

Processo: 1031527
Natureza: REPRESENTAÇÃO
Representante: Reginaldo Pereira Costa
Representada: Prefeitura Municipal de Sabinópolis
Partes: Álysson Gerônimo S. de Ávila Transportes, Dirvan Gregório de Pinho Júnior, Efigênia Aparecida de Oliveira Pinho, Élzio Maria de Pinho, Gleidson de Pinho Tavares, Nirley de Pinho Tavares, Rodrigo dos Santos de Brito, Silvânia Pereira Barbosa de Pinho
Procuradores: Alexandre Salmen Espíndola, OAB/MG 86.922; Marcela Califf de Matos, OAB/MG 151.223; Wágner Borges de Almeida, OAB/MG 86.370; Wellington Camargos Figueiredo, OAB/MG 158.951; Danila Barroso Oliveira, OAB/MG 124.317
MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

PRIMEIRA CÂMARA – 13/12/2022

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO. CONSULTORIA E ASSESSORIA JURÍDICA. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. SINGULARIDADE. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. ESCOLHA DO CONTRATADO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. LEIS N. 14.039/2020 E 14.133/2021. PRECEDENTES. REGULARIDADE. CONTRATAÇÃO DO PREFEITO. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. REGULARIDADE. REPASSE DE VERBAS. RECEBIMENTO HONORÁRIOS. PREFEITO MUNICIPAL. PARTICIPAÇÃO INDIRETA. IRREGULARIDADE. CONTROLE DE LEGITIMIDADE. AFASTAMENTO DE APLICAÇÃO DE LEI. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. MULTA. ARQUIVAMENTO.

1. Nos termos da Lei n. 14.039/2020, os serviços profissionais de advogado são considerados técnicos e singulares por natureza, quando comprovada sua notória especialização.
2. A Lei n. 14.133/21 (nova lei de licitações) não fez menção à natureza singular do serviço, antes exigida pela Lei n. 8.666/93, no inciso II do art. 25, para a contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação, condicionando-a a apenas dois requisitos: a inviabilidade da competição e a notória especialização do profissional ou empresa.
3. É vedada a participação indireta em licitação do agente público por força do art. 9º, § 1º, da Lei n. 14.133/2021.
4. Este Tribunal possui a competência de afastar a aplicação de lei que divirja dos princípios constitucionais, através do controle de legitimidade, conforme o art. 70, *caput*, da Constituição Federal e do art. 74, § 1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

ACÓRDÃO

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

- I) julgar improcedentes os seguintes apontamentos: (i) irregularidade da contratação por inexigibilidade de licitação, (ii) incompatibilidade de horários entre a agenda médica do prefeito e sua atuação como agente público, (iii) irregularidade no serviço de transporte escolar e (iv) irregularidade no repasse de verba pelo Município de Sabinópolis ao Hospital Nossa Senhora das Graças, situado no Município de Guanhães;
- II) julgar parcialmente procedente o apontamento referente à infringência do art. 9º, § 3º, da Lei 8.666/93;
- III) imputar multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) ao Sr. Nirley de Pinho Tavares, Prefeito Municipal de Sabinópolis à época dos fatos, considerando que a participação, mesmo que indireta, na licitação ofende os princípios da impessoalidade e da moralidade;
- IV) determinar a intimação desta decisão ao representante, aos representados e a seus procuradores e ao atual prefeito do município, por e-mail e por publicação no Diário Oficial de Contas;
- V) determinar, transitada em julgado a decisão, o arquivamento dos autos com fundamento no disposto no art. 176, inciso I, da Resolução n. 12/2008.

Votaram o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz. Registrada a fundamentação do Conselheiro Gilberto Diniz a respeito da irregularidade constatada e sancionada, conforme consta em seu voto.

