

Processo: 1066809

Natureza: REPRESENTAÇÃO

Representante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais

Representada: Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho

Responsáveis: Isa Maria Lélis da Silva (Presidente da Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho), Fabrício dos Reis Martins (Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural Casa da Cultura), Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro (Advogado da Fundação Cultural Casa da Cultura) e ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. (sociedade empresária contratada pela Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho nos exercícios de 2014 a 2017)

Procuradores: Joaquim Antônio Murta Oliveira Pereira, OAB/MG 139.385 e Guilherme Silveira Diniz Machado, OAB/MG 67.408

MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 12/5/2022

REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÕES. IRREGULARIDADES. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. MÉRITO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE. LEI N. 14.039/2020. RESPONSABILIZAÇÃO DE ADVOGADO PARECERISTA. IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Segundo o art. 110-E da Lei Complementar n. 102/08, “prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas, considerando-se como termo inicial para contagem do prazo a data de ocorrência do fato”.
2. Considerando as recentes alterações trazidas pela Lei n. 14.039/2020, segundo a qual os serviços profissionais de advogado e contador são, por sua natureza, técnicos e singulares, aliada à demonstração da notória especialização do contratado, não há que se falar em irregularidade da contratação dos serviços técnicos de consultoria em área contábil, administrativa, financeira e de gestão em administração pública, nos termos do art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993.
3. A responsabilização do advogado ou consultor jurídico responsável pela emissão de parecer jurídico em licitação, nos termos do art. 38 da Lei n. 8.666/1993, pressupõe a prática de atos mediante dolo ou erro grosseiro. O parecer jurídico deve examinar as questões de direito relevantes para a contratação e a regularidade dos respectivos atos administrativos praticados.
4. O descumprimento do art. 7º, § 2º, incisos I e II, do art. 40, inciso XI, e do art. 55, inciso III, da Lei n. 8.666/93 configura erro grosseiro e enseja a aplicação de multa aos responsáveis, não havendo que se falar em falha meramente formal.

ACÓRDÃO

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

- I) reconhecer, por maioria, em prejudicial de mérito, nos termos do voto divergente do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal em relação aos atos relacionados ao procedimento de inexistência n. 01/14 e assinatura do contrato n. 01/2014 em 09/01/14, conforme art. 110-E c/c art. 110-C, V, da Lei Complementar n. 102/08;
- II) julgar, no mérito, por maioria, nos termos do voto do Conselheiro Relator, parcialmente procedente a presente representação, em razão das seguintes irregularidades apontadas:
 - a) ausência de projeto básico ou termo de referência, em descumprimento ao art. 7º, § 2º, I, da Lei n.º 8.666/93;
 - b) ausência de orçamento detalhado em planilhas, em descumprimento ao art. 7º, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93; e
 - c) ausência de cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste do contrato, em descumprimento ao art. 40, inciso XI, e ao art. 55, inciso III, da Lei n. 8.666/93;
- III) aplicar multa individual, por maioria, nos termos do voto do Conselheiro Relator, no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para cada responsável: Sra. Isa Maria Lélis da Silva, Presidente da Fundação Cultural Casa da Cultura; Sr. Fabrício dos Reis Martins, Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural Casa da Cultura; e Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, Advogado da Fundação Cultural Casa da Cultura, sendo R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada irregularidade;
- IV) determinar a intimação das partes e de seus procuradores, nos termos do art. 166, § 1º, inciso I, do RITCEMG;
- V) determinar, após tomadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos moldes do art.176, inciso I, do RITCEMG.

Votaram o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro. Vencido, na prejudicial de mérito, o Relator, Conselheiro Wanderley Ávila e vencido, em parte, no mérito, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 12 de maio de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 14/12/2021

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em razão de irregularidades apuradas nas contratações diretas da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. pela Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho, nos exercícios de 2014 a 2017 - Contratos n.ºs 01/2014 e 01/2015, mediante os Procedimentos de Inexigibilidade n.ºs 01/2014 e 01/2015, respectivamente, ambos para prestação de serviço técnico profissional especializado em auditoria e consultoria contábil, administrativa, financeira e de gestão em administração pública.

Aduz o representante que a presente representação é decorrente de uma investigação realizada no âmbito do Ministério Público de Contas em que foram identificadas mais de 110 contratações realizadas entre a empresa ADPM e órgãos municipais do Estado de Minas Gerais por meio de inexigibilidade de licitação.

O *Parquet* requer a citação de Isa Maria Lelis da Silva (Presidente da Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho), Fabrício dos Reis Martins (Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural Casa da Cultura), Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro (Advogado da Fundação Cultural Casa da Cultura), Rodrigo Silveira Diniz Machado (sócio majoritário da ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda.) e ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. (sociedade empresária contratada pela Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho nos exercícios de 2014 a 2017) (peça 2 do Sistema de Gestão e Administração de Processos - SGAP).

A Denúncia foi protocolizada neste Tribunal em 13/05/2019 e distribuída à minha relatoria em 17/05/2019 (peça 1 do SGAP).

Em análise inicial, a 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios manifestou-se pela improcedência da Representação quanto ao item frustração da licitude do processo licitatório – dano presumido (*in re ipsa*), e pela procedência da Representação quanto aos demais apontamentos, e pela citação dos responsáveis (peça 4 do SGAP).

Em aditamento à representação, o *Parquet* opina pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com relação à contratação de 2014 e requer: o afastamento do apontamento referente à ausência de demonstração da razão da escolha da empresa e da justificativa do preço, a exclusão do sócio da ADPM do polo passivo da representação, e o afastamento do apontamento frustração da licitude do processo licitatório (peças 13/14 do SGAP).

Devidamente citados, a empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. apresentou defesa e documentos (peças 20 a 58 do SGAP).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados para a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios que, em reexame, manifestou-se pela procedência dos seguintes apontamentos: contratação irregular por inexigibilidade de licitação, ausência de projeto básico ou termo de referência, ausência de orçamento detalhado em planilhas e ausência de cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste do contrato (peça 62 do SGAP).

O Ministério Público de Contas defendeu a nulidade da citação dos Srs. Isa Maria Lelis da Silva, Fabrício dos Reis Martins e Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, pleiteando nova citação dos Srs. Isa Maria Lelis da Silva, Fabrício dos Reis Martins e Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro,

por meio da expedição de nova correspondência direcionada ao endereço residencial dos agentes (peça 65 do SGAP).

Devidamente citados, os responsáveis Isa Maria Lelis da Silva (Presidente da Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho), Fabrício dos Reis Martins (Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural Casa da Cultura), Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro (Advogado da Fundação Cultural Casa da Cultura) apenas juntaram procuração (peças 72 a 75 do SGAP).

Na mesma esteira, o *Parquet*, em sede de parecer conclusivo, manifestou-se pela procedência parcial da Representação, aplicação de multa aos responsáveis e reconhecida a inidoneidade para licitar da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda (peça 78 do SGAP).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1) Da prejudicial de mérito - prescrição parcial da pretensão punitiva do Tribunal de Contas de Minas Gerais – Inexigibilidade de Licitação n.º 001/2014

Em peça de aditamento à presente Representação, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas manifesta-se pela prescrição da pretensão punitiva quanto às irregularidades referentes à contratação de 2014 – Inexigibilidade n.º 001/2014 e Contrato n.º 001/2014.

Em sua defesa, a empresa ADPM alega a prescrição da pretensão punitiva em relação ao Contrato n.º 001/2014, decorrente da Inexigibilidade n.º 001/2014.

Assim, cabe analisar a pretensão punitiva deste Tribunal à luz do instituto da prescrição, nos termos da Lei Orgânica deste Tribunal - Lei Complementar nº 102/2008, *in verbis*:

“Art. 110-B. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas fica sujeita a prescrição, conforme o prazo fixado para cada situação.”

A referida Lei estabelece em seu art. 110-E o prazo prescricional de cinco anos para o exercício da pretensão punitiva desta Corte de Contas, *verbis*:

“Art. 110-E. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas, considerando-se como termo inicial para contagem do prazo a data de ocorrência do fato.”

Há previsão para que o prazo prescricional volte a correr por inteiro quando da ocorrência da primeira causa interruptiva:

“Art. 110-F – A contagem do prazo a que se refere o art. 110-E voltará a correr, por inteiro:

I – quando da ocorrência da primeira causa interruptiva da prescrição, dentre aquelas previstas nos incisos I a VI do art. 110-C;”

[...]

O art. 110-C da Lei Complementar estabelece as causas interruptivas da prescrição, quais sejam:

“Art. 110-C. São causas interruptivas da prescrição:

[...]

V – despacho que receber denúncia ou representação;

[...]

VII – decisão de mérito recorrível.”

Assim, à vista da legislação atual, que regulamenta o instituto da prescrição neste Tribunal, ficou estabelecido, nos termos do art. 110 – E c/c arts. 110-F e 110-C, V, da Lei Orgânica deste Tribunal, alterada pela Lei Complementar n. 133/2014, que a prescrição punitiva do Tribunal de Contas ocorre no prazo de 5 (cinco) anos, iniciando-se a contagem a partir da data da ocorrência do fato até a primeira causa interruptiva. É a chamada prescrição inicial.

Em seguida, nos termos do art. 110–E c/c arts. 110-F e 110-C, V e VII, da Lei Orgânica, a prescrição punitiva intercorrente do Tribunal ocorre no prazo de 5 (cinco) anos, iniciando-se a contagem a partir da primeira causa interruptiva até a primeira decisão de mérito.

Esclareço, inicialmente, que os fatos objeto destes autos são os Contratos n.ºs 01/2014 e 01/2015, mediante os Procedimentos de Inexigibilidade n.ºs 01/2014 e 01/2015.

O Contrato n.º 01/2014 teve vigência de janeiro a dezembro de 2014, conforme fls. 111/117 da peça 8 do SGAP. O Contrato n.º 01/2015 teve vigência de janeiro a dezembro de 2015, conforme fls. 06/17 – peça 10 do SGAP. O 1º Termo Aditivo ao Contrato n.º 01/2015 teve vigência de janeiro a dezembro de 2016, conforme fls. 58/59 – peça 10 do SGAP. O 2º Termo Aditivo teve vigência de janeiro a dezembro de 2017, conforme fls. 75/77 – peça 10 do SGAP.

Na peça de aditamento do Ministério Público de Contas (Peça nº13), argumenta-se que houve a consolidação da prescrição da pretensão punitiva inicial quanto à irregularidade referente ao Contrato n.º 01/2014 – Procedimento de Inexigibilidade n.º 01/2014, com fundamento nos art. 110-C, V, 110- E, e 110-F, I, da Lei Complementar nº 102/2008. Isso porque a requisição para a realização da Inexigibilidade nº 001/2014 foi formalizada em 02/01/2014, o parecer jurídico que opinou pela regularidade da contratação foi exarado em 03/01/2014, a ratificação da inexigibilidade ocorreu em 06/01/2014 e o contrato foi assinado em 09/01/2014, (peças 7 e 8 do SGAP) e a presente representação foi recebida em 14/05/2019 (fl. 1.118 – Peça nº 11 no SGAP).

Contudo, o Contrato n.º 01/2014, publicado no Diário Oficial em 20/01/2015, teve vigência de janeiro a dezembro de 2014, conforme fls. 111/119 da peça 8 do SGAP. O Contrato n.º 01/2015, publicado no Diário Oficial de 17/01/2015, teve vigência de janeiro a dezembro de 2015, conforme fls. 06/19 - peça 10 do SGAP. O 1º Termo Aditivo ao Contrato n.º 01/2015, publicado no Diário Oficial de 25/02/2016, teve vigência de janeiro a dezembro de 2016, conforme fls. 57/61 – peça 10 do SGAP. O 2º Termo Aditivo ao Contrato n.º 01/2015 teve vigência de 02 de janeiro a 31 de março de 2017, conforme fls. 75/77 – peça 10 do SGAP.

Assim, levando em consideração a vigência dos Contratos, não decorreu o prazo prescricional de 5 (cinco) anos. Nesse sentido, já votei na Representação n.º 1.058.869, em sessão da Segunda Câmara de 27/05/2021, cumprindo transcrever o seguinte excerto:

“No caso, observo que o Contrato n.004/2013, decorrente da Inexigibilidade n.002/2013, vigorou de 02 de janeiro a 31 de dezembro de 2013, sendo prorrogado pelo Primeiro Termo Aditivo, cuja vigência foi de janeiro a dezembro de 2014 (fls. 298 e 310 –do Anexo 1).

