tela para a justificativa de preço é adequada à orientação jurisprudencial e doutrinária pátria, tendo sido apresentados contratos similares de titularidade da empresa Libertas com outros entes públicos.

Nesse sentido, entendo que não se pode presumir a inadequação do preço praticado, devendo ela ser demonstrada, sob pena de irregular inversão do ônus da prova.

Assim, tendo em vista que as justificativas de preços avaliaram os valores propostos por meio de comparação com os praticados pela mesma empresa em outros órgãos públicos para a prestação de serviços similares, considerando as diferenças de complexidades dos serviços – ainda que semelhantes – dos orçamentos paradigma, reputo atendida a exigência do art. 26, parágrafo único, III, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual acolho as razões recursais quanto às irregularidades relatadas neste item.

⁹ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2993/2018. Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. Sessão de 12/12/18. Itálicos do original. Grifos adotados.

¹⁰ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Representação nº 932.751. Primeira Câmara. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Sessão de 29/01/19.

c.2) Da ausência de orçamento detalhado em planilha em sede da Tomada de Preços nº 02.001/2015

Quanto à ausência de orçamento detalhado em planilhas para a Tomada de Preços nº 02.001/2015 (Processo Licitatório nº 003/2015), identifique situação diversa.

Se nos processos de contratação direta a exigência legal é a justificativa de preços (art. 26, III, da Lei nº 8.666/93), em processos licitatórios exige-se o cumprimento do art. 7º, § 2º, II, c/c art. 40, §2º, II, ambos da Lei nº 8.666/93:

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

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

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

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

§ 2o Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

Ainda que não haja determinação legal sobre o nível de detalhamento do orçamento a ser produzido pela Administração em suas contratações, conforme bem aponta a Unidade Técnica em seu parecer (peça nº 03), referenciando o acórdão recorrido (peça nº 19 do processo piloto), tem-se que:

Conforme bem frisado na Análise Técnica da defesa no Processo Piloto, corroborada e ampliada no r. Acórdão Recorrido, “ao exigir a planilha de composição de preços dos serviços nos termos da Lei n. 8.666/93, o legislador buscou defender o interesse público, permitindo aferir a exequibilidade das propostas, além de propiciar o acompanhamento do cumprimento do contrato. O comando legal não intenciona apenas possibilitar a repactuação dos preços, conforme alegado pela Defesa. Além disso, a Lei n. 8.666/93 não prevê exceções para confecção das planilhas nos contratos de serviços comuns, como citado pela Defesa.” S.M.J., tal fundamento não merece reparos.

Em cômputo os autos, identifique que na fase interna da Tomada de Preços em análise foi promovida a “Formação de Preço Médio”, conforme documento próprio de fl. 289/290 (peça nº 12). No mesmo sentido, quando da elaboração do edital, foi produzido “Anexo VII – Modelo de Proposta de Preços”, indicando duas colunas, com a primeira denominada “Preço Unitário” e a segunda “Preço Total” (fls. 342/343, peça nº 12 do processo piloto).

Analisando o Anexo VII supracitado, ainda que tenha havido referência à apresentação de custos unitários pelos potenciais licitantes, a tabela de formação de preços proposta trata todo o objeto licitado como único, não discriminando cada uma das atividades a serem desempenhadas pelo particular quando da execução do objeto.

Ademais, conforme informação constante à fl. 343 (peça nº 12 do processo piloto), registrou a Administração que, quando da apresentação dos valores na tabela, “*nos preços propostos estão incluídos todos os custos e despesas, encargos e incidências, diretos ou indiretos*”. Ou seja, não há a discriminação dos valores indiretos a impactarem a formação do preço, não sendo possível a aferição dos referenciais aplicados pelos licitantes na formação do preço.