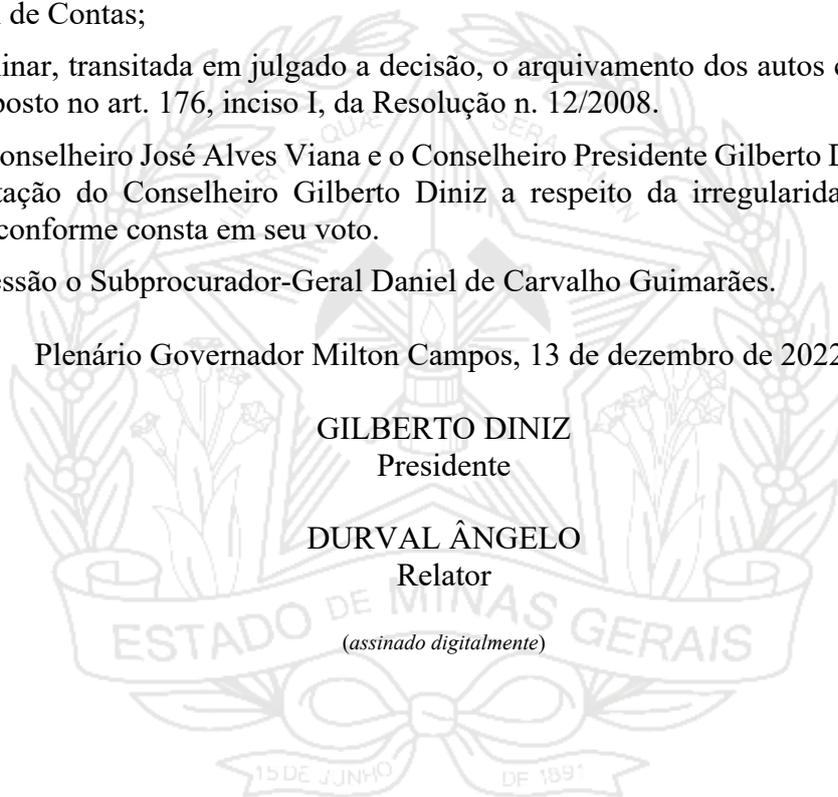
Presente à sessão o Subprocurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 13 de dezembro de 2022.

GILBERTO DINIZ
Presidente

DURVAL ÂNGELO
Relator

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
PRIMEIRA CÂMARA – 13/12/2022

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação oferecida pelo Sr. Reginaldo Pereira Costa, na condição de Vereador do Município de Sabinópolis sobre possíveis irregularidades ocorridas na gestão do Prefeito Municipal de Sabinópolis, Nirley de Pinho Tavares.

O representante apontou as seguintes irregularidades: a) irregularidade na contratação de serviço de assessoria jurídica por inexigibilidade, sem estarem presentes os requisitos exigidos pela Lei n. 8.666/93; b) incompatibilidade de horários entre a agenda médica do prefeito e sua atuação como agente público; c) irregularidade na forma com que o serviço de saúde pública vem sendo prestado, notadamente em relação à Clínica São Lucas que é particular, mas atende ao SUS; d) irregularidade no serviço de transporte escolar, em especial ao fato de d.1) haver motorista sem habilitação; d.2) os veículos encontrarem-se em más condições mecânicas e com pneus inadequados.

Admitida e distribuída em 18/01/2018, a representação foi encaminhada a 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para análise técnica, que em seu parecer, no dia 13/03/2018 ([peça 3 do SGAP](#)), concluiu pela irregularidade das condutas narradas.

No dia 01/08/2018 ([peça 5](#)), o processo foi redistribuído a minha relatoria e determinei a realização de diligência, requisitando os documentos exigidos pela 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios ao atual prefeito do Município de Sabinópolis, com um prazo de 15 dias, no dia 22/05/2019 ([peça 7](#)).

Encaminhei, no dia 22/07/2019 ([peça 8](#)), os autos novamente a Unidade Técnica para análise dos documentos instrutórios. A 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios apresentou seu relatório técnico finalizado no dia 12/11/2021 ([peça 19](#)), com o seguinte entendimento:

3 – CONCLUSÃO Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se: Conclusão: pela procedência da representação no que se refere aos seguintes fatos:

- Contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação para realização de atividades jurídicas rotineiras.

Conclusão: pela procedência parcial da representação no que se refere aos seguintes fatos:

- Irregularidade no serviço de transporte escolar, em especial ao fato de d.1) haver motorista sem habilitação; d.2) os veículos encontrarem-se em más condições mecânicas e com pneus inadequados.

Conclusão: pela improcedência da representação, no que se refere aos seguintes fatos:

- Incompatibilidade de horários entre a agenda médica do Sr. Prefeito e sua atuação como agente público
- Irregularidade na forma com que o serviço de saúde pública vem sendo prestado, notadamente em relação à Clínica São Lucas que é particular mas atende ao SUS;

No dia 22/11/2021 ([peça 23](#)) determinei a citação dos responsáveis para que pudessem apresentar defesa e documentos referentes as irregularidades apontadas, tendo as partes se manifestado, a Unidade Técnica, no dia 27/04/2022 ([peça 62](#)), concluiu pela rejeição integral das alegações de defesa quanto ao Processo de Inexigibilidade n. 13/2017, relativo à contratação

de serviços advocatícios, e por acolher integralmente as alegações de defesa em relação ao Processo Licitatório n. 24/2017, relativo à contratação de serviços de transporte escolar.