Tendo em vista que o 1º Termo Aditivo do Contrato teve a sua vigência até dezembro de 2014, e o recebimento desta Representação no Tribunal ocorreu em 19/02/2019, momento em que se interrompeu a contagem do prazo prescricional, não houve o transcurso do período de cinco anos necessário à configuração da prescrição.

(...)

Neste sentido, à vista da legislação atual e de uma simples aferição de prazos, a inoccorrência da prescrição da pretensão punitiva deste Órgão fica clara, não existindo previsão legal para as hipóteses levantadas tanto pelos defendentes como pelo Ministério Público de Contas.

Diante das circunstâncias relatadas e a lei que instituiu a prescrição da pretensão punitiva neste Órgão, não se deu a prescrição, arguição que resta afastada.”.

Nesse mesmo sentido, colaciono também decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N.º 3/STJ. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. ILEGALIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. PRECEDENTES DO STJ.

1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

2. Somente é possível a aplicação da Súmula 126/STJ ao recurso especial quando o acórdão recorrido está assentado em fundamentação infraconstitucional e constitucional e a parte não interpôs o recurso extraordinário. De igual forma, não incide o óbice em razão da parte ter mencionado preceitos constitucionais nas razões do recurso especial.

3. A decisão monocrática restringiu-se à questão da prescrição da ação civil pública, não havendo modificação do quadro fático delineado nos autos pelas instâncias originárias.

4. **O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o prazo prescricional da ação civil pública para anular prorrogação de prestação de serviço público só tem início com o encerramento do contrato.** Precedentes: REsp 1325817/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 23/05/2016; AgRg no REsp 1379155/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 25/06/2015; AgRg no Ag 1199877/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 19/04/2013; EREsp 1079126/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 06/05/2011.

5. Entendimento contrário ocasionaria a conclusão de que, com o transcurso do prazo quinquenal, as eventuais ilegalidades se convalidariam, ou que, mesmo sendo o ato considerado ilegal e ocasionando violações a direitos no decorrer de sua vigência, estas violações não poderiam mais ser analisadas pelo Poder Judiciário.

6. No âmbito da atividade estatal na prestação dos serviços públicos, diretamente ou mediante regime de delegação, a interpretação conjunta do princípio da indisponibilidade do interesse público primário e do princípio da segurança jurídica leva à conclusão de que as ilegalidades de um ato jurídico que prorroga o contrato de concessão, causando benefícios ou prejuízos a qualquer das partes, se prolongam no tempo, podendo ser judicialmente questionada enquanto vigente o contrato.

7. A missão constitucional desta Corte Superior de Justiça é uniformização da interpretação da norma infraconstitucional - exige o respeito aos precedentes firmados no âmbito dos órgãos competentes. Assim, verifica-se que o tema tratado nesses autos foi pacificado pela Primeira Seção no julgamento do EREsp n.º 1.079.126/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, ficando superado os precedentes com entendimento contrário.

8. Agravo interno não provido.

(g.n.). (AgInt no RECURSO ESPECIAL N.º 1.544.212 - RS sessão de 11/06/2019 da Segunda Turma . Rel. Ministro Mauro Campbell Marques)

Considerando que foi interrompida a prescrição com o despacho que recebeu a representação, o prazo volta a correr por inteiro, a teor do disposto no art. 110-F, ou seja, 5 (cinco) anos, para fins de prescrição. Como não se passaram (cinco) anos, não está configurada a prescrição punitiva intercorrente.

Acrescente-se que, não há indício de dano ao erário nos autos, o que dispensa análises quanto à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.

Desse modo, afasto a alegação da prescrição da pretensão punitiva.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

SEGUNDA CÂMARA – 24/2/2022

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação oferecida pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC) em face de Isa Maria Lelis da Silva (presidente da Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho, do Município de Santo Antônio do Amparo), Fabrício dos Reis Martins (diretor de apoio à cultura, esporte e turismo, cedido à Fundação Cultural Casa da Cultura), Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro (advogado da Fundação Cultural Casa da Cultura) e ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda., em razão de supostas irregularidades na contratação direta desta última nos exercícios de 2014 a 2017 (Contratos n^{os} 01/14 e 01/15, relativos, respectivamente, aos Procedimentos de Inexigibilidade n^{os} 01/14 e 01/15), para prestação de “serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil, administrativa, financeira e de gestão em administração pública”.

Na sessão da Segunda Câmara do dia 14/12/21, o relator, conselheiro Wanderley Ávila, afastou, em prejudicial de mérito, a arguição de prescrição parcial da pretensão punitiva do Tribunal de Contas, nos seguintes termos:

Assim, à vista da legislação atual, que regulamenta o instituto da prescrição neste Tribunal, ficou estabelecido, nos termos do art. 110 – E c/c arts. 110-F e 110-C, V, da Lei Orgânica deste Tribunal, alterada pela Lei Complementar n. 133/2014, que a prescrição punitiva do Tribunal de Contas ocorre no prazo de 5 (cinco) anos, iniciando-se a contagem a partir da data da ocorrência do fato até a primeira causa interruptiva. É a chamada prescrição inicial.

Em seguida, nos termos do art. 110–E c/c arts. 110-F e 110-C, V e VII, da Lei Orgânica, a prescrição punitiva intercorrente do Tribunal ocorre no prazo de 5 (cinco) anos, iniciando-se a contagem a partir da primeira causa interruptiva até a primeira decisão de mérito.

Esclareço, inicialmente, que os fatos objeto destes autos são os Contratos n.ºs 01/2014 e 01/2015, mediante os Procedimentos de Inexigibilidade n.ºs 01/2014 e 01/2015.

O Contrato n.º 01/2014 teve vigência de janeiro a dezembro de 2014, conforme fls. 111/117 da peça 8 do SGAP. O Contrato n.º 01/2015 teve vigência de janeiro a dezembro de 2015, conforme fls. 06/17 – peça 10 do SGAP. O 1º Termo Aditivo ao Contrato n.º 01/2015 teve vigência de janeiro a dezembro de 2016, conforme fls. 58/59 – peça 10 do SGAP. O 2º Termo Aditivo teve vigência de janeiro a dezembro de 2017, conforme fls. 75/77 – peça 10 do SGAP.

Na peça de aditamento do Ministério Público de Contas (Peça nº13), argumenta-se que houve a consolidação da prescrição da pretensão punitiva inicial quanto à irregularidade referente ao Contrato n.º 01/2014 – Procedimento de Inexigibilidade n.º 01/2014, com fundamento nos art. 110-C, V, 110- E, e 110-F, I, da Lei Complementar nº 102/2008. Isso porque a requisição para a realização da Inexigibilidade nº 001/2014 foi formalizada em 02/01/2014, o parecer jurídico que opinou pela regularidade da contratação foi exarado em 03/01/2014, a ratificação da inexigibilidade ocorreu em 06/01/2014 e o contrato foi assinado em 09/01/2014, (peças 7 e 8 do SGAP) e a presente representação foi recebida em 14/05/2019 (fl. 1.118 – Peça nº 11 no SGAP).

Contudo, o Contrato n.º 01/2014, publicado no Diário Oficial em 20/01/2015, teve vigência de janeiro a dezembro de 2014, conforme fls. 111/119 da peça 8 do SGAP. O Contrato n.º 01/2015, publicado no Diário Oficial de 17/01/2015, teve vigência de janeiro a dezembro de 2015, conforme fls. 06/19 - peça 10 do SGAP. O 1º Termo Aditivo ao Contrato n.º 01/2015, publicado no Diário Oficial de 25/02/2016, teve vigência de janeiro a dezembro de 2016, conforme fls. 57/61 – peça 10 do SGAP. O 2º Termo Aditivo ao Contrato n.º 01/2015 teve vigência de 02 de janeiro a 31 de março de 2017, conforme fls. 75/77 – peça 10 do SGAP.

Assim, levando em consideração a vigência dos Contratos, não decorreu o prazo prescricional de 5 (cinco) anos. Nesse sentido, já votei na Representação n.º 1.058.869, em sessão da Segunda Câmara de 27/05/2021, cumprindo transcrever o seguinte excerto: [...]

Considerando que foi interrompida a prescrição com o despacho que recebeu a representação, o prazo volta a correr por inteiro, a teor do disposto no art. 110-F, ou seja, 5 (cinco) anos, para fins de prescrição. Como não se passaram (cinco) anos, não está configurada a prescrição punitiva intercorrente.

Acrescente-se que, não há indício de dano ao erário nos autos, o que dispensa análises quanto à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.

Desse modo, afasto a alegação da prescrição da pretensão punitiva.

Após o voto do relator, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Prejudicial de mérito

Conforme narrado, na sessão do Tribunal Pleno ocorrida no dia 14/12/21, o relator, conselheiro Wanderley Ávila, apresentou voto afastando, em prejudicial de mérito, a arguição de prescrição parcial da pretensão punitiva do Tribunal de Contas em relação às supostas irregularidades relacionadas ao contrato nº 01/14 (Procedimento de Inexigibilidade nº 01/14).

Sobre a prescrição, o MPC, em aditamento à peça inicial da representação (peça nº 13), manifestou no seguinte sentido:

ADITAMENTO MPC Nº 1 – ARGUMENTOS COMPLEMENTARES –
RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO

Contratação irregular por inexigibilidade de licitação – Ausência de singularidade do objeto e inobservância ao artigo 25, caput e inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e à Súmula nº 106 do TCEMG

[...]

Por fim, considerando que a requisição para a realização da Inexigibilidade nº 001/2014 foi formalizada em 2/1/2014, que o parecer jurídico que opinou pela regularidade da contratação foi exarado em 3/1/2014, bem como que a presente representação foi recebida em 14/5/2019 (Fl. 1118 – Vol. 5 – Peça nº 11 no SGAP), aponta-se que houve a consolidação da prescrição da pretensão punitiva quanto à irregularidade referente à contratação de 2014, com fundamento nos art. 110-C, V, 110-E, e 110-F, I, da Lei Complementar nº 102/2008.

[...]

ADITAMENTO MPC Nº 2 – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO

Ausência de projeto básico ou termo de referência – Descumprimento ao artigo 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/1993

Ausência de orçamento detalhado em planilhas – Descumprimento ao artigo 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/1993

Ausência de cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste do contrato – Descumprimento do artigo 40, inciso XI e ao artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993

[...]

24. Conforme pontuado no tópico anterior, houve a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva para os apontamentos relativos à contratação de 2014, com fundamento nos art. 110-C, V, 110-E, e 110-F, I da LC nº 102/2008.

Em sentido oposto, o relator consignou em seu voto que “o Contrato n.º 01/2014, publicado no Diário Oficial em 20/01/2015, teve vigência de janeiro a dezembro de 2014” e que “levando em consideração a vigência dos Contratos, não decorreu o prazo prescricional de 5 (cinco) anos”. Dessa forma, considerou para cálculo da prescrição não a data de assinatura do contrato, e sim o final do prazo de vigência contratual.

Segundo o art. 110-E da Lei Complementar nº 102/08, “prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas, considerando-se como termo inicial para contagem do prazo a data de ocorrência do fato”.

Para solução do presente caso, é necessário elucidar qual seria “o fato” em questão, ou seja, aquele a partir do qual se tem o nascimento da pretensão punitiva. A prescrição, segundo Pontes de Miranda, é justamente “a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”¹. Nesse sentido, o art. 110-B da Lei Complementar nº 102/08 dispõe que “a pretensão punitiva do Tribunal de Contas fica sujeita a prescrição”.

No presente caso, a pretensão punitiva nasce, justamente, da prática do ato – tido por antijurídico – sujeito ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.

Tendo em vista que as supostas irregularidades (ausência de singularidade do objeto, ausência de projeto básico, ausência de orçamento etc.) estão relacionadas a atos procedimentais ocorridos no curso do processo de dispensa de licitação e que, após a contratação, não houve apontamento de nenhuma outra irregularidade (como, por exemplo, vício relacionado à

¹ Pontes de Miranda, F. C. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 6, p. 100.

execução dos serviços), entendendo que a data da assinatura do termo contratual – que foi o ponto culminante das sucessivas etapas do processo de dispensa – é que deve ser considerada para fins de contagem de prazo prescricional.

