

Processo: 1066599
Natureza: REPRESENTAÇÃO
Representante: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas
Representada: Prefeitura Municipal de São José do Alegre
Responsáveis: Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., Carlos Humberto Silveira Júnior, José Carlos da Silva, Lauro Almeida Gonçalves, Tiago José Magalhães, Wagner da Silva
Procuradores: Ana Luiza Reis Vilas Boas, OAB/MG 186.578; Bernardo Ribeiro Câmara, OAB/MG 76.740; Carlos Humberto Silveira Júnior, OAB/MG 168.781; Fernanda Rabelo Lessa Coelho, OAB/MG 165.685; Flávio Freire de Oliveira, OAB/MG 104.842; Igor de Oliveira Mansur, OAB/MG 186.452; João Almeida Cunha Ribeiro de Oliveira, OAB/MG 94.771; Pedro Henrique de Oliveira Mansur, OAB/MG 175.897
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS

PRIMEIRA CÂMARA – 27/2/2024

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. IRREGULARIDADES. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PARA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS. TERCEIRIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE INVIOABILIDADE DE COMPETIÇÃO, SINGULARIDADE DO OBJETO E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. PROCEDÊNCIA. ERRO GROSSEIRO. APLICAÇÃO DE MULTA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DO PREÇO. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. PROCEDÊNCIA. RESSARCIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA DE 10%. RECOMENDAÇÃO. DETERMINAÇÃO.

1. É possível a contratação, por ente público, de serviços jurídicos e contábeis, inclusive assessoramento nestas matérias, desde que sua execução não caracterize manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.
2. Com as inovações legislativas que se sucederam, os serviços advocatícios e contábeis podem ser classificados como singulares, isto é, serviços técnicos especializados, o que torna, assim, a competição inviável, na medida em que a singularidade do objeto impossibilita a avaliação de diferentes ofertas sob perspectiva objetiva. No entanto, tal contratação deve ser realizada de forma que fique evidenciada a capacidade do contratado em executar o objeto do ajuste firmado, de maneira especial a notória especialização do prestador, assim justificada no procedimento de inexigibilidade.

3. Na contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993), é necessário que a Administração demonstre, previamente, que os honorários ajustados se encontram dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional. Essa justificativa do preço (art. 26, parágrafo único, III, da mesma lei) deve ser lastreada em elementos que confirmam objetividade à análise, a exemplo da comparação da proposta apresentada pelo profissional que se pretende contratar com os preços praticados em outros contratos cujo objeto seja análogo. Ademais, mostra-se imprescindível que a Administração Pública realize estudo prévio, para que possa estimar, mesmo com razoável margem de erro, o montante dos créditos que podem ser recuperados ou compensados.
4. A realização do pagamento nos casos de prestação de serviços advocatícios tributários deve estar condicionada ao exaurimento do serviço, isto é, com o cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, não se podendo considerar, para esse fim, a mera obtenção de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação, isto é, após a devida homologação do crédito tributário pela Receita Federal.

ACÓRDÃO

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

- I) julgar os apontamentos de irregularidade apresentados na Representação formulada pelo Ministério Público de Contas, no tocante ao Procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 44/2017, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:
 - a) pela improcedência do item 1.1 (Terceirização de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários), por unanimidade, uma vez que as circunstâncias delineadas nos autos não denotaram irregularidade da contratação, nos termos do voto do Relator;
 - b) pela procedência do item 1.2 (Violação ao art. 25, *caput* e II, da Lei n. 8.666/93 e Súmula 106 do TCEMG – Ausência de inviolabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização), por unanimidade, tendo em vista não ser justificada a notória especialização do contratado, o que poderia repercutir negativamente na execução do ajuste assinado e, por conseguinte, aplicar multa individual ao responsável, Sr. Wagner da Silva, secretário municipal de administração e patrimônio, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), consoante definido no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, pois este atestou a notória especialização do contratado, à peça n. 14, pgs. 194/196 do PDF, sem efetivamente demonstrar tal afirmação, nos termos do art. 25 c/c o respectivo §1º da Lei n. 8.666/1993, nos termos do voto do Relator;
 - c) pela procedência, por unanimidade, do item 1.3 (Violação ao art. 26 da Lei Federal n. 8.666/1993 - Ausência de justificativa do preço), em face da deficiência na justificativa do preço ajustado, bem como diante do fato de o gestor atestar um cotejo de preços que não encontra respaldo nos autos e, por maioria, deixar de aplicar sanção ao responsável, Senhor Wagner da Silva, para recomendar ao atual secretário de Administração e Patrimônio e ao atual prefeito do Município de São José do Alegre

que, em futuras contratações da espécie, a administração realize estudo prévio, visando fixar, ainda que por estimativa, o montante a ser eventualmente recuperado, bem como para que proceda à devida formalização do preço ajustado, acostando os documentos comprobatórios das pesquisas feitas ou mesmo documentos de outras contratações da mesma empresa para serviços do mesmo porte, de forma a demonstrar a sua razoabilidade, nos termos do voto do Conselheiro Cláudio Couto Terrão que foi acompanhado pelo Conselheiro Durval Ângelo;

- d)** pela procedência, por unanimidade, do item 1.4 (. Pagamentos efetuados à empresa Aurum – Antecipação de pagamento – Violação aos arts. 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320/1964 – Dano ao erário (1066654), porquanto os pagamentos realmente foram feitos antes do exaurimento do serviço, em desacordo com a regra geral vigente que veda a antecipação de pagamentos pelos entes públicos e, por maioria, com fundamento no arts. 83, I, e 86 da Lei Orgânica do Tribunal, determinar o ressarcimento pela empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. aos cofres do Município de São José do Alegre, do valor de R\$259.421,13 (duzentos e cinquenta e nove mil quatrocentos e vinte e um reais e treze centavos), a ser devidamente atualizado, bem como aplicar multa no valor de 10% (dez por cento) do valor do dano ao erário, nos termos do voto do Relator, que encampou o voto do Conselheiro Durval Ângelo;
- II)** recomendar aos atuais gestores do Município de São José do Alegre que aguardem a homologação da compensação pela Administração Tributária Federal para efetivar o pagamento da remuneração dos serviços prestados, uma vez que a simples transmissão da GFIP ou Declaração de Compensação, seja na Secretaria da Receita Federal ou em outro órgão de natureza similar, não garante a sua efetivação;
- III)** determinar ao atual chefe do Poder Executivo de São José do Alegre que, no caso de não homologação da compensação pela Receita Federal, vindo o referido órgão a imputar ao município juros moratórios e multa em função das compensações indevidas, tome as providências cabíveis para recomposição dos cofres públicos quanto aos débitos dessa natureza;
- IV)** determinar a intimação dos responsáveis por via postal e pelo Diário Oficial de Contas, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental;
- V)** determinar, promovidas as medidas cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Presidente Durval Ângelo. Vencido, em parte, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 27 de fevereiro de 2024.

DURVAL ÂNGELO
Presidente

AGOSTINHO PATRUS
Relator

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
PRIMEIRA CÂMARA – 21/3/2023

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de representação formulada pelo Ministério Público de Contas em face de possíveis irregularidades no âmbito do Contrato n. 28/2017, firmado entre o Município de São José do Alegre e a sociedade empresária Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., decorrente do Processo de Inexigibilidade de Licitação n. 44/2017, cujo objeto consistia na “prestação de serviços técnicos profissionais de assessoria e consultoria jurídica, de natureza singular, [...] que possam recuperar tributos recolhidos indevidamente sobre a folha salarial, adequação das alíquotas do RAT/FAP e a recuperação dos valores indevidamente pagos nos últimos 05 (cinco) anos, para efeitos de compensações administrativas com os tributos vincendos”.

A documentação foi recebida e autuada em 9/4/2019, conforme pág. 159, peça n. 15, e distribuída à relatoria do conselheiro Sebastião Helvecio em 10/4/2019, pág. 160, peça n. 15.

Instada a se manifestar, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (1ª CFM) entendeu, em relatório inicial de peça n. 4, pela procedência da representação em relação aos apontamentos: (i) terceirização de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários; (ii) ausência de justificativa do preço; (iii) ausência de inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização; (iv) dano ao erário decorrente da autuação da Receita Federal – multas e juros. Por fim, concluiu pela citação dos responsáveis para apresentar suas razões de defesa, tendo em vista os indícios de irregularidade apurados.

O Ministério Público de Contas, em parecer inicial de peça n. 7, opinou igualmente pela citação dos responsáveis para que se manifestassem acerca das irregularidades apontadas na inicial e no relatório técnico.

Em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o então relator determinou, em despacho de peça n. 8, a citação dos Srs. José Carlos da Silva, prefeito de São José do Alegre, à época; Wagner da Silva, secretário municipal de administração e patrimônio; Tiago José Magalhães, procurador municipal, à época; Lauro Almeida Gonçalves, secretário municipal de finanças e planejamento; Carlos Humberto Silveira Júnior, procurador municipal; Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., para que apresentassem defesa acerca das irregularidades a eles imputadas.

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram defesas e documentações às págs. 193/323, peça n. 15/18, págs. 3/261, peça n. 19.

Conforme relatório técnico de peça n. 9, a 1ª CFM entendeu pelo não acolhimento das razões de defesa em relação aos apontamentos (i) ausência de inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização e (ii) pagamentos efetuados à empresa Aurum Consultoria Tributária e Empresarial - dano ao erário; e pelo acolhimento parcial das razões de defesa quanto às irregularidades (iii) terceirização de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários.

Em parecer de peça n. 11, o Ministério Público de Contas ratificou e reiterou a representação em todos os seus termos para que fosse julgada procedente em razão das irregularidades apontadas inicialmente.

O então conselheiro Sebastião Helvecio determinou (peça n. 12) a intimação do Sr. José Carlos da Silva, chefe do executivo, bem como da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para que informassem a atual situação das compensações/créditos tributário do Município de São José do Alegre perante a Receita do Brasil desde o exercício de 2012, tendo em vista que persistia a irregularidade relativa a antecipação de pagamentos à empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil se manifestou e juntou documentação às peças n. 26/27.

Os autos foram redistribuídos à relatoria do conselheiro em exercício Adonias Fernandes em 26/11/2021, conforme termo de redistribuição à peça n. 28.

Em reexame de peça n. 32, a 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (2ª CFM), concluiu que pode ter havido pagamento antecipado à Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. antes que houvesse comprovação do cumprimento integral do instrumento contratual n. 28/2017, isto é, a homologação da compensação pela Receita Federal, em flagrante violação aos art. 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320, de 1964, com possível dano ao erário no montante de R\$ 259.421,13. Assim, sugeriu a aplicação de multa aos responsáveis, bem como a instauração de Tomada de Contas Especial pelo Executivo Municipal.

O Ministério Público de Contas, em parecer conclusivo de peça n. 35, manteve seu entendimento inicial, para que seja julgada procedente a representação em todos os seus termos.

Em despacho de peça n. 36, a fim de evitar a arguição de eventuais nulidades no processo, foi concedida vista aos Srs. Wagner da Silva, Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves, Carlos Humberto Silveira Júnior, Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., para que apresentassem alegações e/ou documentos que entendessem pertinentes.

Em atendimento à intimação, apenas o Sr. Carlos Humberto Silveira Júnior se manifestou e encaminhou documentação de peça n. 46.

Os autos foram redistribuídos à minha relatoria em 2/2/2023, conforme termo de redistribuição de peça n. 48.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Mérito

1.1. Terceirização de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários

O representante alegou que a contratação de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários já possui entendimento sedimentado neste Tribunal de Contas, nos autos da Consulta n. 873919, sendo que o acórdão proferido possuiria caráter normativo e constituiria prejulgamento da tese.

Afirmou que, de acordo com tal consulta, os pressupostos para contratação de serviços advocatícios para a recuperação de valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária permitiria a contratação de advogados, em caráter excepcional e extraordinário, caso o volume do serviço não pudesse ser absorvido pelos procuradores municipais ou, ainda, na hipótese de inexistência de cargo de advogado nos quadros da administração.

Verificou, do exame dos documentos obtidos do município de São José do Alegre que a justificativa apresentada para a realização da contratação seria absolutamente genérica e

desprovida de documentos, tanto quanto a incapacidade de estrutura de pessoal quanto a incapacidade técnica dos servidores.

Destacou, ademais, que em consulta ao SICOM, nos exercícios de 2017/2018, o Município de São José do Alegre possuía em vigor 3 contratos de assessoria jurídica e contábil.

Concluiu que a contratação por meio da Inexigibilidade n. 44/2017 afrontaria o entendimento exarado na Consulta n. 873919 do TCEMG, em razão da ausência de demonstração que inexistiria o cargo de advogado nos quadros da Administração ou mesmo que o volume do serviço não pudesse ser absorvido pelo procurador municipal ou escritórios já contratados pelo Município.

Em análise inicial, a 1ª CFM entendeu que nos casos da Administração Pública Direta e Indireta, seja da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, os serviços advocatícios deveriam ser executados por servidores ou empregados públicos recrutados mediante concurso público, conforme prevê o art. 37, II, da Constituição Federal. Entretanto, haveriam situações nas quais Administração Pública necessita da contratação de serviços advocatícios que, motivadamente, não possam ser prestados pelo seu quadro próprio de procuradores.

Corroborou com o entendimento do Ministério Público de Contas em relação a Consulta n. 873919, no sentido de que este Tribunal estabeleceu balizas e parâmetros para a contratação de serviços advocatícios para a compensação de créditos previdenciários, isto é, devem se dar em caráter excepcional e extraordinário, caso o volume de serviço não puder ser absorvido pelos procuradores municipais; ou na hipótese de inexistência de cargo de advogado no quadros da Administração, até que o Poder Público organize sua estrutura de pessoal, observada em todo caso, a adequada motivação.

Afirmou que, ao compulsar os autos, teria verificado que as justificativas apresentadas na Inexigibilidade n. 44/2017 são extremamente genéricas e que não foram juntados aos autos quaisquer documentos que comprovassem a existência de profissionais capacitados, graduados e especializados no quadro geral de pessoal da Prefeitura Municipal de São José do Alegre.

Ainda, em consulta ao SICOM, constatou que, de fato, no período em que foi realizada a contratação da Aurum, haviam três contratos em vigor cujo objeto era a prestação de assessoria jurídica contábil. Aduziu assim que não parece razoável que tanto o corpo técnico da administração quanto as três empresas que já possuíam contrato vigente fossem incapazes de prestar tais serviços, visto que se tratavam de serviços comuns.

Concluiu que a terceirização de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários seria irregular, tendo em vista que está em desacordo com o entendimento exarado na Consulta n. 873919 deste Tribunal de Contas.

Em defesas acompanhadas de documentações apresentadas às págs. 193/323, peça n. 15/18; págs. 3/261, peça n. 19; os defendentes Sr. Wagner da Silva, Sr. Thiago José Magalhães, Sr. José Carlos da Silva e a empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., inicialmente, alegaram que, pela natureza dos serviços contratados, estes não poderiam ser prestados pelos funcionários do Departamento Jurídico e tampouco pelos demais contratados, uma vez que tais ajustes seriam distintos dos objetos da contratação em exame.

Aduziram que a prestação de assessoria jurídica, visando a recuperação de tributos pagos de forma indevida pela municipalidade, bem como a economia tributária futura, não possuiria relação com os serviços corriqueiros das atividades típicas e contínuas da administração, tendo em vista que se trata de trabalho de alta complexidade que necessita de experiência técnica tributária de auditoria interna para constituição do crédito e treinamento específico para

apropriação do mesmo. Afirmaram que se tratam de teses tributárias complexas que demandariam qualificação específica para identificação e apropriação do crédito e, no caso em questão, a municipalidade necessitava e ainda necessita de tal profissional.

Alegaram que o município possui apenas uma vaga para a procuradoria, mas que a eventual existência de corpo jurídico próprio não obstará a possibilidade de contratação direta, desde que cumpridos os requisitos legais. Colacionaram o art. 13, II, III e V, todos da Lei n. 8.666/1993, que admitem expressamente a contratação de pareceres, consultoria, assessoramento e patrocínio de causas judiciais e administrativas.

Ressaltaram que não haveria impedimento à contratação direta mesmo que o município possua quadro próprio de procuradores se estiver diante de situações que necessitem de conhecimentos altamente especializados, inclusive para dirimir controvérsias internas ou para conferir maior segurança à decisão administrativa diante de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, que possam periclitar administrativa ou financeiramente a administração ou que haja conflito de interesses relativamente aos próprios procuradores.

Salientaram que a prefeitura entendeu por bem realizar a contratação, tomando todos os cuidados necessários, inclusive apresentado sua justificativa, falta de qualificação técnica e profissional para realização dos serviços.

Destacaram que em relação aos contratos vigentes à época, nenhum deles previu o mesmo objeto da contratação em questão e não possuiriam capacidade técnica para realização dos serviços.

Quanto ao fato do Sr. Mauro Bonfim constar também no corpo técnico da presente empresa, informaram que teriam sido comunicados, posteriormente à realização do ajuste firmado, que assim que ele adentrou no corpo técnico da empresa Aurum Consultoria, no ano de 2018, romperam o contrato e optaram por uma nova assessoria. Ainda, concluíram que o Sr. Mauro teria sido contratado para realizar auxílio em causas distintas do objeto do presente contrato, qual seja, para atuação em causas de matérias de sua especialidade totalmente distinta ao objeto da contratação, já que não detém capacidade técnica tributária.

Em reexame, a 1ª CFM aduziu que não há que se falar na necessidade de contratação em razão da existência de teses tributárias complexas que demandam qualificação específica, visto que, de acordo com o item 2.3 do edital, o objeto em questão não possuiria qualquer peculiaridade, tratando-se, pois, de atividade rotineira. No entanto, entendeu que não seria razoável que apenas um procurador absorva toda demanda existente no Município, sendo esta situação que pode ensejar a contratação de serviços advocatícios, por meio da terceirização.