O Ministério Público junto ao Tribunal de contas, no dia 17/05/2022 (peça 64), emitiu seu parecer, entendendo pela irregularidade e recomendando aplicação de multa aos responsáveis em relação a contratação de assessoria jurídica por inexigibilidade de licitação, com inobservância ao artigo 25, *caput* e inciso II, da Lei n. 8.666/1993 (Processo Licitatório n. 13/2017), sem imputação de responsabilidade ao assessor jurídico do município. Apontou também irregularidade cometida pelo Sr. Nirley de Pinho Tavares, Prefeito Municipal em exercício à época dos fatos, pela participação indireta na licitação, em afronta ao disposto no art. 9º, III, da Lei n. 8.666/1993, também recomendando a aplicação de multa ao responsável.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Irregularidade da contratação por inexigibilidade de licitação – Inobservância ao artigo 25, *caput* e inciso II, da Lei n. 8.666/1993.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas afirma que a contratação direta por inexigibilidade de licitação do escritório de advocacia Salmen, Werneck e Borges Advogados Associados – ME pela Prefeitura Municipal de Sabinópolis, para prestar serviços de consultoria e assessoria jurídica a todas as secretarias municipais, departamento de recursos humanos, setor de licitação e, em especial, o assessoramento da Procuradoria Geral do Município de Sabinópolis contraria o disposto no art. 25, *caput* e inciso II, da Lei n. 8.666/93, pois, apesar de se tratar de serviço técnico e de se reconhecer a capacidade profissional e notória especialização da contratada, não restou demonstrada a natureza singular do objeto ou a inviabilidade de competição.

Nas defesas apresentadas (Peças 45 e 58), os responsáveis argumentam que o serviço prestado pelo escritório de advocacia era de natureza singular, logo justificava a ausência da licitação, também mencionam decisões, que reconheciam a possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados mediante inexigibilidade de licitação.

Detalham também a existência de procedimento formal para a contratação, existência do Processo Licitatório n. 013/2017 e Processo de Inexigibilidade de Licitação n. 002/2017, e a cobrança compatível com o preço de mercado, alegando ausência de dano ao erário.

A Unidade Técnica registra que “Observa-se que o objeto se refere a assuntos não só rotineiros e genéricos, mas também de competência do Procurador Municipal, o que viola o entendimento exposto na Consulta n. 1.076.932”. E ainda, que não era viável a contratação direta, a regra é licitar o objeto, razão pela qual conclui pela aplicação de multa e expedição de recomendações aos responsáveis.

Após exame das defesas apresentadas, a Unidade Técnica novamente afirma que a contratação direta de serviços de assessoria jurídica é excepcional, e que, no caso em tela, o objeto descrito para a contratação é bastante genérico, não comprovando a impossibilidade de competição, concluindo pela rejeição das alegações de defesa neste tópico, todavia se manifestando apenas pela expedição de recomendações aos responsáveis.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas reitera que a redação do art. 25, *caput* e inciso II, da Lei Federal n. 8.666/93 expressamente exige a inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização para a contratação direta por meio de inexigibilidade e que não questiona em nenhum momento a notória especialização da empresa contratada no presente caso, contudo não se fez evidente a singularidade do objeto ou a inviabilidade de competição.

Aduz, ainda, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, que a Consulta n. 888.126¹ deste Tribunal fixou prejulgamento de tese de que a confiança em relação ao contratado para realização de um serviço não é um elemento que caracteriza a inexigibilidade e que o novo entendimento guiado pela Lei n. 14.039/2020, de que os serviços prestados por advogados e profissionais de contabilidade são inerentemente de natureza técnica e singular, deveria abranger apenas os atos praticados após a publicação do referido dispositivo em 18/08/2020.

Ocorre que, analisando os recentes julgados deste Tribunal, entendo que a singularidade para a contratação de serviços jurídicos e de consultoria estaria condicionada à demonstração da notória especialização, mas associada ao elemento subjetivo da confiança, posição reforçada pelo julgamento do Recurso Ordinário n. 1.024.529, no qual o relator encampou o voto-vista do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, acompanhado unanimemente pelos demais membros do colegiado:

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

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

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

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

Não é que a demanda seja excepcional ou transitória – aspectos valorados para fins de singularidade, segundo a Súmula n. 106 – mas que, dentre as opções disponíveis no mercado, um serviço específico detém metodologia própria que melhor se adequa às peculiaridades daquele ente ou órgão.