Os vícios relacionados à justificação da singularidade dos serviços, à ausência de orçamento prévio etc. são irregularidades que se encerram antes mesmo da assinatura do contrato. Tais vícios – de natureza formal/procedimental – já estariam, portanto, consumados e definidos no tempo. Após a assinatura dos contratos, os atos relacionados à execução do contrato são meros desdobramentos inerentes, incapazes de perpetuar irregularidades procedimentais perfectibilizadas ainda na fase pré-contratual.

Compulsando-se os autos, observa-se que o Procedimento de Inexigibilidade nº 01/14 culminou com o contrato nº 01/14, o qual foi assinado em 09/01/14².

Dessa forma, tendo em vista que a presente representação foi recebida em 14/05/19 (fl. 1.118 – peça nº 11), ou seja, mais de cinco anos depois, entendendo que a pretensão punitiva em face de eventuais vícios ocorridos no Procedimento de Inexigibilidade nº 01/14 (que culminou na assinatura do contrato nº 01/2014 em 09/01/14) está prescrita, nos termos do art. 110-E c/c art. 110-C, V, da Lei Complementar nº 102/08.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, peço vênias ao relator e dele divirjo para reconhecer a prescrição dos atos relacionados ao procedimento de inexigibilidade nº 01/14 e assinatura do contrato nº 01/2014 em 09/01/14, nos termos do art. 110-E c/c art. 110-C, V, da Lei Complementar nº 102/08.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Peço vênias a Vossa Excelência, senhor Presidente, para acompanhar o voto-vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Vou solicitar o retorno dos autos ao meu gabinete.

RETORNO DOS AUTOS AO GABINETE.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

² Em verdade, consta no contrato a data de “09 de Janeiro de 2013” (fl. 385, peça nº 8), mas é possível inferir que o ano correto seria 2014, haja vista as datas de diversos outros documentos do processo de dispensa, tais como o parecer jurídico (fl. 374), datado de 03/01/14, o termo de ratificação (fl. 377), datado de 06/01/14, dentre outros.

RETORNO DOS AUTOS

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

SEGUNDA CÂMARA – 31/3/2022

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em razão de irregularidades apuradas nas contratações diretas da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. pela Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho, nos exercícios de 2014 a 2017 - Contratos n.ºs 01/2014 e 01/2015, mediante os Procedimentos de Inexigibilidade n.ºs 01/2014 e 01/2015, respectivamente, ambos para prestação de serviço técnico profissional especializado em auditoria e consultoria contábil, administrativa, financeira e de gestão em administração pública.

Aduz o representante que a presente representação é decorrente de uma investigação realizada no âmbito do Ministério Público de Contas em que foram identificadas mais de 110 contratações realizadas entre a empresa ADPM e órgãos municipais do Estado de Minas Gerais por meio de inexigibilidade de licitação.

O *Parquet* requer a citação de Isa Maria Lelis da Silva (Presidente da Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho), Fabrício dos Reis Martins (Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural Casa da Cultura), Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro (Advogado da Fundação Cultural Casa da Cultura), Rodrigo Silveira Diniz Machado (sócio majoritário da ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda.) e ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. (sociedade empresária contratada pela Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho nos exercícios de 2014 a 2017) (peça 2 do Sistema de Gestão e Administração de Processos - SGAP).

A Denúncia foi protocolizada neste Tribunal em 13/05/2019 e distribuída à minha relatoria em 17/05/2019 (peça 1 do SGAP).

Em análise inicial, a 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios manifestou-se pela improcedência da Representação quanto ao item frustração da licitude do processo licitatório – dano presumido (*in re ipsa*), e pela procedência da Representação quanto aos demais apontamentos, e pela citação dos responsáveis (peça 4 do SGAP).

Em aditamento à representação, o *Parquet* opina pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com relação à contratação de 2014 e requer: o afastamento do apontamento referente à ausência de demonstração da razão da escolha da empresa e da justificativa do preço, a exclusão do sócio da ADPM do polo passivo da representação, e o afastamento do apontamento frustração da licitude do processo licitatório (peças 13/14 do SGAP).

Devidamente citados, a empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. apresentou defesa e documentos (peças 20 a 58 do SGAP).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados para a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios que, em reexame, manifestou-se pela procedência dos seguintes apontamentos: contratação irregular por inexigibilidade de licitação, ausência de projeto básico ou termo de referência, ausência de orçamento detalhado em planilhas e ausência de cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste do contrato (peça 62 do SGAP).

O Ministério Público de Contas defendeu a nulidade da citação dos Srs. Isa Maria Lelis da Silva, Fabrício dos Reis Martins e Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, pleiteando nova citação dos Srs. Isa Maria Lelis da Silva, Fabrício dos Reis Martins e Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, por meio da expedição de nova correspondência direcionada ao endereço residencial dos agentes (peça 65 do SGAP).

Devidamente citados, os responsáveis Isa Maria Lelis da Silva (Presidente da Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho), Fabrício dos Reis Martins (Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural Casa da Cultura), Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro (Advogado da Fundação Cultural Casa da Cultura) apenas juntaram procuração (peças 72 a 75 do SGAP).

Na mesma esteira, o *Parquet*, em sede de parecer conclusivo, manifestou-se pela procedência parcial da Representação, aplicação de multa aos responsáveis e reconhecida a inidoneidade para licitar da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda (peça 78 do SGAP).

O processo foi levado à Sessão da Segunda Câmara em 14/12/2021, ocasião em que, em prejudicial de mérito, divergindo deste Relator, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão reconheceu a prescrição punitiva dos atos relacionados ao procedimento de inexigibilidade n.º 01/14 e assinatura do contrato n.º 01/2014 em 09/01/14, tendo o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro acompanhado a divergência.

Ato contínuo, solicitei o retorno dos autos ao meu Gabinete.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1) Da prejudicial de mérito - prescrição parcial da pretensão punitiva do Tribunal de Contas de Minas Gerais – Inexigibilidade de Licitação n.º 001/2014

Em prejudicial, mantenho meu voto proferido na sessão do dia 14/12/2021.

II.2) Contratação irregular por inexigibilidade de licitação – Ausência da singularidade do objeto – Inobservância ao art. 25, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.666/1993

II.2.1) Histórico de Jurisprudência do Tribunal de Contas de Minas Gerais – Inexigibilidade de Licitação – Súmula n.º 106

A partir da análise dos objetos contratados no Procedimento de Inexigibilidade n.º 01/2015, realizado pela Fundação Cultural do Município de Santo Antônio do Amparo, o Ministério Público de Contas entende não estar configurada a hipótese de inexigibilidade de licitação, por inobservância dos pressupostos da singularidade dos serviços e da inviabilidade de competição, em descumprimento ao art. 25, *caput* e inciso II da Lei nº 8.666/1993, cumprindo transcrever:

“18. Primeiro porque **serviço singular** é aquele que não se permite confundir com qualquer outro, devido à sua complexidade e excepcionalidade. Evidentemente, a prestação de serviço técnico profissional especializado em auditoria e consultoria contábil, administrativa, financeira e de gestão em administração pública (cláusula primeira dos contratos celebrados), objeto dos processos ora analisados, não se traduz em um serviço singular.

19. Pelo contrário, são práticas corriqueiras e pertencentes à rotina diária de qualquer administração pública, as quais devem ser realizadas pelo corpo técnico efetivo.

20. Trata-se de objeto indeterminado e aberto, que estabelece amplo conjunto de atividades, colocando-nos diante de um típico contrato denominado “guarda-chuva”, por não estabelecer com precisão os serviços que serão prestados pela empresa contratada.

21. Impossível, então, o objeto da contratação ser denominado como “serviço de natureza singular”.
22. Segundo, e por decorrência lógica, porque não restou configurada nos processos de inexigibilidade da Fundação Cultural do Município de Santo Antônio do Amparo a **inviabilidade de competição**. A prestação de serviços comuns de auditoria e consultoria contábil pode ser realizada por qualquer outra empresa que tenha capacidade para tanto.”

O *Parquet* traz um histórico das decisões deste Tribunal de Contas entre meados de 1999 até a publicação do Enunciado de Súmula n.º 106, em 22/10/2008, que ainda permanece vigente, ressaltando que há unanimidade quanto à necessidade de caracterização cumulativa da singularidade do objeto a ser contratado e da notória especialização do executor para que se tenha a inexigibilidade de licitação.

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em análise inicial, manifesta-se pela procedência da irregularidade apurada na contratação da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda., por não demonstrar os requisitos da singularidade dos serviços e da inviabilidade de competição, destacando a Súmula n.º 106 deste Tribunal.

Em sede de defesa, a empresa ADPM argumenta que “as complexidades inerentes aos serviços contábeis executados pela Administração Pública, especialmente nos Municípios cuja infraestrutura é consideravelmente mais defasada, impõem a contratação de uma consultoria externa”. Ressalta a notoriedade da empresa e argumenta que “a singularidade hábil a inviabilizar a realização do procedimento licitatório decorre de um elemento subjetivo, a confiança”, colacionando julgados do Supremo Tribunal Federal – STF, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG e Tribunal de Contas da União - TCU. Destaca que “a confiança que autoriza a contratação direta deve estar associada à notória especialização, ou seja, é a notória especialização somada à confiança de que aquele é o profissional que melhor executará o objeto do contrato é que configura a inviabilidade de competição”. Menciona os Recursos Ordinários n.ºs 1.024.529 e 1.071.417 desta Corte e conclui que “por não ser possível traçar critérios objetivos de julgamento para a realização de um procedimento licitatório, foi correta a contratação mediante inexigibilidade de licitação, razão pela qual deve ser julgada improcedente a Representação”.

Quanto à Lei n.º 14.039/2020, a empresa ADPM aduz que as alterações por ela promovidas possuem natureza interpretativa, assim, defende sua aplicação retroativa, transcrevendo decisão do STF e doutrina. Argumenta também que como a Lei n.º 14.039/20 teve por objetivo trazer mais segurança jurídica, não haveria violação ao negócio jurídico perfeito. Alega ainda que “embora a Lei n.º 14.039/2020 não trate de direito penal, suas alterações podem interferir na seara criminal, posto que inexigir licitação fora das hipóteses legais pode configurar crime (art. 89 da Lei n.º 8.666/93), bem como nas demais searas do exercício do poder punitivo estatal, especialmente no âmbito do direito administrativo sancionador, o que enseja sua aplicação retroativa”.

A empresa ADPM ainda tece esclarecimentos sobre os seus serviços e o fornecimento do *software*, refutando a alegação de que são serviços rotineiros.

Por fim, destacando o princípio da confiança e as alterações na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.67/1942) promovidas pela Lei n.º 13.655/2018, a empresa ADPM traz doutrina e decisões específicas sobre a contratação da empresa, elencando inquéritos arquivados pelo Ministério Público Estadual, bem como a Representação n.º 1.058.564 desta Corte de Contas e decisão do TJMG.

A empresa ADPM anexa em sua peça de defesa diversos relatórios de arquivamento de inquéritos instaurados pelo Ministério Público Estadual, bem como decisões judiciais sobre o assunto.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em reexame, manifesta-se pela contratação irregular por inexigibilidade de licitação, em razão da ausência da singularidade e, conseqüentemente, a inviabilidade de licitação. Aduz que os serviços técnicos especializados em auditoria e consultoria contábil, administrativa, financeira e de gestão em administração pública são atividades corriqueiras, comuns, cotidianas, permanentes e sem a complexidade requerida para serviços singulares. Em relação à Lei n.º 14.039/20, a Unidade Técnica afirma que a norma não alcança contratos firmados anteriormente, em razão do brocardo “*tempus regit actum*”, o tempo rege o ato. Conclui, desse modo, que o Tribunal deve examinar a Inexigibilidade n.º 001/2015 à luz da legislação e entendimento jurisprudencial em vigor à época em que ela foi formalizada.