O Ministério Público de Contas, após análise das defesas, afirmou que mesmo que seja admitida a incapacidade técnica dos servidores municipais para a execução dos serviços necessários para a compensação tributária ou a incapacidade de lidar com o volume de trabalho envolvido, não fora demonstrado que as assessorias jurídica e contábil já contratadas pelo município seriam incapazes de atender à referida demanda.

Reafirmou que, em consulta ao Sistema Informatizado de Contas dos Municípios (SICOM), nos exercícios de 2017 e 2018, o Município de São José do Alegre possuía em vigor contratos de assessoria jurídica e contábil.

Assim, concluiu pela irregularidade da contratação dos serviços previstos no Processo de Inexigibilidade n. 44/2017, por contrariar o entendimento exarado na Consulta n. 873919, isto é, pela ausência de demonstração que inexistiria o cargo de advogado e/ou contador nos quadros da administração ou mesmo que o volume do serviço não possa ser absorvido pelo procurador

ou pelo contador municipal ou até mesmo pelos escritórios já contratados pelo município por meio dos Contratos n. 21/2017, 5/2017 e 22/2018.

Especificamente quanto a este ponto, na Consulta n. 873919, de relatoria do conselheiro em exercício Hamilton Coelho, sessões dos dias 11/7/2012, 25/7/2012 e 10/4/2013 do Plenário desta Corte, foi de fato firmado entendimento de que os serviços advocatícios que objetivem o resgate de créditos previdenciários constituem atividade típica e contínua da Administração e, portanto, devem ser exercidos por servidores do quadro permanente de pessoal, salvo quando presente a “i) adequada motivação, nos casos em que o volume do serviço não possa ser absorvido pelos procuradores municipais ou ii) na hipótese de inexistência de cargo de advogado nos quadros da administração, até que o Poder Público organize sua estrutura de pessoal”, observadas as seguintes premissas, *in verbis*:

- a) é vedada a terceirização dos serviços advocatícios que objetivem o resgate de créditos previdenciários, por consubstanciarem atividade típica e contínua da Administração, bem como por vincular-se à administração tributária, devendo ser atribuída sua execução a servidores do quadro permanente de pessoal, por força do disposto nos incisos II e XXII do art. 37, da Constituição da República;
- b) não obstante, admite-se a contratação de advogados, em caráter excepcional e extraordinário, quando o volume do serviço não possa ser absorvido pelos procuradores municipais ou, ainda, na hipótese de inexistência de cargo de advogado nos quadros da Administração, até que o Poder Público organize sua estrutura de pessoal, observada, em todo caso, a adequada motivação, [...].

Destaque-se, ainda, o entendimento deste Tribunal sobre a questão da terceirização de atividades permanentes e finalísticas, inerentes às atribuições dos cargos que compõem sua estrutura organizacional, no qual se decidiu que não seria possível a terceirização de serviços que constituem atividade-fim ou atribuições típicas de cargos permanentes, como também não é razoável colocar tais atividades administrativas sob controle de terceiros:

Os entes federativos têm suas competências materiais estabelecidas na Constituição da República, as quais, infraconstitucionalmente, são cometidas a órgãos, entes e cargos que compõem a Administração Pública, podendo, assim, ser entendidas como finalidades institucionais dos entes que as detêm, denominadas, portanto, atividades-fim, atos jurídicos ou de império, que consubstanciam manifestação do poder estatal, sob inafastável regime jurídico administrativo.

Tais competências (atividades-fim) podem ser classificadas, segundo lição de Hely Lopes Mirelles, como serviços públicos próprios ou impróprios. Enquanto aqueles consubstanciam atividades típicas de Estado e, por isso, são absolutamente indelegáveis (ex.: poder de polícia, definição de políticas públicas etc); esses caracterizam serviços de interesse comum, que, embora relevantes, podem ser prestados diretamente pelo Estado, ou, indiretamente, mediante concessão, permissão ou autorização (ex.: serviços de telecomunicações, energia elétrica, transporte, etc), mas não por meio de terceirização.

[...]

Os delegatários de serviços públicos, justamente por exercerem uma atividade-fim (serviço público impróprio) do ente delegante, atuam como uma *longa manus* do poder estatal, sujeitando-se, portanto, ao regime jurídico administrativo, fundamentalmente regulamentado pelas Leis n. 8666/93 e 8987/95. Por isso, a terceirização mostra-se adequada às denominadas atividades-meio do ente público, ou seja, não coincidentes com as suas finalidades institucionais, mas tão-somente instrumentais, também denominadas atos materiais ou de gestão, e que, por isso, são geralmente praticados em igualdade com o particular, sob a regência do Direito comum.

[...]

Este raciocínio se transporta para o Direito Administrativo, pois, no âmbito do serviço público, a terceirização, além de não poder ensejar a delegação de atividades típicas, e, por isso, exclusivas do Estado, não pode servir de instrumento à violação do princípio do concurso público (CR/88, art. 37, II). (Consulta n. 783098. Rel. Cons. Sebastião Helvecio. Sessão do dia 17/03/2010).

[...]

c) Relativamente à possibilidade de terceirização de mão-de-obra, é preciso examinar se está ocorrendo apenas atribuição de atividade-assessória ou real substituição de servidores ligados à atividade-fim do serviço público.

A última hipótese é vedada, sendo o ato nulo, não gerando efeito jurídico uma vez que a atividade-fim só pode ser desempenhada por servidor ou empregado público de carreira. A terceirização é lícita quando envolve, apenas, serviços ligados à atividade-meio, tais como: vigilância, limpeza, conservação, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicação e manutenção de prédios públicos.

Assim, a transferência para terceiros de atividade-fim da Administração é irregular, pois, além da subcontratação de mão-de-obra para o exercício de funções permanentes constituir lesão à exigência de concurso prévio estabelecido no art. 37, II, da Constituição Federal, é indispensável a profissionalização dos servidores públicos como garantia da prestação de serviços inerentes ao Estado.

Como se vê, não é possível a terceirização de serviços que constituem atividade-fim ou atribuições típicas de cargos permanentes, como também não é razoável colocar tais atividades administrativas sob controle de terceiros. (Consulta n. 694199. Rel. Cons. Moura e Castro. Sessão do dia 23/02/2005).

Desse modo, tradicionalmente, a jurisprudência desta Corte entendia que a contratação de profissionais e/ou sociedades para resgate de créditos previdenciários seria medida excepcional e extraordinária, sendo a regra geral o desempenho desta atividade pelo corpo de servidores da própria Administração, pois não seria possível a terceirização de serviços que constituem atividade-fim ou atribuições típicas de cargos permanentes.

Ocorre que, em razão das modificações substanciais na disciplina normativa em matéria de terceirização, notadamente com a recente edição das Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017, que deram amparo legal à transferência pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução; e em função da edição do Decreto n. 9.507/2018 pelo Executivo Federal, que trata da “execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”, este Tribunal, por ocasião da Consulta n. 1024677¹, admitiu a possibilidade de

¹ CONSULTA. LEI Nº 6.019/74. TRABALHO TEMPORÁRIO. INAPLICABILIDADE A ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. APLICABILIDADE ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL. APLICABILIDADE PARCIAL. EXCETO PARA ATIVIDADES QUE COMPREENDEM PARCELA DO PODER ESTATAL. EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA REGIDAS PELO ART. 173, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICABILIDADE PLENA SALVO QUANDO DEMANDAR ATRIBUIÇÕES INERENTES ÀS DO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. 1) As normas da Lei nº 6.019/74 referentes ao contrato de trabalho temporário se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista, mas não se aplicam à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, para as quais o art. 37, IX, da CR/88 estabeleceu regime jurídico específico. 2) As normas da Lei nº 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam à administração direta, às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento,

execução indireta das atividades da Administração direta, autárquica e fundacional, desde que não configurasse em exercício de parcela do poder estatal.

Com a novel resposta, restou assim superada a ideia de que a terceirização se pautaria pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”, pois seria possível a terceirização de todas as atividades, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império, para as quais segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República.

Tal prejulgamento de tese, com caráter normativo, foi reforçado nas Consultas de n. 1040717 e n. 1054024, nas quais se definiu haver possibilidade de execução indireta dos serviços de assessoria jurídica e contábil no âmbito municipal, desde que observadas as vedações a seguir delineadas:

CONSULTA. ASSESSORIA JURÍDICA. EXECUÇÃO INDIRETA. ÂMBITO MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. VEDAÇÕES. PODER DE IMPÉRIO ESTATAL. LICITAÇÃO. REGRA. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SINGULARIDADE DO OBJETO. SUBJETIVIDADE. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. INEXIGIBILIDADE. REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES CONTRÁRIOS. 1) É possível a execução indireta dos serviços de assessoria jurídica no âmbito municipal, desde que as atividades contratadas não caracterizem manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. 2) A execução indireta dos serviços de assessoria jurídica compatível com os paradigmas legais deve observar a regra definida no art. 37, XXI, da Constituição da República, ou seja, contratação mediante a realização de procedimento licitatório. 3) É possível, porém, a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, dos serviços de assessoria jurídica quando caracterizados como serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/93, desde que comprovadas no caso concreto, por meio do procedimento de justificação descrito no art. 26 da mesma norma, a notória especialização do prestador e a singularidade do objeto, assim considerado aquele que exige, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação. 4) Nos termos do parágrafo único do art. 210-A do Regimento Interno, revogam-se as Consultas nos 684.672, 708.580, 735.385, 765.192, 873.919 e 888.126, deliberadas, respectivamente, em 01/09/04, 08/11/06, 17/10/07, 27/11/08, 10/04/13 e 08/08/13. (TCEMG. Consulta n. 1076932. Plenário. Sessão do dia 3/2/2021. Relator: Cláudio Couto Terrão)

CONSULTA. ASSESSORIA TÉCNICA E CONTÁBIL. EXECUÇÃO INDIRETA. CONTRATAÇÃO. POSSIBILIDADE. VEDAÇÕES. PODER DE IMPÉRIO ESTATAL.

coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. 3) As normas da Lei nº 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista regidas pelo art. 173, da CR/88, salvo quando os serviços demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes as dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários. A vedação não se aplica caso implique contrariedade aos princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade.

LICITAÇÃO. REGRA. INEXIGIBILIDADE. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SINGULARIDADE DO OBJETO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. 1) É possível a contratação, por ente público, de serviços contábeis, inclusive assessoramento em matéria contábil, desde que sua execução não caracterize manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. 2) A contratação, por ente público, de serviços contábeis, inclusive assessoramento em matéria contábil, deve fazer-se “mediante processo de licitação pública”, em obediência ao disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República. 3) 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. (TCEMG. Consulta n. 1054024. Plenário. Sessão do dia 10/2/2021. Relator: Cláudio Couto Terrão)

Especificamente sobre as procuradorias municipais, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não haveria impedimento para a terceirização de tais serviços jurídicos pelo ente municipal, uma vez que as normas dispostas nos arts. 131 e 132 da CR/1988 têm sua aplicação restrita a Estados e União – pois não seriam, destarte, de repetição obrigatória na federação brasileira, que, como se sabe, é assimétrica, notadamente ante a ausência de previsão, na Constituição da República, da figura da advocacia pública municipal.

Foi conferido ao município, portanto, poder de auto-organizar-se mediante a edição de lei orgânica (art. 29 da CR/1988), inclusive com a faculdade de legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CR/1988), sendo facultado a organização da procuradoria municipal, inclusive, mediante contratação de terceiros:

ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELO MUNICÍPIO – POSSIBILIDADE.

É manifesta a possibilidade de o ente municipal organiza sua própria procuradoria, podendo cometer a patronos diversos, mediante contratação de terceiros, algumas das atribuições que originariamente seriam de seu procurador, haja vista que em relação a ele não incidem as limitações dos artigos 131 e 132 da CF/88.

[...]

Com efeito, ao Município foi concedido poder de autoorganizar-se mediante a edição de lei orgânica (artigo 29 da CF/88), inclusive com a faculdade de legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I, da CF/88), como aquele ora em debate, que trata da organização municipal dos serviços advocatícios necessários à defesa e ao manejo de ações em sede judicial, sendo mesmo certo que a instituição de procuradoria em nível municipal é decisão a ser tomada mediante a observância das peculiaridades locais, perquirindo-se acerca da necessidade de criação de tal órgão”. (g.n.) (Recurso Extraordinário n. 690765 / MG, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 05/08/2014, DJe-154 DIVULG 08/08/2014 PUBLIC 12/08/2014)

Há ainda outros julgados da Suprema Corte Federal a respeito do tema, consubstanciados no Recurso Extraordinário n. 1156016 / SP, de relatoria do ministro Luiz Fux, Primeira Turma,

DJe de 16/5/2019, e no AgReg no RE nº 893.694/SE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21/10/2016, que estabeleceram que “os municípios não estão obrigados à instituição da figura da advocacia pública (RE 225.777/MG, Relator para Acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24/2/2011, Pleno), porque ‘não há na Constituição Federal previsão que os obrigue a essa instituição’ (RE nº 690.765/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05/08/2014), tanto que ‘quando a Constituição Federal quis submeter o legislador municipal à Constituição Estadual previu tais hipóteses expressamente, a exemplo do disposto no art. 29, VI, IX e X, da Constituição Federal’ (Ag.Rg no Recurso Extraordinário nº 883.445/SP, Rel. Min. Roberto Barroso)”.

Há também decisões neste mesmo sentido, conforme exposto na Apelação Cível n. 1.0476.09.008786-9/002, oriunda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

[...]

ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELO MUNICÍPIO – POSSIBILIDADE - É manifesta a possibilidade de o ente municipal organizar sua própria procuradoria, podendo cometer a patronos diversos, mediante contratação de terceiros, algumas das atribuições que originariamente seriam de seu procurador, haja vista que em relação a ele não incidem as limitações dos artigos 131 e 132 da CF/88.”

[...]

E cediço é que a jurisprudência vem se manifestando no sentido da possibilidade de contratação de advogado terceirizado, ainda em existindo procuradoria municipal, quando a estrutura desta mostra-se insuficiente para o número de ações judiciais de que participa o ente municipal ou quando o caso é de excepcional complexidade, requerendo conhecimento técnico específico ou grande experiência profissional. (TJMG. Relator: Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula. Data de Julgamento: 22/9/2011. Data da publicação da súmula: 30/09/2011)

Tal discricionariedade do ente municipal em organizar sua própria advocacia pública é, todavia, limitada, notadamente diante das vedações impostas nas citadas Consultas de n. 1054024 e n. 1076932.

Neste caso, do exame atento dos documentos juntados aos autos, tendo em vista que o objeto do ajuste é a contratação de empresa prestadora de serviços de assessoria e consultoria jurídica, de natureza singular e especializada na área do Direito Administrativo Municipal, com expertise para a recuperação de verbas tributárias pagas a maior sobre a folha de pagamento e adequação das alíquotas do RAT/FAP em razão da atividade preponderante, entendo, na esteira dos julgados colacionados, que a constituição do referido ajuste se deu de forma regular, pois tais serviços: **i)** não envolvem a tomada de decisão; **ii)** não podem ser considerados estratégicos para o órgão ou a entidade; **iii)** e não estão relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção.

Ademais, **iv)** não verifiquei, do exame dos autos, que no âmbito do município teria sido criado ou haveriam cargos vagos de contador ou com semelhantes atribuições. Há, noutro giro, somente um servidor ocupante de cargo com funções definidas de assessoramento jurídico, que, no entanto, entendo que a contratação neste caso ocorreu apenas no sentido de complementar os serviços prestados pela assessoria jurídica municipal, isto é, de dar apoio e suporte ao mencionado servidor, pois a sociedade contratada teria atuação meramente auxiliar a determinadas atividades sem retirar o poder de decisão do advogado local, exceção permitida pelo §1º do art. 3º do Decreto Federal n. 9.507/2018².

² Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços: [...]

Vale destacar, por fim, que é relevante a conclusão a que chegou a Unidade Técnica após a análise dos argumentos dos defendentes, no sentido de que o volume de serviço gerado pelas referidas compensações não poderia ser absorvido pelo procurador municipal, em contraposição ao que apontou o Ministério Público de Contas, pois a Administração não conseguiria sequer concluir o serviço prestado – segundo os defendentes, dado a um conjunto de fatores, dentre eles, o excesso de trabalho, o tempo diminuto e a complexidade das matérias envolvidas, que exigiriam contratação de profissional especializado na área³, notadamente em face da dimensão do jurisdicionado, que, consoante informação extraída do *site* do IBGE⁴, possui uma população estimada de apenas 4.222 habitantes.

Também o fato de existir três contratos firmados pelo Município com assessorias jurídicas e contábeis não permite concluir que tais sociedades contratadas pudessem, eventualmente, prestar os serviços de resgate de créditos previdenciários ora examinados, não devendo, portanto, prevalecer, pois, conforme se verifica, os objetos não são os mesmos daqueles ajustados no presente caso:

Contrato	Data de assinatura do contrato	Nome do contratado	Data de vigência inicial	Data de vigência final	Valor original	Valor atualizado
21/2017	27/03/2017	Planejar Consultores Associados Ltda.	27/03/2017	26/03/2018	79.686,00	212.496,00
Objeto: prestação de serviços técnicos profissionais de consultoria e assessoria contábil para administração pública nas áreas de finanças públicas, compreendendo: orçamento público, contabilidade pública, tesouraria e execução orçamentária, patrimônio, compras, almoxarifado, frotas, tributos e folha de pagamento, inclusive disponibilização de software para o desenvolvimento dos trabalhos.						
Maio/17	16/1/2017	Mauro Bomfim Advocacia e Consultoria Jurídica S/C	16/1/2017	31/12/2017	108.000,00	126.000,00
Objeto: prestação de serviços técnico especializados de advocacia e de consultoria jurídica, compreendendo a elaboração de ações judiciais de inconstitucionalidade de normas de interesse do município, recursos para os tribunais superiores, sustentação oral perante o tribunal de justiça, tribunal regional do trabalho						
22/2018	02/5/2018	Freire, Câmara Ribeiro de Oliveira Advogados	02/5/2018	30/4/2019	96.000,00	96.000,00
Objeto: prestação de serviços técnico-especializados consistente: a atuação de processos administrativos de média e alta complexidade; atuação em processos judiciais de média e alta complexidade em segunda instância de jurisdição perante o TJMG, TRF-1 e TRT-3, STJ e STF; elaboração de pareceres em direito administrativo em matérias de média e alta complexidade; atuação em processos perante o TCE-MG e o TCU e orientação jurídica à procuradoria municipal em direito administrativo e processual.						

