



## MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIALIZADO

Processo TC **16256/18**

Natureza: **Inexigibilidade de Licitação**

Origem: **Município de Santa Cruz**

Unidade Gestora: **Prefeitura**

Exercício: **2018**

Gestor: **Paulo César Ferreira Batista (Prefeito)**

**EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO TENDO COMO OBJETO A CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. AUDITORIA. IRREGULARIDADES. CITAÇÃO DO PREFEITO DE SANTA CRUZ. DEFESA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA A LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO *SUB EXAMINE*. ÓRGÃO TÉCNICO. IDÊNTICA CONCLUSÃO AO PRONUNCIAMENTO INAUGURAL. MPC. IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE E DO AJUSTE CONTRATUAL. NECESSIDADE DE REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. SUGESTÃO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO CONTRATO COM EMISSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. APLICAÇÃO DE MULTA PESSOAL AO GESTOR. RECOMENDAÇÕES.**

**P A R E C E R 00248/19**

### I – DO RELATÓRIO

Versam os presentes autos acerca do exame da legalidade do procedimento de Inexigibilidade de Licitação, proveniente do Município de Santa Cruz, sob a responsabilidade do Gestor **Paulo César Ferreira Batista**, tendo por objeto a Contratação de um Escritório de Advocacia com serviços técnicos profissionais especializados para elaboração, manejo e acompanhamento judicial de demanda, em face da UNIÃO, com o fito de recuperação das diferenças que não foram repassadas ao Município, nos últimos 05 anos, referentes ao FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS (FPM), bem como retificação da base de cálculo para que a União realize corretamente os próximos repasses das cotas do FPM, com efetiva atuação em qualquer juízo, instância ou foro da Justiça Federal, além dos tribunais superiores sediados em Brasília/DF, defendendo o interesse da contratante.

Documentação inicial acostada às fls. 2/18.

Em relatório inaugural, a Auditoria desta Corte se posicionou pela irregularidade da vertente Inexigibilidade de Licitação, *in verbis*:

*Frente ao exposto, essa Auditoria conclui pela IRREGULARIDADE do procedimento licitatório ora analisado, bem como dos atos dele decorrentes, ressaltando-se o disposto no PN TC Nº 16/2017, in verbis:*

*que os serviços de assessorias administrativas ou judiciais na área do direito, em regra, devem ser realizados por servidores públicos efetivos, somente podendo ser contratados diretamente com pessoas ou sociedades, excepcionalmente, **quando atendidas todas as normas previstas na lei específica que disciplina as licitações e os contratos administrativos** (Lei Nacional n.º 8.666/1993).*

Regular citação do Alcaide, que aviou defesa subscrita pelo advogado Francisco Valdemiro Gomes, fls. 53/68.

Achados de Auditoria fls. 75/129.

Relatório de Análise de Defesa às fls. 151/169, concluindo, *litteris*:

*3.1. Após a análise da defesa apresentada esta auditoria conclui pela permanência das seguintes irregularidades:*

- A. ausência de requisitos exigidos pela Lei nº 8.666/93 para contratação por inexigibilidade de licitação (item 2.1);*
- B. assunção de obrigação de pagamento de honorários profissionais antes do trânsito em julgado de todas as ações necessárias ao cumprimento do objeto contratado (item 2.2);*
- C. cláusulas contratuais em dissonância com o princípio da economicidade (item 2.3);*
- D. ausência de valor estimado do contrato (item 2.4);*
- E. duração do contrato em dissonância com a legislação pertinente (item 2.5);*
- F. não envio de documentos complementares da licitação exigidos pela portaria nº 010/2017 (item 2.6).*

*3.2. Considerando os vícios existentes e remanescentes após análise da defesa apresentada e, notadamente, considerando o disposto no item 2.5 do presente relatório, este corpo técnico sugere ao relator a suspensão dos efeitos do contrato decorrente da Inexigibilidade ora analisada.*

Vinda dos autos ao Ministério Público de Contas em 19/12/2018, para análise e oferta de parecer, sendo-me distribuído na mesma data.

