

Processo: 1092633
Natureza: REPRESENTAÇÃO
Representante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais
Representado: Município de Patrocínio
Responsáveis: Nelson Gonçalves Soares Filho, Lucas Campos de Siqueira, Carlos Augusto Costa Neves, Ramon Moraes do Carmo, Luiz Carlos Capuano
Procuradores: Carlos Antônio da Silva, OAB/MG 49.970; Carlos Augusto Costa Neves, OAB/MG 145.249; Gabriel Castillo Silva, OAB/MG 187.514; Isaías França Ferraz, OAB/MG 193.347; Luiz Henrique Nunes Pinheiro Felipe, OAB/MG 110.952; Otacílio Ferraz, OAB/MG 40.670; Paulo Henrique Ferraz Alves, OAB/MG 108.516
MPC: Procuradora Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS
VOTO VENCEDOR: CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

PRIMEIRA CÂMARA – 11/6/2024

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO RECONHECIMENTO. MÉRITO. TERCEIRIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REGULARIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO. PROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS SOBRE O PROVEITO ECONÔMICO. PREVISÃO NA TABELA DA OAB/MG. PREÇO PRATICADO NO MERCADO. PAGAMENTOS ANTECIPADOS. DANO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES.

1. Restando demonstrada de forma incontroversa a participação dos representados nos atos apontados como irregulares, deve ser rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva, cabendo à análise de mérito a verificação da efetiva participação nos fatos indicados como irregulares bem como sua possível responsabilização.

2. Afasta-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva desta Corte, caso não esteja demonstrado o transcurso de prazo superior a cinco anos contados entre a data de ocorrência dos fatos e o despacho que determinou o recebimento da documentação como representação, nos termos do art. 110-E c/c o art. 110-C, V, e o art. 110-F, I, todos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.

3. 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.

4. 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.

5. Na contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993), é recomendado 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, inciso 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.

6. Em caso de contratação de serviços advocatícios com o objetivo de recuperar ou compensar créditos, cujo pagamento será realizado com base no êxito, é recomendado que a Administração Pública realize estudo prévio, para que possa estimar, mesmo com razoável margem de erro, o montante do valor a ser possivelmente recuperado.

7. 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.

8. A antecipação dos pagamentos pactuados em contrato administrativo de prestação de serviços advocatícios, além de constituir prática vedada pela Lei nº 8.666/93, configura pagamento de despesas sem a sua regular liquidação, em desacordo com a Lei nº 4.320/64, fazendo-se necessária a recomposição do prejuízo causado aos cofres públicos e ensejando a aplicação de multa ao responsável.

ACÓRDÃO

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

- I. rejeitar, por unanimidade, a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada, uma vez que as irregularidades apuradas nos autos são inerentes à antecipação de pagamentos ao escritório Costa Neves e presente nexos de causalidade entre sua conduta e os apontamentos em exame nos autos, diante das razões expendidas no voto do Relator;
- II. afastar, por unanimidade, em prejudicial de mérito, a prescrição da pretensão punitiva desta Corte, uma vez que não foi demonstrado o transcurso de prazo superior a cinco anos entre a data de ocorrência dos fatos e o despacho que determinou o recebimento da documentação como representação, nos termos do art. 110-E c/c o art. 110-C, V, e o

- art. 110-F, I, todos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, diante das razões expendidas no voto do Relator;
- III.** julgar, no mérito, por unanimidade, parcialmente procedentes os apontamentos de irregularidade formulados pelo Ministério Público de Contas no âmbito do Processo de Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, promovido pelo Município de Patrocínio, em virtude da irregularidade quanto à ausência de justificativa de preço relativa à Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, com fulcro no art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como pela realização de pagamentos de honorários de êxito antes do exaurimento dos serviços prestados, conforme o disposto na Consulta n. 873919, respondida por esta Corte de Contas, nos termos do voto do Relator;
- IV.** determinar, por maioria, que, em razão da realização de pagamentos indevidos ao escritório “Costa Neves”, sem a concretização do êxito nas compensações previdenciárias, o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados promova o ressarcimento aos cofres do Município de Patrocínio do valor histórico, pago antecipadamente, que perfaz o total de R\$ 395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos), a ser devidamente atualizado, nos termos do voto-vista do Conselheiro Durval Ângelo;
- V.** aplicar, por maioria, multa individual no valor de R\$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil reais) ao escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, com fundamento nos arts. 83, I, e 86 da Lei Orgânica do Tribunal, em virtude da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico que resultou em dano ao erário, nos termos do voto-vista do Conselheiro Durval Ângelo;
- VI.** determinar, por maioria, que, em caso de eventual imputação ao ente municipal, por parte da Receita Federal do Brasil, de juros moratórios e multa em função das compensações indevidas, seja instaurada Tomada de Contas Especial visando à devida recomposição dos cofres públicos quanto aos débitos dessa natureza, nos termos do art. 47, III, da Lei Orgânica deste Tribunal, nos termos do voto-vista do Conselheiro Durval Ângelo;
- VII.** recomendar aos atuais gestores públicos do Município de Patrocínio, por unanimidade, que, nos próximos procedimentos de inexigibilidade de licitação:
- a) apresentem a devida justificativa de preços, conforme exigência do art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/1993, nos termos da fundamentação deste voto;
 - b) realizem estudo prévio, em caso de contratação de serviços advocatícios com o objetivo de recuperar ou compensar créditos, cujo pagamento será realizado com base no êxito, para que possa estimar, mesmo com razoável margem de erro, o montante do valor a ser possivelmente recuperado;
 - c) 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, inclusive no âmbito do Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, caso ainda vigente;
- VIII.** determinar a intimação dos responsáveis por via postal e pelo Diário Oficial de Contas – DOC, bem como dos seus advogados constituídos, pelo DOC;
- IX.** determinar, por fim, a intimação do Ministério Público de Contas, na forma regimental;

- X. determinar o arquivamento dos autos após o cumprimento dos procedimentos cabíveis à espécie, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Votaram o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Presidente Durval Ângelo. Vencidos, em parte, no mérito, o Relator e o Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 11 de junho de 2024.

DURVAL ÂNGELO
Presidente e
prolator de voto vencedor

AGOSTINHO PATRUS
Relator

(assinado digitalmente)



NOTA DE TRANSCRIÇÃO
PRIMEIRA CÂMARA – 3/8/2023

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de representação formulada pelo Ministério Público de Contas em face de possíveis irregularidades no âmbito do Processo de Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, promovido pelo Município de Patrocínio, que culminou na contratação do escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, com intermediação do escritório Ribeiro Silva Advogados Associados, objetivando o resgate de possíveis créditos previdenciários decorrentes de contribuições supostamente pagas a maior pelo município.

A documentação foi recebida e atuada em 21/8/2020, conforme peça n. 25, e distribuída à relatoria do então conselheiro Sebastião Helvecio em 24/8/2020, peça n. 31.

Instada a se manifestar, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 1ª CFM entendeu, em relatório inicial de peça n. 34, pela procedência da representação em relação aos itens: (i) terceirização de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários; (ii) antecipação de pagamentos ao escritório Costa Neves; (iii) ausência de justificativa do preço; (iv) ausência de inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização; (v) dano ao erário decorrente da autuação da Receita Federal – multas e juros.

Em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o então relator determinou, em despacho de peça n. 36, a citação dos Srs. Nelson Gonçalves Soares Filho, Lucas Campos de Siqueira, Carlos Augusto Costa Neves, Ramon Moraes do Carmo e Luiz Carlos Capuano para que apresentassem defesa acerca das irregularidades a eles imputadas.

Devidamente citados, os Srs. Lucas Campos Siqueira e Luiz Carlos Capuano apresentaram defesa às peças 47 e 53/54. Nos termos da certidão de peça n. 57, os Srs. Nelson Gonçalves Soares Filho, Carlos Augusto Costa Neves e Ramon Moraes do Carmo.

Em reexame de peça n. 58, a 1ª CFM manifestou-se pelo (i) acolhimento das razões de defesa em relação ao apontamento de antecipação de pagamento em violação aos arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964; (ii) reconhecimento da prescrição em relação à terceirização de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários, ausência de justificativa do preço e ausência de inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização; (iii) impossibilidade de identificação e quantificação de possível dano ao erário, podendo ser imposto à autoridade competente o dever de instaurar tomada de contas especial.

Os autos foram redistribuídos à relatoria do Conselheiro em exercício Adonias Monteiro em 26/11/2021, conforme termo disponível à peça n. 60.

No parecer conclusivo disponível à peça n. 61, após análise das defesas apresentadas nos autos, o Ministério Público de Contas opinou pela (i) ausência de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva; (ii) procedência da representação, com consequente aplicação de sanção pecuniária e condenação a débito em decorrência de (iii) contratação por inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei, (iv) terceirização de atividade típica e contínua da Administração; (v) ausência dos requisitos de inviabilidade de competição, notória especialização e singularidade do serviço a justificar a contratação por inexigibilidade; (vi) ausência de justificativa do preço; (vii) pagamento antecipado à sociedade de advogados; (viii) declaração de inexigibilidade da parcela liquidada e não paga pela administração no montante de R\$ 70.189,85; (ix) instauração de tomada de contas especial pelo Município de Patrocínio;

(x) inabilitação dos agentes públicos e privados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança; (xi) declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público em relação ao escritório Costa Neves Sociedade de Advogados e Ribeiro Silva Advogados Associados, bem como aos advogados elencados no parecer.

Conforme despacho de peça n. 62, a fim de evitar a arguição de eventuais nulidades no processo, foi concedida vista aos Srs. Nelson Gonçalves Soares Filho, Lucas Campos de Siqueira, Carlos Augusto Costa Neves, Ramon Moraes do Carmo e Luiz Carlos Capuano acerca da manifestação do Ministério Público de Contas, para que apresentassem alegações e/ou documentos que entendessem pertinentes.

Em atendimento à intimação, o Sr. Luiz Carlos Capuano encaminhou documentação de peça n. 68 e o Sr. Carlos Augusto Costa Neves à peça n. 72.