Em seu parecer final, o Ministério Público junto ao Tribunal, ressaltando o disposto no art. 6º da LINDB e no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, defende a irretroatividade da Lei n.º 14.039/20. Isso porque a Lei n.º 14.039/20 não trata sobre sua eficácia retroativa e não possui cunho penal nem sancionador e os atos praticados são atos jurídicos perfeitos. Defende, assim, que ainda que esta Corte de Contas passe a presumir a existência de singularidade nos serviços prestados por profissionais de advocacia e contabilidade, quando revestidos de notoriedade, esse entendimento deve abranger apenas os atos praticados a partir da publicação da Lei 14.039/20, em 1//08/20. Por fim, concluiu que o defendente não demonstrou que os serviços contratados por meio da Inexigibilidade n.º 001/2015, atenderam ao requisito da singularidade e, conseqüentemente, da inviabilidade de competição, confirmando-se a violação ao disposto no artigo 25, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e na Súmula nº 106 do TCEMG.

Pois bem. A Constituição da República prevê que, ressalvados os casos especificados na legislação, os serviços serão contratados mediante licitação, *verbis*:

“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”.

A Lei de Licitações, por sua vez, dispõe sobre as hipóteses de inexigibilidade:

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

(...)

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

(...)

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”.

Com efeito, conforme bem pontuado pelo Ministério Público de Contas, baseado na legislação acima, a jurisprudência desta Corte de Contas se consolidou no sentido de que é inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais de empresas de notória especialização, quando houver inviabilidade de competição. Nesse sentido, é o Enunciado da Súmula 106 deste Tribunal de Contas:

“Nas contratações de serviços técnicos celebrados pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o artigo 13 da Lei nº 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”.

Contudo, após a publicação da Lei n.º.14.039/20, que alterou a Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB) e o Decreto-Lei n.º 9.295/46 (cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do Contador e do Guarda-livros), os serviços profissionais de advogado e contador passaram a ser considerados singulares, quando comprovada a notória especialização, por força de lei, veja-se:

“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)

Acrescento, ainda, o regramento relativo à inexigibilidade de licitação previsto na Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

“Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
[...].

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

[...].

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade”.

As normas licitatórias, portanto, seguem em evolução no sentido de derrogar o requisito da singularidade para os serviços tidos como técnicos especializados, predominantemente intelectuais. Em se tratando dos serviços advocatícios e contábeis, tal evolução foi contemplada pela Lei n.º 14.039/2020, a qual definiu que tais atividades são singulares por natureza, mantendo o pressuposto da inviabilidade de competição e o requisito da notória especialização do contratado.

De forma não distinta, esta Corte de Contas, atenta às mais diversas atualizações legislativas, incorporou as modificações relativas à contratação direta de serviços técnicos advocatícios e contábeis em sua jurisprudência. Em caso semelhante ao presente, no âmbito da Representação n.º 1.058.848, de relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, em sessão de 09/07/2019, a contratação da empresa ADPM, por meio de processo de inexigibilidade, foi considerada irregular em razão da não comprovação da singularidade do objeto.

Entretanto, em sede recursal, no bojo do Recurso Ordinário n.º 1.077.058, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, em sessão do dia 27/01/2021, disponibilizada no DOC do dia 21/05/2021, a decisão anteriormente proferida fora reformada nos seguintes termos:

“RECURSO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO. MÉRITO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA JURÍDICA E CONTÁBIL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. LEI N. 14.039/2020. MODELO DE PARECER FORNECIDO PELA CONTRATADA. INDÍCIOS DE MONTAGEM. ADMISSIBILIDADE. PROVIMENTO.

1. Com as recentes alterações trazidas pela Lei n. 14.039/2020, uma vez presentes os requisitos necessários para hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 25, II da Lei n. 8.666/1993), incluindo a demonstração de notória especialização da empresa contratada, não há que se falar em irregularidade da contratação.

2. Não há vedação legal de que o particular interessado em contratar com a Administração Pública forneça subsídios aos agentes públicos, tais quais modelo de peça processual e, ainda, a elaboração de parecer é prerrogativa de independência funcional”.

A reforma da decisão acima foi antecedida pelo julgamento dos Recursos Ordinários n.º 1.024.529 e 1.071.417, ambos de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio e apreciados

na sessão do dia 02/09/2020. Na oportunidade, em voto-vista, posteriormente encampado pelo relator e aprovado por unanimidade pelo colegiado deste Tribunal, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão teceu as seguintes considerações:

“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 o voto do relator e a decisão recorrida.

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, por fim, 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 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*: [...]”.

Menciono também a Consulta 987.411, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, respondida na sessão plenária de 02/12/2020:

“CONSULTA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. RECOMENDAÇÃO N. 36 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBSERVAÇÃO DOS PRECEITOS DA RECENTE LEI N. 14.039/2020 E DAS DEMAIS CONDIÇÕES PREVISTAS NO ART. 26 DA LEI N. 8666/93.

Inexiste divergência entre a Recomendação nº 36 do Conselho Nacional do Ministério Público e o posicionamento deste Tribunal de Contas acerca da contratação direta por inexigibilidade de licitação pela Administração Pública de serviços advocatícios, observando-se os preceitos da recente Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020, que reconheceu a singularidade dos serviços de advocacia pela natureza técnica dessa atividade, sem prejuízo do cumprimento das demais condições para contratação por inexigibilidade de licitação, em especial os requisitos previstos no art. 26 da lei n. 8666/93”.

Colaciono ainda excerto da Consulta 1.054.024, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, respondida na sessão plenária de 10/02/2021:

“É possível a contratação de serviços contábeis por inexigibilidade de licitação, quando caracterizados como serviços técnicos profissionais especializados previstos no art. 13 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, desde que comprovadas, no caso concreto, por meio do procedimento de justificação descrito no seu art. 26, a notória especialização do prestador e a singularidade do objeto, observando-se, para esse fim, os §§ 1º e 2º do art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27/5/1946, nele incluídos pelo art. 2º da Lei nº 14.039, de 17/8/2020.”

Quanto à retroatividade da Lei n.º 14.039/20, alinho-me ao entendimento de que se deve aplicar à espécie o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, previsto no art. 5º, inciso XL, da

Constituição da República. Apesar de o referido dispositivo mencionar que apenas a “lei penal” retroagirá para beneficiar o réu, acompanho a corrente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça - STJ que decidiu que a norma decorrente do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal também é aplicável no âmbito do “direito sancionatório”, *verbis*:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. II - As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição. III - Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. IV - Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se indenidos os demais atos processuais. V - A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. VI - Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido”. (RMS 37.031/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 08/02/2018).

Nesse sentido, também existe decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, veja-se:

“Reexame necessário e recurso voluntário - Mandado de segurança - Infração de trânsito - Aplicação - Poder-dever - Decadência- Processo administrativo - Interrupção - Direito administrativo sancionador - Direito penal - Proximidade - Garantias - Retroatividade da lei mais benéfica. 1. A possibilidade da administração sancionar o particular por infração cometida à legislação de trânsito deve observar o prazo de cinco anos a contar da data em que praticado o ato, sendo o transcurso temporal interrompido pela instauração do processo administrativo que deve preceder o ato sancionatório. 2. A despeito da divergência existente, vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência a posição de que o grau de proximidade existente entre o direito administrativo sancionador e o direito penal autoriza seja estendida àquele todas as garantias inerentes a este último, dentre as quais a retroatividade da lei mais benigna prevista no art. 5º, XL, da Constituição da República”. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário .0024.12.128042-4/002, Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/08/2015, publicação da súmula em 11/08/2015)

Por fim, por ser pertinente, colaciono excerto de decisão do Tribunal de Contas da União:

“É evidente que a Lei das Estatais é o dispositivo a ser aplicado na espécie, uma vez que se trata de empresa estatal a principal envolvida na questão (Petrobras) e que o regime da Lei 13.303/2016 é muito mais benéfico do que o Regimento Interno desse E. TCU e também do que a Lei 8.666/93. Em razão disso, deve ser aplicada a retroatividade da lei mais benéfica (que é a Lei 13.303/2016), que também é a Lei especial para tratar do assunto.” (Acórdão 1178/2019 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, sessão do dia 22/05/2019)

A notoriedade da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. não foi questionada no presente processo. Assim, à luz da Lei n.º 14.039/20, considero regular a contratação da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. por inexigibilidade de licitação e, por isso, julgo improcedente o apontamento.

II.3) Fraude à Lei n.º 8.666/1993 – Reincidência do sócio Rodrigo Silveira Diniz Machado nos julgamentos do Tribunal – Conluio entre a administração municipal e a empresa contratada – Declaração de inidoneidade da empresa ADPM, nos termos do art. 93 da Lei Complementar nº 102/2008

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas defende existência de conluio entre a Presidente da Fundação Cultural, Sra. Isa Maria Lelis da Silva; o Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, Sr. Fabrício dos Reis Martins; o Advogado da Fundação Cultural, Sr. Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, e a sociedade empresarial ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda., por meio de seu representante legal e sócio majoritário, Sr. Rodrigo Silveira Diniz Machado, bem como a fraude à Lei Federal nº 8.666/1993, em razão da suposta vontade das partes de facilitarem e direcionarem a contratação apenas à ADPM. Assim, requer a aplicação de multa e a declaração da inidoneidade da empresa.

O *Parquet* explicita que a empresa ADP – Assessoria e Consultoria S/C já figurou como empresa contratada por inexigibilidade de licitação, para a prestação de serviços de assessoria contábil, em diversos municípios de Minas Gerais, tendo esses procedimentos sido considerados irregulares pelo Tribunal de Contas, consoante julgados colacionados. Destaca também que o Sr. Rodrigo Silveira Diniz Machado, antigo sócio da pessoa jurídica ADP – Assessoria e Consultoria S/C, é sócio majoritário e o atual presidente da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda.

“39. Coincidência ou não, a baixa da empresa ADP – Assessoria e Consultoria S/C e o início das atividades da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. aconteceram justamente na época de transição da jurisprudência do Tribunal de Contas (1999-2000), quando se passou a entender incisivamente pela irregularidade dos contratos de assessoria contábil realizados com a ADP – Assessoria e Consultoria S/C, por meio de inexigibilidade de licitação.

40. Um parêntese é necessário para destacar que os demais sócios da empresa ADP – Assessoria e Consultoria S/C não compõem a sociedade da pessoa jurídica ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda.

41. Pois bem. Embora as pessoas jurídicas sejam diferentes, a situação fática é a mesma.

42. O Sr. Rodrigo Silveira Diniz Machado continua exercendo a atividade de auditoria e consultoria contábil para municípios, por meio da celebração de contratos oriundos de processos de inexigibilidade de licitação já considerados irregulares pelo Tribunal de Contas por diversas vezes, quando de sua sociedade na empresa anterior.

43. A meu ver, a constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social e com a presença de um mesmo sócio, caracteriza burla ao controle externo do Tribunal de Contas e fraude à Lei Federal nº 8.666/1993.

44. A aplicação de sanção administrativa à sociedade empresarial ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. é exigência que deve ser atendida em observância à indisponibilidade do interesse público tutelado pela administração pública.

45. Até mesmo porque, diante da análise temporal dos processos de Inexigibilidade nº 001/2014 e 001/2015, apuram-se fortes indícios da existência de conluio entre os agentes responsáveis pela Fundação Cultural e a sociedade empresarial.

46. Primeiro porque, os atos realizados em ambos os procedimentos aconteceram em um espaço de tempo extremamente exíguo

(...)

47. Conforme se depreende, a maioria dos atos referentes à Inexigibilidade nº 001/2014 ocorreram no dia 3/1/2014, enquanto os relativos à Inexigibilidade nº 001/2015 ocorreram entre os dias 18 e 31/12/2014.

48. Seria possível que, em um único dia (3/1/2014), fossem solicitadas informações sobre a dotação orçamentária e a existência de recursos financeiros; apresentadas as respectivas respostas, oriundas de setores diferentes; realizado o encaminhamento à assessoria jurídica, com a prolação de parecer com mais de 15 páginas; e promovida a sessão de julgamento com os membros da CPL?

49. A meu ver, a situação é materialmente inexecutável.

50. Segundo ponto que merece destaque é a data de encaminhamento das propostas relativas à prestação dos serviços pela empresa ADPM.