(...)

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

Com efeito, quando se está diante de situação em que são esses aspectos subjetivos que atendem ao fim almejado pela Administração, é patente a inviabilidade de se estabelecer um processo competitivo por meio da licitação, ainda que dos tipos melhor técnica ou

¹ Consulta n. 888.126, relator: Conselheiro Wanderley Ávila, aprovada na Sessão do Tribunal Pleno realizada no dia 08/08/2013.

técnica e preço, os quais pressupõem a avaliação da proposta técnica segundo critérios claros e objetivos.

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

(...)

À vista dessas ponderações, entendo que a caracterização da hipótese de inexigibilidade calcada no inciso II do art. 25 da Lei n. 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 n. 106, a que faz referência a recomendação constante na proposta de voto do relator.

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 n. 8.666/93, em que deverão estar demonstradas as razões da escolha do prestador do serviço e as justificativas do preço acordado.²

O entendimento desta Corte atende a evolução da legislação e das necessidades públicas de que a singularidade se refere ao aspecto subjetivo da prestação de serviço, características intrínsecas ao mesmo, levando a incapacidade de competição. Além disso, a Lei n. 14.039/2020 prevê expressamente que os serviços prestados por advogados possuem natureza técnica e singular, ao dispor, *in verbis*:

Art. 1º A Lei n. 8.906, de 4 de julho de (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.

A Lei n. 14.133/2021, em seu art. 74, também reforça o entendimento adotado por esta Corte, já que alterou os requisitos para a contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação, reduzindo-os a apenas dois: a inviabilidade de competição e a notória especialização do profissional ou empresa, permanecendo calada quanto a natureza singular do serviço, antes exigido pela Lei n. 8.666/93, em seu art. 25, inciso II. Nesse sentido, apresento as elucidativas reflexões de Joel de Menezes Niebhur:

² Recurso Ordinário n. 1.024.529, relator: Conselheiro Sebastião Helvécio, aprovado na Sessão do Tribunal Pleno realizada no dia 02/09/2020.

Armou-se uma bela controvérsia em torno da inexigibilidade de licitação contida no inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, especialmente ao comparar a sua redação com a do inciso II do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993, que, de certa forma, lhe é equivalente, porque ambas tratam da contratação de serviços técnicos prestados por notórios especialistas. **Sucedede que o inciso II do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993 exige, literalmente, que o serviço objeto da inexigibilidade seja qualificado como singular. Por sua vez, o inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, também literalmente, exige apenas que o serviço seja considerado técnico especializado de natureza predominantemente intelectual e não menciona a expressão singular nem algo do gênero. O dispositivo da nova Lei, pelo menos em sua literalidade, não restringe a inexigibilidade ao serviço singular. (grifos nossos)**³

Tratando-se do ponto arguido pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, de que a Lei n. 14.039/2020 não poderia retroagir para alcançar atos praticados antes do dia de sua publicação, dia 18/08/2020, coadunado com a fundamentação do Conselheiro Substituto Telmo Passareli no Recurso Ordinário n. 1.101.750 a respeito da retroatividade do referido dispositivo:

A Lei Federal 14.039/2020 promoveu alterações na Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e no Decreto-Lei 9.295/1946 (cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do Contador), reconhecendo que os serviços profissionais de contabilidade e advocacia são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada, nos termos da lei, a notória especialização da empresa ou do profissional.

Nesse aspecto, tratando-se de norma mais benéfica, entendo que deva ser aplicada às ações fiscalizatórias do Tribunal de Contas em curso, que são, em verdade, de conteúdo punitivo, emanantes do Direito Administrativo Sancionador, possuindo, assim, caráter “penaliforme”, o que faz com que se aproximem, ao menos principiologicamente, dos estabelecimentos e princípios próprios do Direito Penal.⁴

Uma vez que este Tribunal também exerce atribuições com caráter punitivo, deve ser feita, com base em analogia, a equiparação do princípio da lei mais benéfica do Direito Penal, sendo possível a retroatividade da Lei n. 14.039/2020 para atos que ainda não foram julgados.

Em relação a responsabilização do Sr. Dirvan Gregório de Pinho Júnior, parecerista jurídico, tanto o Ministério Público de Contas quanto a Unidade Técnica opinaram pelo afastamento da responsabilidade. Restando comprovado a ausência de dolo ou de erro grosseiro na conduta do parecerista, razão pela qual acompanho o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e a 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, afastando a responsabilidade do Sr. Dirvan Gregório de Pinho Júnior.