Os autos foram redistribuídos à minha relatoria em 2/2/2023, conforme termo de redistribuição de peça n. 83.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminar de mérito – ilegitimidade passiva

O Sr. Carlos Augusto Costa Neves, após ser intimado para se manifestar acerca da manifestação do Ministério Público de Contas (peça n. 61), em peça de n. 72, arquivo PDF “Manifestação TCE Patrocínio”, arguiu sua ilegitimidade passiva sob argumento de que teria cumprido as condições do acordo de colaboração premiada nos autos n. 0702.17.029481-4 (numeração única 0294814-21.2017.8.13.0702), motivo pelo qual foi concedido o perdão judicial e decretada a extinção da punibilidade.

Assim, objetivando melhor instrução processual, na busca do princípio da verdade material, aplicável aos processos em trâmite nesta Casa, nos moldes do art. 104 do RITCEMG, o então relator determinou a expedição de ofício ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia/MG, com a solicitação de envio a este Tribunal, a título de cooperação, da cópia dos autos n. 0702.17.029481-4 (numeração única 0294814-21.2017.8.13.0702).

Enviada a documentação, da leitura dos referidos autos, verifiquei que a “operação não tem preço”, na qual ocorreu o perdão judicial, tem por objeto a investigação de aluguéis de máquinas de cartão de crédito ou débito, em nome de terceiros, para que as vendas não saíssem em nome da empresa que comercializava as mercadorias e serviços, possibilitando, assim, a sonegação de **impostos estaduais** com a ocultação de faturamento e lavagem de dinheiro de origens diversas.

Vide, desse modo, que os atos ali investigados se referem à sonegação de **impostos estaduais**, matéria não tratada nestes autos, e, ainda, que não se referem à competência desta Corte de Contas.

Quanto a legitimidade passiva, destaco o posicionamento de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, que define legitimidade como a “relação de pertinência subjetiva entre o conflito trazido a juízo e a qualidade para litigar a respeito dele, como demandante ou demandado”¹.

A própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da asserção, que estabelece que as “[...] condições da ação, dentre elas o interesse processual e a legitimidade, definem-se da narrativa formulada inicial, não da análise do mérito da demanda (teoria da

¹ GONÇALVES, M.V.R. **Curso de Direito Processual: Volume 1**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

asserção), razão pela qual não se recomenda ao julgador, na fase postulatória, se aprofundar no exame de tais preliminares” (REsp n. 1561498/RJ, relator ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 1/3/2016, DJe 7/3/2016).

A análise da legitimidade passiva, assim, perpassa primordialmente pela verificação da potencialidade de atuação dos envolvidos na participação dos fatos discutidos nos autos, porém, em exame perfunctório das questões examinadas no feito, sem levar em consideração, neste momento, fatos atinentes ao mérito.

Desta feita, rejeito a preliminar suscitada, uma vez que as irregularidades apuradas nos autos são inerentes à antecipação de pagamentos ao escritório Costa Neves e presente nexo de causalidade entre sua conduta e os apontamentos em exame nos autos. Ressalto que a averiguação acerca dos fatos denunciados, a eventual participação do agente e sua respectiva responsabilização serão apreciados no mérito.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR QUANTO À PRELIMINAR.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

2. Prejudicial de mérito – prescrição da pretensão punitiva

Em defesa de peça n. 47, o Sr. Lucas Campos de Siqueira, Prefeito de Patrocínio à época, destacou que os fatos que deram origem à representação teriam como base o contrato decorrente do Processo de Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, celebrado em 14/4/2016.

Alegou que o lapso temporal entre a ocorrência dos fatos narrados e a citação do defendente ultrapassaria o prazo prescricional estabelecido em lei, tendo ocorrido a prescrição da pretensão punitiva.

Em reexame, a 1ª CFM, em peça n. 58, aduziu que o despacho que recebeu a presente representação foi datado em 21/8/2020 e os fatos atinentes aos procedimentos irregulares na formalização do Processo de Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016 e a celebração do contrato dela decorrentes foram realizados em 14/4/2016, ocorrendo um lapso temporal superior a 5 anos entre os fatos e o recebimento da representação pelo Tribunal, entendendo pela prescrição punitiva e ressarcitória.

Manifestou, contudo, que com relação à execução do contrato, sua vigência foi de 14/4/2016 a 14/4/2017, e que os serviços foram prestados e os pagamentos realizados, de julho a dezembro de 2016. O montante pago, neste período, foi considerado pelo *Parquet* Especial como dano ao erário.

Concluiu que no caso de se considerar o dano, não deverão ser somados os valores pagos de julho a agosto, uma vez que além da pretensão punitiva ter se encerrado em 21/8/2016, a pretensão ressarcitória também se exauriu nesta data.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, em parecer conclusivo de peça n. 61, divergiu do entendimento da Unidade Técnica acerca da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva,

tendo em vista que os fatos apontados como irregulares ocorreram nos exercícios de 2016 e 2017, e a representação foi recebida em 21/8/2020, sendo assim, não transcorreu o lapso temporal de 5 anos entre os fatos e o recebimento da representação. Assim, considerando que, nos termos do art. 110-C, inciso V, da Lei Complementar n. 102/2008, o recebimento da representação é causa interruptiva da prescrição, não há que se falar em prescrição nos autos ora examinados.

À luz dos dispositivos que disciplinam o instituto da prescrição punitiva no âmbito deste Tribunal, em especial o art. 110-E da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, reproduzido a seguir, verifico que, no caso em apreço, eventuais irregularidades não ensejadoras de dano ao erário **não se encontram prescritas**, *in verbis*: “Art. 110-E. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas, considerando-se como termo inicial para contagem do prazo a data da ocorrência do fato”.

Ademais, evidencio o art. 110-F, que dispõe acerca da contagem do prazo prescricional e as causas interruptivas da prescrição constantes do art. 110-C:

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

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

II – quando da primeira decisão de mérito recorrível.

[...]

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

[...]

V – despacho que receber denúncia ou representação;

Isso posto, considerando que **não houve o transcurso** de mais de 5 anos da data dos fatos (vigência do contrato de 14/4/2016 a 14/4/2017) até o despacho que recebeu a representação em comento, em 21/8/2020, bem como da primeira causa interruptiva da prescrição até a presente data, sem prolação de decisão de mérito, afasto a prejudicial de prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 110-E c/c o art. 110-C, V, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR QUANTO À PREJUDICIAL DE MÉRITO.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

3. Mérito

3.1. Ajuste prévio entre o então Prefeito de Patrocínio e o escritório Costa Neves, com intermediação do Sr. Diógenes Roberto Borges

Inicialmente, o Ministério Público de Contas apontou que teria ocorrido prévio ajuste entre o então Prefeito de Patrocínio e o escritório Costa Neves, com intermediação do Sr. Diógenes Roberto Borges, para efetuar contratação por inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei.

Destacou que o escritório Costa Neves e o Ribeiro e Silva possuíam uma “parceria oculta”, inclusive com um “contrato de gaveta” (DOC. 06), que consistia basicamente na utilização da ampla rede de contatos do segundo (Ribeiro Silva), composto pelos advogados Srs. Rodrigo Ribeiro Pereira, Flávio Roberto Silva e Rafael Tavares da Silva, que prestavam serviços de consultoria e advocacia para outros municípios e/ou para prefeitos da região e teriam acordado “[...] dividir igualmente os lucros da atuação em Direito Tributário em relação aos clientes que fossem ‘captados’ pelo escritório Ribeiro Silva”.

No entanto, no caso do Município de Patrocínio, ressaltou que os acontecimentos teriam sido ligeiramente diferentes, pois a “[...] intermediação fora feita pelo Sr. Diógenes Roberto Borges, então Prefeito do Município de Canápolis, que havia contratado o escritório Costa e Neves para os mesmos serviços de compensação previdenciária”, que teria indicado o escritório Costa Neves ao seu amigo, Sr. Lucas de Campos Siqueira (ex-Chefe do Poder Executivo de Patrocínio).

Como remuneração pela intermediação do referido contrato, “[...] o Sr. Diógenes Roberto Borges exigiu do escritório Costa Neves o pagamento de vantagem ilícita no montante de 40% do valor do lucro líquido e efetivamente recebeu o montante de R\$40.000,00 (quarenta mil reais), em duas parcelas iguais”. Tal fato, aliás, está demonstrado nos autos, nas declarações do Sr. Carlos Augusto Costa Neves, em suas declarações como colaborador das investigações (DOC n. 8, impressa, e DOC n. 11, em mídia digital), e pelo Sr. Ramon Moraes do Carmo (DOC n. 11, em mídia digital).

Não vislumbrei, todavia, do exame dos documentos juntados aos autos, a efetiva comprovação de que teria sido realizado o ajuste prévio entre o Sr. Diógenes Roberto Borges e o Sr. Lucas de Campos Siqueira (então chefe do Poder Executivo de Patrocínio), e mesmo entre os citados escritórios de advocacia e o referido Prefeito, como relatado pelo *Parquet*. Não se sabe, portanto, qual foi exatamente a atuação do Sr. Diógenes na contratação do referido escritório e como se deu a relação entre ele e o ex-gestor de Patrocínio, bem como em relação aos citados advogados.

Note-se, contudo, que tais fatos estão sendo investigados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais no âmbito de sua competência, e que o *Parquet* de Contas, embora tenha requerido a condenação dos responsáveis pelos fatos aqui expostos, sequer desenvolveu tópico próprio em sua representação contendo as mencionadas irregularidades, tampouco a Unidade Técnica se debruçou sobre o tema.

Ante o exposto, entendo que, no presente caso, não é razoável concluir que houve ajuste prévio mediante análise dos documentos pertinentes, motivo pelo qual deve o presente apontamento de irregularidade ser julgado improcedente.

3.2. 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, que possuiria caráter normativo e constituiria prejulgamento da tese, nos termos do art. 3º, §1º, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.

Afirmou, de acordo com a Consulta n. 873919, que admitir-se-ia a contratação de serviços advocatícios para a recuperação de valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária apenas 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.