Transcurso do recesso e do gozo de férias de 45 dias.

## II - DA ANÁLISE

A inexigibilidade de licitação veicula a impossibilidade jurídica de promover a livre competição entre licitantes, de acordo com a norma para licitações e contratos, entabulada no art. 25, incisos I, II e III, e §§ 1º e 2º da Lei nº 8666/1993.

No caso vertente, o Alcaide de Santa Cruz, com o intuito de contratar escritório de advocacia para prestação de serviços jurídicos na identificação, apuração, levantamento e apresentação de ação competente em favor do Município de valores devidos pela União referentes ao FPM.

Entretanto, sem desconhecer a jurisprudência deste Sinédrio na área, passível, contudo, de revisão a qualquer momento, inclusive para fins de estimular a criação de procuradorias jurídicas pelos municípios, na visão deste Órgão Ministerial, o conceito de serviço de natureza singular, nos termos postos no artigo 25, inciso II, da Lei Geral de Licitações e Contratos, não se compatibiliza com os serviços em comento, por compreenderem atividades que poderiam ser desempenhadas por todo e qualquer profissional que detenha qualificação para exercer o ofício advocatício.

Com efeito, a Administração Pública, quando opta por uma contratação dessa natureza, é obrigada a demonstrar o atendimento cumulativo de todos os requisitos exigidos, a saber: inviabilidade de competição; singularidade do objeto e notória especialização profissional do prestador de serviço.

O requisito da singularidade do objeto exige que o serviço a ser prestado seja excepcional e complexo, ou seja, que se trate de objeto de natureza singular.

Não se deve confundir a singularidade do objeto com a singularidade e especialização dos prestadores dos serviços. Ora, todo ser humano é singular, portanto, as atividades que exercem são únicas (sejam serviços prestados por advogados ou por qualquer outra classe de profissionais). No entanto, essa característica única associada a uma notória especialização reconhecida, por si só, não autoriza o Poder Público a efetuar todas as contratações por inexigibilidade, pois, se assim fosse, não haveria necessidade de existência de procedimento licitatório.

O Professor Jacoby Fernandes<sup>1</sup> ilustra bem a importância da singularidade do objeto nas contratações por inexigibilidade:

*Se, a título de ilustração, retirada do texto fosse a expressão singularidade, todo o dispositivo deveria ser condenado, pois a contratação de notórios especialistas só*

<sup>1</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 611/612.

*seria enquadrável no caput do artigo, por inviabilidade de competição, não fazendo qualquer sentido que o legislador tivesse privilegiado tais profissionais, dispensando-os de concorrer em um processo seletivo; alcançando a notória especialização, esses profissionais poderiam ser contratados para qualquer serviço; se isso fosse possível, para qualquer serviço não mais se faria licitação: todos os jardins do País poderiam ser projetados por Burle Marx; todos os serviços de arquitetura, por Oscar Niemeyer; todos os serviços da área de saúde, por Adib Jatene; enfim, um verdadeiro contrassenso ter-se-ia estabelecido. Sábio foi o legislador ao exigir a singularidade do objeto, como conditio sine qua non à declaração de inexigibilidade.*

(Grifamos)

Maria Sylvia Di Pietro também aborda o assunto de forma magistral:<sup>2</sup>

*Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que **não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13**; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação.*

(Grifos nossos)

O Conselheiro Roque Citadini<sup>3</sup> também discorre sobre a relação intrínseca entre singularidade do objeto e notória especialização do profissional:

*A singularidade do serviço a ser contratado é requisito indispensável para se poder justificar a contratação direta com empresa ou profissional notoriamente especializado. Se o serviço objeto da contratação for rotineiro, comum, sem exigência de qualquer conhecimento ou técnica de maior complexidade, não há razão para a sua contratação sem licitação.*

*Não basta, portanto, que a empresa seja de especialização notória no mercado; é preciso, também, que o objeto do contrato venha a requerer conhecimento ou técnica especiais e individualizadores para que se possa contratar diretamente.*

Marçal Justen Filho<sup>4</sup> chega a ser mais contundente, ao afirmar, literalmente:

*[...] sempre que não se configurar um serviço singular e que qualquer profissional em condições normais (ou seja, profissional habilitado) puder atender satisfatoriamente ao interesse público, é incabível a contratação direta por inexigibilidade.*

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 402.