Nesse sentido, o que se observou quando da apresentação das propostas no certame (vide proposta da empresa Libertas; fl. 451, peça nº 13 do processo piloto), é que o preço unitário foi tratado como preço mensal a ser pago ao particular, e não como a descrição dos custos para a execução do objeto – aliás, o próprio Anexo VII supracitado promove tal situação, ao indicar na tabela “Preço Unitário” / “Preço Total” e, imediatamente abaixo, o binômio “Valor mensal” / “Valor global”.

Aduziram os recorrentes que exigir dos licitantes especializados a minúcia na formação do seu preço, num cenário de escassa força de trabalho, seria despropositado (fl. 15, peça nº 05). Contudo, conforme bem sublinhou a Unidade Técnica, *“a situação que os recorrentes indicam de desajuste da Administração, ensejando a impossibilidade de elaboração da Planilha de Preços, s.m.j., por si só não lhes dá o direito de transgredir o Princípio da Legalidade”* (fl. 10, peça nº 03).

Ainda que o objeto licitado compreenda serviços predominantemente intelectuais, como no caso em tela, há meios hábeis de produção do orçamento detalhado, destacando-se especialmente a definição dos valores hora/atividade dos profissionais responsáveis, bem como a determinação de horas dedicadas a cada atividade licitada e os encargos diretos e indiretos na formação do preço. Nesse sentido, destaca-se o exposto em sede da Representação nº 1.058.551, de relatoria do Conselheiro Substituto Adonias Monteiro¹¹:

Desse modo, ao deixar de elaborar orçamento detalhado dos custos do objeto da licitação desse tipo de atividade/serviço, em que, como bem apontou a Unidade Técnica, fl. 646: **“a atividade intelectual de um educador físico, pode ser mensurável e de acordo com o portal.mec.gov.br os valores por hora/atividade oscilam em função da categoria em que se enquadram os programas implementados”**, os gestores públicos afrontaram os termos do 7º, § 2º, II, da Lei n. 8.666/1993 e a jurisprudência desta Corte e do TCU, pois *“toda e qualquer licitação deve ser precedida da estimativa do preço por parte da Administração Pública. O preço estimado é sempre obrigatório”* (NIEBUHR, Joel de Menezes, *Licitação Pública e Contrato Administrativo*, 4ª Edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, pg. 295). (Grifo nosso).

Assim sendo, quanto à inexistência de orçamento detalhado em planilhas na Tomada de Preços nº 02.001/2015 (Processo Licitatório nº 003/2015), nego provimento ao pleito recursal.

Quanto à responsabilidade dos agentes municipais à época, o acórdão recorrido imputou multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) aos Senhores Alexandre José Resende, Membro da Comissão Permanente de Licitação; Aracely de Paula, Prefeito Municipal; Arnildo Antônio Moraes, Secretário Municipal de Planejamento e Gestão; Gilberto Fonseca Filho, Presidente da Comissão Permanente de Licitação; Jairo Luiz Cândido, Membro da Comissão Permanente de Licitação; Luiz Antônio Pereira Marins, lotado no Departamento de Licitação do Município; Maria Aparecida Rios, Procuradora Geral do Município; e Fabiano Lemos Teixeira, Assessor Jurídico.

Essa responsabilização, no entanto, deve observar o disposto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual prescreve que *“o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”*. A norma qualifica e restringe as ações que são aptas a gerar a responsabilidade pessoal do agente, pois, além de afastar a possibilidade de responsabilização objetiva, exige que o ato culposo (erro) seja *“grosseiro”*.

No âmbito federal, foi editado o Decreto nº 9.830/19, que regulamentou os arts. 20 a 30 da LINDB e trouxe a definição, em seu art. 12, §1º, de erro grosseiro, o qual será *“aquele*

¹¹ REPRESENTAÇÃO n. 1058551. Rel. CONS. SUBST. ADONIAS MONTEIRO. Sessão do dia 18/06/2020. Disponibilizada no DOC do dia 06/07/2020.

manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O referido decreto federal aproximou, portanto, o conceito de erro grosseiro do de culpa grave.