51. Na inexigibilidade nº 001/2014, a proposta foi enviada em 27/12/2013, enquanto a requisição para a realização do serviço só foi formulada pelo Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo em 2/1/2014. Paralelamente, a proposta e a requisição na Inexigibilidade nº 001/2015 foram efetuadas em 17/12/2015.

52. A apuração demonstra que a empresa já estava em contato com a Fundação Cultural antes mesmo que fosse formalizada qualquer intenção de contratação dos serviços de auditoria e consultoria. Questiona-se, assim, se realmente existia a demanda para contratar os referidos serviços.

53. Em terceiro lugar, apuro que não há qualquer menção sobre o valor estimado que seria exigido para a realização das contratações nas solicitações sobre a existência de dotação orçamentária e recursos, tampouco nas estimativas de impacto econômico-financeiro. Cumulativamente, não existe qualquer documento que corrobore a realização da pesquisa para a cotação de preços.

54. Neste contexto, questiona-se: como a Presidente da Fundação Cultural declarou que havia adequação orçamentária e financeira para a contratação da empresa ADPM sem sequer estimar o valor que seria demandado nas contratações?

55. Ora, não é possível que o gestor ateste que existem condições financeiras para a realização da contratação sem a realização de prévia pesquisa de mercado. Contudo, a situação ocorreu nas Inexigibilidades n.ºs 001/2014 e 001/2015 da Fundação Cultural de Santo Antônio do Amparo.

56. Em quarto lugar, cumpre destacar o teor dos pareceres jurídicos que respaldaram ambos os processos de inexigibilidade de licitação e das atas das sessões realizadas pela Comissão Permanente de Licitação.

57. Os pareceres, assinados pelo Sr. Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, OAB/MG 42.992, são idênticos aos pareceres adotados por outros municípios em contratações realizadas com a empresa ADPM, conforme documento ANEXO, extraído do processo de inexigibilidade deflagrado pela Prefeitura Municipal de São Pedro do Suaçuí, com data de 10/1/2013.

58. Identifica-se a mesma situação quanto às atas das sessões em que a contratação por inexigibilidade foi considerada regular. Isto porque o texto da ata reproduzido no processo da Fundação Cultural é idêntico ao utilizado por outros municípios, dentre os quais também se destaca o de São Pedro do Suaçuí, de 11/1/2013 (ANEXO).

59. Entendo que o advogado assumiu a responsabilidade pela existência de irregularidades nas inexigibilidades de licitação ao assinar um parecer que aparentemente não era de sua

autoria e, que, inclusive, já havia sido utilizado por outros municípios para justificar a contratação da ADPM.

60. Nessa linha, entendo que o advogado foi, no mínimo, conivente com a fraude à licitação praticada pelos gestores da Fundação Cultural com a empresa ADPM, na medida em que emitiu parecer técnico favorável às contratações sem sequer analisá-las.

61. Por fim, merece destaque o fato de que na Inexigibilidade nº 001/2014 os membros da Comissão Permanente de Licitação só foram efetivamente nomeados em 6/1/2014, por meio da Portaria nº 4.490/2014, apesar de terem sido deflagrados atos, em nome da CPL, em período anterior, nos dias 2 e 3/1/2014.

62. Diante do exposto, considero que a somatória de todos os apontamentos irregulares ora destacados confirma que as inexigibilidades foram fraudadas, bem como que, provavelmente, toda a documentação necessária à realização dos processos foi fornecida pela própria ADPM.

63. Isto é, as provas indicam que a sociedade empresária abordou os gestores públicos e ofereceu a prestação dos serviços por ela desempenhados, sem que tal demanda existisse previamente na Administração. Posteriormente, para conferir a aparência de legalidade à contratação pretendida, eram disponibilizados os documentos e instruções que seriam demandados para a formalização do processo de inexigibilidade.

64. Possivelmente, somente com o processo de inexigibilidade de licitação que as partes envolvidas garantiriam a contratação da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda., sem qualquer interferência externa, o que nos permite inferir que os atos foram indubitavelmente direcionados e calculados.

65. Conclui-se, assim, que as provas documentais colacionadas corroboram a ocorrência de fraude nas Inexigibilidades de Licitação nºs 001/2014 e 001/2015.

66. Até mesmo porque a formação de prova inequívoca de conluio é algo extremamente difícil e que foge às competências do Tribunal de Contas. Seriam necessárias diligências relativas a escutas telefônicas e oitiva de testemunhas.

(...)

68. Nessa linha, assevero que todos os indícios evidenciados correspondem à prova da ocorrência da fraude nas inexigibilidades de licitação em apreço.

69. Sendo assim, as sanções administrativas cabíveis devem ser aplicadas aos responsáveis e à ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda.”

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em análise inicial, manifesta-se pela existência de conluio entre os responsáveis pela Fundação e a empresa ADPM, tendo em vista a vontade das partes de direcionarem a contratação à ADPM, de forma que somente com a inexigibilidade, justificada pela singularidade dos serviços e da inviabilidade de competição, requisitos que não existiam, garantiu-se sua contratação.

Em peça de aditamento à presente Representação, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas requer o afastamento da responsabilidade do Sr. Rodrigo Silveira Diniz Machado, sócio majoritário e representante legal da empresa ADPM, bem como apresentou argumentos complementares:

“32. Na peça inicial, no tópico “Histórico da jurisprudência do Tribunal de Contas de Minas Gerais – Inexigibilidade de licitação – Súmula nº 106” indicou-se os processos em que a extinta ADP figurou como contratada.

33. A partir do referido histórico, extraem-se três fatos **incontroversos**. Primeiro, o TCEMG reconheceu, incisivamente, a irregularidade das contratações realizadas com a empresa ADP por meio de inexigibilidade de licitação. Segundo, o Sr. Rodrigo Silveira

Diniz Machado, antigo sócio da ADP, é o sócio majoritário e atual representante legal da ADPM. Terceiro, a ADP e a ADPM oferecem o mesmo tipo de serviço.

34. A combinação dos três fatos incontroversos leva, no mínimo, à seguinte conclusão: a empresa ADPM tem pleno conhecimento da jurisprudência do TCEMG e de que a ausência de singularidade do objeto impede a realização de inexigibilidade de licitação.

35. Estabelecido este contexto, aponta-se que a fraude indicada fundamenta-se nas seguintes condutas: a empresa ADPM, de forma consciente e deliberada, vem oferecendo a prestação de serviços corriqueiros da administração pública à prefeituras, câmaras e entidades dos municípios mineiros e, para conferir aparente legalidade à contratação, fornece o processo montado de inexigibilidade de licitação; lado outro, os gestores anuem com a prática fraudulenta, em detrimento da realização do regular processo licitatório ou do incremento técnico do quadro de pessoal do órgão.

36. Essa conclusão foi alcançada com base em indícios extraídos da análise de provas documentais: a documentação das inexigibilidades.

37. Nas 18 representações apresentadas por este Procurador, apurou-se que a documentação das inexigibilidades era praticamente idêntica, tendo sido efetuadas pequenas e pontuais alterações nas datas, nos valores, e nos nomes dos municípios e dos gestores. O fato de a documentação ser a mesma em todos os casos investigados demonstra que o processo de inexigibilidade foi montado, replicado e fornecido integralmente pela ADPM, o que caracteriza a fraude à Lei nº 8.666/1993 e o conluio entre os agentes públicos e a empresa.

38. Os apontamentos específicos que reforçam essa conclusão são:

- a) Os atos realizados nas Inexigibilidades nº 001/2014 e 001/2015 aconteceram em um espaço de tempo extremamente exíguo;
- b) A ADPM apresentou propostas de prestação de serviços antes mesmo que a demanda fosse formalizada pela Fundação Cultural;
- c) Os documentos referentes à adequação orçamentária e financeira sequer fazem menção ao valor que seria contratado, tratando-se de reprodução de modelos;
- d) Os pareceres jurídicos e as atas das sessões realizadas pela CPL possuem redação idêntica aos documentos adotados por todos os 17 casos investigados que ensejaram a contratação da ADPM;
- e) Os membros da Comissão Permanente de Licitação só foram efetivamente nomeados em 6/1/2014, por meio da Portaria nº 4.490/2014, apesar de terem sido deflagrados atos, em nome da CPL, em período anterior, nos dias 2 e 3/1/2014.

39. Por fim, o Ministério Público de Contas reconhece que os pequenos municípios ainda enfrentam grandes dificuldades técnicas na consolidação do seu quadro de pessoal. Contudo, não se pode admitir que este argumento seja utilizado para justificar a realização de condutas ilícitas e fraudulentas pelo poder público.

40. No caso específico da Fundação Cultural do Município de Santo Antônio do Amparo, verificou-se que a ADPM presta serviços corriqueiros da administração pública há pelo menos quatro anos, de 2014 a 2017. Além disso, a Prefeitura e a Câmara Municipal também contrataram a empresa reiteradamente, por inexigibilidade de licitação, nos referidos exercícios (ANEXO).

41. Questiona-se, assim, quais medidas foram adotadas pela Administração, ao longo dos últimos anos, para solucionar, ou pelo menos amenizar, a suposta falta de pessoal técnico especializado? A única forma de realizar as tarefas corriqueiras seria por meio da contratação fraudulenta da ADPM? Este órgão ministerial entende que não.

42. Com efeito, concluiu-se que a somatória de todos os apontamentos indicados confirma a ocorrência de fraude nas Inexigibilidades de Licitação nºs 01/2014 e 2015, mas, haja vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, entende-se que os gestores devem ser responsabilizados pelos fatos ocorridos na contratação de 2015, que se estendeu até 2017.

43. Não obstante, afasta-se a responsabilidade do Sr. Rodrigo Silveira Diniz Machado, sócio majoritário e representante legal da ADPM, haja vista que a irregularidade em apreço, dissociada de dano ao erário, enseja a aplicação de multa aos agentes públicos responsáveis e a declaração de inidoneidade para licitar à empresa contratada.”

Em sede de defesa, a empresa ADPM explica que a extinção da empresa ADP Assessoria e Consultoria S/C se deu por incompatibilidade de pensamentos entre os sócios e menciona a abertura de novas empresas por cada um dos seus antigos sócios, ressaltando que não há indício de tentativa de burla ao controle exercido pelo TCEMG por parte da ADPM.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em reexame, considerando os elementos constantes dos autos, manifesta-se pela não ocorrência do conluio apontado, vez que não restou comprovado.

Em seu parecer final, o Ministério Público de Contas reitera os argumentos de ocorrência de fraude, requerendo a aplicação das penas de multa e declaração de inidoneidade, *verbis*:

“86. Pois bem. Na análise de toda a fundamentação, considera-se que os defendentes não conseguiram afastar a ocorrência de fraude indicada por este Ministério Público de Contas.

87. Nesse sentido há três fatos sobre a matéria são incontrovertidos.

88. Primeiro, o TCEMG reconheceu, incisivamente, a irregularidade das contratações realizadas com a empresa ADP por meio de inexigibilidade de licitação.

89. Segundo, o Sr. Rodrigo Silveira Diniz Machado, antigo sócio da ADP, é o sócio majoritário e atual representante legal da ADPM.

90. Terceiro, a ADP e a ADPM oferecem o mesmo tipo de serviço. A combinação dos três fatos incontrovertidos leva, no mínimo, à seguinte conclusão: a empresa ADPM tem pleno conhecimento da jurisprudência do TCEMG e de que a ausência de singularidade do objeto impede a realização de inexigibilidade de licitação.

91. Dito isto, a fraude indicada pelo Ministério Público de Contas fundamenta-se nas seguintes condutas: a empresa ADPM, de forma consciente e deliberada, vem oferecendo a prestação de serviços corriqueiros da administração pública à prefeituras e câmaras dos municípios mineiros e, para conferir aparente legalidade a contratação, fornece o processo montado de inexigibilidade de licitação; lado outro, os gestores anuem com a prática fraudulenta, em detrimento da realização do regular processo licitatório ou do incremento técnico do quadro de pessoal do órgão.