<sup>3</sup> CITADINI, Roque. **Comentários e jurisprudências sobre a Lei das Licitações**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 182.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, p. 282.

Na esteira do entendimento sustentado há décadas por membros do MPC paraibano, reverbera-se teor da Súmula editada pelo Tribunal de Contas da União, sob o nº 39, ainda sob a vigência do Decreto-lei n.º 200, cujo teor convém reproduzir em virtude de a lógica esposada pela Lei 8.666/93 ter remanescido idêntica:

*A dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com alínea "d" do art. 126, § 2º, do Decreto-lei 200, de 25/02/67, só tem lugar quando se trate de **serviço inédito ou incomum**, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.*

Também cabe reproduzir trechos de decisão da Corte de Contas da União acerca das contratações diretas de advogados para desempenho de atividades advocatícias de natureza comum, *in verbis*:

[ACÓRDÃO]

9.7. determinar à Fafen Energia S.A. que:

9.7.1. *abstenha-se de promover contratações de serviços advocatícios por inexigibilidade sem o preenchimento de todos os requisitos necessários (inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notoriedade do prestador de serviço), previstos no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993;*

[VOTO]

10. *Analizando primeiramente a questão da contratação direta do escritório de advocacia, observo, a priori, que a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que a Petrobras e suas controladas devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993. De qualquer forma, no caso presente, o teor do Decreto 2.745/1998, declarado inconstitucional por meio da Decisão nº 663/2002-TCU-Plenário (confirmada pelo recentíssimo Acórdão 560/2010-TCU-Plenário), não respaldaria a contratação direta, conforme bem analisou a 9ª Secex.*

11. ***Nesse sentido, reitero o entendimento expresso no relatório precedente, de que a regra para contratação de serviços advocatícios é a licitação, e a inexigibilidade, exceção, que deve ser precedida da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado.***

12. *Sendo assim, concordo a conclusão da unidade técnica, cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir, de que a contratação não atendeu aos ditames da Lei nº 8.666/1993. De fato, não restou demonstrada previamente a singularidade do objeto, definida nos seguintes termos no relatório precedente ao Acórdão nº 622/2008-TCU-Segunda Câmara:*

***‘Quanto à natureza singular do serviço, há de ser o serviço técnico tão incomum, raro, incomparável com outros, que somente possa ser prestado por profissional ou empresa cuja especialização naquele tipo de serviço seja***

*notória. O objeto do contrato deve revelar-se de tal singularidade que não dê condições a que se proceda qualquer competição entre os profissionais existentes no ramo'.*

[..].

14. Não obstante, [...] entendo que é providência suficiente para o momento a determinação para que a empresa se abstenha de promover contratações de serviços advocatícios por inexigibilidade sem o preenchimento de todos os requisitos necessários.

(Aresto nº 1732/2010 da 1ª Câmara do TCU).

Decisões mais antigas dos TCE do Paraná e do Rio de Janeiro já prenunciavam o quão estreita é a possibilidade de se calcar uma inexigibilidade de licitação na notória especialização ou na natureza singular do objeto:

*Licitação. Obrigatoriedade. Advogado. Contratação direta de advogado, com base no art. 25, II da Lei 8.666/93. Impossibilidade, tendo em vista que a notória especialização só tem lugar quando se trata de serviço inédito ou incomum. (TCE/PR, TC-50.210/94, Rel. Cons. João Féder, RTCE, nº 113, jan/mar 1995, p. 130)*