Esclareceu que os serviços foram solicitados pelo Sr. Luiz Carlos Capuano, secretário municipal de Finanças, em 6 de abril de 2016, da seguinte maneira: “Apresentação e proposta de revisão e recuperação de Contribuições Previdenciárias recolhidas ao Regime Geral de Previdência Social, solicitado pela Secretaria Municipal de Finanças”.

Asseverou que, após a autuação da solicitação do Secretário Municipal, o Sr. Nelson Gonçalves Soares Filho, presidente da Comissão Permanente de Licitação, indicou o escritório Costa Neves como futuro contratado, com a seguinte justificativa: “É inexigível a licitação para contratação da empresa COSTA NEVES SOCIEDADE DE ADVOGADOS, inscrita no CNPJ 19.340.011/000149, para fornecimento de serviço de apresentação e proposta de revisão e recuperação de contribuições previdenciárias recolhidas ao Regime Geral de Previdência Social, solicitado pela Secretaria Municipal de Finanças, sendo inviável a competição com outras empresas, conforme justificativa: Empresa de notória especialização. Art. 25, III, §1º”.

Contudo, entendeu que a justificativa apresentada é absolutamente genérica e desprovida de documentos, tanto quanto à incapacidade de estrutura de pessoal e dos servidores, seja em relação à alegada inviabilidade de competição com outros escritórios que atuam no ramo.

Manifestou que não há no processo de inexigibilidade qualquer comprovação documental acerca da incapacidade de prestação de compensação de créditos previdenciários pelos próprios órgãos municipais, seja jurídico ou contábil, conforme orientação desta Corte de Contas.

Ressaltou que, ao consultar o Portal da Transparência do Município, à época da contratação, o corpo jurídico municipal era formado por cinco advogados, os Srs. Elis Nadir Godinho Pires, Karoline Wellen de Carvalho, Carolina Alves Belo, Daniella Abrahao Pereira Melo Oliveira, sendo o Sr. Ulisses de Oliveira Simões responsável pelo parecer jurídico do Processo de Inexigibilidade n. 02/2016.

Em análise inicial de peça n. 34, a 1ª CFM corroborou com o entendimento do Ministério Público de Contas.

Conforme defesa apresentada à peça n. 47, o Sr. Lucas Campos de Siqueira suscitou que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm admitido a prestação de serviços sob o regime de execução indireta, ou seja, por meio da contratação administrativa de serviços privados. Entendeu que a imposição da prestação de serviços públicos pelo emprego direto de servidores com vínculo estatutário só se daria para as atividades exclusivas de Estado, utilizando-se como critério identificador dessa categoria a atribuição normativa de competência. Alegou que o quadro de advogados servidores era totalmente insuficiente e sequer conseguiria abarcar o cotidiano da Procuradoria Municipal, ainda mais se considerado que tais servidores, por expressa disposição de Lei Municipal e do próprio Estatuto da OAB/MG, tem carga horária diária de apenas 04 horas.

Em reexame, a 1ª CFM, peça n. 58, manifestou pelo reconhecimento da prescrição punitiva.

O Ministério Público de Contas, em parecer conclusivo de peça n. 61, concluiu pela procedência da representação e confirmação das irregularidades apontadas inicialmente.

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 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 premissas de remuneração, *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 Meirelles, 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. 1024677², admitiu a possibilidade de

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

² CONSULTA. LEI Nº 6.019/74. TRABALHO TEMPORÁRIO. INAPLICABILIDADE A ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. APLICABILIDADE ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL. APLICABILIDADE PARCIAL. EXCETO PARA ATIVIDADES QUE COMPREENDEM PARCELA DO PODER ESTATAL. EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA REGIDAS PELO ART. 173, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICABILIDADE PLENA SALVO QUANDO DEMANDAR ATRIBUIÇÕES INERENTES ÀS DO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. 1) As normas da Lei nº 6.019/74 referentes ao contrato de trabalho temporário se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista, mas não se aplicam à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, para as quais o art. 37, IX, da CR/88 estabeleceu regime jurídico específico. 2) As normas da Lei nº 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam à administração direta, às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. 3) As normas da Lei nº 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam às empresas públicas e sociedades

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. 1076932 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 Terraõ)

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

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.

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.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, contrato de prestação de serviços págs. 28/37 da peça n. 3, 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 Tributário, com expertise para a levantamento e a repetição dos créditos tributários pagos indevidamente, mediante compensação na GFIP, entendo, na esteira dos julgados colacionados, que a sua constituição 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, 5 servidores ocupante de cargo com funções definidas de assessoramento jurídico, o que, entretanto, não impede a presente contratação, que se deu de forma a complementar os serviços prestados pela assessoria jurídica municipal, visando dar apoio e suporte ao mencionado servidor.

A sociedade contratada, aliás, 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. 9.507/2018³, fato confirmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

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

[...]

§ 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.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. AÇÃO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. REQUISITO DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO SUPRIMIDO PELA LEI N. 14.133/2021. CARÁTER INTELECTUAL DO TRABALHO ADVOCATÍCIO. PARECER JURÍDICO FAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVO PREJUÍZO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

[...]

5. A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público.

[...]

7. Agravo regimental desprovido.

Portanto, importante registrar que a mera presença, no município, de servidores ocupantes de cargo com funções definidas de assessoramento jurídico não é capaz de tornar irregular, à luz da legislação pátria, a terceirização dos referidos serviços, pois, *in casu*, a contratação de advogado externo se deu para a prestação de serviço específico para o ente público, de forma a complementar os serviços prestados pela assessoria jurídica municipal.

Ante o exposto, entendo que o presente apontamento de irregularidade deve ser julgado improcedente.

3.3. Violação ao art. 25, *caput* e inciso 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 Federal, 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 a licitação possibilita ampla competitividade e garante a contratação mais vantajosa aos interesses públicos.

Alegou que as justificativas apresentadas no processo de contratação buscam fundamento no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, que traz a seguinte hipótese de inexigibilidade dada a impossibilidade de competição:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
(...)

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

Aduziu que conforme prevê o art. 13 da Lei de Licitações, 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. Entendeu que é indiscutível que o serviço contratado é técnico profissional especializado. O que se deve 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, contudo, a análise dos serviços contratados revela que estes são inerentes a função administrativa, ou seja, consubstanciam atividade típica e contínua da Administração por vincular-se à administração tributária.

Ainda, afirmou que em relação ao requisito de “empresa ou profissional de notória especialização”, chama atenção o fato de o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados ter sido fundado em 7 de agosto de 2013 em Uberlândia – Minas Gerais pelos sócios Carlos Gonçalo Neves, Carlos Augusto Costa Neves e Fabyola Maria Costa Neves.

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

Em análise inicial, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, peça n. 34, entendeu que a inexigibilidade n. 2/2016 foi realizada com fulcro no art. 25, *caput*, II, da Lei n. 8.666/1993, porém, não estavam presentes na contratação em análise todos os requisitos exigidos para a realização da contratação direta, por meio de procedimento de inexigibilidade, previstos no artigo citado.

Afirmou que por se tratar de serviço técnico, os requisitos para a contratação direta são a inviabilidade de competição, 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 ainda, observou que no caso em questão, 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.

O Sr. Lucas Campos Siqueira, em defesa de peça n. 47, alegou que o escritório contratado à época pelo Município de Patrocínio já havia sido contratado para compensação de créditos previdenciários em vários outros municípios da região do Triângulo e do Alto Paranaíba, argumentando que não houve irregularidade na contratação em exame.

Segundo a defesa do Sr. Luiz Carlos Capuano, peça n. 54, não lhe pode ser atribuída responsabilidade, porque não fazia parte da Comissão de Licitação, bem como não homologou o referido procedimento. Alegou que com a Lei n. 14.039/2020 foi alterado o Estatuto da OAB para declarar que “Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei”. Entendeu que o art. 132 da CR foi silente quanto às procuradorias de municípios e autarquias, entendendo que podem ser representadas por meio de advogados ou escritórios de advocacia. Argumentou que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que, prestados os serviços contratados, não se poderia cogitar da devolução dos valores recebidos, ainda que não se demonstre a notória especialização, o que caracterizaria enriquecimento ilícito. Informou que a documentação carreada para os autos demonstra a condição do escritório contratado mediante dispensa de licitação por apresentar à época todos os requisitos exigidos pela lei de licitação.

Em sede de reexame a 1ª CFM manifestou pela prescrição punitiva quanto referido apontamento.

O Ministério Público de Contas, no parecer conclusivo, afastou a prejudicial de mérito suscitada pela Unidade Técnica e reiterou os termos da inicial.

Sobre a singularidade dos serviços advocatícios e adequação da contratação por inexigibilidade de licitação devido a inviabilidade de competição, cabe destacar que, por anos, este Tribunal de Contas 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, assim, diferir daqueles habituais à atividade da Administração. Somente nessas condições seria possível que esse tipo de atividade 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. 8.666/1993⁴, 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, portanto, 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

⁴ 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).

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

[...]

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

32. Luiz Cláudio de Azevedo Chaves, em artigo recentemente publicado pela Revista do TCU, apresenta um ilustrativo exemplo demonstrando tal assertiva. Para alguns, seria questionável se um curso de Redação Oficial pudesse ser considerado singular porque "o tema não é complexo e há muitos professores de português no mercado". Porém, o autor esclarece que a "singularidade não é sinônimo de exclusividade ou raridade. Não é a quantidade de oferta de profissionais que indica a presença desse elemento no serviço, mas sim o exame do componente de seu núcleo, que, na hipótese é a didática própria do professor. A conclusão a que se chega é que, mesmo sendo um curso sobre tema de nível

menos especializado, e havendo milhares de professores aptos, se a intervenção do mestre for determinante para o alcance dos resultados desejados, presente estará o elemento singular do serviço.” [CHAVES, Luiz Cláudio, “Contratação de Serviços de Treinamento e Aperfeiçoamento de Pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU”, Revista do TCU nº 129, ano 46, janeiro/abril/2014].

[...]