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

³ Afirmam os defendentes que ocorreu neste caso uma “perícia detalhada tanto nas folhas de pagamento, bem como em todos os pagamentos realizados à previdência social, analisando todas as verbas que indevidamente compuseram sua base de cálculo, levando em consideração os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, em confronto com a legislação municipal e também uma análise pormenorizada de todas as atividades dos funcionários a prefeitura para adequação da alíquota RAT/FAP”.

⁴ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg/sao-jose-do-alegre.html>. Acesso em 16fev2023.

Ante o exposto, é de se observar que as circunstâncias delineadas nos autos não denotaram irregularidade da contratação e, assim, julgo improcedente o apontamento apresentado pelo *Parquet Especial*.

1.2. Violação ao art. 25, *caput* e II, da Lei n. 8.666/1993 e Súmula 106 do TCEMG – Ausência de inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização

O *Parquet Especial* afirmou que o art. 37, XXI, da Constituição da República, dispõe que as contratações de serviços pela Administração Pública devem ocorrer mediante processo de licitação pública, o que garante a observância do princípio da impessoalidade, uma vez que tal procedimento possibilita ampla competitividade e garante a contratação mais vantajosa aos interesses públicos.

Alegou que as justificativas apresentadas no processo de contratação buscariam fundamento no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, que trouxe como hipótese de inexigibilidade a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da referida Lei, que possuiriam natureza singular, desde que contem com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Aduziu que os requisitos para a contratação direta de serviços técnicos profissionais mediante processo de inexigibilidade são: (i) impossibilidade de competição; (ii) natureza singular do objeto a ser contratado; (iii) profissionais ou empresas de notória especialização. Dessa forma, entendeu que seria indiscutível que o serviço contratado fosse técnico profissional especializado. No entanto, o que se deveria levar em consideração é que nem todo serviço técnico profissional elencado no referido artigo pode ser considerado, a priori, singular.

Assim, asseverou que não há nos autos demonstração da natureza singular do objeto e que a análise dos serviços contratados revelou que estes são inerentes a função administrativa, ou seja, consubstanciam atividade típica e contínua da Administração por se vincular à administração tributária – e que poderiam ter sido realizados pela própria assessoria jurídica e tributária do Município.

Afirmou, também, em relação ao requisito de “empresa ou profissional de notória especialização”, que teria chamado a atenção o fato de a sociedade empresária Aurum Consultoria Empresarial Ltda. ter sido fundada em 28 de julho de 2014, em Campo Belo/MG, por dois sócios: Srs. Guillen Philippe Sedov Ulrik Pavie e Manoel Costa de Castro. O objeto social da empresa originalmente era “Consultoria e Auditoria Contábil e Tributária” e a administração da sociedade coube ao sócio que, na época do contrato de constituição, era estudante.

Concluiu, assim, que não teriam sido demonstrados os requisitos da inviabilidade de competição, da singularidade do serviço e da notória especialização a justificar a contratação por inexigibilidade, nos termos do art. 25, II, da Lei Federal n. 8.666/1993, e Súmula n. 106 deste Tribunal de Contas.

Em análise inicial, a 1ª CFM alegou que a Inexigibilidade n. 44/2017 foi realizada com fulcro no art. 25, *caput*, II, da Lei n. 8.666/1993, não estando presentes, entretanto, *in casu*, todos os requisitos exigidos para a realização da contratação direta, por meio de procedimento de inexigibilidade, previstos no artigo citado.

Evidenciou que o objeto, ao ser descrito pela Administração, referia-se à prestação de serviços técnicos profissionais de assessoria e consultoria jurídica, de natureza singular, especificamente na área do Direito Tributário/Administrativo Municipal, com finalidade de se dispor de

profissionais mais gabaritados, que possam recuperar tributos recolhidos indevidamente sobre a folha salarial, adequação das alíquotas RAT/FAP e a recuperação dos valores indevidamente pagos nos últimos cinco anos, para efeitos de compensações administrativas com os tributos vincendos.

Afirmou que por se tratar de serviço técnico, os requisitos para a contratação direta são a inviabilidade de competição, dada a natureza singular do objeto a ser contratado e profissionais ou empresas de notória especialização.

Já em relação a notória especialização, aduziu que tal exigência tem por finalidade evitar que a Administração contrate quem ela bem entender, evitando o despropósito da contratação de entes não qualificados, para a execução de serviços de natureza singular. Concluiu que para aferir a notória especialização da empresa deve-se levar em conta diversos critérios, e, assim, observou que, *in casu*, a empresa contratada possuía apenas três anos de formação à época em que foi contratada. Logo, entendeu que não pode ser possível reconhecer sua notória especialização, estando a tão pouco tempo no mercado.

Às págs. 193/323, peça n. 15/18, págs. 3/261, peça n. 19, o Sr. Wagner da Silva, Sr. Thiago José Magalhães, Sr. José Carlos da Silva e a empresa Aurum Consultoria Empresarial, apresentaram defesas acompanhadas de documentações e alegaram que o Supremo Tribunal Federal já analisou a matéria diversas vezes, sendo que o atual entendimento predominante, permanece o que versa sobre a legalidade da referida contratação.

Sustentaram que os serviços advocatícios são um dos serviços mais contratados pela Administração Pública, dessa forma, a discussão recorrente é saber se a atividade do advogado poderia suscitar a ausência de pressuposto lógico, fático ou jurídico.

Afirmaram que o art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993 dispõe que a necessidade de se contratar profissionais de notória especialização implicaria em inviabilidade de competição, o que afetaria diretamente o pressuposto lógico da licitação, que se relaciona à pluralidade de objetos e à pluralidade de ofertantes. Ainda assim, aduziram que se o objeto a ser licitado é singular, o que constituiria fator de ordem lógica apto a impedir e obstaculizar a disputa e, consequentemente, o próprio certame licitatório.

Colacionaram entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que não há que se falar em ato de improbidade na espécie, dado que os serviços advocatícios se encontram entre as hipóteses que autorizam, excecionalmente, a contratação direta e que, no caso em exame, os requisitos legais exigidos para configuração da inexigibilidade de licitação estariam presentes, quais sejam, a singularidade do objeto, visto que os serviços singulares são descritos e se apresentam como de maior complexidade, de forma que somente um profissional experiente com aptidão técnica poderia prestá-los satisfatoriamente, bem como a notória especialização.

Concluíram que a Ordem dos Advogados do Brasil, a partir do voto do seu Conselho Federal, aprovou o entendimento de que não existe qualquer processo licitatório para a contratação de serviços advocatícios por parte da administração, sendo que esta função deve ser exercida somente por advogados habilitados.

Em reexame, a 1ª CFM entendeu que não assistiria razão aos defendentes ao afirmarem que o simples fato de se tratar de serviços advocatícios já os tornaria serviços técnicos especializados e, consequentemente, singulares. Justificou, nesse sentido, que a natureza singular seria do serviço e não do seu executor, sendo que a notória especialização, por si só, não autorizaria a contratação por inexigibilidade, pois os serviços advocatícios rotineiros exigiriam licitação.

Acerca dos entendimentos destacados sobre a possibilidade da contratação de serviços advocatícios, previsto no art. 13, V, da Lei n. 8.666/1993, referente ao patrocínio ou defesa de

causas judiciais ou administrativas, destacou que o caso em questão não constituiria precipuamente de serviços jurídicos, mas rotineiros de assessoria e consultoria.

Concluiu que ainda que se reconheça a singularidade dos serviços, não seria possível o ato de não se exigir a licitação, pois seria necessário, inclusive, que o profissional ou empresa que se pretende contratar seja de notória especialização, o que também não restou demonstrado.

Em parecer conclusivo, o Ministério Público de Contas alegou, nos termos da Súmula n. 106 desta Corte de Contas, que devem ser comprovadas, concomitantemente, a notória especialização da contratada e a singularidade do objeto nas contratações por inexigibilidade.

Afirmou que, tendo em vista que as contratações ocorreram nos exercícios de 2013 a 2018, e não teria ocorrido qualquer alteração ou mudança no verbete que consolidou a jurisprudência deste Tribunal de Contas acerca dos ajustes celebrados mediante inexigibilidade.

Salientou que os responsáveis, a quem compete produzir as provas da regularidade da contratação, não se desincumbiram do ônus de comprovar a singularidade dos serviços contratados e que teriam, de forma genérica, se limitado a afirmar que a consultoria tributária seria passível de contratação mediante procedimento de inexigibilidade.

Concluiu, assim, que não foram demonstrados os requisitos da inviabilidade de competição, da singularidade do serviço e da notória especialização a justificar a contratação por inexigibilidade, conforme previsão do art. 25, II, da Lei Federal n. 8.666/1993 e da Súmula n. 106 do Tribunal de Contas.

Com efeito, sobre a singularidade dos serviços advocatícios e contábeis, bem como a adequação da contratação por inexigibilidade de licitação devido a inviabilidade de competição, cabe destacar que, por anos, este Tribunal se posicionou no sentido de que seria indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços jurídicos a serem prestados, devendo, quanto a este último requisito, diferir aqueles em que as atividades sejam habituais no âmbito da Administração daquelas que não seriam. Somente nestas condições, isto é, se os serviços não constituíssem atividade rotineira, seria possível que esse tipo que configurasse hipótese de inexigibilidade de licitação.

Ocorre que, em 18/8/2020, foi publicada a Lei n. 14.039/2020, que alterou a Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) e o Decreto-Lei n. 9.295/1946, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e profissionais da contabilidade, respectivamente, *in litteris*: “Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei” e art. 25, § 1º, “Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei”.

Nessa esteira, a partir do desenvolvimento de novos paradigmas na Administração, em razão da evolução das necessidades públicas e, por consequência, da atuação estatal voltada à satisfação delas, assim como a correspondente alteração dos marcos legais citados, foi proposto no âmbito deste Tribunal avanço na análise da singularidade nestes casos, o que foi reconhecido nas respostas às Consultas n. 1054024 e 1076932, ambas de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, apreciadas nas sessões do dia 10/2/2021 e 3/2/2021, respectivamente, já colacionadas.

Esta Corte de Contas concluiu, portanto, pela possibilidade de contratação de serviços contábeis ou jurídicos por inexigibilidade de licitação, se caracterizados como serviços técnicos

profissionais especializados previstos no art. 13 da Lei n. 8.666/1993⁵, 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”.

Assim, o que qualificaria o serviço como singular não seria a habitualidade por sua demanda dentro da rotina administrativa ou da sua complexidade, abstratamente considerada, mas, em verdade, seria 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.

Entendeu-se, assim, que os aspectos subjetivos que atenderiam ao fim almejado pela Administração constituiriam em “[...] patente a inviabilidade de se estabelecer um processo competitivo por meio da licitação, ainda que dos tipos melhor técnica ou técnica e preço, os quais pressupõem a avaliação da proposta técnica segundo critérios claros e objetivos”.

Vale colacionar, a fim de melhor esclarecer os argumentos aqui expostos, a decisão da Segunda Câmara deste Tribunal, no âmbito da Representação n. 1082568, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, na sessão do dia 1º/12/2022, que reafirmou o teor das mencionadas Consultas ao julgar improcedente a representação formulada pelo Ministério Público de Contas em face da ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. e dos respectivos gestores – e que se imputava a ilegalidade do Procedimento de Inexigibilidade n. 1/2017, *verbis*:

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

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

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

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

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores

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

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

(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isso, não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” ou “C”, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

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

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

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

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

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

AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.

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

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

norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.

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

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

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

[...]

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

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

[...]

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

Imperioso acrescentar que, conforme salientado pelos defendentes, 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*:

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)

Em face desses argumentos e, em especial, do cenário legislativo atual, entendo que a contratação direta da empresa ADPM para a prestação de serviços de consultoria e auditoria contábil, orçamentária e financeira, por inexigibilidade de licitação, encontra amparo legal, porquanto serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/93, dotado de singularidade, assim considerado por exigir, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Por esse motivo, reconheço a improcedência da representação formulada pelo Órgão Ministerial neste item.

Neste mesmo sentido foi julgada improcedente representação proposta pelo Ministério Público de Contas em face da mesma sociedade empresária que a em exame, a Aurum Assessoria Empresarial – ocasião em que não se debruçou este Tribunal sobre a sua notória especialização:

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SINGULARIDADE. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. OFENSA AO ART. 26 DA LEI 8.666/93. AUSÊNCIA DO ORÇAMENTO EM PLANILHA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇOS. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DA RATIFICAÇÃO DA INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DA INDICAÇÃO DO VALOR ACORDADO. AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO DE RESARCIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. Com as inovações legislativas que se sucederam, os serviços advocatícios podem ser classificados como serviço singular, isto é, serviços técnicos especializados, tornando, assim, a competição inviável, na medida em que a singularidade do objeto impossibilita a avaliação de diferentes ofertas sob perspectiva objetiva. (TCEMG. Representação n. 1031588. Representação. Relator Conselheiro Durval Ângelo. Sessão da Primeira Câmara do dia 4/10/2022. Publicado no DOC em 11/11/2022).

Vale destacar ainda que esta Corte tem reconhecido que os efeitos da Lei n. 14.039/2020 devem ser aplicados de forma retroativa para beneficiar os representados, à exemplo do contido no Recurso Ordinário n. 1107528, de relatoria do conselheiro substituto Licurgo Mourão, julgado na sessão plenária do dia 13/7/2022⁶, no Recurso Ordinário n. 1102163, de relatoria do conselheiro substituto Telmo Passareli, julgado na sessão plenária do dia 15/12/2021⁷, bem

⁶ RECURSO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO E SINGULARIDADE DO OBJETO. CARÁTER PUNITIVO DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. RETROATIVIDADE DA LEI N. 14.039/2020. NÃO PROVIMENTO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. Negado provimento ao recurso, mantendo-se integralmente o acórdão combatido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

⁷ RECURSO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA FINANCEIRA E CONTÁBIL. CARÁTER PUNITIVO DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. RETROAÇÃO DE NORMA EM BENEFÍCIO DO REPRESENTADO. RECURSO CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. Sendo o papel do Tribunal de Contas o de exercer as devidas atribuições do jus puniendi estatal, cedejo que deve ser exercitada a aproximação entre os princípios do Direito Penal e do Direito

como na Representação n. 1024398, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, julgado na sessão da Segunda Câmara do dia 30/8/2022⁸.

Entretanto, no procedimento de justificação para a escolha do contratado, verifiquei que não foi comprovada a sua notória especialização, requisito previsto na Lei n. 8.666/1993⁹, e constante também das Consultas de n. 1054024 e 1076932 citadas, pois, embora a empresa Aurum tenha elencado os nomes dos integrantes de sua equipe e sua respectiva formação acadêmica, de forma resumida (à peça n. 15, pg. 32 a 47 do PDF), e o currículo resumido apenas do Sr. Mauro Bomfim, não existe prova documental que comprove que, de fato, tenha ocorrida a conclusão dos referidos cursos (com a respectiva apresentação de diploma ou mesmo certificado de conclusão), ou mesmo prova da experiência anterior dos membros da Aurum relacionada ao objeto firmado (com a juntada de eventuais contratos ou demais ajustes que demonstrariam a experiência anterior na execução de objeto semelhante pela sociedade empresária ou pelos integrantes de sua equipe) ou até publicações acadêmicas sobre o tema. Ademais, constatei foi apresentado um único atestado de capacidade técnica (peça n. 15, pg. 53 do PDF), mas não houve sequer a apuração, com detalhes, pelos responsáveis pela inexigibilidade em análise, de que a estrutura organizacional do futuro contratado dispunha seria a adequada para a produção dos resultados pretendidos.

Vale neste ponto colacionar o parágrafo único do art. 3º-A e §2º do art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, ambos alterados pela Lei de n. 14.039/2020:

Art. 3º-A. [...]

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. 25. [...]

Administrativo sancionador, de modo a devidamente invocar o princípio trazido pelo art. 5º, XL, da CRFB, de que a lei penal deve retroagir em benefício do réu.

⁸ Ressalta-se que, embora os fatos analisados remontem aos exercícios de 2015 e 2017, tenho o entendimento de que se deve aplicar à espécie o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, considerando que o novo cenário normativo buscou suprimir divergência interpretativa acerca do tema, trazendo maior segurança aos gestores no âmbito das contratações por inexigibilidade de licitação. [...]

Em face desses argumentos e, em especial, do novo cenário legislativo, entendo que a contratação direta de empresa para a prestação de serviços de assessoria contábil, por inexigibilidade de licitação, encontra amparo legal, porquanto serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/93, dotado de singularidade, assim considerado por exigir, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Por esse motivo, reconheço a improcedência da representação neste item.

⁹ Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. [\(Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

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

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; [\(Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017\)](#)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

[...]

§ 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.