*Contrato. Inexigibilidade de Licitação. Nulidade do Contrato e Multa.*

*É indispensável que os serviços técnicos sejam de natureza singular, assim não é bastante que o profissional tenha notória especialização. Existindo dois ou mais competidores aptos a oferecer os serviços necessários, a Administração terá de submeter-se à licitação.*

(TCE/RJ, Cons. Humberto Braga, RTCE/RJ, n. 29, jul/set 1995, p. 151)

Por fim, ecoem-se as lições de Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo na obra *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, 3. ed, São Paulo, Malheiros, pp. 76 e ss:

*Comparece a notória especialização, bem outrora, como caso de dispensabilidade e, sendo a dispensabilidade uma exceção à regra de exigência, era preciso fundamentar de maneira muito nítida e clara a notória especialização como imprescindível à contratação, para que se pudesse, sem medo de infringência aos princípios constitucionais, dispensar a licitação. Na Lei 8.666/93, artigo 25, II, como de resto já no Decreto-lei 2.300, a amarra é diversa. Identificada a situação de notória especialização, por definição cabe a contratação direta, afastando-se, em princípio, a alegação de que notórios especializados não são únicos especializados necessariamente, e que, portanto, em razão disso, alguma tipo de competição deveria estabelecer-se.*

*Ainda assim se colocam polêmicas: o que é notória especialização e como identificar essa notória especialização?*

*... Não é o administrador público que servirá de mero aferidor. Ele tem que saber identificar, mas é preciso que a especialização – que é um dado objetivo – seja notória – o que é um dado subjetivo – para o universo que aquela empresa ou que aquele profissional integra. É o que, por exemplo, acontecerá nas contratações de empresas de consultoria, qualquer que seja o ramo: é imprescindível que o contexto dos prestadores daquele serviço de consultoria identifique, em quem está sendo selecionado para contratação, um notório especializado. Essa especialização se mede pelos indicadores presentes no referido artigo 13, e que podem ser traduzidos fundamentalmente em dois patamares básicos: será de notória especialização o prestador de serviços, a empresa, que se apresente com uma capacidade mais aprofundada ou mais avançada, naquele determinado ramo de atividade que é objeto da contratação.*

*Se tudo isso acontecer, o administrador não fará a licitação e, em princípio, estará agindo contrariamente ao interesse público se instaurar.*

*Mas existe ainda um outro dado de amarração que precisa ser lembrado, a fim de que não se faça, através do eventual artificialismo das invocações conceituais, esteticamente belas e palatáveis, um caminho para simplesmente, a impunidade. E esse outro dado conceitual importante é o de que a notória especialização, que serviu para que determinado contratante fosse selecionado com o escudo e o manto da inexigibilidade da licitação, seja em si um dado essencial para a satisfação do interesse público a ser atendido. Se o serviço é daqueles em que a notória especialização é absolutamente acidental, apenas uma moldura que enfeita o prestador de serviços, mas não integra a essência da realização, tal como desejada, do objeto contratual, nesse caso sua invocação será viciosa e viciada, e, portanto, atacável através de todas as figuras de vício do ato administrativo, com a consequente apenação do administrador.*

Embora a irregularidade abordada em presente item seja suficiente para se considerar irregular toda a inexigibilidade de licitação em tela, por malferir a Lei de Licitações e Contratos, a Unidade Técnica apontou outras eivas, ao longo da manifestação encartada às fls. 151/169, capazes de macular a atuação do Poder Público Municipal, conforme abordado nos itens adiante.

▪ **Ausência de requisitos exigidos pela Lei nº 8.666/93 para contratação por inexigibilidade de licitação -**

Como já expendido exaustivamente, os pressupostos da inexigibilidade de licitação traçados no Estatuto das Licitações exigem que os serviços técnicos especializados sejam de natureza singular, lógica extensiva à contratação junto a fornecedor exclusivo e a artistas.