Sob esses argumentos, entendo que a contratação do escritório de advocacia Salmen, Werneck e Borges Advogados Associados – ME pela Prefeitura Municipal de Sabinópolis mostrou-se adequada e, não havendo questionamento quanto à notória especialização do escritório, em consonância com o atual entendimento desta Corte, com fundamento no princípio da confiança,

³ NIEBHUR, Joel de Menezes. *A polêmica da singularidade como condição para a inexigibilidade de licitação que visa à contratação de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual*. Disponível em: <https://zenite.blog.br/a-polemica-da-singularidade-como-condicao-para-a-inexigibilidade-delicitacao-que-visa-a-contratacao-de-servico-tecnico-especializado-de-natureza-predominantemente-intelectual/>. Acesso em: 17/11/2022.

⁴ Recurso Ordinário n. 1.101.750, relator: Conselheiro Substituto Telmo Passareli, aprovado na Sessão do Tribunal Pleno realizada no dia 14/09/2022.

na Lei n. 14.039/2020 e na Lei n. 14.133/21, julgo-a regular e considero improcedente a representação nesse ponto.

II.2 – Incompatibilidade de horários entre a agenda médica do prefeito e sua atuação como agente público

O representante alega que o Sr. Nirley de Pinho Tavares, Prefeito Municipal de Sabinópolis a época, trabalhava como médico na Clínica São Lucas e no Hospital Nossa Senhora das Graças na cidade de Guanhães. Argumentando que, devido a esse acúmulo de cargos, o prefeito não estaria cumprindo a sua carga horária de trabalho.

A Unidade Técnica afirma que esse apontamento é improcedente, devido à ausência de provas robustas, já o Sr. Nirley de Pinho Tavares, em sua defesa (peça 45), não apresentou provas.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas também entendeu pela improcedência do apontamento, devido a inexistência de provas que evidenciassem a incompatibilidade de horários entre o exercício do cargo de prefeito e da função de médico no setor privado.

Em consonância com o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e com a Unidade Técnica, em razão da ausência total de provas para consubstanciar as alegações do representante, julgo improcedente a representação quanto a essa irregularidade.

II.3 – Irregularidade de repasse de verba pelo Município de Sabinópolis ao Hospital Nossa Senhora das Graças, situado no Município de Guanhães, e recebimento de honorários médicos pelo prefeito municipal pelo atendimento de pacientes do SUS em sua clínica particular

Aduz o representante que a Prefeitura Municipal de Sabinópolis repassava R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mensalmente ao Hospital Nossa Senhora das Graças, situado no Município de Guanhães, no qual o prefeito em exercício à época dos fatos trabalhava como médico, aduzindo também que o prefeito, Sr. Nirley de Pinho Tavares, recebia honorários médicos pelo atendimento de pacientes do SUS em sua clínica particular, Clínica São Lucas.

A Unidade Técnica concluiu que não existem provas suficientes que corroborem a alegação do representante, razão pela qual entende que o apontamento deve ser julgado improcedente.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas opinou pela procedência parcial dos apontamentos. No tocante ao repasse de verba pela Prefeitura Municipal de Sabinópolis, acompanhou a Unidade Técnica, concluindo que não existem provas suficientes para corroborar as alegações. No que se refere ao tópico do atendimento de pacientes do SUS na clínica particular do prefeito à época, concluiu pela improcedência, uma vez que o Sr. Nirley de Pinho Tavares não é formalmente sócio do referido centro médico.

A diferença entre o entendimento do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e da Unidade Técnica diz respeito a assinatura, pelo prefeito à época, da Ata Contrato de Registro de Preços n. 203/2017, isso porque, posteriormente, o prefeito foi contratado pela empresa vencedora para prestar o serviço objeto do certame licitatório, o que afrontaria o disposto no art. 9º, III, e §3º, da Lei n. 8.666/1993, uma vez que teria participado indiretamente da licitação.

Coaduno com o entendimento do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, de que não existem provas que evidenciem a irregularidade apontada pelo representante, no que tange ao repasse de verbas pelo Município de Sabinópolis ao Hospital Nossa Senhora das Graças. Com relação ao recebimento de honorários médicos pelo atendimento de pacientes do SUS na clínica particular do prefeito à época, também acompanho o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, uma vez que o Sr. Nirley de Pinho Tavares não era formalmente sócio do centro médico em questão.