De acordo com a lição de Sérgio Cavalieri Filho¹² “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal”.

Pode-se concluir, portanto, que o agente só poderá ser responsabilizado pessoalmente se sua conduta antijurídica for praticada com dolo ou culpa grave.

Quanto à conduta dos Senhores Alexandre José Resende e Jairo Luiz Cândido, membros da Comissão Permanente de Licitação, e do Senhor Luiz Antônio Pereira Marins, lotado no Departamento de Licitação do Município, não há nexo de causalidade entre suas condutas e a irregularidade aferida, com o primeiro e o segundo participando apenas da sessão e da assinatura da ata da Tomada de Preços nº 02.001/2015 (fl. 453, peça nº 13 do processo piloto), e o terceiro da edição do pedido de licitação (fl. 280, peça nº 12 do processo piloto).

No mesmo sentido identifico a conduta do Senhor Aracely de Paula, Prefeito Municipal, inexistindo nexo de causalidade entre os atos por ele assumidos, quais sejam a Estimativa de Impacto Orçamentário (fl. 300, peça nº 12 do processo piloto), o decreto de instauração da Comissão Permanente de Licitação (fl. 310, peça nº 12 do processo piloto), o Termo de Homologação e Adjudicação do Objeto (fl. 459, peça nº 13 do processo piloto) e a assinatura do contrato (fl. 469, peça nº 13 do processo piloto), e a irregularidade ora apontada.

Quanto aos pareceristas, Senhora Maria Aparecida Rios, Procuradora Geral do Município, e Senhor Fabiano Lemos Teixeira, Assessor Jurídico, ainda que em ambas as peças por eles exaradas tenham afirmado existir “*conformidade com os artigos 40 e 55, respectivamente, da Lei 8.666/93, na medida em que preveem condições e cláusulas essenciais e fixam obrigações inerentes aos contratos de natureza pública*” (fl. 356, peça nº 12 do processo piloto; fl. 457, peça nº 13 do processo piloto) – não acusando a irregularidade ora imputada -, há nos autos da Tomada de Preços o supracitado Anexo VII, prevendo, ao menos formalmente, coluna para demonstração dos custos unitários, o que estaria em consonância com o disposto na legislação e regência.

Assim sendo, considerando a não identificação de grave infração de norma legal (art. 85, II, Lei Complementar nº 102/08), reformo o acórdão recorrido para decotar as sanções pecuniárias aos agentes supracitados.

Lado outro, identifico que os Senhores Arnildo Antônio Moraes e Gilberto Fonseca Filho, respectivamente Secretário Municipal de Planejamento e Gestão e Presidente da Comissão Permanente de Licitação, foram os agentes públicos responsáveis pela assinatura do Edital (fl. 328, peça nº 12 do processo piloto) e do Projeto Básico (peça nº 336, peça nº 12 do processo piloto), atos diretamente relacionados à irregularidade em análise, especialmente considerando seu papel enquanto anexo essencial ao edital nos termos do art. 40, §2º, II, da Lei nº 8.666/93.

Portanto, quanto aos Senhores Arnildo Antônio Moraes e Gilberto Fonseca Filho, mantenho a aplicação de sanção pecuniária pela irregularidade da falta de orçamento detalhado em planilha em sede da contratação por Inexigibilidade de Licitação, nos termos do artigo 85, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 102/2008.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

d) Reajustamento do contrato com valor superior ao permitido

O acórdão recorrido considerou irregular a ocorrência de pagamento de 03 parcelas após o vencimento do Contrato nº 01/2015, sem justificativa, datadas de 28/04/17, 29/05/17 e 06/07/17, dado o termo do 1º Termo Aditivo em 02/03/17.