No que pertine à ausência do requisito “inviabilidade de competição” alega o defendente que a relação advogado e cliente é pautada na confiança estabelecida entre as partes, e que, embora existam outros profissionais qualificados no mercado, que disponibilizem serviços semelhantes, o que inviabiliza a competição é o “fato da [sic] escolha passar por critérios subjetivos, ou seja, é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo.”

A propósito, registre-se que fazer repousar sobre a discricionariedade, a subjetividade e a confiança razões para inviabilizar a competição é confundir interesses públicos com privados e retirar o protagonismo dos princípios regedores da Administração. É na esfera particular, com uso de dinheiro e recursos próprios, não coletivos, que se contrata com quem se quer, desprezando, as mais das vezes, critérios objetivos de escolha, até por se valorizar a chamada indicação e o conhecimento pessoal, algo não aplicável à esfera pública. Nesta, a regra de ouro é a procura da melhor proposta em termos técnicos, economicofinanceiros e jurídicos, pois os danos advindos de uma escolha advinda do subjetivismo serão suportados pelo erário, pela coletividade, atingindo o orçamento de forma frontal, inequívoca.

Tragam-se à baila passagens de parecer da lavra da colega Procuradora Elvira Samara Pereira de Oliveira, encartado nos autos do **Processo TC 05724/16**:

Em contraposição às restrições efetivadas pela Auditoria, a defesa se pronunciou ainda alegando a necessidade da relação de confiança que deve existir entre as partes contratantes, bem como a inviabilidade de competição com fundamento no artigo 7º do Código de Ética da OAB, que veda a mercantilização da profissão.

Tal argumento não se mostra razoável. Os contratos realizados pela Administração Pública devem obediência aos princípios que a norteiam, dentre eles, em especial neste aspecto, o princípio da impessoalidade. O administrador ao alegar um aspecto subjetivo para a contratação está inserindo no âmbito da contratação um aspecto pessoal, que é inadmissível, pois além de macular o princípio da igualdade, não permitindo que outros profissionais devidamente habilitados também possam concorrer para prestação de serviços à Administração, ainda enseja desconfianças, uma vez que facilitaria o uso nocivo da Administração Pública, mediante condenáveis favorecimentos.

A licitação também não comprometeria a qualidade técnica ou a especialidade do contratado, porquanto poderiam ser estabelecidos no certame critérios que levassem em conta não só o preço, mas também a formação e qualificação profissional. Dessa forma, jamais seria escolhido a contratar com a Administração um profissional menos qualificado em detrimento de um com vasta experiência e competência.

Com relação à suposta inobservância ao Código de Ética da OAB, assevera Rogério Ponzi Seligman<sup>4</sup>:

*"A suposta incompatibilidade residiria na proibição de captação de clientela, presente na indicação das instalações materiais da empresa licitan-*

*te (requisito de habilitação técnica), e na vedação de procedimentos de mercantilização da profissão, vistos na concorrência de advogados com outros advogados, pelo critério do menor preço, e no cotejamento de preços, na modalidade de melhor técnica, tudo levando ao amesquinamento da profissão.*

*Não se resume o debate, contudo, a um conflito de regras jurídicas. Não se trata de saber se há colisão entre o Estatuto da Advocacia e a Lei de Licitações e qual resta invalidada. Cuida-se da preponderância de princípios constitucionais que informam a matéria. Por trás da licitação para a contratação de qualquer serviço ou aquisição de qualquer bem, encontram-se os pilares principiológicos da isonomia, garantindo a todos idêntico tratamento pelo Estado e pela Administração; da legalidade, a impor a completa subordinação da Administração às leis e ao interesse público; da impessoalidade, pelo qual é defeso o tratamento aos administrados com discriminação, benéfica ou detrimetosa; e da exigibilidade de licitação, explicitado no inciso XXI do art. 37 da Constituição.*

*(...)*

*Na situação em estudo, parece evidente que os princípios constitucionais devem prevalecer sobre regras insertas no Estatuto da Advocacia ou em seu Código de Ética."*