Todavia a conduta do prefeito em exercício à época de participação indireta na licitação é irregular, estando em divergência com o estabelecido no art. 9º, §1º, da Lei n. 14.133/2021. O Sr. Nirley de Pinho Tavares assinou a Ata Contrato de Registro de Preços n. 203/2017, na posição de Chefe do Executivo Municipal, e em seguida foi contratado pela empresa vencedora da licitação para prestar o serviço objeto do certame, configurando óbvia participação indireta na licitação, cuja definição está no art. 9º, §3º, da Lei n. 8.666/1993, que estabelece:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

(...)

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários. (grifos nossos)

O representado, enquanto prefeito municipal, contratou a empresa Núcleo Integrado de Saúde Dr. Issa Mihessen Ltda, fixando sua assinatura na Ata Contrato de Registro de Preços n. 203/2017, e posteriormente foi contratado pela empresa vencedora, constituindo um vínculo trabalhista com a responsável pela prestação dos serviços contratados, o que configura a participação indireta, o que é irregular.

O representado alega que a Lei Orgânica do Município de Sabinópolis, art. 73, parágrafo único, permite a qualquer agente público contratar com o município desde que seja em um contrato com cláusulas uniformes, *in verbis*:

Art. 73 O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores e os servidores municipais, bem como as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até segundo grau, ou por adoção, não poderão contratar com o Município, subsistindo a proibição até 06 (seis) meses após findas as respectivas funções.

Parágrafo único - Não se incluem nesta proibição os contratos cujas cláusulas e condições sejam uniformes para todos os interessados.

Destaco inicialmente que este Tribunal tem competência para exercer o controle de legitimidade de atos do Poder Público, decorrente do art. 70, *caput*, da Constituição Federal, e do art. 74, § 1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais, conforme ficou claro na decisão liminar proferida na Auditoria n. 1.041.504:

No controle de constitucionalidade, tem-se por objetivo o ataque à norma no plano de validade, paralisando, por conseguinte, sua eficácia; já o controle de legitimidade decorre do art. 70, *caput*, da Constituição da República, e do art. 74, § 1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais, e examina, entre outros aspectos, a legalidade e a moralidade da execução da despesa pública. **Havendo claros efeitos nefastos da norma jurídica, impõe-se a sustação dos efeitos que dela possam decorrer**, não havendo que se cogitar de interferência em seu plano de validade; logo, constitui dever-poder das cortes de controle

externo determinar a sustação da execução de atos manifestamente ilegítimos. (**grifos nossos**)⁵

O professor Jacoby Fernandes, dissertando sobre o tema, traz as seguintes elucidações:

Aos Tribunais de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, competência essa restrita aos Órgãos do Poder Judiciário. O que lhes assegura a ordem jurídica, na efetivação do primado da Constituição Federal no controle das contas públicas, é a inaplicabilidade da lei que afronta a Magna Carta, pois há que se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.⁶

O Conselheiro Substituto Adonias Monteiro elucidou a questão na fundamentação da Representação n. 965.785:

Noutras palavras, mesmo que a norma com vício no processo legislativo tenha sido aprovada, publicada, sendo válida, o chefe do Poder Executivo não pode conferir efeitos a ela e executar seus mandamentos se isso trouxer prejuízos de difícil reparação para as finanças públicas, sob pena de responsabilização por ato de improbidade administrativa, consoante previsto no art. 10 da Lei 8.429/1992. Nesses casos principalmente, não vejo óbices para que as Cortes de Contas atuem e determinem o não cumprimento da lei até que as condições sejam atendidas, sob pena de aplicação de penalidades como a multa ao gestor.⁷

Assim, resta claro que este Tribunal pode afastar a aplicação de uma norma que vai contra princípios constitucionais, no caso concreto, para efetivar sua missão de garantir que os recursos públicos sejam devidamente administrados. Dessa forma, fazer cumprir uma lei inconstitucional não é razoável ou lógico, e além de desobedecer a hierarquia normativa, traz como consequência a validação de atos ilícitos.

Destaco que não se trata de controle constitucionalidade, seja difuso ou concentrado, já que este Tribunal não possui essa competência. No caso, uma lei que produz efeitos inconstitucionais, não cumpre os preceitos mínimos de legitimidade ou legalidade, situação em que a este Tribunal é permitido atuar, conforme disposto no art. 74, § 1º, inciso I da Constituição Estadual de Minas Gerais, bem como o art. 70, *caput*, da Constituição Federal.