92. Ora, nos 18 casos que foram direcionados a este gabinete, e que ensejaram o oferecimento das Representações nºs 1.058.579 (Felixlândia), 1.058.675 (Brazópolis), 1.058.702 (Rio Doce), 1.058.814 (Arinos), 1.058.864 (Silvianópolis), 1.058.862 (Cedro do Abaeté), 1.058.869 (Piranguçu), 1.058.885 (Delfim Moreira), 1.058.874 (Itueta), 1.066.474 (Paulistas), 1.071.446 (São Pedro do Suaçuí), 1.066.809 (Santo Antônio do Amparo), 1.071.397 (Consolação), 1.071.444 (Dom Silvério), 1.071.535 (Buritis), 1.072.555 (Gouveia), 1.072.626 (Martinho Campos), e 1.077.038 (São João da Mata), foi apurado que a documentação das inexigibilidades era praticamente idêntica, tendo sido efetuadas pequenas e pontuais alterações nas datas, nos valores, e nos nomes dos municípios e dos gestores.

93. Não se trata aqui da utilização de modelos disponibilizados em manuais, materiais de palestras ou em sites de buscas. Também não se trata da confecção de um modelo pelo próprio município, que foi replicado ao longo dos anos.

94. O fato de a documentação ser a mesma em todos os municípios investigados demonstra que o processo de inexigibilidade foi montado, replicado e fornecido integralmente pela ADPM, o que caracteriza a fraude à Lei nº 8.666/1993 e o conluio entre os agentes públicos e a empresa.”

Apesar dos argumentos trazidos pelo *Parquet* sobre a existência de fraude à Lei n.º 8.666/93, considerando a mais recente jurisprudência deste Tribunal de Contas, após a Lei n.º 14.039/20, que entende regular a contratação da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. por inexigibilidade de licitação, entendo ser desarrazoado falar em fraude e conluio, pois falta o pressuposto para a fraude e o conluio, qual seja, a contratação irregular. Assim, julgo improcedente o apontamento.

Acerca dos indícios de montagem dos processos licitatórios, com utilização de pareceres jurídicos modelo, sem análises pormenorizadas acerca das especificidades da contratação, compreendo ser pertinente nova menção à decisão proferida no âmbito do Recurso Ordinário n.º 1.077.058, o qual versou sobre a contratação direta de serviços da ora Interessada no âmbito do Município de Felício dos Santos, nos seguintes termos:

“No que tange à aplicação de multa em decorrência de “montagem” de processos licitatórios, com a devida vênia à manifestação do Relator, entendo que a elaboração de parecer, especificamente, o material fornecido para embasar o entendimento não caracteriza por si só irregularidade a ensejar penalidade, por considerar que se trata de prerrogativa de independência funcional.

[...].

Acerca da aplicação de responsabilidade ao Procurador Jurídico, entendo que, por possuir atribuição de natureza técnico-opinativa, sua responsabilização depende da comprovação de que, na emissão da opinião, houve erro grosseiro ou inescusável, com dolo ou culpa.

[...]”.

Assim, com a devida vênia ao entendimento ministerial, não vislumbro que a utilização de modelo previamente fornecido pela contratada tenha impedido o controle de legalidade dos atos produzidos. Nesse sentido, o voto do Conselheiro Sebastião Helvecio, aprovado por unanimidade no Tribunal Pleno, considerou que a elaboração do parecer jurídico consiste em prerrogativa funcional, de natureza técnico-opinativa, porquanto sua responsabilização depende da comprovação de erro grosseiro ou inescusável, praticado com dolo ou culpa. Ocorre, porém, que tal entendimento não é observado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF e Tribunal de Contas da União – TCU.

O Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Mandado de Segurança n.º 24.584/DF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em sessão do Tribunal Pleno de 09/08/2007, concluiu que, por força do art. 38 da Lei n.º 8.666/1993, “a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, [...]”. Entendimento favorável à possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico, que atua mediante erro grave ou grosseiro, também pode ser verificado em precedente recente daquele Tribunal, conforme decisão proferida no âmbito do Agravo Interno em Mandado de Segurança n.º 35.196, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em sessão da Primeira Turma, em 12/11/2019.

De forma não distinta, a Corte de Contas da União, por meio do Acórdão n.º 1.944/2014-Plenário, de Relatoria do Ministro-Substituto André Luis de Carvalho, apreciado em sessão do dia 23/07/2014, formulou o seguinte enunciado:

Os pareceres jurídicos exigidos pelo art. 38 da Lei 8.666/1993 integram a motivação dos atos administrativos. Devem apresentar abrangência suficiente para tanto, evidenciando a

avaliação integral dos documentos submetidos a exame. É ilegal a adoção de pareceres jurídicos sintéticos, com conteúdo genérico, sem a demonstração da efetiva análise do edital e dos anexos.

Em decisão recente, no bojo do Acórdão n.º 925/2021, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, em sessão do dia 28/04/2021, a Corte de Contas da União apreciou ocasião em que o consultor jurídico do órgão deixou de alertar aos gestores que o aditivo contratual pretendido desvirtuaria o objeto original do contrato, caracterizando fuga ao processo licitatório. Em sua fundamentação, o Relator, em atenção ao Acórdão n.º 512/2003-TCU-Plenário, compreendeu pela possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico que elabora parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, em exercício da competência constitucional de fiscalização da atividade da Administração Pública pelos tribunais de contas, não se confundindo com a fiscalização do exercício profissional do agente.

Ademais, em consulta às normas contidas na Lei n.º 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, verifico que a elaboração do parecer jurídico guarda relevante função nas contratações administrativas, devendo conter a “apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica”, conforme art. 53, §1º, da Lei. Ainda, prevê o art. 10 que:

“Art. 10. Se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.”

Em atenção aos supracitados precedentes e dispositivos legais, verifico existir determinada divergência entre o posicionamento deste Tribunal, que considerou a emissão do parecer jurídico como atividade de natureza técnico-opinativa, a obstar sua responsabilização, e o posicionamento do STF e TCU, os quais consideram que, por força do art. 38 da Lei n.º 8.666/1993, o parecer jurídico possui o condão de aprovar os atos administrativos praticados, integrando sua motivação.

Desta feita, poder-se-ia concluir pela atuação irregular dos pareceristas jurídicos que não enfrentaram de forma fundamentada as questões jurídicas das contratações diretas realizadas, entretanto, é necessário considerar que as mencionadas contratações, nos termos da fundamentação acima, são regulares, o que tornaria contraditória eventual cominação de multa aos pareceristas que, acertadamente, concluíram pela regularidade do procedimento.

A responsabilização do agente público deve amoldar-se às hipóteses de dolo ou erro grosseiro presentes nos arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Nesse sentido, o Decreto n.º 9.830/2019, responsável por regulamentar os mencionados artigos, prevê, em seu art. 12, §1º, que o erro grosseiro é “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. Assim, não verificada a prática de atos lesivos à legalidade dos procedimentos e ao erário público, não há que se falar em cominação de eventuais multas.

Portanto, desconstituída a irregularidade relativa à contratação direta dos serviços, julgo improcedente o apontamento.

II.4) Irregularidades no Processo de Inexigibilidade de Licitação n.º 001/2015

II.4.1) Ausência de projeto básico ou termo de referência – Descumprimento ao art. 7º, §2º, I, da Lei nº 8.666/1993

O Ministério Público de Contas aduz o descumprimento das disposições do §2º, I do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/1993, ante a ausência de projeto básico ou termo de referência, na realização do Processo de Inexigibilidade n.º 001/2015 da Fundação Cultural do Município de Santo Antônio do Amparo, o que demonstra ausência de planejamento dos gestores, podendo-se trazer graves danos e riscos à qualidade da contratação e ao dispêndio dos recursos públicos do município.

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em análise inicial, manifesta-se pela procedência da irregularidade.

A defesa não se manifestou sobre este apontamento.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em reexame, manifesta-se pela manutenção da irregularidade quanto ausência de projeto básico ou termo de referência no processo de Inexigibilidade nº 01/2015, e descumprimento ao art. 7º, §2º, I, da Lei n.º 8.666/1993.

Em seu parecer final, como não houve a elaboração de projeto básico ou termo de referência, o *Parquet* reiterou os fatos e fundamentos trazidos na peça inicial.

Após a promulgação da Lei nº 13.655/2018, devem-se considerar os parâmetros estabelecidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB para fins de responsabilização e penalização de agentes públicos no âmbito dos processos de controle. Dispõe a lei:

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

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

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

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

[...]

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Assim, jurisprudência e doutrina se debruçaram sobre o conceito de erro grosseiro na intenção de melhor delimitar as hipóteses em que se poderia configurá-lo. Posteriormente, suprimindo sua imprecisão, o Decreto n.º 9.830/2019 trouxe a seguinte delimitação:

“Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.”

Portanto, o erro grosseiro caracteriza-se pela atuação mediante elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, não bastando o mero nexo de causalidade entre as condutas praticadas e a irregularidade verificada.

No caso dos autos, os responsáveis cometeram erros grosseiros, já que as irregularidades pelas quais são responsáveis afrontam expresso texto legal.

A Presidente da Fundação Cultural à época, Sra. Isa Maria Lelis da Silva, autorizou a contratação, ratificou a inexigibilidade, foi gestora e assinou o Contrato n.º 001/2015, decorrente da Inexigibilidade n.º 001/2015 e seus aditivos e ainda solicitou o segundo aditivo.

O Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural, Sr. Fabrício dos Reis Martins, foi o agente requisitante do Contrato n.º 001/2015 e seu primeiro aditivo.

Por sua vez, o Advogado Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, Advogado da Fundação Cultural, foi subscritor do parecer jurídico que respaldou a Inexigibilidade n.º 001/2015.

Desse modo, ao requerer contratação, aprovar contratação e contratar sem projeto básico ou termo de referência, em descumprimento ao art. 7º, § 2º, I, da Lei n.º 8.666/93, as condutas dos responsáveis configuram erro grosseiro, restando configurados a conduta, o nexo de causalidade, o resultado e a culpabilidade.

Assim, por sua gravidade, o descumprimento do art. 7º, § 2º, I, da Lei n.º 8.666/93 enseja a aplicação de multa aos responsáveis, não havendo que se falar em falha meramente formal. Cabível, portanto, a aplicação de multa e não expedição de recomendação.

No que se refere à aplicação da multa por esta Corte, foi ela aplicada com base no que a Lei Orgânica deste Tribunal, Lei Complementar Estadual n. 102/2008, em seu art. 85, II.

É oportuno ressaltar que a previsão legal permite a aplicação de multa até o percentual de 100%, por ato praticado, valor limitado a R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), conforme Resolução n. 16/2016 desta Corte.

Por todo o exposto, julgo procedente o presente apontamento e aplico multa individual de R\$ 500,00 (quinhentos reais) aos responsáveis.

II.4.2) Ausência de orçamento detalhado em planilhas – Descumprimento ao art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/1993

O Ministério Público de Contas aduz o descumprimento das disposições do §2º, II do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/1993, ante a ausência de orçamento detalhado em planilhas, requisito

obrigatório também para dispensas e inexigibilidades, conforme decisão da Representação nº 959.035, apreciada na sessão da Segunda Câmara do dia 1/12/2016.

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em análise inicial, manifesta-se pela procedência da irregularidade.

Em sede de defesa, a empresa ADPM afirmou que a ausência de planilhas de custos e orçamentos detalhados deve ser analisada à luz da inexigibilidade de licitação e não da realização de procedimentos licitatórios competitivos, conforme posicionamento do TCU.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em reexame, afirma que não consta do Processo de Inexigibilidade nº 001/2015 a elaboração de um orçamento detalhado em planilhas, com a composição dos custos unitários referentes à contratação uma vez que não foi demonstrado o modo como seria feita a estimativa de preços trazida no procedimento da contratação, como exige o inciso II, § 2º, art. 7º, c/c art. 26, inciso III, da Lei nº 8.666/93, portanto, aponta-se pela permanência desta irregularidade.

Em parecer final, o Ministério Público de Contas, considerando a ausência de orçamento na Inexigibilidade nº 001/2015, confirma a violação ao disposto no art. 7º, § 2º, inciso II, e § 9º da Lei nº 8.666/1993, reiterando os fatos e fundamentos trazidos na peça inicial.

Compulsando os autos, verifico, de fato, a ausência de orçamento detalhado em planilhas, em descumprimento ao art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/1993. Assim, os responsáveis cometeram erros grosseiros, já que as irregularidades pelas quais são responsáveis afrontam expresso texto legal.