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 sociedade empresária 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 no procedimento de justificação para a escolha do contratado, verifiquei que foi comprovada a sua notória especialização, requisito previsto na Lei n. 8.666/1993⁵, e constante também das Consultas de n. 1054024 e 1076932 citadas, pois, a Costa Neves Sociedade de Advogados apresentou os nomes dos integrantes de sua equipe e sua respectiva formação acadêmica, com o currículo informando a realização de diversos cursos e atividades acadêmicas, experiências profissionais, palestras e aulas ministradas, bem como atestados de capacidade técnica demonstrando a realização de atividades dessa natureza em outros municípios (peça n. 72).

Dessa forma, demonstrados a singularidade do serviço e a notória especialização da contratada, e em razão de esta Corte ter 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 como na Representação n. 1024398, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, julgado na sessão da Segunda Câmara do dia 30/8/2022⁸, entendo que não houve violação ao art. 25,

⁵ 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](#))

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, cediço que deve ser exercitada a aproximação entre os princípios do Direito Penal e do Direito 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

caput e inciso II, da Lei n. 8.666/1993, motivo pelo qual julgo improcedente o presente apontamento de irregularidade.

3.4. 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 há documentação probatória nos autos acerca da realização de levantamento prévio que justificasse e amparasse a definição dos honorários de êxito no patamar de 20%.

Concluiu, assim, que tal ausência de justificativa do preço seria irregular, em ofensa ao art. 26, III, da Lei n. 8.666/1993.

A 1ª CFM, em análise técnica de peça n. 34, 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 isenta de comprovar regularidade dos preços e desconsiderar propostas excessivas ou inexequíveis.

Colacionou a Consulta n. 873919, destacada pelo *Parquet* Especial, demonstrando o entendimento de 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 deve prever o valor estimado dos honorários, correspondente a um percentual sobre a estimativa do crédito a ser recuperado.

Alegou que da análise do contrato decorrente da Inexigibilidade n. 2/2016, consta o valor de R\$ 645.000,00, equivalente ao percentual de 20% sobre o valor total a ser recuperado, mas não haveria sido realizado levantamento prévio que justificasse e amparasse a definição dos honorários de êxito no mesmo patamar.

Assim, aduziu que não constou justificativa de preço, impossibilitando verificar a adequação do preço e vantajosidade da contratação.

Aduziu ainda que teriam ocorrido alguns equívocos na formalização do procedimento de Inexigibilidade, como por exemplo: “ao invés da autoridade ratificar a justificativa da inexigibilidade, nos termos dispostos no art. 26 da Lei n. 8.666/93, o prefeito adjudicou e homologou o objeto, atos estes, concernentes aos casos da realização de certames licitatórios, e não, contratação direta, como no caso da inexigibilidade em epígrafe”.

Em defesa de peça n. 47, o Sr. Lucas Campos Siqueira alegou que o preço praticado, de 20% (vinte por cento) sobre o crédito compensado, não se mostrava excessivo para o período.

A 1ª CFM, na análise da defesa de peça n. 58, não adentrou nas questões de mérito por entender pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, conforme demonstrado em tópico anterior.

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

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.

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.

É necessária, portanto, a demonstração de que o valor ajustado 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, pois tais quantias devem ser 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 anteriores⁹, ou mesmo por meio da averiguação dos preços praticados pelo próprio contratado¹⁰.

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).

⁹ 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).

¹⁰ 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).

Quanto à Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, observei que, na proposta e no contrato para prestação de serviços advocatícios especializados, às págs. 28 e 94/103 da peça n. 4, embora conste o valor de R\$650.000,00, equivalente ao percentual de 20% sobre o valor total a ser recuperado, não foi realizada verificação preliminar que justificasse a definição dos honorários de êxito no mesmo patamar. Ainda, não constatei justificativa do preço, impossibilitando apurar a adequação do preço e vantajosidade da contratação.

Portanto, diante dos fundamentos ora expostos e da análise da documentação apresentada, julgo procedente esse apontamento de irregularidade quanto à ausência de justificativa de preço relativa à Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016.

No presente caso, todavia, não vislumbro justificativa para aplicação de sanção pecuniária ao responsável, Sr. Nelson Gonçalves Soares Filho, então presidente da comissão permanente de licitação. Isso porque, em que pese a ausência de justificativa de preços, necessária para embasar o valor razoável do contrato com a demonstração da economicidade/vantajosidade da contratação por inexigibilidade de licitação, verifico que não restou efetivamente comprovado nos autos que o valor ajustado estaria acima do preço praticado no mercado.

Com efeito, o valor mínimo de 20% sobre o proveito econômico em causas fiscais, tanto no contencioso ou administrativo é previsto pela Tabela da OAB/MG¹¹, a qual este Tribunal já entendeu ser parâmetro confiável para a Administração Pública estimar na fase interna os custos e valores a desembolsar pelos serviços advocatícios prestados em benefício da Administração, conforme consignado pelo Conselheiro Mauri Torres, autos n. 951358, *in verbis*:

[...] A Resolução n. 001/2008, cogente para a classe advocatícia e para sua clientela, poderia servir como confiável parâmetro para que a Administração estimasse na fase interna os custos e o valor a desembolsar pelos serviços advocatícios prestados em benefício da Administração, especialmente se considerada a natureza jurídica OAB, de autarquia “sui generis. [...] (Licitação n. 951358. 1ª Câmara. Rel. Conselheiro Mauri Torres. Dj. 18/10/2016).

Assim, em critério comparativo, considerando a identidade de valores entre contratos para prestação de serviços advocatícios, cujo pagamento será efetuado sobre o êxito, com o objetivo de recuperar/compensar créditos, realizado em outros municípios, observo que o percentual de 20% sobre o valor total a ser recuperado não se mostra excessivo, mas, em verdade, encontra-se em consonância com o preço praticado usualmente no mercado, mormente porque em consonância com a Tabela da OAB/MG.

Dessa forma, não vislumbro, no caso *sub examine*, considerando os preços praticados no mercado em contratações com pagamento sobre o êxito com o objetivo de se recuperar ou compensar créditos em outros municípios, justificativa para se cominar sanção ao agente público, presidente da comissão permanente de licitação do processo de Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016.

Deixo, assim, de aplicar multa individual ao Sr. Nelson Gonçalves Soares Filho, sobretudo, diante das peculiaridades do caso concreto, sendo suficiente *in casu* a atuação pedagógica desta Corte de Contas.

Logo, recomendo aos atuais gestores públicos do Município de Patrocínio que, nos próximos processos de inexigibilidade de licitação, apresente a devida justificativa de preços, conforme exigência do art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/1993, nos termos da fundamentação deste voto.

¹¹ <http://www.oabmg.org.br/areas/tesouraria/doc/tabela%20de%20honor%C3%A1rios.pdf> Acesso em 02/08/2023.

Recomendo, ainda, em caso de contratação de serviços advocatícios com o objetivo de recuperar ou compensar créditos, cujo pagamento será realizado com base no êxito, que realizem estudo prévio, para que possa estimar, mesmo com razoável margem de erro, o montante do valor a ser possivelmente recuperado.

3.5. Pagamentos efetuados ao escritório Costa Neves – Antecipação de pagamento – Violação aos arts. 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320/1964 – Dano ao erário

O representante constatou, em consulta ao SICOM, que o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados foi remunerado, mensalmente, a partir de julho de 2016 até dezembro de 2016, o que totalizaria o valor de R\$395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil e oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos). Porém, afirmou que o valor liquidado pelo município, inclusive com nota fiscal emitida pelo contratado, chegou a R\$ 466.030,92 (quatrocentos e sessenta e seis mil e trinta reais e noventa e dois centavos).

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 esgotamento do serviço ocorre tão somente com a homologação das compensações pela Receita Federal Brasileira.

Ressaltou que a compensação de verbas recolhidas indevidamente ao INSS é efetuada administrativamente e estaria condicionada à necessária homologação da compensação a ser realizada pela Receita Federal do Brasil, sendo que a compensação tributária é modalidade de extinção do crédito fiscal, conforme dispõe o art. 156, II, da Lei n. 5.172/1966.

Assim, a efetiva compensação do crédito no referido regime ocorreria tão somente caso a Receita verificasse a regularidade e a veracidade da declaração realizada pelo contribuinte ou por homologação tácita ao final do prazo de cinco anos, de acordo com a Lei n. 9.430/1996.

Aduziu, inclusive, que a partir de informações enviadas pela atual gestão acerca da execução contratual, teria tomado conhecimento de que a Receita Federal, no bojo do Processo Fiscal n. 10675-721.577/2017-26, considerou ilegais as compensações previdenciárias realizadas pelo Município de Patrocínio por intermédio da assessoria do Escritório Costa Neves. Assim, afirmou que houve antecipação total de pagamento à empresa contratada, em violação aos arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964, segundo os quais a Administração somente pode realizar os pagamentos após a devida liquidação.

Concluiu, portanto, que o pagamento dos serviços contratados antes da homologação do crédito tributário seria irregularidade grave, que enseja a aplicação de multa aos responsáveis, bem como a restituição ao erário de todos os pagamentos efetuados ao escritório Costa Neves, em face do contrato decorrente do Processo de Inexigibilidade n. 2/2016, no montante apurado, no Sicom, de R\$ 395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil e oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos).

Em relatório técnico inicial à peça n. 34, a 1ª CFM observou que a Cláusula Quarta do Contrato s/nº, decorrente da Inexigibilidade n. 2/2016, estabeleceu que, pelos serviços prestados, a Administração pagaria à contratada a importância global de R\$ 650.000,00, equivalente a 20% sobre o valor total a ser recuperado, que deveria ser pago, proporcionalmente, a cada compensação de créditos previdenciários; incremento de receita via retificação de parcelamentos ou repetição de indébito por meio de processos administrativos ou judiciais.

Afirmou que a cláusula 5.1 do contrato estabeleceu que o pagamento seria efetuado em até 5 dias, após a prestação dos serviços, sempre após a emissão da NDL (Nota de Liquidação de

Despesa), mediante a apresentação da Nota Fiscal. Contudo, alegou que não foi comprovado nos autos que as importâncias recuperadas tenham sido ingressadas nos cofres públicos municipais ou mesmo compensadas.