Relevantes as reflexões de Ricardo Schneider Rodrigues:

Todavia, é preciso cautela para não impedir que órgãos de extração constitucional, como é o caso dos Tribunais de Contas, fiquem impedidos de exercer seu relevante papel de fiscalização da Administração Pública, a pretexto de se conferir maior segurança àqueles que são por eles controlados. **A possibilidade de os Tribunais de Contas, ao fiscalizarem a atividade administrativa, deixarem de aplicar lei ou ato normativo reputado inconstitucional corresponde à aplicação do princípio da juridicidade administrativa. É uma forma de controle da Constituição que não se confunde com o controle declaratório de (in)constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.** Aqui o controle é empregado no sentido de fazer respeitar a supremacia e a força normativa da Constituição. Pensar de modo contrário seria reduzir a possibilidade de aplicar o princípio da juridicidade

⁵ Auditoria n. 1.041.504, relator: Conselheiro José Alves Viana, aprovado na Sessão Ordinária da Segunda Câmara no dia 23/08/2018.

⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 385.

⁷ Representação n. 965.785, relator: Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, aprovado Sessão Ordinária da Segunda Câmara no dia 14/09/2022.

àqueles que praticam os atos administrativos, relegando aos que exercem o controle de tais atos apenas uma atuação pautada pela estrita legalidade, anacrônica e em detrimento da Constituição. **(grifos nossos)**⁸

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, entendeu que, para que o Tribunal de Contas de Minas Gerais efetue o seu papel de fiscal dos atos públicos, se faz necessário exercer o controle de legitimidade sobre determinadas normas, notando que representa atividade distinta ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário:

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - FISCALIZAÇÃO- LEGITIMIDADE DA DESPESA PÚBLICA - ATIVIDADE DISTINTA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE DE SUSTAR A EXECUÇÃO DO ATO ILEGÍTIMO - ILEGALIDADE - ABUSO DE DIREITO- INEXISTÊNCIA - DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. O controle de legitimidade da despesa pública levado a efeito pelo Tribunal de Contas, ainda que realizado sob o influxo de princípios e regras constitucionais, não se confunde com o controle de constitucionalidade destinado a reconhecer a invalidade da norma que de forma direta e específica ofende a Constituição.

2. A possibilidade de suspensão da despesa pública ilegítima, bem como de sustar a execução do ato que lhe serve de fundamento, constitui prerrogativa constitucionalmente conferida ao Tribunal de Contas no intuito de viabilizar sua função fiscalizatória, que não implica necessariamente em ilicitude ou abuso de direito.⁹ **(grifos nossos)**

Isso posto, verifico que o art. 73, parágrafo único da Lei Orgânica Municipal de Sabinópolis está em discordância com o princípio da impessoalidade e o da moralidade, norteadores da atuação da administração pública, estabelecidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como com o disposto no art. 9º, inciso III e § 3º da Lei 8.666/93, revogado pelo art. 9º, §1º, da Lei n. 14.133/2021, mas em vigência à época dos fatos, que proíbe participação indireta do agente público no certame licitatório. A referida norma possui elementos que autorizam a realização do controle de legitimidade, já que permite a participação direta e indireta no procedimento de licitação por qualquer agente público, um ato manifestamente ilegítimo, devendo portando ser afastada a sua aplicabilidade ao caso concreto da presente representação.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o apontamento e imputo multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao Sr. Nirley de Pinho Tavares, Prefeito Municipal de Sabinópolis a época dos fatos por ter infringido a Lei n. 8.666/93, art. 9º inciso III e § 3º, considerando que a participação, mesmo que indireta na licitação ofende os princípios da impessoalidade e da moralidade.

II. 4 – Irregularidade no serviço de transporte escolar

O representante alega que o motorista responsável pela linha escolar do Córrego São Roque não possui habilitação e também que o veículo que realiza a linha escolar da Comunidade Quilombo Sesmária estaria em má condições.

⁸ SCHNEIDER RODRIGUES, Ricardo. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n. 123. Jul./dez. 2021, pp. 615-654.

⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. Mandado de Segurança n. 1.0000.15.016935-7/000. Relator: des. Marcelo Rodrigues. Julgado em: 1º set. 2015.

A Unidade Técnica entendeu pelo acolhimento integral das razões de defesa apresentadas com relação a esse apontamento, pois o representante não demonstrou nenhuma prova para sustentar suas alegações.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas também entendeu pela improcedência deste ponto da representação, entendendo não haver provas para consubstanciar o alegado e a presença da habilitação do referido motorista.