A Presidente da Fundação Cultural à época, Sra. Isa Maria Lelis da Silva, autorizou a contratação, ratificou a inexigibilidade, foi gestora e assinou o Contrato n.º 001/2015, decorrente da Inexigibilidade n.º 001/2015 e seus aditivos e ainda solicitou o segundo aditivo.

O Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural, Sr. Fabrício dos Reis Martins, foi o agente requisitante do Contrato n.º 001/2015 e seu primeiro aditivo.

Por sua vez, o Advogado Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, Advogado da Fundação Cultural, foi subscritor do parecer jurídico que respaldou a Inexigibilidade n.º 001/2015.

Desse modo, ao requerer contratação, aprovar contratação e contratar sem orçamento detalhado em planilha, em descumprimento ao art. 7º, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93, as condutas dos responsáveis configuram erro grosseiro, restando configurados a conduta, o nexo de causalidade, o resultado e a culpabilidade.

Assim, por sua gravidade, o descumprimento do art. 7º, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93 enseja a aplicação de multa aos responsáveis, não havendo que se falar em falha meramente formal. Cabível, portanto, a aplicação de multa e não expedição de recomendação.

Por todo o exposto, julgo procedente o presente apontamento e aplico multa individual de R\$ 500,00 (quinhentos reais) aos responsáveis, conforme art. 85, II, da Lei Complementar Estadual n.º 102/2008 e Resolução n.º 16/2016 deste Tribunal de Contas.

II.4.3) Ausência de demonstração da razão da escolha da empresa e da justificativa do preço – Descumprimento ao art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993

O *Parquet* aponta que, no Procedimento de Inexigibilidade n.º 01/2015, a escolha do executante foi fundamentada exclusivamente no fato de que a ADPM seria a sucessora da ADP, reconhecida por este Tribunal de Contas como empresa de notória especialização, em descumprimento ao art. 26, parágrafo único, inciso II, da Lei n.º 8.666/93. Todavia, a partir de 2000, esta Corte passou a reconhecer que as contratações da ADP eram irregulares, inclusive,

em 2004, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n.º 684.973, consolidou-se o entendimento de que as contratações diretas realizadas por inexigibilidade de licitação eram irregulares quando ausente a singularidade do objeto. Assim, o argumento de que as decisões do Tribunal abalizaram a contratação não merece prosperar. Ademais, a notória especialização, isoladamente, não justifica sua escolha tampouco caracteriza a inexigibilidade.

O Ministério Público de Contas também aduz que a justificativa de preço se refere aos preços praticados pela própria empresa ADPM em outras contratações, não existindo cotação de preços que permitisse aferir que o valor praticado pela empresa estava condizente com as quantias praticadas pelo mercado, em descumprimento ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei n.º 8.666/93.

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em análise inicial, manifesta-se pela procedência da irregularidade.

Contudo, o *Parquet*, em peça de aditamento à Representação, esclarece que em outras representações oferecidas pelo Procurador foram acatadas as razões de defesa quanto ao apontamento em comento, firmando-se o entendimento de que, em inexigibilidades regulares, a notória especialização poderia ser utilizada como razão de escolha da contratada e a apresentação de valores equivalentes aos praticados pela empresa em outras contratações supriria a exigência de justificativa de preço, nos moldes da Orientação Normativa da AGU n.º 17/2009, reproduzida pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n.º 2993/2018 – Plenário. Assim, requer o afastamento do apontamento.

Em sede de defesa, a empresa ADPM aduziu que “a inexigibilidade de licitação, pela sua própria natureza, impossibilita a adoção integral dos mesmos procedimentos adotados para os processos licitatórios, razão pela qual o procedimento de inexigibilidade deve seguir o disposto no art. 26 da Lei n.º 8.666/93”.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em reexame, afirma que, diante do posicionamento do Ministério Público de Contas, entende-se que não existe irregularidade quanto a este item.

Consoante o Órgão Técnico e o Órgão Ministerial, entendo que ficou demonstrado por meio das razões das defesas, bem como dos documentos apresentados, a razão da escolha da empresa e a justificativa de preços e a conformidade desta com os preços praticados no mercado pela ADPM. Portanto, afasto as irregularidades apontadas neste item.

II.4.4) Ausência de cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste do contrato – Descumprimento ao art. 40, inciso XI, e ao art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas alega que houve descumprimento ao artigo 40, inciso I c/c o artigo 55, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/1993, haja vista a ausência de cláusula contratual que faça previsão do critério de reajustamento de preços no Contrato n.º 001/2015, não tendo sido observada a Consulta n.º 761.137. Cumpre transcrever:

“(…) No contrato n.º 001/2015, em contrapartida, o valor total previsto era de R\$24.000,00, dividido em doze parcelas de R\$2.000,00, para a prestação dos mesmos serviços previstos na contratação anterior.

96. No Segundo Termo Aditivo ao Contrato n.º 001/2015, foi fixado o valor total de R\$6.630,00 para um trimestre, sendo R\$2.210,00 o valor de cada parcela mensal.

97. Não se sabe qual índice de reajuste se utilizou. Ao que tudo indica, os preços dos contratos foram reajustados de acordo com a discricionariedade da gestora e da própria empresa.

98. Todavia, o reajustamento de preços sem a observância de critérios objetivos do mercado financeiro abre margem para a realização de fraudes e danos à utilização de recursos públicos”. (g.n.).

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em análise inicial, manifesta-se pela procedência da irregularidade.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em reexame, registrou que, em que pese ser irregular a ausência de cláusula que estabeleça o critério de reajuste do contrato, no caso em cerne, não se verifica a realização de quaisquer reajustes contratuais e que da análise dos documentos acostados aos autos, observa-se que somente houve alterações nos valores quando de uma Inexigibilidade para a outra.

Em seu parecer final, o *Parquet* reiterou os argumentos da peça inicial.

Pois bem, No caso em comento, o Contrato n.º 001/2015 foi reajustado sem qualquer especificação de qual índice estava sendo aplicado, conforme detalhado pelo Ministério Público de Contas, cumprindo transcrever novamente:

“(…) No contrato n.º 001/2015, em contrapartida, o valor total previsto era de R\$24.000,00, dividido em doze parcelas de R\$2.000,00, para a prestação dos mesmos serviços previstos na contratação anterior.

96. No Segundo Termo Aditivo ao Contrato n.º 001/2015, foi fixado o valor total de R\$6.630,00 para um trimestre, sendo R\$2.210,00 o valor de cada parcela mensal.

97. Não se sabe qual índice de reajuste se utilizou. Ao que tudo indica, os preços dos contratos foram reajustados de acordo com a discricionariedade da gestora e da própria empresa.

98. Todavia, o reajustamento de preços sem a observância de critérios objetivos do mercado financeiro abre margem para a realização de fraudes e danos à utilização de recursos públicos”. (g.n.).

Cumpre destacar que esta Corte de Contas já tratou sobre o tema, aplicando o entendimento no sentido de que, quando tratar-se de contrato administrativo que vigore por período superior a 1 (um) ano, o contratado fará jus ao reajuste **por índice**, sendo dever da Administração Pública concedê-lo independentemente de requerimento do particular ou de previsão contratual expressa.

Sob este prisma, destaco o entendimento esboçado na Consulta n.º 1.048.020, em sessão do dia 04/12/2019, o qual transcrevo a seguir:

“[...]Sempre que o contrato administrativo vigorar por período superior a 1 (um) ano, o contratado fará jus ao reajuste **por índice**, sendo dever da Administração Pública concedê-lo independentemente de requerimento do particular ou de previsão contratual expressa”. [CONSULTA n. 1048020. Rel. CONS. WANDERLEY ÁVILA. Sessão do dia 04/12/2019. Disponibilizada no DOC do dia 19/12/2019.] (g.n.).

Assim, por sua gravidade, o descumprimento do art. 40, inciso XI, e do art. 55, inciso III, da Lei n.º 8.666/93 enseja a aplicação de multa aos responsáveis, por configurar erro grosseiro, não havendo que se falar em falha meramente formal. Cabível, portanto, a aplicação de multa e não expedição de recomendação.

A Presidente da Fundação Cultural à época, Sra. Isa Maria Lelis da Silva, autorizou a contratação, ratificou a inexigibilidade, foi gestora e assinou o Contrato n.º 001/2015, decorrente da Inexigibilidade n.º 001/2015 e seus aditivos e ainda solicitou o segundo aditivo.

O Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural, Sr. Fabrício dos Reis Martins, foi o agente requisitante do Contrato n.º 001/2015 e seu primeiro aditivo.

Por sua vez, o Advogado Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, Advogado da Fundação Cultural, foi subscritor do parecer jurídico que respaldou a Inexigibilidade n.º 001/2015.

Desse modo, ao requerer contratação, aprovar contratação e contratar sem cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste do contrato, em descumprimento ao art. 40, inciso XI, e ao art. 55, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, as condutas dos responsáveis configuram erro grosseiro, restando configurados a conduta, o nexo de causalidade, o resultado e a culpabilidade.

Por todo o exposto, em razão da formalização de contrato sem cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste, em descumprimento ao art. 40, inciso XI, e ao art. 55, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, e da realização de reajuste, por termo aditivo, **não baseado em índice**, julgo procedente o presente apontamento e aplico multa individual de R\$ 500,00 (quinhentos reais) aos responsáveis, conforme art. 85, II, da Lei Complementar Estadual n.º 102/2008 e Resolução n.º 16/2016 deste Tribunal de Contas.

II.5) Frustração da licitude de processo licitatório – Dano presumido (*in re ipsa*) – Art. 49, caput e § 2º c/c o art. 59, caput e parágrafo único, da Lei n.º 8.666/1993 – Art. 10, caput e inciso VIII, da Lei n.º 8.429/1992 – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Ministério Público de Contas argumenta que como os processos licitatórios foram frustrados, os contratos decorrentes dos procedimentos de inexigibilidade são nulos. Assim, baseado em entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pleiteia o ressarcimento do dano presumido de R\$23.241,60, referente ao lucro presumido dos contratos e termos aditivos.

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em análise inicial, manifesta-se pela improcedência desse apontamento, tendo em vista que os membros deste Tribunal de Contas, de forma majoritária, têm exarado decisões no sentido de que o ressarcimento de valores ao erário só é devido quando verificada a ocorrência de efetivo dano. Ressalta-se que a jurisprudência dos tribunais superiores, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, é majoritária em considerar irregular o ressarcimento, pelo contratado, mesmo diante da ilegalidade da contratação, dos serviços prestados, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

O *Parquet*, em peça de aditamento à presente Representação, após a decisão deste Tribunal de Contas na Representação n.º 1.071.465, requer o afastamento da Representação.

Assim, tendo em vista o requerimento do Ministério Público de Contas, afasto o apontamento.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, em **prejudicial de mérito**, mantenho meu voto proferido na sessão do dia 14/12/2021.

FICA, ENTÃO, APROVADO O VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

No mérito, voto pela **procedência parcial** da presente Representação, em razão das seguintes irregularidades apontadas:

- a) ausência de projeto básico ou termo de referência, em descumprimento ao art. 7º, § 2º, I, da Lei n.º 8.666/93;
- b) ausência de orçamento detalhado em planilhas, em descumprimento ao art. 7º, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93; e

c) ausência de cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste do contrato, em descumprimento ao art. 40, inciso XI, e ao art. 55, inciso III, da Lei n.º 8.666/93.

Diante de todo o exposto, aplico multa individual de R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) para cada responsável, Sra. Isa Maria Lelis da Silva, Presidente da Fundação Cultural Casa da Cultura, Sr. Fabrício dos Reis Martins, Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural Casa da Cultura, e Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, Advogado da Fundação Cultural Casa da Cultura, sendo R\$500,00 (quinhentos reais) para cada irregularidade.

Intimem-se as partes e seus procuradores da presente decisão, conforme art. 166, §1º, inciso I, do RITCEMG.

Após tomadas as providências cabíveis, determino o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, inciso I, do RITCEMG.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

SEGUNDA CÂMARA – 12/5/2022

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC) em razão de supostas irregularidades nas contratações diretas da empresa Administração Pública para Municípios Ltda. (ADPM), realizadas pela Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho, localizada em Santo Antônio do Amparo, por meio dos Procedimentos de Inexigibilidade n.ºs 01/2014 e 01/2015, para prestação de “serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil, administrativa, financeira e de gestão em administração pública”.