Assim, concluiu que o contratado receberia, mensalmente, percentual sobre as compensações tributárias sem lastro em qualquer decisão administrativa prévia. Os honorários eram 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.

Não fora demonstrado, portanto, que o pagamento tenha sido realizado quando do exaurimento do serviço, qual seja, o efetivo ingresso dos recursos nos cofres públicos ou de sua compensação, não podendo considerar, para este fim, a simples conclusão de fase ou etapa do serviço.

Dessa forma, corroborou com o entendimento do Ministério Público de Contas e entendeu pela responsabilização da secretária municipal de Finanças, responsável pela liquidação das despesas, isto é, sem a constatação de que a compensação foi homologada pela Receita Federal, bem como do escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, que recebeu o pagamento antes que o objeto contratual tenha se exaurido, conforme entendimento sedimentando nesta Corte de Contas.

Em defesa apresentada à peça n. 47, o Sr. Lucas Campos de Siqueira, prefeito de Patrocínio à época, elaborou a tese em tópicos (i) compensações previdenciárias; (ii) pagamentos antecipados à sociedade Costa Neves; (iii) ausência de dolo; (iv) ausência de conduta que feriu os princípios da administração; (v) ausência de proveito patrimonial ao defendente e de prejuízo ao ente público.

No tocante às compensações previdenciárias, informou que o Ministério Público de Contas apontou que as citadas compensações teriam sido julgadas indevidas pela Receita Federal em razão da inexistência de créditos utilizados em tais compensações, gerando suposto dano ao erário.

Alegou que os serviços contratados se baseavam na exclusão da base de cálculo das contribuições patronais das parcelas discriminadas no parecer jurídico, diante da indevida incidência da contribuição previdenciária para custeio do Regime Geral de Previdência Social sobre o terço constitucional de férias, auxílio acidente, auxílio doença, adicional de insalubridade, adicional noturno, adicional de periculosidade, salário maternidade, férias e adicional de horas extras, na folha do Município de Patrocínio/MG.

Sustentou que não se deve ignorar precedentes firmados nas esferas administrativas e judiciais, no sentido de que a recuperação de pagamentos indevidos e/ou a maior de contribuições previdenciárias deve ser precedida da retificação das GFIPs, correspondentes aos períodos constitutivos do crédito apurado, porém, tal entendimento não é absoluto.

Afirmou que os requisitos necessários para a configuração e exercício pleno do direito de compensar estão previstos no art. 165 do CTN, art. 66 da Lei n. 8.383/1991, art. 26 da Lei n. 11.457/2002, art. 89 da Lei n. 8.212/1991, bem como em alguns dispositivos da Lei n. 9.430/1996.

Ressaltou que não estão contidos, dentre esses requisitos, o cumprimento de qualquer obrigação acessória como condição para o exercício da compensação, argumentando que o que não está na lei não pode ser inovado por instrumentos secundários introdutórios de normas jurídicas, como instruções normativas, pareceres normativos e portarias, sob pena de ofensa ao Princípio da Legalidade, previsto no art. 150, I, da Constituição da República.

Asseverou que se as leis citadas conferem a natureza e regime jurídico da compensação de tributos, não pode a IN n. 1.300/2012, em seu art. 3º, §11, limitar ou restringir o exercício desse direito, impondo condições que não estão previstas em lei, como é o caso da necessidade de retificação de GFIP.

Alegou que, no âmbito administrativo, o Carf se pronunciou sobre o tema, considerando a desnecessidade das GFIPs retificadoras, pois a ausência de retificação não seria óbice ao direito creditório do contribuinte, que poderia, no entanto, estar sujeito às penalidades pelo descumprimento de obrigação acessória.

Observou que há fortes precedentes na jurisprudência que permitiam afirmar que a retificação das GFIPs, no período em que houve a constituição do crédito, seria considerada desnecessária à tomada dos créditos.

Argumentou que a tese da compensação pelo Município de Patrocínio não era algo aventureiro e sem qualquer base legal. Porém, como toda ação judicial, era passível de ter seus pedidos julgados improcedentes.

Já em relação ao tópico (ii) dos pagamentos antecipados à sociedade Costa Neves, entendeu que a responsabilidade nesses casos seria do Secretário Municipal de Finanças, que é a autoridade que possui competência e legitimidade para ordenar e praticar o ato impugnado e quem realizou todos os pagamentos. Aduziu que foram delegadas funções no âmbito da Administração Pública, já que não pode ter o controle e plena ciência de todos os atos praticados no cotidiano.

No que se refere ao tópico (iii) ausência de dolo, afirmou que, na configuração do ato ilícito, faz-se necessária não somente a presença do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo ou culpa grave, como também o elemento objetivo, consubstanciado na lesão ao erário, entendendo que não há nos autos qualquer comprovação de tal fato.

Asseverou que a contratação do escritório Costa Neves Advogados, após regular processo licitatório, não lhe trouxe qualquer benefício ou prejuízo ao erário, motivo pelo qual não haveria que se cogitar em conduta pautada por má-fé ou desonestidade.

No que concerne ao tópico (iv) ausência de conduta que feriu os princípios da Administração, evidenciou que a condenação de determinado agente público por ato ilícito carece de bojo probatório farto quanto à ocorrência do fato especificado, como é o caso em questão.

Alegou que houve a constatação genérica de que houve irregularidade no procedimento licitatório realizado, de pagamento indevido e de compensações realizadas de forma indevida, que não poderiam subsidiar condenação tão grave como a requerida.

Afirmou que a reprovabilidade da conduta somente poderia ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que está ausente nos autos.

Por fim, em relação ao tópico (v) ausência de proveito patrimonial ao defendente e de prejuízo ao ente público, aduziu que não há nos autos o mínimo indício de que tenha auferido resultado em proveito patrimonial próprio.

Mencionou que a má-fé não se presume, exigindo demonstração contundente de sua ocorrência, sendo que, no caso dos autos, as práticas realizadas não evidenciariam, de forma clara, a intenção e a consciência de estar praticando ato ilícito ou lesivo aos cofres públicos.

Em reexame, a 1ª CFM, peça n. 58, afirmou que realmente há polêmica sobre a necessidade ou não do cumprimento de obrigação acessória de retificação de GFIP nas competências constitutivas de créditos oriundos de valores indevidamente recolhidos à Previdência Social.

Aduziu que a questão apontada pelo Ministério Público de Contas é que a proposta apresentada pelo escritório para realização dos serviços de compensação tributária estabelecia que o serviço prestado seria composto por 3 etapas, são elas: levantamento, compensação e legitimação dos créditos/homologação.

Ressaltou, conforme alegado pelo *Parquet*, que a compensação de verbas recolhidas indevidamente ao INSS seria efetuada administrativamente e está condicionada à necessária homologação da compensação a ser realizada pela Receita Federal do Brasil. Portanto, a efetiva compensação do crédito ocorrerá, tão somente, caso a Receita verifique a regularidade e a veracidade da declaração realizada pelo contribuinte ou por homologação tácita ao fim do prazo de cinco anos, conforme dispõe a Lei Federal n. 9.430/1996.

Alegou que o pagamento pelos serviços tributários deveria ter sido realizado quando do término do serviço, com o cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos. Contudo, teriam ocorrido pagamentos ao escritório contratado antes de efetivada a homologação da compensação, quando o serviço ainda não havia sido completamente prestado, em descumprimento aos arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964, que dispõem sobre os critérios para realização do pagamento das despesas.

Asseverou que o município, ao solicitar as compensações tributárias e após gerar o benefício financeiro, promoveria a utilização do crédito obtido para compensar valores devidos a Receita Federal.

Observou que, embora o ente municipal tenha considerado esse momento como o de ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, deixou de considerar que cabia à Receita Federal cancelar a compensação. Pois, se acaso a Receita constatasse compensação indevida da contribuição, mesmo já confessada ou lançada 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, entendendo que não é razoável que o pagamento ao escritório fosse realizado antes que houvesse a consolidação do efetivo ganho de recursos, uma vez que seria quase impossível exigir que a contratada devolvesse posteriormente os valores.

Destacou que a Cláusula Quarta do contrato s/n., decorrente da Inexigibilidade n. 2/2016, teria estabelecido que pelos serviços contratados, o contratante pagaria à contratada a importância global de R\$ 650.000,00, equivalente a 20% sobre o valor total a ser recuperado, que deveria ser quitado, proporcionalmente, a cada compensação de créditos previdenciários, incrementos de receita via retificação de parcelamentos ou repetição de indébito por meio de processos administrativos ou judiciais. Ainda, a Cláusula 5.1 estabeleceu que o pagamento seria efetuado em até 05 dias após a prestação dos serviços, sempre após a emissão da NDL (Nota de Liquidação de Despesa), mediante a apresentação da Nota Fiscal.

Verificou que o contratado recebia, mensalmente, percentual sobre as compensações tributárias, em princípio, sem lastro em qualquer decisão administrativa prévia. Assim, concluiu que os honorários eram pagos logo após a apresentação da mera nota fiscal de prestação de serviços, sem que houvesse o ingresso dos recursos nos cofres públicos ou de sua compensação, não podendo considerar para este fim, a simples conclusão de fase ou etapa do serviço.

Aduziu ainda que a defesa teria admitido que os pagamentos foram realizados sem qualquer garantia do efetivo reconhecimento de créditos ou compensação. Logo, corroborou com o entendimento do *Parquet* Especial pela irregularidade dos pagamentos realizados ao escritório Costa Neves Sociedade de Advogados.

Segundo o parecer ministerial, em consulta ao Sicom, constatou-se que o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados teria sido remunerado, mensalmente, de julho de 2016 até dezembro

de 2016, no valor de R\$395.841,07, antes que fosse implementado o resultado do serviço contratado, ou seja, antes que a obrigação decorrente do objeto contratual fosse consumada. Aliás, em pesquisa realizada no Sicom em 2021, até o último mês encaminhado, qual seja, agosto, não verificou pagamento em nome do escritório em questão.

Afirmou que deste valor não deveriam ser considerados os valores pagos de julho a agosto, por entender que houve a prescrição ressarcitória, que se extinguiu em agosto de 2016.