Após análise dos autos, é possível verificar que o motorista indicado pela empresa Matuzinho C. Neto – Transporte Escolar –ME, Sr. Carlos do Nascimento Silva, responsável pela linha 16, São Roque/E. E. Margareth Barroso/E. M. José Barroso, possui habilitação nas categorias A, B e D, logo está apto a condução do veículo escolar. Em relação ao segundo apontamento, em conformidade com a Unidade Técnica, entendo que a mera foto apresentando um veículo de placa GVP-9858, não é suficiente para comprovar que o referido automóvel estava sequer transitando no Município de Sabinópolis. Portanto, acompanhando integralmente o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e a Unidade Técnica, julgo improcedente a representação nesse quesito.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nos termos da fundamentação, julgo improcedentes os seguintes apontamentos: (i) irregularidade da contratação por inexigibilidade de licitação, (ii) incompatibilidade de horários entre a agenda médica do prefeito e sua atuação como agente público, (iii) irregularidade no serviço de transporte escolar e (iv) irregularidade no repasse de verba pelo Município de Sabinópolis ao Hospital Nossa Senhora das Graças, situado no Município de Guanhães.

Todavia, julgo parcialmente procedente o apontamento referente à infringência do art. 9º, § 3º, da Lei 8.666/93 e imputo multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao Sr. Nirley de Pinho Tavares, Prefeito Municipal de Sabinópolis a época dos fatos, considerando que a participação, mesmo que indireta na licitação ofende os princípios da impessoalidade e da moralidade.

Intimem-se desta decisão o representante, os representados e seus procuradores e o atual prefeito do município, por e-mail e por publicação no Diário Oficial de Contas.

Transitada em julgado a decisão, os autos devem ser arquivados com fundamento no disposto no art. 176, inciso I, da Resolução n. 12/2008.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Eu vou acompanhar a conclusão do Relator, considerar irregular. No caso aqui, houve a infringência ao art. 9º da Lei de Licitações, a Lei 8666/93. Também vou acompanhá-lo pela imputação de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao Sr. Nirley.

Mas a minha fundamentação é um pouco diferente da que foi apresentada pelo Relator, nos seguintes termos:

O art. 9º da Lei n. 8.666, de 1993, vigente à época do processamento do Pregão Presencial n. 049/2017, veda a participação de servidor ou de dirigente de órgão ou entidade contratante

ou de responsável pela licitação em duas situações, quais sejam: “na licitação” propriamente dita e “na execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários”.

Em relação à primeira situação, pelas provas coligidas nos autos, não vejo configurada ofensa às disposições do indicado dispositivo legal. É que o então prefeito do município de Sabinópolis, senhor Nirley de Pinho Tavares, assinou, em 16/11/2017, a Ata Contrato de Registro de Preços n. 203/2017 com o Núcleo Integrado de Saúde Dr. Issa Mihessen Ltda. (Clínica São Lucas), conforme documento anexado às fls. 214 a 219 – peça n. 10 do SGAP, e, conforme consulta no sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil, é possível constatar que ele não é sócio da referida sociedade empresária. Ademais, não há comprovação de que ele mantivesse qualquer espécie de vínculo com a referida contratada.

Em relação à segunda hipótese, porém, penso ter sido arrostado o disposto no art. 9º da Lei n. /8.666, de 1993, porquanto o senhor Nirley de Pinho Tavares foi contratado pelo Núcleo Integrado de Saúde Dr. Issa Mihessen Ltda. (Clínica São Lucas) para realizar exames de endoscopia objeto do Pregão Presencial n. 049/2017. Entendo, pois, configurada infração às disposições do indicado preceptivo legal, uma vez que o senhor Nirley de Pinho Tavares participou da execução do serviço contratado pelo município de Sabinópolis. Por essas razões, acompanho a conclusão do voto do Relator, para considerar irregular a participação do sr. Nirley de Pinho Tavares na execução dos serviços contratados mediante o Pregão Presencial n. 049/2017, bem como para aplicar multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao senhor Nirley de Pinho Tavares, ex-prefeito de Sabinópolis, com fulcro nas disposições do inciso II do art. 85 da Lei Complementar n. 102, de 2008, por infração às disposições do art. 9º da Lei n. 8.666, de 1993.

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR. REGISTRADA A FUNDAMENTAÇÃO DO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ A RESPEITO DA IRREGULARIDADE CONSTATADA E SANCIONADA.

(PRESENTE À SESSÃO O SUBPROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