Assim, embora os serviços advocatícios e contábeis possam ser classificados como singulares, e sua escolha poder se dar por meio de critérios eminentemente subjetivos, não ficou demonstrada a notória especialização do futuro contratado, aspecto que poderia ter sido comprovado mediante a análise do passado do particular (trabalhos publicados, cursos realizados, notícias de jornal, etc.), bem como da sua estrutura (equipe técnica especializada, instalação com equipamentos de última geração, etc.), de forma que ficasse evidenciada a sua capacidade em executar o objeto do ajuste firmado.

A ausência de critérios objetivos de julgamento não conduz, destarte, à possibilidade de escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse sob tutela estatal, tal como revela Joel de Menezes Niebuhr:

A rigor, o §1º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 indica elementos que redundam numa presunção. Ou seja, aqueles profissionais cuja experiência se harmoniza com os elementos postos a lume pelo dispositivo em comento presumem-se dotados de *notória especialização*.

Esses elementos não servem para dizer com exatidão se os profissionais são ou não são portadores de *notória especialização*, mas servem de indicativos, que, se verificados em concreto, ensejam a presunção de que os profissionais avaliados assim sejam qualificados.

Afora os elementos indicados, poder-se-ia também sugerir, conquanto não lembrado pelo legislador, curar da qualificação acadêmica do profissional a ser contratado, porquanto ela serve para indicar o nível de dedicação e aprofundamento de estudos, já então realizados seguindo metodologia científica, que implica coerência e objetividade do discurso.

Acrescente-se que a parte final do §1º do artigo 25 consigna exigência de suma importância, dado que os elementos em apreço devem revelar que o trabalho do especialista é *essencial e indiscutivelmente* o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Essa parte final do dispositivo prescreve a obrigatoriedade de nexo entre as características do profissional qualificado e a plena satisfação do objeto do contrato.

É necessário vislumbrar correlação entre o profissional escolhido pela Administração Pública e o objeto do contrato, a saber, ele deve ser, circunstancialmente, o mais indicado para o objeto específico do contrato. Melhor dizendo, o objeto do contrato é que determina o tipo de especialista a ser contratado. Logo, a Administração Pública é obrigada a avaliar as atividades desenvolvidas pelo especialista, qual a linha que ele segue, quais os aportes teóricos e quais as técnicas que ele assume, a fim de precisar se é realmente ele e não outro o profissional mais indicado, a teor do critério administrativo fundado na confiança, para cumprir os objetivos a que visa aportar o contrato a ser firmado. (Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr. pg. 174).

Marçal Justen Filho também leciona sobre o tema:

Nos casos de singularidade de objeto, a Administração contratará terceiros por não dispor de recursos humanos para atender às próprias necessidades. A contratação far-se-á sem licitação pela impossibilidade de critérios objetivos de julgamento e pela ausência de disponibilidade dos profissionais capacitados em participar de certames seletivos. Ora, isso não autoriza a Administração a contratar quem ela bem entender. A ausência de critérios

objetivos de julgamento não conduz à possibilidade de escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse sob tutela estatal.

A complexidade do objeto a ser executado exige que somente pessoas de alta qualificação sejam escolhidas pela Administração. Para evitar o despropósito de contratação de pessoas não qualificadas para execução de serviços de natureza singular, a lei exigiu o preenchimento do requisito da notória especialização. A fórmula conjuga dois pressupostos, a especialização e a notoriedade.

A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos e a titulação no âmbito de pós-graduação, a participação em organismos voltados a atividade especializada, o desenvolvimento frutífero e exitoso de serviços semelhantes em outras oportunidades, a autoria de obras técnicas, o exercício de magistério superior, a premiação em concursos ou a obtenção de láureas, a organização de equipe técnica e assim por diante. Não há como circunscrever exaustivamente as evidências da capacitação objetiva do contratado para prestar o serviço. O tema dependerá do tipo e das peculiaridades do serviço técnico-científico, assim como da profissão exercitada. O que não se dispensa é a evidência objetiva da especialização e qualificação do escolhido. Evidência objetiva significa a existência de manifestações reais que transcendam à simples vontade ou conhecimento do agente administrativo responsável pela contratação. O elenco do §1º é meramente exemplificativo e deverá ser interpretado em função das circunstâncias de cada caso.

A notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade profissional. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração. Não basta a Administração reputar que o sujeito apresenta qualificação, pois é necessário que esse juízo seja exercitado pela comunidade profissional. Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização. (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 6ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pg. 502)

Portanto, considero que não foram cumpridos os requisitos legais para a contratação dos serviços em referência por inexigibilidade de licitação, motivo pelo qual julgo procedente este apontamento de irregularidade, pois não foi devidamente justificada a notória especialização do contratado, o que poderia repercutir negativamente na execução do ajuste assinado.

Aliás, dadas as circunstâncias específicas, entendo que tais fatos constituem erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb, motivo pelo qual aplico multa individual ao responsável, Sr. Wagner da Silva, secretário municipal de administração e patrimônio, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), consoante definido no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, pois este atestou a notória especialização do contratado, à peça n. 14, pgs. 194/196 do PDF, sem efetivamente demonstrar tal afirmação, nos termos do art. 25 c/c o respectivo §1º da Lei n. 8.666/1993.

1.3. Violação ao art. 26 da Lei Federal n. 8.666/1993 - Ausência de justificativa do preço

O representante alegou, conforme dispõe o art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que seria indispensável que a contratação direta fosse devidamente justificada em processo de inexigibilidade que contenha os requisitos dispostos no citado artigo.

Afirmou que não haveria documentação comprobatória nos autos acerca da realização de levantamento prévio que justificasse e amparasse a definição dos honorários de êxito no patamar de 20%.

Destacou que a cláusula 3.1 do Contrato n. 28/2017 fixaria apenas o percentual sobre o êxito e não definiria o valor estimado da contratação, bem como dos honorários praticados, e, portanto, violaria o art. 26, III, da Lei Federal n. 8.666/1993.

A 1ª CFM aduziu que, dentre a documentação exigida nos casos de inexigibilidade, seria necessário a apresentação da justificativa do preço. Assim, a possibilidade de a Administração contratar diretamente não a isentaria de comprovar regularidade dos preços e desconsiderar propostas excessivas ou inexequíveis, pois, mesmo nos casos de inviabilidade de competição, é possível aferir a razoabilidade do valor por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados.

Afirmou, acerca da Consulta n. 873919, destacada pelo *Parquet* Especial, que seria necessário que o valor contratual fosse fixado por estimativa, já que o profissional contratado não pode garantir o resultado nem o antecipar com precisão. Além disso, o contrato deveria prever o valor estimado dos honorários, correspondente a um percentual sobre a estimativa do crédito a ser recuperado.

Da análise do contrato, decorrente da Inexigibilidade n. 28/2017, concluiu que somente consta o percentual de 20% sobre o êxito, não havendo justificativa de preço, o que impossibilita verificar a adequação do preço e vantajosidade da contratação, ainda, que não há valor estimado dos honorários.

Os Srs. Wagner da Silva, Thiago José Magalhães, José Carlos da Silva e a empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., em defesas acompanhadas de documentações apresentadas às págs. 193/323, peça n. 15/18, págs. 3/261, peça n. 19, afirmaram que os valores em percentual, no quais se balizou a sociedade empresária, não fogem aos valores de mercado, ainda mais em ações de êxito.

Colacionaram recente posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU), informativo de Licitação e Contratos n. 361, no qual a justificativa de preço em contratos de inexigibilidade de licitação poderia ser realizada mediante comparação do valor ofertado e aqueles praticados pelo contratado junto a outros entes públicos ou privados, envolvendo o mesmo objeto ou similar.

Aduziram que a municipalidade, diante da averiguação da possibilidade de recuperação de recursos indevidamente pagos, teria buscado no mercado sociedade qualificada capaz de recuperar tais valores, já que a municipalidade não tinha aparato técnico e operacional capaz de realizar o trabalho.

Ainda, confirmaram que a administração teria cumprido todos os requisitos inerentes à contratação, pois realizou a pesquisa de preço de mercado, comparou os valores praticados pela empresa qualificada com os trabalhos em outros entes municipais, que não se tratava de preço avultante e somente fez a contratação após verificar que o preço praticado em outros municípios era no mesmo percentual contratado pela Prefeitura de São José do Alegre.

Em reexame, a 1ª CFM afirmou que o posicionamento do Tribunal de Contas da União descrito no informativo de Licitação e Contratos n. 361, acerca da justificativa de preços em processos de inexigibilidade, seria o suficiente.

Porém, entendeu que embora se permita que a justificativa de preço em contratos de inexigibilidade de licitação seja realizada, mediante comparação do valor ofertado e aqueles praticados pelo contratado junto a outros entes públicos ou privados, envolvendo o mesmo objeto ou objeto similar, bem como possibilite a contratação de honorários por êxito fixado em

percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, ainda seria necessário constar a estimativa do valor contratual, a qual também não foi realizada.

Concluiu que deve ser mantida a irregularidade quanto à ausência de valor estimado dos honorários. Contudo, tendo em vista que a opção pela contratação direta se encontra eivada de irregularidade, fato que por si só já macula todo o procedimento, entendeu que esta irregularidade se torna irrelevante.

O Ministério Público de Contas afirmou que, da análise dos documentos citados, não foram observadas as formalidades previstas no art. 26, III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e que a justificativa apresentada pelos defendentes teria se limitado a afirmar a adequação do percentual de 20% sobre o êxito, sem demonstrar a realização de levantamento prévio capaz de amparar referido percentual.

Aduziu que seria necessário que a consulta a outros fornecedores e órgãos tivesse sido, obrigatoriamente, registrada documentalmente no bojo do processo de inexigibilidade para referendo dos valores pesquisados.

Verificou que, em 5 de maio de 2017, a empresa Aurum apresentou proposta de prestação de serviços e estimou o valor de R\$ 908.000,00. Ou seja, ao considerar o percentual de 20%, a remuneração total devida seria de R\$ 181.600,00.

Alegou que, entre julho de 2017 a junho de 2018, foi pago à contratada o montante correspondente a importância de R\$ 189.491,87. Dada a proximidade de valores, não seria crível que a proposta não tenha se baseado em estudos prévios, sendo possível presumir que a administração pública tinha ciência do montante aproximado que almejava compensar, o que possibilitaria a definição do valor estimado da contratação.

Com efeito, nos processos de inexigibilidade de licitação, embora seja inviável a competição, a Administração deve apresentar a justificativa do preço a ser pago ao particular, consoante previsto na Lei de Licitações, no art. 26, parágrafo único, III. Ainda, segundo o referido dispositivo, exige-se a justificativa do preço quanto ao objeto a ser contratado por inexigibilidade de licitação, visando aferir a compatibilidade dos preços contratados com aqueles praticados no mercado.

Em se tratando de hipótese de inviabilidade de competição, traz-se ensinamento de Marçal Justen Filho³, que ressalva a não-exigência de pesquisa de preços exclusivamente para essas hipóteses:

Na contratação direta, a Administração não está liberada de promover todas as atividades de pesquisa de preços e de solicitação de ofertas dos potenciais interessados. A ausência de um procedimento licitatório formal não significa a eliminação da competição – ressalvados os casos de sua inviabilidade.

Portanto, em situações de inexigibilidade de licitação, é necessário que seja apresentada justificativa de preço, que, neste caso, não amparou o percentual praticado¹⁰ e sequer a estimativa dos valores que ingressarão nos cofres públicos¹¹.

¹⁰ O preço do contrato deve guardar relação direta com os custos da sua execução, devendo a definição do percentual dos honorários advocatícios ser proporcional aos valores envolvidos. Desse modo, mostra-se imprescindível que a Administração Pública realize estudo prévio, para que possa estimar, mesmo com razoável margem de erro, o montante dos créditos que podem ser recuperados ou compensados. A ausência dessa estimativa prévia pode resultar no pagamento de valores desarrazoados/antieconômicos ao contratado, e, por conseguinte, no dano aos cofres municipais. (TCEMG. Denúncia de n. 1024297. Relatora Conselheira Adriene Andrade. Sessão da Primeira Câmara do dia 19/9/2017). (Grifei)

¹¹ A contratação mediante o pagamento de honorários por êxito é possível e, nesse tipo de avença, a remuneração é fixada em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, bem como por risco puro,

É necessária, portanto, a demonstração de que o preço praticado não está em desconformidade com aqueles praticados no mercado, requisito que busca garantir que o contratado não se aproveite da ausência de competitividade para aplicação de sobrepreço, devendo os valores serem compatíveis com aqueles praticados em contratações semelhantes ou junto a outros clientes da contratada. Tal justificativa, no entanto, deve ser ajustada com a situação fática de inviabilidade de competição, visto que a singularidade e a notória especialização impedem a equiparação do serviço ao prestado por quaisquer outros fornecedores.

Assim, 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.

Com tais considerações, esta Corte de Contas possui diversos julgados nos quais entendeu pela validade da justificativa de preço por meio da demonstração do valor praticado em contratações anteriores¹², ou mesmo por meio da averiguação dos preços praticados pelo próprio contratado¹³.

A justificativa do preço (art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/1993) deve, portanto, ser lastreada em elementos que confirmem objetividade à análise, sendo necessário que a Administração demonstre, previamente, que os honorários ajustados se encontram dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional (TCU. Acórdão 2621/2022-Plenário. Data da Sessão 30/11/2022. Relator Weder de Oliveira).

Todavia, do exame dos documentos juntados aos autos, observei que na proposta de prestação de serviços advocatícios especializados, às págs. n. 33/287, peça n. 16, embora conste o valor de R\$ 181.600,00 equivalente ao percentual de 20% sobre o valor total a ser recuperado, não ficou demonstrada a realização de levantamento prévio capaz de amparar referido percentual ou mesmo a estimativa do valor contratado.

mediante remuneração do advogado exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência, devendo constar no contrato o valor estimado e a dotação orçamentária própria de serviços de terceiros. O pagamento deve ser condicionado à conclusão do serviço, com o cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, conforme entendimento assentado no parecer da Consulta n. 873919, aprovada em 10/04/13. (TCEMG. Representação de n. 843470. Relator Conselheiro Gilberto Diniz. Julgado na sessão da Segunda Câmara de 29/2/2016). (Grifei)

¹² REPRESENTAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÁBEIS. SUPOSTA CONTRATAÇÃO INDEVIDA. SINGULARIDADE. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. LEI N. 14.039/2020. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DO PREÇO E DE ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. É admitida a contratação de serviços contábeis por inexigibilidade de licitação, presentes os requisitos previstos no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, bem como considerando o disposto na Lei n. 14.039/2020.

2. A justificativa do preço é requisito essencial na contratação por inexigibilidade de licitação, conforme prevê o parágrafo único, inciso III, do art. 26 da Lei n. 8.666/1993. Não sendo possível realizar a comparação de preços a partir de contratações de outros profissionais devido às particularidades do futuro contrato, pode-se aferir a razoabilidade do preço por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela empresa ou profissional em outros contratos celebrados com entes públicos ou privados. (Representação n. 1024610, Segunda Câmara, sessão de 15/9/2022, de relatoria do conselheiro em exercício Adonias Monteiro)

¹³ 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. (Representação nº 932.751. Primeira Câmara. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Sessão de 29/01/19).

Ademais, verifiquei que a empresa Aurum, embora tenha definido em sua proposta o modo como seria prestado o serviço e o seu vulto¹⁴, não apresentou os fatores que deveriam ser considerados para fixação dos seus honorários, como, por exemplo, ter listado os valores cobrados por ela própria em contratos celebrados com outros entes, levantamento que também não foi realizado pelos respectivos gestores públicos (ao menos não foi devidamente documentado nos autos, uma vez que os defendentes não obtiveram êxito, apesar de alegarem ter cumprido todos os pressupostos contidos na legislação, de comprovar tais alegações, na esteira do que afirmaram a Unidade Técnica e o Ministério Público de Contas).

Portanto, diante dos fundamentos ora expostos e da análise da documentação apresentada, julgo procedente esse apontamento de irregularidade relacionado à ausência de justificativa de preço relativa à Inexigibilidade de Licitação n. 44/2017.

Aliás, dadas as circunstâncias específicas, entendo que tais fatos constituem erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb, motivo pelo qual aplico multa individual ao responsável, Sr. Wagner da Silva, secretário municipal de administração e patrimônio, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), consoante definido no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, pois atestou o cotejo do preço proposto, às págs. 194/196, sem efetivamente demonstrar tal afirmação, o que afrontou o disposto no art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/1993.

1.4. Pagamentos efetuados à empresa Aurum – Antecipação de pagamento – Violação aos arts. 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320/1964 – Dano ao erário (1066654)

O representante informou que, em consulta ao SICOM, teria constatado que a empresa Aurum Consultoria Tributária e Empresarial Ltda. foi remunerada, mensalmente, a partir de julho de 2017. Ademais, considerando o período de julho de 2017 a junho de 2018, tem-se o montante correspondente a R\$ 189.491,87, valor que corresponde a aproximadamente 20% do valor estimado na proposta de prestação de serviço, R\$ 908.000,00.

Alegou que, de acordo com a proposta de contratação, o serviço prestado compõe-se de três etapas, quais sejam: (i) levantamento; (ii) compensação e acompanhamento de processos administrativos até a última instância; (iii) legitimação dos créditos, o que demonstra que o exaurimento do serviço ocorre tão somente com a homologação das compensações pela Receita Federal Brasileira, tendo a remuneração sido efetuada integralmente antes que o serviço fosse completamente prestado.

Ressaltou que a compensação de verbas recolhidas indevidamente ao INSS é efetuada administrativamente e está condicionada à necessária homologação da compensação a ser realizada pela Receita. Nessa linha, explicou que a compensação tributária é modalidade de extinção do crédito fiscal, conforme dispõe o art. 156, II, da Lei Federal n. 5.172/1966, e que a constituição dos créditos tributários, objeto da compensação tributária do contrato em questão, se daria mediante lançamento por homologação.