A 1ª CFM aduziu, quanto ao apontamento de que tal montante se caracteriza, de pronto, em dano ao erário e que deverá ser devolvido pelos responsáveis, que somente após a não obtenção de êxito na recuperação dos honorários pagos ao escritório contratado restaria configurado e estabelecido o montante preciso do dano ao erário.

Manifestou, diante da falta de dados nos autos capazes de mensurar o montante de crédito que tenha sido efetivamente recuperado, pela emissão de determinação para que fosse instaurada a pertinente Tomada de Contas Especial pelo atual gestor visando a apuração dos fatos e a quantificação do dano, nos termos do art. 47, §1º, da Lei Orgânica deste Tribunal.

Por fim, manifestou pela aplicação de multa ao Prefeito à época e ao então Secretário de Finanças Municipal, em razão de pagamento ao escritório contratado.

No que se refere a ausência de dolo, a Unidade Técnica asseverou que esta Casa não admite responsabilidade objetiva em matéria de penalidade administrativa, contudo restou demonstrado que houve violação à norma legal, a qual cabia ao gestor observar, em cumprimento ao princípio da legalidade que rege os atos administrativos. Portanto, a responsabilidade administrativa é consequência da prática de conduta irregular do agente público no exercício de sua função, oriunda do descumprimento dos deveres legalmente inerentes a ele para manutenção do bom procedimento funcional dos que representam e servem à Administração Pública.

Salientou que a responsabilidade do gestor, no caso, é subjetiva, uma vez que restou demonstrado que não supervisionou e coordenou os atos praticados pelos seus subalternos, faltando com o dever de cautela, no trato da coisa pública.

Inicialmente, cumpre mencionar que a compensação é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, prevista no art. 156, inciso II, do Código Tributário Nacional. Ademais, as contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/1991¹², bem como as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Receita Federal do Brasil, conforme caput do art. 89 da Lei n. 8.212/1991.

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.

¹² Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

[...]

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

- a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;
- b) as dos empregadores domésticos;
- c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição;

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

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 serviço¹³.

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.** (destaquei)

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

¹³ [...] 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.

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 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 eletrônica¹⁴ possua eficácia **imediata**, 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 município¹⁵.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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.

A plena eficácia da extinção do crédito tributário é operada, assim, até que, nos termos do art. 73 da Instrução Normativa RFB n. 2.055/2021¹⁶, 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/PI¹⁷, que condiciona a realização de pagamentos de honorários somente

[...]

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 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

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/SE¹⁸.

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,

§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.

¹⁸ 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.

seja na Secretaria da Receita Federal ou em outro órgão de natureza similar, não garante a sua efetivação.

[...]

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, *verbis*:

[...]

Quanto ao apontamento do Representante de que tal montante se caracteriza, de pronto, em dano ao erário e que deverá ser devolvido pelos responsáveis, neste momento, entende-se, s.m.j., que não prospera tal posicionamento. Afinal, somente após a não obtenção de êxito na recuperação dos honorários pagos ao escritório contratado, restará configurado e estabelecido o montante preciso do dano ao erário.

Diante da falta de dados nos autos capazes de mensurar o montante de crédito que tenha sido efetivamente recuperado, entende-se que deva ser determinada por este Tribunal a instauração de tomada de contas especial pelo atual gestor para apuração dos fatos e quantificação do dano, nos termos do § 1º do art. 47 da LOTCEMG.

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).

Portanto, em que pese a irregularidade verificada, observa-se que não é possível aferir o dano ao erário efetivamente praticado, já que não constam dos autos quais seriam os valores indevidamente recolhidos pelo Município, pois creio não existir, neste caso, prova efetiva do prejuízo aos cofres públicos que justifique a condenação dos agentes jurisdicionados.

Não obstante, nos termos da manifestação da Unidade Técnica, tendo em vista que pode ter ocorrido, efetivamente, eventual prejuízo aos cofres públicos não apurado, determino ao atual Chefe do Executivo Municipal de Patrocínio que instaure, conclua e encaminhe a este Tribunal, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, Tomada de Contas Especial visando apurar os fatos, identificar os responsáveis, bem como quantificar ocasional montante a ser ressarcido ao erário.

Quanto a pretensão punitiva desta Corte, 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 escuridão execução do ajuste firmado com a sociedade empresária representada, notadamente porque verifiquei que os pagamentos efetuados pela Prefeitura cessaram.

Deve-se, entretanto, nos termos expostos anteriormente, diante da ausência de erro grosseiro já pontuada, expedir recomendação aos atuais gestores públicos do Município de Patrocínio 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, inclusive no âmbito do Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, caso ainda vigente.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, nos termos da fundamentação, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada, uma vez que as irregularidades apuradas nos autos são inerentes à antecipação de pagamentos ao escritório Costa Neves e presente nexos de causalidade entre sua conduta e os apontamentos em exame nos autos.

Em prejudicial de mérito, voto pelo não reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva desta Corte, uma vez que não foi demonstrado o transcurso de prazo superior a cinco anos entre

a data de ocorrência dos fatos e o despacho que determinou o recebimento da documentação como representação, nos termos do art. 110-E c/c o art. 110-C, V, e o art. 110-F, I, todos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.

No mérito, voto pela procedência parcial dos apontamentos de irregularidade formulados pelo Ministério Público de Contas na presente representação em face do Procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, promovido pelo Município de Patrocínio, que culminou na contratação do escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, em virtude da irregularidade quanto à ausência de justificativa de preço relativa à Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, com fulcro no art. 26, parágrafo único, III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como pela realização de pagamentos de honorários de êxito antes do exaurimento dos serviços prestados, conforme o disposto na Consulta n. 873919, respondida por esta Corte de Contas.

Deixo, entretanto, de aplicar multa aos gestores públicos em relação às irregularidades elencadas acima, nos termos da fundamentação, analisando-se, sobretudo, as peculiaridades do caso concreto.

Recomendo aos atuais gestores públicos do Município de Patrocínio que, nos próximos procedimentos de inexigibilidade de licitação:

- I. apresentem a devida justificativa de preços, conforme exigência do art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/1993, nos termos da fundamentação deste voto;
- II. realizem estudo prévio, em caso de contratação de serviços advocatícios com o objetivo de recuperar ou compensar créditos, cujo pagamento será realizado com base no êxito, para que possa estimar, mesmo com razoável margem de erro, o montante do valor a ser possivelmente recuperado;
- III. 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, inclusive no âmbito do Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, caso ainda vigente.

Determino, nos termos da fundamentação, que o atual Chefe do Executivo Municipal de Patrocínio instaure, conclua e encaminhe a este Tribunal, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, Tomada de Contas Especial visando apurar os fatos, identificar os responsáveis, bem como quantificar ocasional montante a ser ressarcido ao erário.

Intimem-se os responsáveis por via postal e pelo Diário Oficial de Contas – DOC, bem como os seus advogados constituídos pelo DOC.

Intime-se, ainda, 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.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

VISTA CONCEDIDA DO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

RETORNO DE VISTA
NOTA DE TRANSCRIÇÃO
PRIMEIRA CÂMARA – 9/4/2024

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação oferecida pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC), por meio da procuradora Cristina Andrade Melo, em que noticia possíveis irregularidades na contratação, pelo Município de Patrocínio, do escritório Costa Neves Sociedade de Advogados por inexigibilidade de licitação para prestação de serviços jurídicos especializados na área de Direito Tributário, visando proceder ao levantamento e à repetição dos débitos tributários pagos indevidamente em favor município, mediante a compensação administrativa e apuração por auditoria jurídica tributária, incluindo parcelamentos vigentes, à época, perante o Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Na sessão da Primeira Câmara do dia 03/08/23, após ter sido acompanhado pelos demais membros do Colegiado quanto à rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Costa Neves Sociedade de Advogados e pelo Senhor Carlos Augusto Costa Neves, bem como pelo não reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva desta Corte, o relator, conselheiro Agostinho Patrus, prolatou o mérito de seu voto, concluindo pelo que se segue:

No mérito, voto pela procedência parcial dos apontamentos de irregularidade formulados pelo Ministério Público de Contas na presente representação em face do Procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, promovido pelo Município de Patrocínio, que culminou na contratação do escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, em virtude da irregularidade quanto à ausência de justificativa de preço relativa à Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, com fulcro no art. 26, parágrafo único, III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como pela realização de pagamentos de honorários de êxito antes do exaurimento dos serviços prestados, conforme o disposto na Consulta n. 873919, respondida por esta Corte de Contas.

Deixo, entretanto, de aplicar multa aos gestores públicos em relação às irregularidades elencadas acima, nos termos da fundamentação, analisando-se, sobretudo, as peculiaridades do caso concreto.

Recomendo aos atuais gestores públicos do Município de Patrocínio que, nos próximos procedimentos de inexigibilidade de licitação:

- I. apresentem a devida justificativa de preços, conforme exigência do art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/1993, nos termos da fundamentação deste voto;
- II. realizem estudo prévio, em caso de contratação de serviços advocatícios com o objetivo de recuperar ou compensar créditos, cujo pagamento será realizado com base no êxito, para que possa estimar, mesmo com razoável margem de erro, o montante do valor a ser possivelmente recuperado;

- III. 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, inclusive no âmbito do Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, caso ainda vigente.

Determino, nos termos da fundamentação, que o atual Chefe do Executivo Municipal de Patrocínio instaure, conclua e encaminhe a este Tribunal, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, Tomada de Contas Especial visando apurar os fatos, identificar os responsáveis, bem como quantificar ocasional montante a ser ressarcido ao erário.

Na sequência, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O Relator, em seu voto, julgou parcialmente procedentes os apontamentos formulados na representação pelo MPC quanto ao Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 2/16, considerando **regulares os itens 3.1** (ajuste prévio entre o então Prefeito de Patrocínio e o escritório Costa Neves, com intermediação do Sr. Diógenes Roberto Borges), **3.2** (terceirização de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários) e **3.3** (violação ao art. 25, *caput* e inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93 e à Súmula 106 do TCE/MG – ausência de inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização); e **irregulares os itens 3.4** (violação ao art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93 – ausência de justificativa do preço) e **3.5** (pagamentos efetuados ao escritório Costa Neves – antecipação de pagamento – violação aos arts. 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/64 – dano ao erário).