O mesmo entendimento também é esposado pelo Tribunal de Contas da União, em posicionamento do Min. Adhemar Paladini Ghisi nos autos do Processo 650.148/1996-7:

*"(...) Não creio que se possa falar em impossibilidade de competição quando se discute a contratação de serviços advocatícios, uma vez que os preços dos serviços não são tabelados, no exato sentido da palavra: de fato, os valores apresentados pela OAB tratam-se de meros referenciais mínimos e máximos. Aliás, vale ressaltar que esta Corte não pretende – nem pretendeu em momento algum – estimular a mercantilização dos serviços advocatícios (prática que poderia ser considerada como pouco ética por significativa parcela dos advogados), mas sim democratizar as oportunidades de contratação com aqueles que recebem recursos públicos.*

*In casu*, como registrado no relatório inicial, fl. 33, não foram produzidos documentos complementares, embora tenham sido solicitados, a exemplo da "Justificativa da inexigibilidade de licitar, inclusive razões para a escolha do contratado, devidamente assinado e fundamentado, nas hipóteses previstas no artigo 25 da Lei nº 8.666/93", pendentes de envio até este momento processual.

Tampouco restou comprovada a notória especialização da empresa contratada para a execução dos serviços em questão, registrando-se ainda, por oportuno, que, diante das informações extraídas do TRAMITA, como registrado à fl. 27, os contratos firmados pelo escritório com outros municípios paraibanos (Monte Horebe e Alagoa Grande) são do mesmo exercício, ou seja, 2018.

Aliás, em visita ao site do Escritório,<sup>5</sup> não se levanta nenhum dado que corrobore a auto-afirmação da especialização em vários ramos do Direito, incluindo o Tributário, ao menos a teor do vazio dos links correspondentes na página eletrônica. Para se ter uma ideia, inexistente referência a qualquer *paper*, artigo,

<sup>5</sup> <http://www.marcosinacio.com.br/area-de-atuacao>.

participação em congresso, parecer particular ou mesmo referência a ações de recuperação de créditos não repassados pela União:



DIREITO CIVIL



DIREITO PREVIDENCIÁRIO



DIREITO TRIBUTÁRIO



DIREITO ADMINISTRATIVO



DIREITO EMPRESARIAL

## DIREITO TRIBUTÁRIO

*Relações jurídicas entre o Estado e os particulares.*

Esse ramo do direito rege as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, derivadas da atividade financeira daquele, no que pertine à obtenção de receitas. No Direito Tributário, a Marcos Inácio Advocacia oferece serviços de consultoria fiscal, defesa administrativa e judicial, objetivando isenções fiscais, revisões de tributos e restituições de indébitos em face do Fisco.

Ora, se acaso fosse notoriamente especializado em recuperar créditos em favor de entes federados, o Escritório faria questão de divulgá-lo.

Integralmente com a Auditoria.

- **Assunção de obrigação de pagamento de honorários profissionais antes do trânsito em julgado de todas as ações necessárias ao cumprimento do objeto contratado -**

Sem maiores delongas, cabe aqui reproduzir o seguinte entendimento consignado no Prejulgado n. 1.199 do TCE SC, pelo seu caráter didático, mas, sobretudo, por resumir a inadmissibilidade de tal medida:

*1) Somente é admissível o contrato de risco (ad exitum) na Administração Pública quando o Poder Público não despende qualquer valor, sendo a remuneração do contratado exclusivamente os honorários pela sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados pelo juízo na sentença condenatória.*

*2) Não é admissível a celebração de contrato pela Administração Pública onde esteja previsto que o contratado perceberá, a título de remuneração, um percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas promovidas pelo contratado, pois neste caso seria imperiosa a inclusão de cláusula contendo o valor do contrato e observância das normas orçamentárias e financeiras, que exigem previsão de receitas e despesas.*

*3) O contrato de risco (ad exitum) não exonera a administração da realização do processo licitatório, salvo os casos de dispensa de licitação e inexigibilidade previstos em lei.*