Concluiu, assim, que o pagamento dos serviços contratados antes da homologação do crédito tributário seria irregularidade grave, que enseja a aplicação de multa aos responsáveis.

Em relatório técnico inicial, a 1ª CFM observou, com base nos arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964, que não poderia a Administração Pública antecipar o pagamento de serviço, de parcela de obra ou por aquisição de bens, uma vez que não se poderia correr o risco de não ver cumprida a obrigação por parte do contratado.

¹⁴ Destaca-se que tal parâmetro foi utilizado no âmbito da Representação n. 1082568, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, Segunda Câmara – 1º/12/2022

Afirmou que a cláusula 3.1 do contrato estabeleceu que, pelos serviços prestados, a contratada receberia, mensalmente, a importância de R\$ 0,20 por cada R\$ 1,00 recuperados, e as cláusulas 4.1 e 4.2 do Contrato n. 28/2017, decorrente da Inexigibilidade n. 44/2017, estabeleciam a forma de pagamento até o 5º dia útil do mês subsequente à compensação.

Assim, concluiu que o contratado receberia, mensalmente, percentual sobre as compensações tributárias, em princípio sem lastro em qualquer decisão administrativa prévia. Os honorários seriam pagos logo após a apresentação da mera nota fiscal de prestação de serviços, ou seja, antes mesmo do pronunciamento dos órgãos competentes anuindo ao pagamento a menor efetuado pela Administração Municipal. Ou seja, não fora demonstrado que o pagamento tenha sido realizado no momento do exaurimento do serviço, qual seja, o efetivo ingresso dos recursos nos cofres públicos ou de sua compensação.

Em defesa apresentada às págs. 193/323, peça n. 15/18, págs. 3/261, peça n. 19, os Srs. Wagner da Silva, Thiago José Magalhães e a empresa Aurum Consultoria Empresarial, informaram que o Ministério Público de Contas entendeu que houve antecipação dos pagamentos à empresa que deveriam ser realizados somente após a homologação final das compensações tributárias pela Receita Federal.

Alegaram, quanto aos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, como é o caso das contribuições previdenciárias, que podem e devem ser compensados pelo sujeito passivo, independentemente de autorização administrativa ou de decisão judicial, pela simples aplicação do art. 66 da Lei n. 8.383/1991.

Aduziram que a indeclinável prestação jurisdicional, conforme prevê o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o exercício da compensação, sendo inadmissível que o fisco exija imediatamente seus créditos, mas ao mesmo tempo proteja o pagamento de seus débitos.

Afirmaram que a compensação equivale ao pagamento, pois produz efeitos desde sua efetivação, haja vista que, uma vez declarada à Receita Federal, “extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua melhor homologação”, nos termos do art. 74, §2º, tal qual o pagamento antecipado de tributos sujeitos a lançamento por homologação, que, de acordo com o art. 150, §1º do Código Tributário Nacional, “extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento”.

Argumentaram que a Receita Federal possui prazo de cinco anos para homologar ou rejeitar a compensação, contando da data da efetivação da compensação tributária. Após, transcorrido o quinquênio, a extinção do crédito fazendário torna-se definitiva, decaindo a possibilidade de o fisco rejeitar, no todo ou em parte a compensação.

Apontaram que, para a constituição do crédito, foi necessária a realização de uma perícia detalhada tanto nas folhas de pagamento, bem como em todos os pagamentos realizados à previdência social, analisando todas as verbas que indevidamente compuseram sua base de cálculo, levando em consideração os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, em confronto com a legislação municipal e também uma análise pormenorizada de todas as atividades dos funcionários a prefeitura para adequação da alíquota RAT/FAP.

Ressaltaram que o benefício financeiro para a municipalidade foi gerado quando da realização das compensações tributárias, já que a municipalidade utilizou o crédito obtido para compensar valores devidos perante a Receita Federal.

Assim, sustentaram que o fato de constar na proposta que a assessoria duraria até a homologação final dos créditos somente reforça e demonstra a seriedade e o compromisso da empresa que, confiando em seu trabalho e dando segurança técnica para a municipalidade, prevê a assessoria completa até a confirmação final das compensações tributárias.

Em reexame, a 2ª CFM entendeu que o pagamento deveria ser realizado no momento do esgotamento do serviço, com o cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, conforme entendimento sedimentado neste Tribunal.

Aduziu que, conforme informaram os defendentes, nos termos do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, assim que realizadas as compensações tributárias seria gerado o benefício financeiro para a municipalidade, que resultaria em crédito obtido para compensar valores devidos perante a Receita Federal, que deveria ser entendido como o ingresso dos recursos nos cofres públicos.

Ressaltou que, caso seja constatada pela Receita Federal que houve compensação indevida de tributo ou contribuição já confessado ou lançado de ofício, o sujeito passivo seria comunicado da não homologação da compensação e intimado a efetuar o pagamento do débito no prazo de trinta dias, contado da ciência do procedimento. No entanto, afirmou que caso não ocorra a homologação, posteriormente, a municipalidade seria obrigada a restituir os valores, logo, não seria razoável que o pagamento fosse realizado antes que se tenha certeza do efetivo ganho de recursos, diante da dificuldade em exigir que a contratada devolvesse os valores posteriormente.

O Ministério Público de Contas, em parecer conclusivo, alegou que os responsáveis ignoraram a ressalva prevista no art. 74, §2º da Lei n. 9.430/1996, tendo em vista que somente com a implementação da condição, homologação expressa ou tácita, ocorre a extinção definitiva do crédito tributário, cujos efeitos retroagem ao momento em que se deu o pagamento.

Apontou que os responsáveis sequer conseguiram comprovar documentalmente que houve a efetiva homologação das compensações realizadas pelo ente municipal, não havendo segurança de que os valores apontados pela empresa como indevidamente recolhidos pelo município obtiveram êxito em sua compensação perante a Receita Federal do Brasil.

Demonstrou que se tem como conclusão inarredável o fato de que o serviço contratado pelo ente municipal, compensação de créditos tributários, exaure-se tão somente após a homologação promovida pela Receita Federal, pressuposto indispensável para o êxito da compensação.

Concluiu que o pagamento dos serviços contratados antes da homologação do crédito tributário é irregularidade grave e constituiria em dano ao erário municipal no valor de R\$ 189.491,87.

Como responsável pela terceirização indevida de atividade típica e contínua da administração, ausência da singularidade do serviço e notória especialização a justificar a contratação por inexigibilidade e ausência de justificativa do preço e valor estimado dos honorários, o Ministério Público de Contas indicou o Sr. Wagner da Silva, secretário municipal de Administração e Patrimônio, por ser a autoridade responsável pela solicitação de contratação e subscritor da justificativa.

Já em relação ao pagamento sem a devida liquidação, ou seja, sem a constatação de que a compensação foi homologada pela Receita Federal, imputou responsabilidade aos Srs. Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves e Carlos Humberto Silveira Júnior.

Em análise conclusiva, a 2ª CFM afirmou que, em pesquisa realizada nos registros do SICOM, nos exercícios de 2017 a 2019, observou que a empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. foi de fato remunerada mensalmente a partir de julho de 2017. Ao considerar o período de julho de 2017 a abril de 2019, verificou que o montante pago corresponderia a R\$ 259.421,13.

Alegou que ao analisar a documentação enviada pela Receita Federal, por meio do Ofício n. 5098/2021-RFB/DICOP/CONTPROC/EXPED, à peça n. 27, contendo as GFIPs declaradas pelo Município de São José do Alegre, considerando o período de maio de 2017 a março de 2019, tem-se o montante compensado correspondente a R\$ 1.386.816,88, conforme planilha da

peça n. 33, isto é, no valor de R\$ 259.421,13, que corresponde a aproximadamente a 18,71% do valor compensado no referido período.

Ao analisar os dados mês a mês, concluiu que a grande maioria dos valores pagos à empresa contratada correspondem a exatamente 20% dos valores compensados, caracterizando um indicativo de que os pagamentos efetuados à empresa contratada se respaldam nas quantias compensadas perante a Receita Federal.

Afirmou, todavia, que não seria possível aferir, com parâmetros de razoabilidade, que tenha ocorrido a efetiva homologação das compensações realizadas pelo ente municipal, pois não há segurança de que os valores indevidamente recolhidos pelo Município de São José do Alegre obtiveram êxito em sua compensação por parte da RFB.

Concluiu que pode ter havido antecipação total de pagamentos à empresa contratada no valor de R\$ 259.421,13, em violação aos arts. 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320/1964, segundo os quais a Administração somente pode realizar os pagamentos após a devida liquidação.

Entendeu, ainda, que deveria ser instaurada tomada de contas especial em razão da ausência de dados acerca das efetivas homologações de compensação de crédito por parte da secretaria da Receita Federal.

Inicialmente, cumpre mencionar, como bem apresentado pela 2ª CFM, que a cláusula 4.1 do Contrato n. 28/2017, decorrente da Inexigibilidade n. 44/2017, estabelecia a forma de pagamento, que deveria ser efetuado até o 5º (quinto) dia do mês subsequente à **compensação**, mediante depósito na conta corrente bancária em nome a contratada, observada a data de exigibilidade da obrigação contratual, que será prorrogada no caso de não observância do prazo para apresentação dos documentos hábeis ou sua apresentação com incorreções – já a cláusula 4.2 impõe à contratada o dever de encaminhar até 2 (dois) dias antes da data prevista, nota fiscal ou fatura acompanhada do competente termo de recebimento dos serviços, passado na forma do item 2.4 da cláusula segunda.

Ademais, como relatado pela citada Unidade Técnica, considerando o período de maio de 2017 a março de 2019, foi constatado que o montante declarado pelo município corresponderia a R\$ 1.386.816,88 (quantia encaminhada pela Receita Federal do Brasil, por meio do Ofício n. 5098/2021 – RFB/DICOP/CONTPROC/EXPED, ⁹¹peça n. 27), o que equivaleria a aproximadamente a 20% do que foi pago à Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda.¹⁵ a partir de julho de 2017 (valores extraídos dos registros do SICOM consulta, realizada em 14/3/2022).

Destaco ainda que as defesas apresentadas não refutaram os argumentos do *Parquet* de Contas de que o pagamento teria sido realizado após as compensações.

Com efeito, o disposto no art. 62 da Lei n. 4.320/1964 prevê que o pagamento da despesa só será efetuado após sua regular liquidação. A liquidação da despesa, conceituada pelo art. 63, §2º, III, da referida lei, consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito, os quais, no caso em tela, seriam os comprovantes da prestação efetiva dos serviços contratados.

Além disso, consigne-se que a vedação de pagamento antecipado é prevista na lei de regência de licitações e contratos administrativos, vejamos:

¹⁵ Aliás, em alguns dos meses nesse período examinado, como em 7/2017, 8/2017, 9/2017, 10/2017, 11/2017, 12/2017, 13/2017, 1/2018, 2/2018, 3/2018, 4/2018, 6/2018, 7/2018, 8/2018 e 11/2018, correspondem exatamente a 20% do valor compensado.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, **vedada a antecipação do pagamento**, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; (grifo nosso)

Há, na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, excepcionalmente, apenas uma hipótese de antecipação de pagamento, no art. 40, XIV, “d”, mas que depende do ajuste de desconto previsto no contrato, além de prestação de garantia e que redunde em economia ao erário, conforme entendimento firmado por esta Corte de Contas na Consulta n. 788114, motivo pelo qual se conclui que o pagamento antecipado constitui em medida excepcional, que pode ser praticada apenas em situação extraordinária.

Ocorre que, nos termos da Consulta n. 873919, respondida por este Tribunal e já colacionada anteriormente, definiu-se que é possível a contratação de honorários por êxito, fixado em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, bem como por risco puro, mediante remuneração do advogado exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência, devendo constar no contrato o valor estimado dos honorários e a dotação orçamentária própria para o pagamento de serviços de terceiros.

No entanto, a realização do **pagamento nos casos de prestação de serviços advocatícios tributários, tal como analisada neste caso, deve estar condicionada ao exaurimento do serviço**, isto é, com o **cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos**, não se podendo considerar, para esse fim, a mera obtenção de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço¹⁶.

Cito, nesse mesmo sentido, voto aprovado por unanimidade na sessão da Segunda Câmara de 29/2/2016, de relatoria do conselheiro Gilberto Diniz, Representação de n. 843470, verbis:

A contratação mediante o pagamento de honorários por êxito é possível e, nesse tipo de avença, a remuneração é fixada em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, bem como por risco puro, mediante remuneração do advogado exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência, devendo constar no contrato o valor estimado e a dotação orçamentária própria de serviços de terceiros. **O pagamento deve ser condicionado à conclusão do serviço, com o cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, conforme entendimento assentado no parecer da Consulta n. 873919, aprovada em 10/04/13.** (grifei)

De fato, o termo “exaurimento do serviço” revela, segundo dicionário, ato ou consequência de exaurir-se; esgotar ou esgotar-se: exaurimento das possibilidades, que, *in casu*, pode ser interpretado como o dever de a Administração Municipal aguardar a homologação da compensação pelo Fisco para efetivar o pagamento da remuneração dos serviços prestados, uma

¹⁶ [...] b.3. é possível a contratação de honorários por êxito, fixado em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, bem como por risco puro, mediante remuneração do advogado exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência, devendo constar no contrato o valor estimado dos honorários e a dotação orçamentária própria para o pagamento de serviços de terceiros;

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

vez que a simples transmissão da GFIP ou Declaração de Compensação, seja na Secretaria da Receita Federal ou em outro órgão de natureza similar, não garante a sua efetivação. O envio da Declaração de Compensação à Receita, destarte, constituiria apenas a conclusão de fase ou etapa do serviço prestado, o que não permite, desde já, a realização de pagamento.

Isso porque, com o advento da Lei n. 10.637/2002, que promoveu alterações no art. 74 da Lei n. 9.430/1996, embora a compensação realizada por meio de declaração eletrônica¹⁷ possua eficácia **imediate**, ela é realizada “sob condição resolutória da sua ulterior homologação”, disciplinada nos seguintes termos:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

[...]

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6º A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

Vale colacionar, ainda, como bem ressaltou o Ministério Público de Contas, que a realização do pagamento deve ocorrer somente após a homologação da compensação, pois deve ser levada em consideração a possibilidade da Receita Federal de considerar indevida a declaração realizada e aplicar multa de ofício incidente sobre o valor indevidamente compensado, impondo severos prejuízos ao erário municipal, tal como ocorreu no âmbito da Denúncia n. 1015744, de relatoria do conselheiro substituto Adonias Monteiro, em sessão da Primeira Câmara de 2/8/2022, que determinou o ressarcimento aos cofres municipais pelo então gestor que não adotou as medidas necessárias à devida realização de compensação de créditos tributários pelo município¹⁸.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

¹⁷ Que deve ser veiculada por meio da Declaração de Compensação, instrumento utilizado para formalizar o pedido de compensação perante a Receita Federal do Brasil, é gerada pelo programa PER/DCOMP - Pedido Eletrônico de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação, e transmitida via internet por meio do Receitanet (na impossibilidade de sua utilização, poderá ser apresentado o formulário Declaração de Compensação, ao qual deverão ser anexados documentos comprobatórios do direito creditório), após constatada a existência de valores a serem restituídos (denominados créditos).

¹⁸ DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONSULTORIA TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. SUPOSTO DANO AO ERÁRIO PELO PAGAMENTO INDEVIDO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. SUPOSTO DANO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. TEMA 899 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES. DECISÃO DESTA CORTE. RECURSO ORDINÁRIO. PLENO. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS PREVIDENCIÁRIOS PERANTE A RECEITA FEDERAL. DÉBITO TRIBUTÁRIO ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. DANO AO ERÁRIO RELATIVO À MULTA E AOS JUROS. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO.

[...]

3. A realização de compensação de créditos tributários pelo Município sem o devido trânsito em julgado da decisão judicial, conforme exigência estabelecida pelo art. 170-A do Código Tributário Nacional, bem como sem observar

A plena eficácia da extinção do crédito tributário é operada, assim, até que, nos termos do art. 73 da Instrução Normativa RFB n. 2.055/2021¹⁹, a Receita Federal cientifique o sujeito passivo e, caso não homologue a respectiva compensação, efetue a sua intimação para que este realize o pagamento dos débitos indevidamente compensados no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência do despacho de não homologação.

Frise-se que tal entendimento também foi exposto na Consulta n. 17308e19, respondida pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, que, interpretando a Instrução n. 1/2018 daquela Corte, definiu que o pagamento dos honorários advocatícios deve estar condicionado a homologação da compensação pela Receita Federal, nos casos de ser realizada na via administrativa, *in litteris*:

No que diz respeito ao terceiro questionamento, é crucial esclarecer que não se permite a antecipação de valores pela Administração pelo ajuizamento de ação ou pela simples obtenção de tutela judicial provisória.

Isto porque, conforme preceitua o art. 4º, §§ 1º e 2º, da Instrução sob estudo, o pagamento dos honorários está condicionado ou à homologação da compensação pela Receita Federal (na hipótese de recuperação de créditos tributários, ou previdenciários junto à Receita Federal do Brasil – RFB) ou ao efetivo ingresso dos recursos nos cofres públicos, por força de determinação judicial definitiva ou provisória.

Assim, em caso de decisão judicial provisória, a exemplo, das tutelas de urgência, o pagamento só poderá ser realizado se houver uma das duas situações delineadas no parágrafo anterior. É o que se depreende da leitura do art. 4º, §§ 1º e 2º, da Instrução nº 01/2018, abaixo extratados:

art. 4º

(...)