De início, assevero que **compartilho integralmente do entendimento consignado pelo relator nos itens 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 de sua fundamentação.**

No tocante ao item 3.5, o relator constatou que, não obstante a remuneração do escritório Costa Neves ter sido condicionada ao êxito da demanda para a qual fora contratado (isto é, ao efetivo ingresso dos recursos recuperados nos cofres municipais), a Prefeitura de Patrocínio efetuou o pagamento ao contratado no montante total de R\$395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos), mesmo sem a homologação das compensações almeçadas pela Receita Federal.

No entanto, ainda que tenha considerado irregular a sobredita conduta, o relator assinalou não ter sido possível aferir o dano efetivamente ocasionado ao erário, por não constarem dos autos quais seriam os valores indevidamente recolhidos pelo município. Com isso, determinou a instauração de Tomada de Contas Especial (TCE) visando quantificar eventual montante a ser ressarcido aos cofres públicos.

Peço vênia, contudo, para dele divergir quanto à solução dada à presente situação.

Com efeito, está mais do que esclarecido que o serviço contratado pelo ente municipal se exauriu 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 pelos serviços prestados ao contratado.

Ocorre que, como se vê no caso concreto, houve notificação da RFB, por meio do Despacho Decisório nº 640/2017/DRF/UBL (fls. 34/60 da peça nº 10), assinalando que foram consideradas “indevidas todas as compensações previdenciárias declaradas pelo Município de Patrocínio, CNPJ nº 18.468.033/0001-26, em suas GFIP dos PA 02/2014, 07/2015, 08/2015,

11/2015, 03/2016, 04/2016, 07/2016, 08/2016, 09/2016, 10/2016 e 11/2016, em razão da inexistência dos créditos utilizados nas referidas compensações”. Observa-se, ainda, que, além de não as ter homologado, a Receita Federal determinou “que todos os débitos de contribuições previdenciárias confessados e indevidamente compensados” passassem à condição de exigíveis.

Nesse contexto, é incontroverso que a conclusão dos serviços nos termos contratados só se daria caso o escritório Costa Neves tivesse obtido sucesso na compensação dos créditos previdenciários estimados, o que não ocorreu.

Logo, **não restam dúvidas de que houve indevida antecipação dos pagamentos pactuados no Contrato Administrativo s/n** (fls. 94/103 da peça nº 4), o que, além de constituir prática vedada pela Lei nº 8.666/93, configura pagamento de despesas sem a sua regular liquidação, em desacordo com a Lei nº 4.320/64.

Por isso, diferentemente do relator, **entendo que a totalidade dos pagamentos realizados pela Prefeitura Municipal de Patrocínio de forma antecipada é absolutamente ilegítima e constitui dano ao erário**, não havendo que se falar na necessidade de instauração de TCE para sua quantificação, visto que se encontra plenamente líquida a quantia e corresponde aos R\$395.841,07¹⁹ (trezentos e noventa e cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos) pagos ao escritório. Veja-se:

Data do Pagamento	Valor da Parcela	N. Nota Fiscal
22/07/2016	R\$ 43.994,15	146
22/07/2016	R\$ 24.436,63	145
28/07/2016	R\$ 67.633,26	175
30/08/2016	R\$ 67.858,97	176
21/10/2016	R\$ 71.080,58	187
16/11/2016	R\$ 49.149,73	196
01/12/2016	R\$ 71.687,75	210
TOTAL PAGO	R\$395.841,07	
PARCELA LIQUIDADADA MAS NÃO PAGA	R\$70.189,85	218
TOTAL GERAL	R\$466.030,92	

Não obstante, em caso de eventual imputação ao ente municipal, por parte da RFB, de juros moratórios e multa em função das compensações indevidas, **determino, assim como sugerido pelo Órgão Técnico à peça nº 58, que seja instaurada Tomada de Contas Especial visando à devida recomposição dos cofres públicos quanto aos débitos dessa natureza**, nos termos do art. 47, III, da Lei Orgânica deste Tribunal.

Feitas as minhas considerações, passo, então, à atribuição de responsabilidade aos envolvidos no apontamento descrito, quais sejam: o Senhor Lucas Campos de Siqueira, prefeito de Patrocínio à época e responsável pela autorização da contratação (fl. 10 da peça nº 4), pela assinatura do contrato (fls. 94/103 da peça nº 4), bem como pelo empenho da despesa (fl. 42 da peça nº 3); o Senhor Luiz Carlos Capuano, então secretário municipal de Finanças e responsável

¹⁹ Consoante demonstrado pelo representante na peça inicial, em que pese o valor liquidado pelo município, inclusive com emissão de nota fiscal pelo escritório contratado, tenha sido de R\$466.030,93 (quatrocentos e sessenta e seis mil e trinta reais e noventa e dois centavos), a parcela equivalente a R\$70.189,85 (setenta mil cento e oitenta e nove reais e oitenta e cinco centavos) não chegou a ser paga.

pela liquidação da despesa (fl. 42 da peça nº 3); e o escritório contratado, Costa Neves Sociedade de Advogados.

Como visto, os elementos carreados aos autos demonstram que 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. Tal fato sujeita os agentes públicos e privados enredados na falha 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 Filho²⁰ “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, depreende-se que os responsáveis desrespeitaram as exigências formais previstas na legislação de regência (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 4.320/64) porquanto procederam a liquidação e pagamento dos serviços contratados antes da necessária homologação da autoridade tributária e, portanto, antes da recuperação do pretense indébito recolhido pelo município, reconhecendo, assim, direito adquirido pelo ente numa pretensa compensação administrativa que não era nem líquida e nem certa, naquele momento procedimental. Tal incorreção, no contexto dos autos, configura, a meu ver, erro grosseiro, autorizando a responsabilização dos agentes, nos termos do art. 28 da LINDB.

Desse modo, considerando que a remuneração pelos serviços contratados antes da efetiva homologação das compensações dos créditos previdenciários pela Receita Federal constitui irregularidade grave, caracterizadora de dano ao erário, **determino que os Senhores Lucas Campos de Siqueira e Luiz Carlos Capuano, bem como o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados promovam, solidariamente, o ressarcimento aos cofres do Município de Patrocínio do valor histórico, pago antecipadamente, que perfez o total de R\$395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos), a ser devidamente atualizado.**

Além disso, com fundamento nos arts. 83, I e 86 da Lei Orgânica do Tribunal, **impõe-se a aplicação de multa individual no valor de R\$56.000,00 (cinquenta e seis mil reais)**²¹ aos

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

²¹ **Valor correspondente a, aproximadamente, 10% (dez por cento) do valor atualizado do dano**, o qual, considerando-se a data do último pagamento realizado ao escritório Costa Neves como referência (qual seja, dez/2016), corresponde a R\$565.698,72 (quinhentos e sessenta e cinco mil seiscentos e noventa e oito reais e setenta e dois centavos), pelo fator de correção monetária de mar/2024 do TJMG.

Senhores Lucas Campos de Siqueira e Luiz Carlos Capuano, bem como ao escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, em virtude da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico que resultou em dano ao erário.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, nos termos da fundamentação, dirijo parcialmente do Relator para determinar que, em razão da realização de pagamentos indevidos ao escritório “Costa Neves”, sem a concretização do êxito nas compensações previdenciárias (item 3.5 do voto do relator), os Senhores Lucas Campos de Siqueira e Luiz Carlos Capuano, bem como o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados promovam, solidariamente, o ressarcimento aos cofres do Município de Patrocínio do valor histórico, pago antecipadamente, que perfez o total de R\$395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos), a ser devidamente atualizado.

Determino, ainda, com fundamento nos arts. 83, I e 86 da Lei Orgânica do Tribunal, multa individual no valor de R\$56.000,00 (cinquenta e seis mil reais) aos Senhores Lucas Campos de Siqueira e Luiz Carlos Capuano, bem como ao escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, em virtude da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico que resultou em dano ao erário.

Não obstante, em caso de eventual imputação ao ente municipal, por parte da RFB, de juros moratórios e multa em função das compensações indevidas, determino que seja instaurada Tomada de Contas Especial visando à devida recomposição dos cofres públicos quanto aos débitos dessa natureza, nos termos do art. 47, III, da Lei Orgânica deste Tribunal.

Acompanho o voto do Relator quanto aos demais pontos.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

Peço vista do processo.

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA CRISTINA ANDRADE MELO.)

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RETORNO DE VISTA

NOTA DE TRANSCRIÇÃO

PRIMEIRA CÂMARA – 11/6/2024

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, de relatoria do Conselheiro Agostinho Patrus, em face de possíveis irregularidades no âmbito do Processo de Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, promovido pelo Município de Patrocínio, que culminou na contratação do escritório de advocacia Costa Neves Sociedade de Advogados, objetivando o levantamento e a compensação de créditos previdenciários decorrentes de contribuições supostamente pagas a maior pelo município.

Na sessão da Primeira Câmara do dia 03/08/2023, os membros deste Colegiado, acompanhando o voto do relator, decidiram pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Sr. Carlos Augusto Costa Neves e pelo não reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas (peça n. 87 do SGAP).

No mérito, o relator julgou parcialmente procedentes os apontamentos formulados pelo Ministério Público junto ao Tribunal quanto ao Processo de Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, considerando regulares os itens 3.1 (ajuste prévio entre o então Prefeito de Patrocínio e o escritório Costa Neves, com intermediação do Sr. Diógenes Roberto Borges), 3.2 (terceirização de serviços advocatícios para compensação de créditos previdenciários) e 3.3 (violação ao art. 25, caput e inciso II, da Lei Federal n. 8.666/93 e à Súmula 106 do TCE/MG – ausência de inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notória especialização); e irregulares os itens 3.4 (violação ao art. 26 da Lei Federal n. 8.666/93 – ausência de justificativa do preço) e 3.5 (pagamentos efetuados ao escritório Costa Neves – antecipação de pagamento – violação aos arts. 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320/64 – dano ao erário (peça 87)).