Por outro lado, reconheceu a legalidade do reajustamento do contrato por período de doze meses, nos seguintes termos (fl. 07, peça nº 19 do processo piloto):

Examino, neste item, não a legalidade da prorrogação do contrato nos termos do art. 57, inciso II, da Lei n. 8.666/93 e sim a alteração do valor contratado acima do permitido: 1. Contrato n. 01/2015 (Tomada de Preços n. 02.001/2015) Cláusula décima segunda - Reajustamento (fl. 2194), 2. Primeiro Termo Aditivo (fl. 2196/2197), 3. Solicitação de Aditamento de Despesas (fl. 2200).

Embora não esteja demonstrado cabalmente que a prorrogação do contrato poderia ocorrer com base no art. 57, inciso II, da Lei n. 8.666/93, que trata dos serviços contínuos, em virtude de lacuna da própria lei, não constam nos autos elementos que evidenciem a não prestação dos serviços por parte da contratada.

Logo, tendo ocorrido a regular prestação dos serviços durante o período da prorrogação (12 meses), exigir que o reajuste do valor fosse limitado a 25% do valor do contrato geraria enriquecimento ilícito por parte da Administração Municipal.

Uma vez que houve a prorrogação do contrato nos moldes de serviços contínuos, assim também deve ser interpretado o reajuste dos valores, pois, aplicar uma regra para a prorrogação e outra regra distinta para a remuneração, gera conflito para o justo desembolso pelo serviço prestado.

Diante disso, entendo pertinentes as alegações trazidas em sede de Defesa no tocante a este aspecto do apontamento ora analisado.

Aduziram os recorrentes que houve a prorrogação do contrato por meio de 2º Termo Aditivo para o período de 02/03/17 a 02/03/18, até então desconhecido nos autos, anexando a documentação à sua peça recursal (fls. 69/71, peça nº 05).

Considerando a determinação de recomendação por parte desta Corte de Contas, e não de sanção pecuniária, a Unidade Técnica não se manifestou no tema em sua peça opinativa (fl. 06, peça nº 03).

No mesmo sentido, o MPC não opinou quanto ao tópico.

Apesar da alegação defensiva de que o 1º Termo Aditivo firmado seria “a única alteração contratual realizada no contrato da Libertas Auditores & Consultores”, os recorrentes apresentaram o 2º Termo Aditivo, que daria respaldo aos pagamentos em exame.

Nada obstante, analisando a documentação apresentada, identifica-se a extensão da vigência contratual pelo período de doze meses, nos limites temporais aduzidos na peça recursal.

Portanto, restam demonstrados os elementos que fundamentaram os pagamentos das parcelas datadas de 28/04/17, 29/05/17 e 06/07/17, razão pela qual deve ser dado provimento ao pleito recursal.

e) Ausência de comprovação da habilitação dos profissionais da empresa para execução de serviços

A decisão recorrida considerou parcialmente procedente a irregularidade quanto à habilitação dos profissionais da empresa Libertas para a execução dos serviços:

Com relação à Certidão de Regularidade n. 074/2014 (fl.728) da empresa Libertas Auditores & Consultores Ltda. vencida desde 31/12/2014 apresentada na Tomada de Preços que ocorreu em 04/02/2015, a Defesa argumentou que, embora a data constante no cabeçalho fosse 31/12/2014, havia um carimbo na Certidão que evidenciava a prorrogação da validade até 31 de março do exercício seguinte.

Observo que as exigências previstas na Resolução CFC 1495/15 e na nova redação da NBC PA 13, que estabelecem o exame de qualificação técnica e a respectiva inscrição no CNAI para atuação do contador em auditoria independente em entidades em geral, somente teriam eficácia a partir de 1/1/2016. Assim, no momento do julgamento dos documentos de habilitação e qualificação técnica, 04/02/15, a exigência de inscrição no CNAI realmente não se aplicava aos profissionais que atuaram na prestação dos serviços ao município de Araxá.