- **Cláusulas contratuais em dissonância com o princípio da economicidade -**

Da mesma forma que no item anterior, indo direto ao ponto, transcreve-se excerto do Acórdão TCU 1417/2008 Plenário:<sup>6</sup>

*Atribua pontuações aos atributos técnicos que sejam proporcionais às necessidades de serviços e sem muita disparidade entre elas, sempre justificando as proporções adotadas. Contrate, em atenção ao disposto no art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/1993, serviços e produtos, inclusive nas contratações diretas, somente após a análise dos orçamentos detalhados, que expressem a composição de todos os custos unitários do objeto a ser contratado e assegure-se de que todos os fornecedores consultados tenham a mesma descrição dos bens e serviços a serem adquiridos.*

<sup>6</sup> Disponível em: < [http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC\\_CONTR/2057620.PDF](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF) > Acesso em 17 Jan. 2019.

*Estabeleça e utilize um processo de gestão de contratos de bens e serviços de TI que aborde aspectos legais, financeiros, organizacionais, documentais, de níveis de serviço, segurança, propriedade intelectual, penalidades, sanções e relativos às responsabilidades das partes envolvidas, promovendo a conformidade, celeridade, economicidade, eficiência e qualidade na elaboração do produto contratado, contendo procedimentos específicos para mudanças e encerramento do contrato.*

*Estabeleça, em todas as contratações de serviços de tecnologia da informação, remuneração vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço, de acordo com a natureza dos serviços, e só pague os que forem efetivamente prestados, em observância ao disposto no art 3º, § 1º, do Decreto nº 2.271/1997.*

*Inclua, em todos os contratos de tecnologia da informação, cláusulas prevendo penalidades e causas de rescisão relacionadas ao descumprimento contratual, controle as falhas na execução dos serviços prestados e aplique as penalidades previstas no termo contratual às empresas prestadoras de serviços que descumprirem cláusulas contratuais, tudo de acordo com o art. 55, VII e VIII, da Lei nº 8.666/1993.*

*Mensure com critérios objetivos, em todos os contratos de prestação de serviço de tecnologia da informação, a qualidade e a quantidade dos serviços contratados, utilizando unidades de medição previstas no edital e no termo contratual, conforme prescreve o caput do art. 3º da Lei nº 8.666/1993. Realize, em todas as aquisições de serviços de TI, inclusive nas contratações diretas, ampla pesquisa de preços no mercado e na administração pública, contendo preços fundamentados e detalhados, em conformidade com o disposto nos arts. 40, § 2º, II, e 43, IV, da Lei nº 8.666/1993.*

▪ **Ausência de valor estimado do contrato -**

Em atenção ao Princípio da Publicidade, deve o administrador disponibilizar o valor estimado do contrato. Entretanto, não consta no álbum processual estimativa de valor no contrato firmado, mas apenas percentuais incidentes sobre proveito financeiro, como registrado na exordial, fl. 30, *in verbis*:

*[...] havendo unicamente a indicação de uma proporção em que deverá ocorrer os pagamentos ao contratado: 150/1000 ou 15% do proveito econômico da demanda (item 4.1 do contrato), sendo essa também a proporção inicial indicada para os incrementos decorrentes da retificação da base de cálculo para os repasses do FPM (item 4.2 do contrato), havendo, nesse último caso, indicação de uma gradação em valores proporcionais que diminuem em função do incremento na receita de FPM chegando a 7% para incrementos acima de R\$ 4.000.000,01.*

▪ **Duração do contrato em dissonância com a legislação pertinente -**

A defesa advoga que o contrato estabelecido de 60 meses foi feito por se tratar de serviços, cuja execução requer, no mínimo, um dimensionamento em longo prazo, não sendo possível interrupção, “sob pena de sério dano a instituição e ao erário público.”