Diante das irregularidades apontadas acima (itens 3.4 e 3.5), o relator recomendou aos gestores do Município de Patrocínio que nos próximos procedimentos de inexigibilidade de licitação:

- apresentem a devida justificativa de preços, conforme exigência do art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/1993, nos termos da fundamentação deste voto;
- realizem estudo prévio, em caso de contratação de serviços advocatícios com o objetivo de recuperar ou compensar créditos, cujo pagamento será realizado com base no êxito, para que possa estimar, mesmo com razoável margem de erro, o montante do valor a ser possivelmente recuperado;
- 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, inclusive no âmbito do Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, caso ainda vigente.

E, ainda, fez as seguintes determinações:

Determino, nos termos da fundamentação, que o atual Chefe do Executivo Municipal de Patrocínio instaure, conclua e encaminhe a este Tribunal, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, Tomada de Contas Especial visando apurar os fatos, identificar os responsáveis, bem como quantificar ocasional montante a ser ressarcido ao erário.

Na sequência, o conselheiro Cláudio Terrão pediu vista dos autos, proferindo seu voto-vista na sessão do dia 09/04/2024, no qual divergiu do relator quanto a solução apresentada diante dos referidos pagamentos antecipados (item 3.5).

Pelo exposto, nos termos da fundamentação, dirijo parcialmente do Relator para determinar que, em razão da realização de pagamentos indevidos ao escritório “Costa Neves”, sem a concretização do êxito nas compensações previdenciárias (item 3.5 do voto do relator), os Senhores Lucas Campos de Siqueira e Luiz Carlos Capuano, bem como o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados promovam, solidariamente, o ressarcimento aos cofres do Município de Patrocínio do valor histórico, pago antecipadamente, que perfaz o total de R\$395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos), a ser devidamente atualizado.

Determino, ainda, com fundamento nos arts. 83, I e 86 da Lei Orgânica do Tribunal, multa individual no valor de R\$56.000,00 (cinquenta e seis mil reais) aos Senhores Lucas Campos de Siqueira e Luiz Carlos Capuano, bem como ao escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, em virtude da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico que resultou em dano ao erário.

Não obstante, em caso de eventual imputação ao ente municipal, por parte da RFB, de juros moratórios e multa em função das compensações indevidas, determino que seja instaurada Tomada de Contas Especial visando à devida recomposição dos cofres públicos quanto aos débitos dessa natureza, nos termos do art. 47, III, da Lei Orgânica deste Tribunal. Ato contínuo, pedi vista dos autos para melhor compreensão da matéria.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Em seu bem fundamentado voto-vista o Conselheiro Cláudio Terrão afirma que os “elementos carreados aos autos demonstram que os serviços contratados foram efetivamente liquidados antes da compensação definitiva dos créditos tributários”, o que acarretou dano ao erário correspondente ao valor total pago ao escritório Costa Neves Sociedade de Advogados.

Conclui que os gestores Lucas Campos de Siqueira e Luiz Carlos Capuano devem responder solidariamente com o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados pelo dano apurado e serem multados, individualmente, no valor de R\$56.000,00 (cinquenta e seis mil reais), porque o primeiro, na qualidade de Prefeito de Patrocínio, foi o responsável pela autorização da contratação, pela assinatura do contrato e pelo empenho da despesa, enquanto o segundo, na qualidade de Secretário de Finanças de Patrocínio, foi o responsável pela liquidação da despesa.

O Conselheiro Cláudio Terrão asseverou que ambos os gestores teriam incorrido em erro grosseiro ao desrespeitarem as exigências formais previstas na legislação de regência, Lei n. 8.666/1993 e Lei n. 4.320/1964.

Nesse ponto, divirjo do Conselheiro Cláudio Terrão, pois entendo, tal como o relator, que em relação ao presente apontamento, os gestores municipais não atuaram com erro grosseiro, em razão da dificuldade de interpretação do que seja o “exaurimento de serviços”, à luz do disposto no § 2º do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, que estabelece que a compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, mas sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Ademais, conforme se depreende das fls. 89-92 da peça n. 4 do SGAP, o Sr. Lucas Campos de Siqueira assinou o contrato com o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados embasado em parecer jurídico emitido pelo Procurador Geral do Município, que opinou “pelo prosseguimento do feito com a consequente homologação do contrato (art. 54 § 2º da Lei 8.666/93) e publicação do feito (art. 26 da Lei 8.666/93) para a eficácia do ato”. Isto posto, considero que o referido parecer foi fundamental para que o ex-prefeito de Patrocínio autorizasse a contratação do escritório de advocacia, por constituir preceito que motivou juridicamente a realização do ato administrativo.

Não considero, portanto, que o Sr. Lucas Campos de Siqueira incorreu em erro grosseiro quanto à autorização e assinatura do contrato, tendo em vista que praticou tais atos embasado em parecer jurídico do Procurador Geral do Município, tampouco pelo empenho das despesas para pagamento do escritório, visto que era condição para o início da execução dos serviços advocatícios, ora contratados (cláusula quinta).

A propósito, o TCU consolidou, no enunciado do Acórdão 1565/2024, o seguinte entendimento acerca do alcance da expressão ‘erro grosseiro’:

O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a **conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio**, avaliada no caso concreto. (grifo nosso)

No caso concreto, entendo que a necessidade de conhecimentos específicos acerca de legislação tributária federal, notadamente quanto aos efeitos concretos de compensação dos créditos tributários, se distancia de uma conduta normalmente esperada do administrador médio, o que descaracteriza o erro grosseiro.

Por outro lado, considerando que o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados foi contratado por possuir, em tese, notórios conhecimentos sobre o regramento afeto à compensação de tributos e contribuições, com destaque para o disposto no § 2º do art. 74 da Lei n. 9.430/1996; considerando que ele foi o beneficiário dos pagamentos irregulares realizados pelo Município de Patrocínio; e considerando que as cláusulas quarta e quinta do contrato foram reproduzidas da proposta de prestação de serviços apresentada pelo referido escritório à Prefeitura de Patrocínio, entendo que ele deverá ser responsabilizado pelo dano ao erário municipal no valor histórico de R\$395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos).

Frisa-se, por oportuno, que o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, ao formalizar proposta de prestação de serviços com a previsão de que o pagamento deveria ser realizado “no ato do ingresso dos valores recuperados no ‘cofre’ do Município”, contribuiu, de maneira decisiva, para que os gestores públicos efetuassem os pagamentos antes do esgotamento do serviço prestado.

Nesse contexto, tendo em vista a gravidade da conduta praticada, voto para que, em face do escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, seja imputado o ressarcimento ao Município de Patrocínio do valor de R\$395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos), a ser devidamente atualizado, e aplicada multa no valor de R\$56.000,00 (cinquenta e seis mil reais), com base nos arts. 83, I, e 86 da Lei Orgânica do Tribunal.

Com fundamento no art. 17 do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994) ressalto que os sócios do escritório contratado, Senhores Carlos Augusto Costa Neves e Ramon Moraes do Carmo, **os quais foram mencionados no despacho de citação da peça n. 36**, possuem responsabilidade subsidiária e ilimitada pelo dano apurado nos presentes autos.

Vale, aqui, mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 645.662/SP, adotou o entendimento de que “**a condição de responsável subsidiário** (Estatuto da OAB, Art. 17) **outorga legitimidade passiva a cada sócio de escritório de advocacia para responder ação de reparação por fato do serviço**” e de que “**o benefício da subsidiariedade só os protege na execução**”.

Assim, após análise dos autos, acompanho o voto-vista do Conselheiro Cláudio Terrão por entender que deve ser reconhecido dano ao erário no valor histórico de R\$395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos), em razão dos pagamentos antecipados realizados a favor do escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, em violação aos arts. 62 e 63 da Lei Federal n. 4.320/1964. No entanto, diverjo do voto-vista quanto à responsabilização por essa irregularidade, uma vez que, na minha visão, ela deve recair somente sobre o escritório de advocacia e os seus sócios.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, nos termos da fundamentação, acompanho o voto do relator em relação aos itens 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4. Quanto aos demais itens, acompanho parcialmente o voto-vista do Conselheiro Cláudio Terrão e determino que o escritório Costa Neves Sociedade de Advogados promova o ressarcimento aos cofres do Município de Patrocínio do valor histórico, pago

antecipadamente, que perfez o total de R\$395.841,07 (trezentos e noventa e cinco mil oitocentos e quarenta e um reais e sete centavos), a ser devidamente atualizado.

Considerando a gravidade da conduta, determino, ao escritório Costa Neves Sociedade de Advogados, a aplicação de multa no valor de R\$56.000,00 (cinquenta e seis mil reais), com fundamento nos arts. 83, I, e 86 da Lei Orgânica deste Tribunal.

Por fim, em consonância com o voto-vista do Conselheiro Cláudio Terrão, determino ao Poder Executivo de Patrocínio que instaure Tomada de Contas Especial em caso de eventual imputação ao Município, por parte da Receita Federal, de juros moratórios e multa em função das compensações indevidas.

APROVADO O VOTO DO RELATOR QUANTOS AOS ITENS 3.1, 3.2, 3.3 E 3.4.
DETERMINAÇÃO AO ESCRITÓRIO COSTA NEVES SOCIEDADE DE ADVOGADOS:

- 1) QUE PROMOVA O RESSARCIMENTO AOS COFRES DO MUNICÍPIO DE PATROCÍNIO DO VALOR HISTÓRICO DE R\$395.841,07 (TREZENTOS E NOVENTA E CINCO MIL OITOCENTOS E QUARENTA E UM REAIS E SETE CENTAVOS), A SER DEVIDAMENTE ATUALIZADO;
- 2) A APLICAÇÃO DE MULTA AO REFERIDO ESCRITÓRIO NO VALOR DE R\$56.000,00 (CINQUENTA E SEIS MIL REAIS), COM FUNDAMENTO NOS ARTS. 83, I, E 86 DA LEI ORGÂNICA DESTE TRIBUNAL.

VENCIDOS, PARCIALMENTE, O RELATOR E O CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

sb/fg