§1º O pagamento dos honorários advocatícios deve estar condicionado a homologação da compensação pela Receita Federal, ou mediante efetivo ingresso dos recursos nos cofres públicos, por determinação judicial, ainda que através de tutela provisória;

§2º Em caso de recurso interposto pela União, determina-se que, mesmo nas hipóteses acima citadas, a administração não efetue o pagamento integral dos honorários advocatícios tendo em vista a possibilidade de anulação ou reforma da decisão judicial;”

Ressalto, neste mesmo sentido, a Instrução Normativa n. 4/2019, do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – TCE/PI²⁰, que condiciona a realização de pagamentos de honorários somente

os termos e condições estabelecidos pelo órgão fazendário para que se concretize a sua devida homologação, ocasiona dano ao erário municipal consubstanciado na multa e nos juros devidos no pagamento do débito tributário, os quais devem ser ressarcidos pelo responsável.

¹⁹ Art. 73. O sujeito passivo será cientificado da não homologação da compensação e intimado a efetuar o pagamento dos débitos indevidamente compensados no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência do despacho de não homologação.

§ 1º Se não ocorrer o pagamento ou o parcelamento no prazo previsto no caput, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) para inscrição em Dívida Ativa da União, exceto no caso de apresentação da manifestação de inconformidade prevista no art. 140.

§ 2º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

²⁰ **Art. 3º** É vedada a realização de pagamentos de honorários pelo Poder Executivo, Estadual ou Municipal, em favor de profissionais de contabilidade ou da advocacia e consultoria tributária, relativos ao procedimento de compensação de créditos tributários, antes da respectiva homologação pela Receita Federal do Brasil.

§1º Considera-se homologada a compensação quando houver deliberação expressa do órgão fiscal ou transcorrido o prazo decadencial de cinco anos reconhecido pela Receita Federal.

[...]

após a homologação da restituição pela autoridade tributária competente ou após decisão transitada em julgado, cujo conteúdo é o mesmo da Resolução n. 288/2014 do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe – TCE/SE²¹.

Aliás, o *Parquet* Especial ainda citou a orientação expedida pelo Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás, dirigida a seus municípios, com fundamento na Instrução Normativa n. 9/2013 daquela Corte, que contém a mesma lógica até então mencionada:

Considerando que a Receita Federal do Brasil, por meio do Ofício nº 15/2012/GAB/DRF/GOI, informou a este Tribunal de Contas a recorrência de situações de compensações de contribuições previdenciárias e PASEP, por parte de diversos municípios goianos, onde se verificou que as ações foram orientadas por escritórios de consultoria jurídico tributária, contratados na modalidade de taxa de sucesso, entretanto os pagamentos de honorários têm sido feito tão logo transmitidas as GFIP's ou DCOMP's originais ou retificados com pedido de compensação perante a Receita federal;

Considerando que Receita Federal informou que a compensação no âmbito da Administração Tributária da União de fato e de direito não ocorre no momento da transmissão eletrônica do pedido, e sim em momento posterior, que pode se dar no prazo de até cinco anos, conforme prescreve o art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96;

Considerando que a compensação efetivamente se opera com a homologação do pedido, de modo expresso ou tácito (após o decurso de 5 anos);

Considerando que nem sempre o município tem direito à compensação, situação na qual tem o pedido indeferido, entretanto o pagamento ao escritório de consultoria já foi realizado, sem este ter entregue o escopo do contrato que é a compensação tributária aprovada, gerando com isto prejuízo ao patrimônio público;

Considerando que a Receita Federal informou, ainda, como agravante, o fato de que, constatada a compensação indevida, é lavrado auto de infração com aplicação de multa de ofício incidente sobre o valor indevidamente compensado, impondo ônus extra ao erário municipal, que se caracteriza em tese transgressão à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e improbidade administrativa;

INSTRUI

[...]

Art. 5º A Administração Municipal deve aguardar a homologação da compensação pela Administração Tributária Federal para efetivar o pagamento da remuneração dos serviços prestados, uma vez que a simples transmissão da GFIP ou Declaração de Compensação, seja na Secretaria da Receita Federal ou em outro órgão de natureza similar, não garante a sua efetivação.

§3º Não se considera homologada a compensação com a mera distribuição de ação judicial, a concessão de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço, como por exemplo, a confecção e apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informação da Previdência Social (GFIP) perante a Receita Federal.

²¹ Art. 3º Fica vedada a realização de pagamentos de honorários pelo Poder Executivo Estadual e Municipal em favor de profissionais de contabilidade ou da advocacia e consultoria tributária, relativos ao procedimento de compensação de créditos tributários, antes da respectiva homologação pela Receita Federal do Brasil.

§1º Considera-se homologada a compensação quando houver deliberação expressa do órgão fiscal ou transcorrido o prazo decadencial de cinco anos reconhecido pela Receita Federal.

[...]

§3º Não se considera homologada a compensação com a mera distribuição de ação judicial, a concessão de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço, como por exemplo, a confecção e apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informação da Previdência Social (GFIP) perante a Receita Federal.

[...]

Art. 8º O pagamento dos serviços contratados antes da homologação do crédito tributário constitui irregularidade grave, a ser considerada quando do julgamento das contas por este Tribunal de Contas.

Art. 9º Realizada a compensação indevida e lavrado auto de infração pela Receita Federal ou outro órgão arrecadador, com aplicação de multa sobre o valor indevidamente compensado, impondo ônus extra ao erário municipal, a quantia deverá ser levada a débito do gestor solicitante da compensação indevida.

Ocorre que, embora tais pagamentos tenham sido efetuados sem a efetiva homologação da compensação pela Receita, em meu entendimento, não existem elementos nos autos suficientes para a formulação de juízo que culmine na condenação dos responsáveis ao ressarcimento de valores ao erário, nos termos do reexame técnico, uma vez que imputar dano neste caso poderia resultar na condenação por presunção dos agentes envolvidos.

Cite-se, aqui, a sugestão da Unidade Técnica de instauração de Tomada de Contas Especial pelo Executivo Municipal, com fulcro no art. 47, IV, c/c § 1º, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, para a apuração dos valores efetivamente compensados/recuperados, visando a quantificação de possíveis danos ao erário, tendo em vista que:

[...] após análise das informações apresentadas pela RFB e na busca pela verdade material, faz-se necessário reconhecer, com as devidas vênias, não ser possível materialmente aferir, com parâmetros de razoabilidade, que tenha ocorrido a efetiva homologação das compensações realizadas pelo ente municipal, não havendo segurança de que os valores indevidamente recolhidos pelo Município de São José do Alegre obtiveram êxito em sua compensação por parte da Receita Federal.

Portanto, considerando não é possível aferir o dano ao erário efetivamente praticado, já que não constam dos autos quais seriam os valores indevidamente recolhidos pelo Município de São José do Alegre, creio não existir, neste caso, prova efetiva do prejuízo aos cofres públicos que justifique a condenação dos agentes jurisdicionados.

A propósito, já se manifestou esta Corte de Contas no Processo Administrativo n. 54174, em sessão da Segunda Câmara do dia 13/2/2020, de relatoria do conselheiro substituto Adonias Monteiro:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. INSPEÇÃO ORDINÁRIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DESTE TRIBUNAL. RECONHECIMENTO. MÉRITO. RECEBIMENTO DE SUPOSTA REMUNERAÇÃO A MAIOR. REALIZAÇÃO DE NOVOS CÁLCULOS. AFASTADO APONTAMENTO DE RESSARCIMENTO. REALIZAÇÃO DE DESPESAS IRREGULARES. PAGAMENTOS EFETUADOS QUE NÃO DEMONSTRAM PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS OU OUTRAS AÇÕES DE CONTROLE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. IMPERTINÊNCIA. GASTOS COM PUBLICIDADE. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO CONTEÚDO VEICULADO. NÃO PRESUNÇÃO DE DANO. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS OU OUTRAS AÇÕES DE CONTROLE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. IMPERTINÊNCIA. GASTOS COM PUBLICIDADE. IMPESSOALIDADE. OBJETIVO DE INFORMAR E/OU ORIENTAR. PROMOÇÃO PESSOAL. RECONHECIMENTO. VALORES NÃO SIGNIFICATIVOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO.

[...]

4. A mera presunção de dano ao erário não é suficiente para impor ao responsável a obrigação de devolver aos cofres públicos o valor das despesas tidas como irregulares.

Nesse mesmo sentido é o julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ transcrito a seguir:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DANO NÃO COMPROVADO. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. [...] 2. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, o pedido de ressarcimento ao erário reclama a comprovação de lesão efetiva ao patrimônio público, não sendo possível caracterizar o dano por mera presunção. [...] (AgInt no REsp 1451163/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe 11/06/2018)

Ademais, creio não haver erro grosseiro dos gestores públicos envolvidos, nos termos do que estabelece o art. 28 da Lindb, notadamente diante da dificuldade de interpretação do que seja o “exaurimento de serviços” conforme expõe a jurisprudência deste Tribunal (citada anteriormente), e do disposto no art. 74 da Lei n. 9.430/1996, em especial da regra constante do seu §2º que estabelece que a compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, mas sob condição resolutória de sua ulterior homologação pela RFB. Soma-se a estas constatações o fato de que inexistem nos autos prova efetiva do dano ao erário e a aparente escorreta execução do ajuste firmado com a sociedade empresária representada.

Ante o exposto, com a devida vênia ao posicionamento do Ministério Público de Contas, entendo que o apontamento de irregularidade ora analisado deva ser julgado improcedente, tendo em vista que não vislumbrei indícios de dano ao erário, motivo pelo qual também indefiro a sugestão da Unidade Técnica de instauração de Tomada de Contas Especial, embora entenda que a forma como ocorreu o pagamento seja irregular.

Aliás, nos termos expostos anteriormente, embora tenha me manifestado pela irregularidade dos pagamentos realizados à sociedade empresária Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. sem a homologação da compensação pela Receita Federal, considero suficiente a atuação pedagógica desta Corte de Contas para recomendar aos atuais gestores do município de São José do Alegre que aguarde a homologação da compensação pela Administração Tributária Federal para efetivar o pagamento da remuneração dos serviços prestados, uma vez que a simples transmissão da GFIP ou Declaração de Compensação, seja na Secretaria da Receita Federal ou em outro órgão de natureza similar, não garante a sua efetivação.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto pela procedência parcial dos apontamentos de irregularidade formulados pelo Ministério Público de Contas na presente representação no tocante ao Procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 44/2017, nos termos do art.196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil:

- não foi devidamente justificada a notória especialização do contratado, nos termos do art. 25, §1º, da Lei n. 8.666/1993;
- ausência de justificativa de preço relativa à Inexigibilidade de Licitação n. 44/2017, com fulcro no art. 26, III, da Lei de Licitações;

Considerando que, nos termos da fundamentação, referidos apontamentos constituem erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb, aplico multa individual ao responsável, Sr. Wagner da Silva, então secretário municipal de administração e patrimônio, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) para cada irregularidade

perpetrada, consoante definido no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, tendo em vista a violação ao art. 25 c/c o respectivo §1º, assim como ao art. 26, parágrafo único, III, ambos da Lei Federal n.8.666/1993.

Recomendo aos atuais gestores do Município de São José do Alegre que aguardem a homologação da compensação pela Administração Tributária Federal para efetivar o pagamento da remuneração dos serviços prestados, uma vez que a simples transmissão da GFIP ou Declaração de Compensação, seja na Secretaria da Receita Federal ou em outro órgão de natureza similar, não garante a sua efetivação.

Intimem-se os responsáveis por via postal e pelo Diário Oficial de Contas, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Promovidas as medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista, Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

PRIMEIRA CÂMARA – 27/2/2024

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em face de possíveis irregularidades no âmbito do Contrato nº 28/17, firmado entre o Município de São José do Alegre e a sociedade empresária Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., decorrente do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 44/17, cujo objeto consistia na “prestação de serviços técnicos profissionais de assessoria e consultoria jurídica, de natureza singular, [...] que possam recuperar tributos recolhidos indevidamente sobre a folha salarial, adequação das alíquotas do RAT/FAP e a recuperação dos valores indevidamente pagos nos últimos 05 (cinco) anos, para efeitos de compensações administrativas com os tributos vincendos”.

Na sessão da Primeira Câmara do dia 21/03/23, o conselheiro Agostinho Patrus apresentou seu voto, julgando parcialmente procedentes os apontamentos formulados pelo *Parquet* de Contas, com aplicação de multa nos termos abaixo transcritos, além de expedição de recomendação:

Diante do exposto, voto pela procedência parcial dos apontamentos de irregularidade formulados pelo Ministério Público de Contas na presente representação no tocante ao Procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 44/2017, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil:

- não foi devidamente justificada a notória especialização do contratado, nos termos do art. 25, §1º, da Lei n. 8.666/1993;

- ausência de justificativa de preço relativa à Inexigibilidade de Licitação n. 44/2017, com fulcro no art. 26, III, da Lei de Licitações;

Considerando que, nos termos da fundamentação, referidos apontamentos constituem erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb, aplico multa individual ao responsável, Sr. Wagner da Silva, então secretário municipal de administração e patrimônio, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada irregularidade perpetrada, consoante definido no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, tendo em vista a violação ao art. 25 c/c o respectivo §1º, assim como ao art. 26, parágrafo único, III, ambos da Lei Federal n. 8.666/1993.

Recomendo aos atuais gestores do Município de São José do Alegre que aguarde (*sic*) a homologação da compensação pela Administração Tributária Federal para efetivar o pagamento da remuneração dos serviços prestados, uma vez que a simples transmissão da GFIP ou Declaração de Compensação, seja na Secretaria da Receita Federal ou em outro órgão de natureza similar, não garante a sua efetivação.

Na sequência, pedi vista do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Mérito

O relator julgou parcialmente procedente a representação formulada pelo MPC, concluindo pela **improcedência do item 1.1** (terceirização de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários) e **do item 1.4** (pagamentos efetuados à empresa Aurum – antecipação de pagamento – violação aos arts. 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/64 – dano ao erário, e pela **procedência do item 1.2** (violação ao art. 25, *caput* e II, da Lei nº 8.666/93 e Súmula 106 do TCEMG – ausência de inviolabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização) e **do item 1.3** (violação ao art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93 – ausência de justificativa do preço), bem como pela emissão de recomendação aos gestores.

De início, assevero que compartilho do entendimento do relator quanto ao julgamento pela improcedência do item 1.1 e pela procedência do item 1.2. Porém, com a devida vênia, apresento posicionamento divergente do relator quanto ao item 1.3, por entender desnecessária a imposição de sanção, bem como quanto ao item 1.4, uma vez que vislumbro a ocorrência de erro grosseiro que acarretou dano ao erário.

Entendo ser necessário, inicialmente, tecer breves considerações acerca do apontamento 1.2, que se coadunam com o entendimento do relator para, após, passar a expor meus pontos divergentes.

a) Violação ao art. 25, caput e II, da nº Lei 8.666/93 e Súmula 106 do TCEMG – Ausência de inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização (item 1.2 da fundamentação do relator)

Conforme descrito no relatório, consta dos presentes autos que a empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. foi contratada por meio de inexigibilidade de licitação (art. 25, *caput* e inc. II, da Lei nº 8.666/93), para a prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídica de recuperação de tributos recolhidos indevidamente sobre a folha salarial, adequação das alíquotas do RAT/FAP e a recuperação dos valores indevidamente pagos nos últimos 05 (cinco) anos, para efeitos de compensações administrativas com os tributos vincendos.

O relator expôs a evolução dos entendimentos desta Corte de Contas na análise e julgamento da contratação de serviços advocatícios e contábeis pela via da inexigibilidade por inviabilidade de competição, bem como dos conceitos nela envolvidos, até chegar à alteração legislativa instituída pela Lei 14.039/20, destacando que os efeitos desta lei devem ser aplicados de forma retroativa para beneficiar os representados, o que vem sendo reconhecido por este Tribunal, conforme precedentes que cita²².

Ao final, julgou procedente o apontamento diante das circunstâncias específicas do caso concreto, principalmente devido à ausência de demonstração da notória especialização da contratada para executar o objeto do ajuste firmado, aplicando multa de R\$1.000,00 (mil reais) ao gestor, por entender configurado erro grosseiro cometido pelo Senhor Wagner da Silva, que atestou a notória especialização da contratada sem efetivamente demonstrar tal afirmação.

Acerca da contratação prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, venho me manifestando no sentido de que 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 outros potenciais prestadores do serviço, mas que aspectos subjetivos, relacionados aos meios empregados, indiquem apenas um deles como apto a atender à necessidade pública. Todavia, aquele que os contrata não o faz comparando com outros da mesma área, de acordo com critérios objetivos, mas, invariavelmente, pautando-se em suas habilidades pessoais específicas, em seu estilo próprio, na confiança estabelecida etc.

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

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 a notória especialização do prestador do serviço** e a singularidade do objeto, assim considerado aquele que exige, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, além das justificativas do preço acordado.

A alteração legislativa levada a efeito através da Lei nº 14.039/20 positivou a definição de que os serviços profissionais de advogado e de contador são, por natureza, técnicos e singulares **quando comprovada a sua notória especialização**, bem como trouxe o conceito desta:

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 a sua notória especialização**, nos termos da Lei.

²² Recurso Ordinário nº 1.107.528; Recurso Ordinário 1.102.163; Representação 1.024.398.

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 contratado.

Deste modo, não pairam dúvidas sobre a possibilidade de classificação dos serviços contábeis e advocatícios como singulares, nem de que sua escolha pode se dar por meio de critérios eminentemente subjetivos, mas não há dispensa da demonstração do requisito de notória especialização, sob pena de se autorizar uma escolha arbitrária, o que se afigura incompatível com o sistema de contratação da administração pública.

O administrativista Marçal Justen Filho, no trecho colacionado no voto do relator, leciona que para evitar o despropósito de contratação de pessoas não qualificadas para a execução de serviços de natureza singular, a lei exigiu o preenchimento do requisito da notória especialização, que conjuga dois pressupostos: a especialização e a notoriedade.