Todavia, o artigo 57, II da Lei nº 8.666/93 não impede o estabelecimento de um prazo menor, admitindo-se prorrogação, caso haja interesse da Administração, até o limite de sessenta meses, conforme Acórdão TCU 525/2012-Plenário:

*[...] na hipótese de serviços advocatícios serem contratados como serviços contínuos, o fato de a vigência do contrato ser estabelecida em 12 meses não significa que a Administração não poderá mantê-lo, caso os serviços estejam sendo prestados a contento e se as condições ainda estiverem favoráveis à administração, observando-se o limite de 60 meses.*

Como apontado pela Auditoria, um contrato com vigência inicial de sessenta meses impede a avaliação, ao fim de certo período, da sua vantajosidade para a Administração. Além disto, revela-se desnecessário, no tocante à retificação da base de cálculo dos repasses do FPM, mormente à luz da economicidade, uma vez que o objeto poderá ser alcançado por meio de ato administrativo da União decorrente de ações já impetradas para tal feito, sendo uma das partes interessadas o Estado da Paraíba, conforme Doc. TC nº 87835/18 (fls. 76/108 dos autos).

▪ **Não envio de documentos complementares da licitação exigidos pela Portaria nº 010/2017 -**

O Órgão de Instrução assentou que, embora o defendente faça menção de envio da documentação pendente, nada consta no caderno processual.

Dessarte, em harmonia com o Órgão de Instrução, e considerando os vícios existentes e remanescentes após análise da defesa apresentada e, notadamente, considerando o disposto no item 2.5 do relatório, conclui este membro do Ministério Público de Contas pela irregularidade do procedimento de Inexigibilidade de Licitação, e sugere ao Relator a suspensão dos efeitos financeiros do contrato decorrente da Inexigibilidade ora analisada, com emissão de medida cautelar, visando evitar dano ao erário, assim como a aplicação de multa pessoal ao Sr. Paulo César Ferreira Batista, Prefeito de Santa Cruz.

### III – DA CONCLUSÃO

*EX POSITIS*, este membro do *Parquet* Especializado pugna pela:

- 1. IRREGULARIDADE** da Inexigibilidade de licitação proveniente do Município de Santa Cruz, sob a responsabilidade do Prefeito **Paulo César Ferreira Batista**, cujo objeto é a contratação de um escritório de Advocacia com serviços técnicos profissionais especializados para elaboração, manejo e acompanhamento judicial de demanda, em face da UNIÃO, com o fito de recuperação das diferenças que não foram repassadas ao Município, nos últimos 05 anos, referentes ao FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS (FPM), bem como retificação

da base de cálculo para que a União realize corretamente os próximos repasses das cotas do FPM, com efetiva atuação em qualquer juízo, instância ou foro da Justiça Federal, além dos tribunais superiores sediados em Brasília/DF;

2. **APLICAÇÃO DE MULTA**, nos termos do art. 56, II, da LOTC/PB, por descumprimento a preceitos legais, ao nominado Alcaide, entendimento passível de se tornar *leading case* para a matéria objeto de tanta controvérsia entre os órgãos técnicos e de julgamento desta Corte;
3. **SUSPENSÃO**, por meio de **Medida Cautelar**, dos efeitos financeiros do contrato firmado entre o **Município de Santa Cruz** e a empresa **Marcos Inácio Advocacia**, decorrentes da Inexigibilidade de Licitação *sub examine*, com representação formal ao Poder Legislativo de Santa Cruz para a adoção das medidas visando à rescisão contratual, na esteira do prescrito na Constituição Federal de 1988 e
4. **RECOMENDAÇÃO** ao mencionado Gestor de Santa Cruz no sentido de cumprir, fidedignamente, os preceitos da Carta Magna e demais legislações dispositivas sobre a Lei de Licitações e Contratos em futuros certames, além de encetar estudo de viabilidade da criação de procuradoria jurídica permanente no quadro de pessoal do Ente.

João Pessoa(PB), 13 de março de 2019.

**SHEYLA BARRETO BRAGA DE QUEIROZ**

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado da Paraíba

*mvm*