Na sessão da Segunda Câmara do dia 14/12/21, o relator, conselheiro Wanderley Ávila, afastou, em prejudicial de mérito, a arguição de prescrição parcial da pretensão punitiva do Tribunal de Contas, razão pela qual pedi vista do processo e, com a devida vênia, dele divergi para reconhecer, com fulcro no art. 110-E c/c art. 110-C, V, da Lei Complementar n.º 102/08, a prescrição dos atos relacionados ao Procedimento de Inexigibilidade n.º 01/2014, no que fui acompanhado pelo conselheiro em exercício Adonias Monteiro.

Ato contínuo, o conselheiro Wanderley Ávila solicitou o retorno dos autos ao seu gabinete.

Na sessão da Segunda Câmara do dia 31/03/22, o relator proferiu voto, quanto ao mérito, nos seguintes termos:

No mérito, voto pela **procedência parcial** da presente Representação, em razão das seguintes irregularidades apontadas:

- a) ausência de projeto básico ou termo de referência, em descumprimento ao art. 7º, §2º, I, da Lei nº 8.666/93;
- b) ausência de orçamento detalhado em planilhas, em descumprimento ao art. 7º, §2º, II, da Lei nº 8.666/93; e
- c) ausência de cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste do contrato, em descumprimento ao art. 40, inciso XI, e ao art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

Diante de todo o exposto, aplico multa individual de R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) para cada responsável, Sra. Isa Maria Lelis da Silva, Presidente da Fundação Cultural Casa da Cultura, Sr. Fabrício dos Reis Martins, Diretor de Apoio à Cultura, Esporte e Turismo, cedido à Fundação Cultural Casa da Cultura, e Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, Advogado da Fundação Cultural Casa da Cultura, sendo R\$500,00 (quinhentos reais) para cada irregularidade.

Intimem-se as partes e seus procuradores da presente decisão, conforme art. 166, §1º, inciso I, do RITCEMG. Após tomadas as providências cabíveis, determino o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, inciso I, do RITCEMG.

Na sequência, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Consoante narrado, o relator considerou irregulares os seguintes aspectos da contratação realizada pela Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho do Município de Santo Antônio do Amparo, por meio do Procedimento de Inexigibilidade de Licitação nº 01/2015, da empresa ADPM, para prestação de serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil, administrativa, financeira e de gestão em administração pública:

- a) ausência de projeto básico ou termo de referência;
- b) ausência de orçamento detalhado em planilhas; e
- c) ausência de cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste do contrato.

Pelas referidas falhas, aplicou multa individual de R\$500,00 (quinhentos reais) à Senhora Isa Maria Lelis da Silva e aos Senhores Fabrício dos Reis Martins e Jeremias Ozanan Mendes Ribeiro, respectivamente, presidente, diretor de apoio à Cultura, Esporte e Turismo e advogado da Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho, totalizando R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Diante disso, adianto haver, de minha parte, divergência quanto ao seu posicionamento pela irregularidade dos referidos itens pelos motivos que passo a expor.

a) Ausência de projeto básico ou termo de referência

Segundo o relator, o Procedimento de Inexigibilidade de Licitação nº 01/2015 não contou com projeto básico ou termo de referência, em descumprimento ao art. 7º, §2º, I, da Lei nº 8.666/93, demonstrando ausência de planejamento dos gestores, o que poderia acarretar graves danos e riscos à qualidade da contratação e ao dispêndio dos recursos públicos do município.

Em relação a este ponto, 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 acima transcrito, as exigências veiculadas no dispositivo 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.

Nesse caso, 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 termo de referência há se 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.

Deste modo, a meu ver, o documento emitido pela empresa ADPM, intitulado “Termo de Referência”, no Procedimento de Inexigibilidade nº 01/2015 (fls. 131/146 da peça nº 8), atende à exigência de especificação do objeto do serviço e às finalidades do §9º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, razão pela qual divirjo da proposta do relator neste ponto.

b) Ausência de orçamento detalhado em planilhas

O relator apurou, também, a violação ao disposto no art. 7º, §2º, II, da Lei nº 8.666/93, em virtude da ausência de orçamento detalhado em planilhas de custos unitários no Procedimento de Inexigibilidade de Licitação nº 01/2015.

Acerca dessa falha, impende registrar, mais uma vez, que a situação ora examinada diz respeito a procedimento de inexigibilidade pautado na singularidade do objeto, o que, por conceito, é incompatível com a comparação objetiva com outros serviços.

Com o mesmo raciocínio, recentemente decidiu o Tribunal de Contas da União (TCU) 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 2280/2019³.

Sob tal perspectiva, há de se reconhecer que, aos procedimentos de inexigibilidade, não se aplica o disposto no art. 7º, §2º, II, da Lei nº 8.666/93, tanto que o que exige o art. 26, III⁴, da mesma norma, é a justificativa de preço, e não orçamento detalhado em planilhas.

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

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

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:

³ Tribunal de Conta da União. Acórdão nº 2280/2019. Primeira Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão de 12/03/19.

⁴ Art. 26. (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...)

III - justificativa do preço.

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.⁵

Tal orientação é também adotada em inúmeros precedentes do TCU, fazendo referência, inclusive, à Orientação Normativa emitida pela Advocacia-Geral da União (AGU), *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 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;⁶ (grifou-se)

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 370.

⁶ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2993/2018. Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. Sessão de 12/12/18. Itálicos do original. Grifos adotados.

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.⁷

Nesse contexto, a meu ver, afigura-se amparada pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial a justificativa de preço constante do item 2 da “Proposta de Honorários” referente ao Procedimento de Inexigibilidade de Licitação nº 01/2015 (fls. 131/132 da peça nº 8), por considerar o valor compatível com o praticado pela mesma empresa em outros órgãos de porte semelhante para a prestação de serviços equivalentes.

Com efeito, tendo em vista que a justificativa de preço avalia o valor proposto por meio de comparação com os praticados pela ADPM em contratos similares, considero atendida a exigência do art. 26, III, da Lei nº 8.666/93, sendo inaplicável para a hipótese a disposição do art. 7º, §2º, II, do mesmo diploma, razão pela qual não acolho a proposta do relator quanto a este item.

c) Ausência de cláusula contratual que estabeleça o critério de reajuste do contrato

O relator considerou irregular, ainda, a ausência, no Contrato nº 001/2015 (decorrente do Procedimento de Inexigibilidade de Licitação nº 01/2015), de cláusula prevendo o critério de reajustamento de preços, em descumprimento ao art. 40, XI, c/c o art. 55, III, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como a realização de reajuste, por termo aditivo, não baseado em qualquer índice.

Destacou jurisprudência desta Corte no sentido de que, “quando tratar-se de contrato administrativo que vigore por período superior a 1 (um) ano, o contratado fará jus ao reajuste por índice, sendo dever da Administração Pública concedê-lo independentemente de requerimento do particular ou de previsão contratual expressa”.

Importa ressaltar que, garantida pela Constituição da República de 1988, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro constitui direito do contratado, como se verifica:

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. (grifou-se)

Na mesma esteira, as normas extraídas da Lei nº 8.666/93 entabulam:

Art. 40. **O edital** conterá 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:**

⁷ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Representação nº 932.751. Primeira Câmara. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Sessão de 29/01/19.

(...)

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

(...)

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

(...)

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

Diante desse quadro normativo, visando viabilizar o exercício do direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, um dos institutos voltados à manutenção da equação inicial é o reajuste, que se trata, a meu ver, do sinônimo de correção monetária, cuja utilização objetiva remediar os efeitos da desvalorização da moeda.

Nesse sentido, o meu entendimento aproxima-se do conceito atribuído a tal instituto por Carlos Pinto Coelho Motta⁸, segundo o qual o reajuste “consiste, basicamente, na atualização monetária”.

Oportuno mencionar, ainda, que, após o advento do Plano Real, o reajuste dos contratos administrativos é regido também pelas disposições da Lei nº 10.192/01, cujos arts. 2º, *caput*, e §1º, e 3º, *caput*, e §1º estabelecem, *in verbis*:

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

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

(...)

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

§1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Frise-se que o referido art. 2º não obsta a previsão dos critérios de reajustamento nos contratos com vigência de até 12 (meses) – já que esta é, consoante mencionado, cláusula necessária em todos os ajustes, independentemente de seu prazo de duração –, mas sim que estes sejam implementados em periodicidade inferior a 1 (um) ano, cuja contagem, acorde com a jurisprudência e com o sobredito §1º do art. 3º Lei nº 10.192/01, deverá ter início a partir da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir.

Esse entendimento foi integralmente corroborado pelas disposições contidas na Lei nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), senão vejamos:

⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 519.

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

(...)

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

(...)

§ 3º **Independentemente do prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado**, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos. (grifou-se)

No caso em apreço, de fato, não vislumbro disposição sobre o critério de correção monetária a ser aplicado, apesar de, *a priori*, tratar-se, nos termos da legislação, de cláusula obrigatória do instrumento convocatório e necessária do contrato administrativo, o que, portanto, configura irregularidade.

Ocorre que, de todo modo, sendo o reajuste um direito constitucionalmente assegurado e devidamente previsto nas normas de regência, garantida está, desde que vencida a periodicidade mínima legal de 1 (um) ano para a sua incidência, sua concessão, de ofício, pela Administração Pública por índice financeiro, independentemente de sua previsão expressa no edital ou no contrato, com vistas a preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente avençado.

Sobre o tema, esta Corte assim se posicionou no bojo da Consulta nº 1.048.020:

CONSULTA. (...). CONTRATO ADMINISTRATIVO. VIGÊNCIA SUPERIOR A UM ANO. REAJUSTE POR ÍNDICE. CONCESSÃO DE OFÍCIO PELA ADMINISTRAÇÃO. (...). 1. **Sempre que o contrato administrativo vigorar por período superior a 1 (um) ano, o contratado fará jus ao reajuste por índice, sendo dever da Administração Pública concedê-lo independentemente** de requerimento do particular ou **de previsão contratual expressa**. (...). (TCEMG. Tribunal Pleno. Consulta nº 1.048.020. Relator: conselheiro Wanderley Ávila. Deliberada em 04/12/19. Publicada em 19/12/19) (grifou-se)

Da análise do Contrato nº 001/2015 (fls. 06/17 da peça nº 10), verifica-se, consoante disposto em sua Cláusula Quinta, que o contrato fora inicialmente celebrado para vigorar “de janeiro a dezembro de 2015”. Posteriormente, por meio da celebração do 1º Termo Aditivo (fls. 57/59 da peça nº 10), sua vigência foi modificada para 31/12/16.

No entanto, *in casu*, o reajuste foi concedido apenas a partir da celebração do 2º Termo Aditivo (fls. 75/77 da peça nº 10), o qual, além de prorrogar a validade do contrato por mais um trimestre (de 02/01 a 31/03/17), alterou o valor das parcelas mensais de R\$2.000,00 (dois mil reais) para R\$2.210,00 (dois mil duzentos e dez reais), sem indicar expressamente o índice oficial considerado.

Constata-se, assim, que apesar de ausente a previsão de cláusula de reajustamento no contrato celebrado, a alteração do valor contratual só ocorreu no terceiro ano de execução do ajuste e pelo período de apenas 3 (três) meses, de modo que não houve qualquer prejuízo ao erário decorrente dessa omissão.

Nesse cenário, apesar de considerar irregular a inexistência de previsão do critério de reajuste no contrato administrativo em exame, entendo não ser razoável determinar a aplicação de multa aos gestores da Fundação Cultural Casa da Cultura Antônio Carlos de Carvalho.

III – CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, divirjo do relator quanto à apuração das irregularidades atinentes à ausência de projeto básico e de orçamento detalhado em planilhas, razão pela qual afasto as sanções aplicadas em razão dessas falhas.

Por outro lado, embora considere irregular a ausência de cláusula com a definição dos critérios e do índice de reajuste do contrato, divirjo também quanto à aplicação de multa aos responsáveis pelas razões expostas na fundamentação.

Por fim, acompanho o relator quanto aos demais pontos e voto pela procedência parcial da representação.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR, VENCIDO EM PARTE O CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG.)

sb/ms/kl