Quanto à especialização, pela adequação do conteúdo, peço vênica para transcrever novamente o trecho da obra supra referenciada:

A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. (...) O que não se dispensa é a evidência objetiva da especialização e qualificação do escolhido. Evidência objetiva significa a existência de manifestações reais que transcendem à simples vontade ou conhecimento do agente administrativo responsável pela contratação. (grifo nosso)

Já em relação à notoriedade, assim anotam os autores Ronny Charles e Fernando Baltar²³:

A notória especialização envolve elemento subjetivo, referindo-se a uma característica do particular contratado. Essa característica é relativa, podendo variar de acordo com a localidade da prestação contratual. Determinado profissional pode ser reconhecido como notório especialista em uma pequena cidade ou região, embora seu trabalho e sua reputação sejam desconhecidos em uma grande capital.

Como se observa dos conceitos acima, a notoriedade envolve elemento subjetivo, mas a especialização não. Assim, apesar da predominância do aspecto subjetivo na contratação autorizada pelo art. 25, II da Lei nº 8.666/93, a confiança no prestador de serviços também precisa se amparar em algum elemento objetivo, motivo pelo qual a demonstração da especialização continua sendo exigida no processo de justificação, sob pena de violação ao princípio da impessoalidade.

No caso em tela, a **notória especialização não restou demonstrada no processo de contratação**, seja através de análise de trabalhos passados (trabalhos publicados, cursos realizados, notícias de jornal, etc.) ou da estrutura da contratada (equipe técnica, instalação com equipamentos de última geração, etc.), como bem explicitado no voto relator.

No processo de justificação da contratação (peça nº 14, fl. 195) constam as razões da escolha dos executantes:

ESCOLHA DOS EXECUTANTES

Indica-se a contratação da firma Aurum Consultoria Empresarial Ltda. (...) em face das informações de que possui pelo menos dois profissionais de assessoria e consultoria jurídica com comprovada especialização acadêmica no ramo do Direito Tributário Público (*sic*), abrangendo as áreas administrativa, constitucional e tributária.

²³ Direito Administrativo. 12ª edição, rev., ampl. e atual., 2ª tiragem, jun. 2022. Editora Juspodivm.

Além do mais, consta que esses profissionais são muito experientes, pois há vários anos prestam serviços especializados para as administrações municipais, com destacada e elogiada atuação pelos representantes legais dos entes contratantes. O que possibilita a celebração do contrato.

Sem perder de vista que a contratação profissional de maior quilate jurídico e técnico depende do grau de confiabilidade que transmite com o histórico de seu trabalho em outras Municípios, de modo a tranquilizar a Administração quanto a dispor de serviços de qualidade e com a eficiência necessária para atender, a contento, os relevantes interesses do Município.

Observe-se que, conforme contrato social acostado aos autos, a contratada registrou seus atos constitutivos no Município de Campo Belo em 2014 (peça nº 15), ou seja, apenas três anos antes de ser contratada pelo Município de São José do Alegre, constando dois sócios-fundadores, sendo que um deles foi inscrito nos quadros da OAB/MG apenas em 06/09/13²⁴, conforme consulta ao site da OAB/MG, o que constitui mais um indício da ausência do requisito da notória especialização.

Ressalto ainda que o documento juntado ao processo, denominado “Corpo Técnico da Equipe Aurum Consultoria Empresarial Ltda.” (peça nº 15, fls. 32/47), consiste numa simples lista com os nomes dos advogados e dos outros profissionais; a única comprovação sobre a qualificação dos profissionais do direito consiste em cópias das carteiras da OAB (peça nº 15, fls. 34/43), ressaltando que a maioria das inscrições na Ordem era muito recente à época da contratação. Foi juntado um único atestado de capacidade técnica da empresa, expedido pelo prefeito do Município de Virgínia (peça nº 15, fl. 53) e o currículo de apenas um profissional do corpo técnico (peça nº 15, fls. 44/45), qual seja, o do senhor Mauro de Paula Bonfim, que também não foi acompanhado de qualquer documento que comprovasse as atividades nele descritas. Também não há documentos que comprovem experiência anterior dos membros da empresa na área objeto do contrato.

Deste modo, sem alteração do meu posicionamento quanto à preponderância do elemento subjetivo na escolha do prestador de serviços nas contratações de serviços advocatícios e contábeis por inexigibilidade com amparo no art. 25, II da Lei nº 8.666/93, que não exige a Administração Pública de cumprir a exigência insculpida na lei em referência de comprovação da notória especialização, **acompanho o voto do relator, reputando procedente o item 1.2 da fundamentação de seu voto**, tendo em vista a ausência de qualquer documento apto a demonstrar o preenchimento de tal requisito. Além disso, entendendo que, mesmo à míngua de comprovação, o Senhor Wagner da Silva, secretário municipal de administração e patrimônio, atestou a notória especialização do contratado, incorrendo em erro grosseiro, alinho-me também à aplicação de sanção ao agente público em razão deste ponto.

b) Da ausência de justificativa de preços (item 1.3 da fundamentação do relator)

Quanto ao apontamento relativo à ausência de justificativa de preços, alegou o representante que não haveria documentação probatória nos autos da contratação acerca da realização de levantamento prévio que justificasse e amparasse a definição dos honorários de êxito no patamar de 20% (vinte por cento), limitando-se a administração a afirmar a adequação do referido percentual. O representante ressaltou também que a cláusula 3.1 do Contrato nº 28/17 fixava apenas o percentual sobre o êxito e não definia o valor da contratação, nem mesmo por estimativa. Sustentou que a referida conduta violaria o art. 26 da Lei nº 8.666/93 e Consulta nº 873.919 desta Corte.

²⁴ <https://www.oabmg.org.br/Consulta/DadosInscrito/MTIyMzA1>, Número de Ordem 148051, acesso em 05/02/24, às 09:23 hs.

A empresa contratada, em suas razões de defesa (peça nº 19, fls. 201/217), informou que, após solicitação de cotação de preço, apresentou proposta de 20% (vinte por cento) sobre o valor recuperado, estimando o valor de recuperação em R\$908.000,00 (novecentos e oito mil reais). Informou que para chegar em tal percentual balizou-se no preço que estava sendo praticado no mercado, levando em consideração a razoabilidade e proporcionalidade entre o valor cobrado e o serviço prestado.

Os Senhores Wagner da Silva, Tiago José Magalhães, José Carlos da Silva e a empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. afirmaram que os valores em percentual nos quais se balizou a contratada não fogem aos valores de mercado, principalmente em ações remuneradas em percentual de êxito. As defesas apresentadas citaram o posicionamento do Tribunal de Contas da União extraído do informativo de Licitação e Contratos nº 361, em que foi decidido que a justificativa de preços em contratos por inexigibilidade de licitação pode ser realizada mediante a comparação do valor ofertado com aqueles praticados pela contratada junto a outros entes públicos ou privados, envolvendo o mesmo objeto ou objeto similar. Afirmaram que a municipalidade cumpriu todos os requisitos inerentes à espécie de contratação, realizou pesquisa de preço no mercado, comparou os preços praticados pela empresa qualificada com trabalhos em outros entes municipais e que somente teria feito a contratação após verificar que o preço praticado em outros municípios era no mesmo percentual estabelecido.

O relator julgou procedente o referido apontamento, aplicando multa individual ao responsável, Senhor Wagner da Silva, no valor de R\$1.000,00 (mil reais), entendendo pela ocorrência de erro grosseiro consistente em atestar o cotejo do preço proposto pela contratada, sem efetivamente demonstrar tal afirmação.

Conforme se vê do processo de justificação, no documento inaugural da solicitação de contratação, o secretário municipal de Administração e Patrimônio afirmou que “foram levantados os valores de serviços técnicos profissionais idênticos ou semelhantes, prestados nos Municípios mais próximos da região, como Virgínia, Jesuânia, obtendo-se como resultado das pesquisas realizadas o mesmo valor, dependente do grande comprometimento e de dedicação dos profissionais, em razão do alcance e da expressão do objeto da contratação.”

Contudo, assim como na questão da notória especialização, não há nenhum documento nos autos que comprove as afirmações de compatibilidade dos valores estabelecidos com os valores praticados nos Municípios mais próximos da região. Tais informações deveriam estar devidamente formalizadas no processo de justificação, possibilitando o controle de legalidade do ato administrativo, assistindo razão ao relator ao imputar erro grosseiro ao secretário de Administração e Patrimônio, que realmente atestou o cotejo sem documentação que amparasse tais informações.

Desse modo, em face da deficiência na justificativa do preço ajustado, bem como diante do fato de o gestor atestar um cotejo de preços que não encontra respaldo nos autos, **reputo procedente a representação** quanto ao apontamento ora relatado (item 1.3 da fundamentação do relator).

Por outra via, em que pese o fato de a administração municipal não ter feito um estudo prévio dos valores passíveis de recuperação, o processo de justificação foi instruído com proposta detalhada de prestação de serviços da empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., que apresentou, com base em análise dos documentos da prefeitura, um valor estimado de crédito previdenciário para compensação junto ao INSS (peça nº 14), senão vejamos:

O presente trabalho consistiu na realização preliminar de análise técnica jurídica e contábil nas últimas 60 folhas de pagamento desta municipalidade, servindo esta de parâmetro para cobrança do percentual de honorários de acordo com o valor aproximado preliminarmente apurado. (...)

No presente caso, identifica-se créditos previdenciários incidentes sobre as verbas indenizatórias, visto sua não integração à remuneração nem ao salário de contribuição do trabalhador, o que gerou um crédito previdenciário para compensação junto ao INSS estimado em:

Valor estimado: R\$ 908.000,00

Deve-se observar que o percentual de 20% sobre o proveito econômico em causas fiscais é previsto pela Tabela da OAB/MG²⁵, instrumento que foi considerado por esta Corte²⁶ como parâmetro seguro para a Administração Pública estimar, na fase interna, os custos e valores a serem desembolsados pelos serviços advocatícios prestados em benefício da Administração.

Deste modo, o percentual de 20% sobre o valor total a ser recuperado, ou seja, com pagamento sobre o êxito, ao se mostrar em consonância com a previsão da Tabela de valores **mínimos** da OAB/MG para que os advogados efetuem a cobrança de honorários, mostra-se também em consonância com os valores de mercado.

Assim, considerando que havia um valor estimado, por parte da contratada, para a recuperação pretendida e que o percentual fixado para os honorários como forma única de remuneração da contratada está dentro de parâmetro aceitável, divirjo do relator neste ponto, **para deixar de aplicar sanção ao responsável. Outrossim, entendo ser suficiente a expedição de recomendação** ao atual secretário de Administração e Patrimônio para que, em futuras contratações da espécie, a administração realize estudo prévio, para que se possa, ainda que por estimativa, fixar o montante a ser eventualmente recuperado, bem como proceda à devida formalização do preço ajustado, com documentos comprobatórios das pesquisas feitas ou mesmo com documentos de outras contratações da mesma empresa para serviços do mesmo porte, de forma a demonstrar a sua razoabilidade.

c) Pagamentos efetuados à empresa Aurum – antecipação de pagamento – violação aos arts. 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320/64 – Dano ao erário

O relator, após análise do apontamento, manifestou-se pela irregularidade dos pagamentos realizados à empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. sem a homologação da compensação pela Receita Federal, mas não vislumbrou indícios de dano ao erário, em razão da ausência de elementos suficientes nos autos para a conclusão de que a Receita Federal tenha deixado de homologar as compensações realizadas pelo Município. Entendeu também não ter ocorrido erro grosseiro por parte dos gestores públicos, tendo em vista a dificuldade de interpretação do que seja “exaurimento do serviço”. Por tais motivos, julgou improcedente o apontamento e indeferiu a sugestão da Unidade Técnica de instauração de Tomada de Contas Especial.

Contudo, peço vênha para dele divergir, uma vez que **entendo ser o caso de procedência do apontamento**, porquanto os pagamentos realmente foram feitos antes do exaurimento do serviço, em desacordo com a regra geral vigente que veda a antecipação de pagamentos pelos entes públicos.

Nas respectivas peças de defesa, os Senhores Wagner da Silva, Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves, Carlos Humberto Silveira Júnior e a empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. afirmaram que a compensação equivaleria ao pagamento, produzindo efeitos desde a sua efetivação, haja vista que, uma vez declarada à Receita Federal, “extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, nos termos do art. 74, § 2º, tal qual o pagamento antecipado dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.” Sustentam que a homologação apenas confirmaria a extinção do crédito e que

²⁵ <https://www.oabmg.org.br/areas/tesouraria/doc/tabela%20de%20honor%C3%A1rios.pdf>

²⁶ Licitação, nº 951.358, 1ª Câmara, relator conselheiro Mauri Torres.

o benefício financeiro para a municipalidade teria ocorrido quando da realização das compensações tributárias, já que a municipalidade teria utilizado o crédito tributário para compensar valores devidos perante a própria Receita Federal.

Porém, ao contrário da tese sustentada pelas defesas, está mais do que esclarecido que o serviço contratado pelo ente municipal se exaure tão somente após a homologação promovida pela Receita Federal do Brasil (RFB), oportunidade em que é atestado o êxito da compensação, tornando extinto o crédito tributário e, por conseguinte, devido o pagamento ao contratado pelos serviços prestados.

Verifica-se que a contratada foi remunerada mensalmente durante toda a execução do contrato, ou seja, após a segunda etapa do serviço, e não de seu exaurimento, que somente se dá após a homologação pela Receita Federal.

Não há dúvidas de que houve indevida antecipação dos pagamentos, o que além de constituir prática vedada pela Lei nº 8.666/93, configura pagamento de despesas sem a regular liquidação, em desacordo com a Lei nº 4.320/64. Deste modo, **a totalidade dos pagamentos realizados de forma antecipada pela Prefeitura Municipal de São José do Alegre é ilegítima e constitui dano ao erário**, não havendo necessidade de instauração de Tomada de Contas para sua quantificação, visto que já são plenamente líquidos e correspondem à integralidade dos valores repassados à empresa contratada. Ressalte-se ainda que as defesas apresentadas nos autos não refutaram a imputação contida na inicial de que os pagamentos foram feitos à contratada mensalmente, logo após as compensações, conforme pactuado no contrato firmado.

As possíveis consequências da antecipação indevida dos pagamentos foram bem salientadas pela 1ª CFM na peça nº 9:

No entanto, vale ressaltar que, se constatada pela Receita Federal que houve compensação indevida de tributo ou contribuição já confessado ou lançado de ofício, o sujeito passivo será comunicado da não-homologação da compensação e intimado a efetuar o pagamento do débito no prazo de trinta dias, contado da ciência do procedimento.

Sendo assim, caso não homologado, posteriormente a municipalidade seria obrigada a restituir os valores, logo, não é razoável que o pagamento seja realizado antes que a municipalidade tenha certeza do efetivo ganho de recursos, pois seria quase impossível exigir que a contratada devolvesse os valores posteriormente.

Situação como a descrita pela Unidade Técnica é narrada no processo nº 5000472-57.2021.8.13.0319, ação ajuizada pelo Município de Itabirito contra a empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. – ME., em razão de suposta falha na prestação dos serviços da empresa contratada, que teria acarretado prejuízos ao erário, com a retenção de R\$4.581.949,66 (quatro milhões, quinhentos e oitenta e um mil, novecentos e quarenta e nove reais e sessenta e seis centavos) no FPM, referente às compensações que a Receita entendeu como sendo indevidas. Na inicial, o Município afirma ainda ter perdido o direito a créditos no valor de R\$2.819.886,58 (dois milhões, oitocentos e dezenove mil e oitocentos e oitenta e seis reais e cinquenta e oito centavos), a que faria jus caso a contratada houvesse retificado as GFIPS de 06/12 a 05/17.

Ainda na referida ação, houve tentativa de citação real da empresa requerida pelos diversos meios previstos na legislação processual civil, mas não tendo sido localizada a empresa, foi deferida a citação ficta por edital, publicado em 20/09/23²⁷ (ID Num 10125438707), cuja comprovação foi juntada aos autos em 28/11/23, data da última movimentação processual.

²⁷ dje.tjmg.jus.br Edição nº: 175/2023 Página: 66 de 126.

Necessário salientar que a menção à supracitada ação, que ainda se encontra em fase inicial, está sendo feita somente para reforçar a importância de que o gestor se certifique não só da notoriedade, mas também da aferição objetiva da especialização do contratado, bem como da imprescindibilidade de que os pagamentos, em casos como o presente, sejam feitos à empresa contratada **apenas e tão somente** após a efetiva homologação da compensação pela Receita Federal, diante da possibilidade de se acarretarem graves prejuízos ao ente público, notadamente em serviços de grande impacto financeiro.

Feitas as minhas considerações, passo, então, à avaliação das responsabilidades dos envolvidos no presente apontamento, quais sejam: os senhores Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves e Carlos Humberto Silveira Júnior, liquidantes das notas de empenho antes da comprovação do cumprimento integral do objeto do contrato nº 28/17 e a empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda..

O Senhor Tiago José Magalhães, em sua defesa, explanou que como procurador municipal, detinha várias funções e que costumeiramente era surpreendido pelo setor contábil para que assinasse como liquidante de todos os serviços jurídicos, o que era comum no município. Aduziu que sempre teve confiança no serviço prestado, tendo em vista que a compensação sempre foi real, que o município sempre foi favorecido e que obteve vantagem com a compensação. Afirmou que o Senhor José Carlos da Silva, prefeito à época, assinou as autorizações de pagamento e que o secretário de administração expediu as autorizações de fornecimento, o que deixaria claro que o defendente assinava tais documentos em confiança, não possuindo poder para liquidar sozinho tal pagamento.