No entanto, ao assinar o contrato, a contratada se comprometeu a manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas, conforme item "h" da cláusula 8.1 do contrato n. 01/2015 (fl. 2191).

A alteração na legislação que regula a atuação dos profissionais de auditoria independente, inclusive criando requisitos, cadastros, registros e treinamentos para o exercício da profissão, era fator a ser observado pela empresa contratada, com vistas ao cumprimento do estabelecido no contrato, além do regular exercício da profissão.

Uma vez que a empresa Libertas Auditores e Consultores Ltda. prestou serviços até 02/03/2017, data de encerramento do Primeiro Termo Aditivo celebrado com a Administração Municipal (fl.2196/2197), percebe-se que a exigência de cadastro no CNAI passou a vigor durante a validade do contrato.

Os recorrentes manifestaram-se no sentido de que a empresa Libertas estava regularmente inscrita e com alvará vigente. Sobre os profissionais que a compõem, argumentaram que “os contadores que realizam auditoria externa independente não estão obrigados a se inscreverem no CNAI” com fulcro na Resolução CFC nº 1495/15 (fls. 49/50 da peça nº 05).

Considerando a determinação de recomendação por parte desta Corte de Contas, e não de sanção pecuniária, a Unidade Técnica não se manifestou no tema em sua peça opinativa (fl. 06, peça nº 03).

O MPC não opinou sobre o tópico.

Nos termos do art. 9º da Resolução CFC nº 1495/15, tem-se que esta somente produziu seus efeitos a partir de 01/01/16:

Art. 9º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016, quando ficarão revogadas as disposições em contrário, especialmente a Resolução CFC nº 1.019/2005, publicada no DOU, de 28.02.2005.

Portanto, não merece reparo o acórdão recorrido, visto que no momento de julgamento dos documentos de habilitação e qualificação técnica na Tomada de Preços nº 02.001/2015 (Processo Licitatório nº 003/2015), qual seja 04/02/15, a norma ainda não produzia efeitos, sendo exigível dos profissionais o registro no CNAI.

Pelo exposto, nego provimento ao pleito recursal no tópico.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso, mantendo as irregularidades relativas à inexistência de orçamento detalhado em planilhas na Tomada de Preços nº 02.001/2015 e à ausência de comprovação de habilitação dos profissionais da empresa para execução dos serviços, mantendo a aplicação de multa determinada pela Primeira Câmara somente aos

Senhores Arnildo Antônio Morais e Gilberto Fonseca Filho, respectivamente secretário municipal de Planejamento e Gestão à época e então presidente da Comissão Permanente de Licitação, na quantia de R\$500,00 (quinhentos reais) cada.

Intimem-se os recorrentes acerca do teor desta decisão.

Transitada em julgado a decisão e promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Com o Relator, senhor Presidente.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Sr. Presidente, no caso em apreço, acompanho em parte o voto do relator para dar provimento parcial ao recurso.

Todavia, quanto à multa cominada ao Sr. Aracely de Paula, Prefeito Municipal, em razão da ausência de orçamento detalhado em planilha na Tomada de Preços nº 02.001/2015, abrindo divergência, peço vênua ao relator para manter a decisão recorrida nesse particular, porquanto reputo como erro grosseiro a homologação de procedimento licitatório sem o referido documento. Por essa razão, entendo que o Prefeito, na qualidade de autoridade homologadora do certame (Termo de Homologação e Adjudicação do Objeto, fl. 459, peça nº 13 do processo piloto), assim como os subscritores do edital, são responsáveis pela referida irregularidade.

Intimem-se os recorrentes acerca do inteiro teor desta decisão, inclusive pela via postal com aviso de recebimento.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Acompanho o voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Também com o voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO PRESIDENTE JOSÉ ALVES VIANA:

FICA APROVADO O VOTO DIVERGENTE, VENCIDOS, EM PARTE, O CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO E O CONSELHEIRO MAURI TORRES.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)