O Senhor Carlos Humberto Silveira Júnior sustentou que o procurador não pode ser responsabilizado pela liquidação das notas de empenho e que não seria procedente que a suposta irregularidade ocasionou danos ao erário. Argumentou que o procurador do Município não assume obrigação de natureza pecuniária em nome do órgão público, tendo assinado tão somente, em conjunto com o prefeito e o secretário de Administração, as notas questionadas. Narrou que o ato de dispensa de licitação, a elaboração da minuta do contrato, a assinatura do contrato e a emissão física da nota de empenho não foram feitas por ele; além do mais, afirmou que a assinatura conjunta da nota de empenho seria formalidade insuficiente para lhe atribuir responsabilidade pelo suposto dano ao erário.

Como visto, diante dos elementos carreados aos autos, os serviços contratados foram efetivamente liquidados antes da compensação definitiva dos créditos tributários, acarretando dano ao erário municipal equivalente à integralidade dos valores pagos à empresa contratada.

As irregularidades descritas sujeitam todos os agentes públicos e privados envolvidos neste apontamento às sanções previstas na Lei Orgânica deste Tribunal, além da determinação de recomposição do prejuízo causado aos cofres públicos.

Frise-se, por oportuno, que a responsabilização a ser realizada deve observar o disposto no art. 28 da LINDB, o qual prescreve que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. A norma qualifica e restringe as ações que são aptas a gerar a responsabilidade pessoal do agente, pois, além de afastar a possibilidade de responsabilização objetiva, exige que o ato culposos (erro) seja “grosseiro”.

No âmbito federal, foi editado o Decreto nº 9.830/19, que regulamentou os arts. 20 a 30 da sobredita lei e trouxe a definição, em seu art. 12, §1º, de erro grosseiro, o qual será “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O referido decreto federal aproximou, portanto, o conceito de erro grosseiro ao de culpa grave.

De acordo com a lição de Sérgio Cavalieri Filho²⁸ “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal”.

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

No caso em análise, todos os elementos dos autos conduzem à conclusão de que os responsáveis desrespeitaram as exigências formais previstas na legislação de regência (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 4.320/64) para a liquidação e pagamento dos serviços. Verifica-se o formato de pagamento no instrumento contratual, cujas disposições eram as seguintes:

CLÁUSULA TERCEIRA
DOS PREÇOS

3.1 Pelos serviços prestados, a CONTRATADA receberá, mensalmente, a importância de R\$0,20 (vinte centavos) por cada R\$1,00 (um real) recuperados, que será paga em moeda corrente do país e sofrerá ajuste pela TAXA SELIC, durante o prazo de vigência deste contrato.

[...]

CLÁUSULA QUARTA
DO PAGAMENTO

4.1 Os pagamentos dos serviços prestados serão efetuados até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente à compensação, mediante depósito na conta corrente bancária em nome da CONTRATADA, observada a data de exigibilidade da obrigação contratual, que será prorrogada no caso de não observância do prazo para apresentação dos documentos hábeis ou sua apresentação com incorreções.

Note-se que a forma de pagamento foi estabelecida nos moldes da proposta apresentada pela própria empresa (peça nº 14), em tese com notória especialização sobre o assunto. Assim, entendo que no contexto destes autos, os agentes que se responsabilizaram pelas liquidações dos empenhos o fizeram com erro grosseiro incidente em face da legislação existente.

Dessa forma, **as condutas dos Senhores Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves e Carlos Humberto Silveira Júnior desrespeitaram o comando dos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, o que constitui erro grosseiro do qual resultou dano ao erário**, nos termos do art. 28 da LINDB, **justificando a aplicação de sanção**, acorde com as manifestações da Unidade Técnica e consoante o disposto no art. 86 da Lei Orgânica do Tribunal.

A aplicação de sanções administrativas orienta-se pelo princípio da proporcionalidade. Logo, a penalidade deve guardar estrita correlação com a reprovabilidade da conduta que se quer sancionar.

Assim, atento às condições individuais dos responsáveis e às circunstâncias acima analisadas, **voto pela aplicação de multa individual aos Senhores Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves e Carlos Humberto Silveira Júnior no percentual de 1% (um por cento) do valor do dano ao erário, bem como para que promovam solidariamente o ressarcimento aos cofres do Município de São José do Alegre, do valor pago antecipadamente, que perfaz o total de R\$259.421,13 (duzentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e vinte e um reais e treze centavos)²⁹, a ser devidamente atualizado.**

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

²⁹ Conforme pesquisa feita pela 2ª CFM nos registros do SICOM, considerando o período de julho de 2017 a abril de 2019. Relatório final, peça nº 32.

Ressalte-se que todos os atos decisórios do processo de contratação (peça nº 15) foram assinados pelo prefeito à época, Senhor José Carlos da Silva, que assinou também o contrato e as autorizações de pagamento constantes nas notas de empenho. Contudo, o referido agente não foi citado para que apresentar defesa sobre o apontamento em análise, não havendo mais, neste momento, tempo hábil para o retorno à fase instrutória.

Destarte, no que concerne à empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., **entendo que a conduta assume contornos de especial gravidade**, uma vez que foi contratada em razão de possuir em tese conhecimentos especializados sobre o assunto e contribuiu, de maneira decisiva, para que os agentes públicos efetuassem os pagamentos à empresa antes do esgotamento do serviço prestado.

Diante do contexto apresentado nos autos, com fulcro no art. 83, I e 86 da Lei Orgânica do Tribunal, **voto pela aplicação de multa no valor de 10% (dez por cento) do valor do dano ao erário**, bem como pela determinação de **que a empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. promova solidariamente o ressarcimento aos cofres do Município de São José do Alegre, do valor pago antecipadamente, que perfaz o total de R\$259.421,13 (duzentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e vinte e um reais e treze centavos)**³⁰, **a ser devidamente atualizado**.

III – CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, dirijo parcialmente do voto do relator para:

1. **Em relação ao item 1.4**, julgar procedente o apontamento de antecipação indevida de pagamento à empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., sem a concretização do êxito nas compensações previdenciárias, determinando que **os Senhores Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves e Carlos Humberto Silveira Júnior e a empresa promovam solidariamente o ressarcimento aos cofres do Município de São José do Alegre do valor histórico total de R\$259.421,13 (duzentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e vinte e um reais e treze centavos), a ser devidamente atualizado; bem como aplicar:**
 - 1.1. com fundamento nos arts. 83, I e 86 da Lei Orgânica do Tribunal, à empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., multa individual de 10% (dez por cento) do valor do dano ao erário, em virtude da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, que resultou em dano aos cofres do Município de São José do Alegre;
 - 1.2. com fundamento nos arts. 83, I e 86 da Lei Orgânica do Tribunal, multa individual no valor de 1% (um por cento) do valor do dano ao erário aos Senhores Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves e Carlos Humberto Silveira Júnior, que desrespeitaram o comando dos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, o que constitui erro grosseiro do qual resultou dano ao erário, nos termos do art. 28 da LINDB.
2. **Em relação ao item 1.3, deixar de aplicar a sanção ao responsável**, Senhor Wagner da Silva, por entender suficiente a expedição de recomendação ao atual secretário de Administração e Patrimônio e ao atual prefeito do Município de São José do Alegre para que, em futuras contratações da espécie, a administração realize estudo prévio, visando fixar, ainda que por estimativa, o montante a ser eventualmente recuperado, bem como para que proceda à devida formalização do preço ajustado, acostando os documentos comprobatórios das pesquisas feitas ou mesmo, documentos de outras contratações da

³⁰ Conforme pesquisa feita pela 2ª CFM nos registros do SICOM, considerando o período de julho de 2017 a abril de 2019. Relatório final, peça nº 32.

mesma empresa para serviços do mesmo porte, de forma a demonstrar a sua razoabilidade.

3. Determinar ao atual chefe do Poder Executivo de São José do Alegre que, no caso de não homologação da compensação pela Receita Federal, vindo o referido órgão a imputar ao município juros moratórios e multa em função das compensações indevidas, tome as providências cabíveis para recomposição dos cofres públicos quanto aos débitos dessa natureza.

Quanto aos demais pontos do voto do relator, acompanho integralmente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

Acompanho o voto-vista por entender procedente a irregularidade relativa à antecipação de pagamentos à empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda. No entanto, divirjo do voto-vista quanto à responsabilização por essa irregularidade, uma vez que, na minha visão, ela deve recair somente sobre a referida empresa.

Explico-me: no voto-vista, o Conselheiro Cláudio Terrão entendeu que os servidores Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves e Carlos Humberto Silveira Júnior deveriam responder solidariamente pelo dano apurado e serem multados, individualmente, no valor correspondente a 1% do dano, sob a justificativa de que eles foram os responsáveis pela liquidação das notas de empenho e de que os serviços contratados foram efetivamente liquidados antes da compensação definitiva dos créditos tributários. Nesse ponto, com a devida vênia, discordo do voto-vista, pois, a meu ver, a irregularidade se originou das cláusulas terceira e quarta do Contrato Administrativo nº 028/2017, celebrado, em 15/5/2017, entre o senhor José Carlos da Silva, Prefeito do Município de São José do Alegre à época, e o senhor Manoel Costa de Castro, representante da Aurum Consultoria Empresarial Ltda. Nessas cláusulas, pactuou-se que os honorários advocatícios seriam quitados mensalmente, até o 5º dia útil do mês subsequente à compensação, na importância correspondente a R\$0,20 (vinte centavos) por cada R\$1,00 (um real) recuperado, não tendo sido mencionado, no contrato, que o pagamento estaria condicionado à homologação da compensação pela Receita Federal.

Desse modo, embora o serviço tenha sido liquidado antes da compensação definitiva dos créditos tributários, entendo que não cabe a responsabilização dos servidores Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves e Carlos Humberto Silveira Júnior, uma vez que, no processo de liquidação de despesas, apenas seguiram o que havia sido pactuado pelo Município de São José do Alegre nas cláusulas terceira e quarta do Contrato Administrativo nº 028/2017.

Informo que o senhor José Carlos Silva, Prefeito do Município de São José do Alegre à época e subscritor do Contrato Administrativo nº 028/2017, não foi citado para apresentar defesa sobre o apontamento em análise, o que torna inviável a sua responsabilização (vide despacho de citação à peça n. 36 do SGAP).

Como bem observado no voto-vista, a forma de pagamento dos honorários advocatícios estabelecida nas cláusulas terceira e quarta do Contrato Administrativo nº 028/2017, foi reproduzida da proposta de prestação de serviços apresentada pela empresa Aurum Consultoria Empresarial Ltda. à Prefeitura de São José do Alegre. Nesse contexto, comungo do entendimento do Conselheiro Cláudio Terrão de que a conduta da referida empresa “assume contornos de especial gravidade, uma vez que foi contratada em razão de possuir em tese conhecimentos especializados sobre o assunto e contribuiu, de maneira decisiva, para que os agentes públicos efetuassem os pagamentos (...) antes do esgotamento do serviço prestado”.

Diante do exposto, no tocante à irregularidade de antecipação de pagamentos, voto pela sua procedência, e, com fundamento no arts. 83, I, e 86 da Lei Orgânica do Tribunal, voto para que, em face da empresa Aurum Consultoria Empresarial e Tributária Ltda., seja determinado o ressarcimento aos cofres do Município de São José do Alegre do valor de R\$259.421,13 (duzentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e vinte e um reais e treze centavos), a ser devidamente atualizado, bem como para que seja aplicada multa no valor de 10% (dez por cento) do valor do dano ao erário.

Nos demais pontos, acompanho o voto-vista do Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

Pela ordem, senhor Presidente!

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

Pela ordem, Conselheiro Agostinho Patrus.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

Encampo, senhor Presidente, o voto divergente apresentado por Vossa Excelência.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Gostaria de complementar a fundamentação do meu voto, com a devida vênica.

Compreendo que houve erro grosseiro na liquidação das despesas, fato a ensejar a responsabilização dos liquidantes.

Todos os elementos dos autos conduzem à conclusão de que não foram cumpridas as exigências previstas na legislação de regência, a Lei 8666 e a Lei 4320/64, para a liquidação e pagamento de serviço.

Porque eu penso dessa forma? Eu adoto nesse sentido, senhores Conselheiros, o próprio referencial do qual partiu agora, Vossa Excelência, Conselheiro Durval Ângelo, para não responsabilizar os liquidantes, qual seja, o instrumento contratual.

Vejam os que dizem as disposições inerentes aos preços e ao pagamento.

Cláusula 3ª- Dos preços: Pelos serviços prestados, a contratada receberá, mensalmente, a importância de R\$0,20 para cada R\$1,00 recuperados – a expressão utilizada é “recuperados” –, que será paga em moeda corrente do país e sofrerá ajuste pela taxa SELIC, durante o prazo de vigência deste contrato.

Cláusula 4ª - Do pagamento: Os pagamentos e serviços prestados serão efetuados até o 5º dia útil do mês subsequente à compensação, mediante depósito na conta corrente em nome da contratada, observada a data de exigibilidade da obrigação contratual e será prorrogada no caso de não observância do prazo para apresentação dos documentos hábeis ou a sua apresentação, com correções.

Nas cláusulas transcritas fica claro que o pagamento deveria ser feito com base em valor recuperado, no 5º (quinto) dia útil, ao mês subsequente ao da compensação tributária. Ou seja, é óbvio que a compensação tributária, e não há qualquer dúvida que a compensação tributária só ocorre após a homologação da Receita Federal. O resto é procedimento.

Então assim, qualquer liquidação aposta na nota de empenho antes da necessária homologação da autoridade tributária e, portanto, antes da recuperação do pretense indébito recolhido pelo município, constitui erro grosseiro, erro gravíssimo do agente público, em face da legislação existente, porquanto, na condição de liquidante, reconheceu ele direito adquirido pelo município numa pretensa compensação administrativa que não era nem líquida e nem certa, naquele momento procedimental.

Note-se que a forma de pagamento estabelecida nos moldes da proposta apresentada pela própria empresa, como dito por Vossa Excelência (peça nº 14), em tese com notória especialização sobre o assunto. Fato que realmente contribui para uma interpretação, aí eu diria, apropriada ao subsistema tributário, ou seja, se sabia do que se estava falando, ali era compensação tributária *strictu sensu*, não é compensação qualquer.

Então, não há que se falar em compensação provisório ou definitiva, mas apenas em procedimento de compensação no qual se deixa de recolher créditos líquidos e certos da Fazenda com os pretensos créditos do município que estarão submetidos ao sistema homologatório de liquidação, este por parte da Fazenda Municipal Estadual Federal a depender do crédito tributário que se queira compensar.

Então dessa forma, senhores Conselheiros eu penso que as condutas dos senhores Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves e Carlos Humberto Silveira Júnior desrespeitaram o comando dos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, constituindo-se em erro grosseiro do qual resultou dano ao erário, nos termos do art. 28 da LINDB, justificando a aplicação de sanção, acorde com as manifestações da Unidade Técnica e do MPC e consoante o disposto no art. 86 da Lei Orgânica do Tribunal.

Assim, atento às condições individuais dos responsáveis e às circunstâncias acima analisadas, mantenho meu voto pela aplicação de multa individual aos senhores Tiago José Magalhães, Lauro Almeida Gonçalves e Carlos Humberto Silveira Júnior no percentual de 1% (um por cento) do valor do dano ao erário, por eles provocados, bem como para que promovam por isso, solidariamente, o ressarcimento aos cofres do Município de São José do Alegre, do valor antecipadamente pago, que perfaz o total de R\$259.421,13 (duzentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e vinte e um reais e treze centavos)1, a ser devidamente atualizado.

Volto a dizer, que aqui não se estava diante de uma palavra que não fosse própria daquele subsistema jurídico, estavam diante de compensação tributária, de conhecimento tanto dos servidores (inaudível).

É como voto, Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

Perfeitamente.

É bom que se esclareça, talvez para o público leigo que nos assiste agora pela TV-TCEMG, que em todas as propostas agora, o meu voto vista assumido pelo Relator, nós estamos coincidindo na questão do ressarcimento aos cofres públicos do valor que foi dispendido, inclusive com a sua devida correção monetária.

A única discordância é em função em que tinham o contrato administrativo entre o Prefeito da época e a empresa Aurum Consultoria Empresarial Ltda., que estava fazendo a captação do recurso – Contrato Administrativo nº 028/2017, assinado pelo Prefeito e pela empresa –, onde não se estabelecia a norma do reconhecimento, da recuperação de crédito pela Receita Federal.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Pela ordem, Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

Vou resumir.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Depois gostaria de fazer um aparte.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

E a única questão que nós estamos discordando é em relação da penalização dos três servidores.

O correto teria sido trazer a lide o senhor Prefeito municipal que não foi intimado. Então, que se torna do ponto de vista processual não pertinente agora, mas na realidade todas as duas propostas estão garantindo o devido ressarcimento e a multa à empresa em questão.

Apenas para deixar isso bem claro. Então, a proposta que eu apresentei, no momento, é a proposta do Relator, que vou colocar em votação.

Com a palavra o Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

É só para esclarecer que Vossa Excelência está asseverando que não há nos autos, cláusula que disponha sobre o pagamento com a compensação. Essa cláusula está claríssima! É a cláusula 3.1 e 4.1 do contrato. Ela utiliza, aqui, expressões que são técnico-jurídicas. Então, não há que se falar que não existe nas cláusulas. Existem e precisam ser interpretadas, tanto pela empresa que prestou serviço, mas, sobretudo, pela administração.

A administração precisa conhecer sobre direito administrativo e sobre aquilo que contrata.

Então, no meu modo de ver, pedindo todas as vênias a Vossa Excelência, entendo que essa cláusula existe e que ela é claríssima.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

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

(PRESENTE À SESSÃO PROCURADORA SARA MEINBERG.)

* * * * *