Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Segunda Câmara

ACÓRDÃO - AC02 - 154/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/11629/2018
PROTOCOLO	: 1939727
TIPO DE PROCESSO	: PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE DOURADOS
JURISDICIONADOS	: 1-JOÃO FAVA NETO 2- CARLOS AUGUSTO DE MELO PIMENTEL
INTERESSADO	: VINICIUS MONTEIRO PAIVA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S
ADVOGADO	: REJANE RIBEIRO FAVA GEABRA OAB-MS 6.966
RELATOR	: CONS. MARCIO CAMPOS MONTEIRO

EMENTA: PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS PARA REVISÃO E ACOMPANHAMENTO DO VALOR ADICIONADO FISCAL COM O PROPÓSITO DE AUMENTAR O ÍNDICE DE PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO NO RATEIO DO ICMS – CONTRATO ADMINISTRATIVO – FORMALIZAÇÃO – REGULARIDADE – EXECUÇÃO FINANCEIRA – PERDA DO OBJETO – QUITAÇÃO – ARQUIVAMENTO.

1. A prestação de serviços técnicos especializados consistentes na revisão e no acompanhamento do valor adicionado fiscal (VAF), com o propósito de aumentar o índice de participação do Município no rateio do ICMS, caracteriza atividade diferenciada, cujos trabalhos possuem grau de dificuldade que autoriza a contratação por inexigibilidade. Comprovado, por meio dos documentos de remessa obrigatória, o preenchimento simultâneo dos três requisitos que tornam inviável a competição, ou seja, serviço técnico especializado entre os mencionados na lei, a natureza singular do serviço e a notória especialização da contratada, em conformidade com os ditames legais, declara-se a regularidade do procedimento de inexigibilidade de licitação; assim como, declara-se a regularidade da formalização contratual realizada em consonância com as exigências contidas na Lei Federal n.º 8.666/93.
2. Comprovada a rescisão bilateral antecipada do contrato, resta patente a perda do objeto do processo referente à execução financeira contratual, que enseja a determinação de arquivamento dos autos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Ordinária Virtual da Segunda Câmara, de 8 a 11 de março de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em declarar a **regularidade** do ato de inexigibilidade de licitação nº 14/2018 (1ª fase) e da formalização do Contrato nº 236/2018 DL/PMD celebrado entre o Município de

Dourados e a empresa Vinícius Monteiro Paiva Advogados S/S, bem como a perda do objeto do processo no que se refere à Execução Financeira do Contrato Administrativo n.º 236/2018/DL/PMD (3ª fase); dar **quitação** aos ordenadores de despesa Sr. **João Fava Neto**, e ao Sr**. Carlos Augusto de Melo Pimentel**, e determinar o **arquivamento** do processo, após trânsito em julgado, pela consumação do Controle Externo.

Campo Grande, 11 de março de 2021.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Versam os presentes autos sobre o Contrato Administrativo n.º 236/2018, celebrado entre o Município de Dourados e a empresa Vinicius Monteiro Paiva Advogados Associados S/S., objetivando a contratação de empresa especializada para prestação de serviços técnico especializado para revisão e acompanhamento do valor adicionado fiscal, com o objetivo de acompanhar o índice de participação do Município no rateio do ICMS, com valor contratual no montante de 15% *ad exitum* (sobre o proveito econômico alcançado pelo trabalho executado).

Nesta fase processual objetiva-se analisar a regularidade do ato de inexigibilidade, da formalização contratual e execução do contrato (1ª, 2ª e 3ª fases).

A Equipe Técnica da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias emitiu sua Análise ANA - DFLCP - 6657/2020, opinando pela irregularidade do ato de inexigibilidade, da formalização contratual e execução do Contrato Administrativo, devido à ausência de demonstração da notória especialização, não demonstração da razão de escolha do fornecedor e justificativa de preços.

Por sua vez, o Ilustre representante Ministerial, em seu Parecer PAR-MPC – 3ª PRC – 7903/2020, opinou pela irregularidade das reportadas fases em julgamento, sob idêntica argumentação dos órgãos técnicos, e pugnou pela imposição de multa.

O feito foi saneado e os gestores responsáveis devidamente intimados, oportunidade em que apresentaram as respostas de peças n.º 44 e n.º 46.

Vieram os autos a esta Relatoria, para Voto.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

FUNDAMENTAÇÃO

Conforme consta dos autos, o presente julgamento recai sobre a regularidade do ato de inexigibilidade, da formalização do contrato e da execução financeira (1ª, 2ª e 3ª fases).

Extrai-se dos autos que os Órgãos de Apoio consideraram irregulares a inexigibilidade, a formalização do instrumento de contrato e sua execução financeira sob as seguintes alegações: i) ausência de demonstração da notória especialização; ii) não demonstração da razão da escolha do fornecedor e justificativa de preços; iii)

formalização do Contrato contendo parcialmente as cláusulas essenciais do art. 55 e; iv) encerramento contratual e remessa da execução financeira.

Primeiramente, a contratação de serviços de assessorias técnicas sem licitação, com fundamento no art. 25, inciso II, c/c art. 13, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, há muito se faz motivo de controvérsias entre doutrinadores, agentes públicos, membros da magistratura e de Tribunais de Contas, enfim, todos os que, de alguma forma, estejam envolvidos com o tema.

Embora reconheça a controvérsia do tema, e, não obstante seja indiscutível que as atividades estatais devam ser desempenhadas por servidores dos quadros – preferencialmente concursados – a realidade nos mostra que algumas unidades jurisdicionadas, sobretudo as localizadas em municípios menos desenvolvidos, não conseguem transformar essa regra em realidade, por motivos que vão desde a falta de estrutura física, até a inexistência de mão de obra adequada para a realização dos serviços – mesmo aqueles corriqueiros e ordinários da Administração.

Para essas hipóteses, a contratação de empresas de consultorias e assessorias jurídicas surge como uma alternativa para que a Administração evite a solução de continuidade e consiga prestar, com razoável qualidade, os serviços à população.

Assim, ainda que a regra seja a de que os serviços jurídicos devam ser prestados pelos servidores dos quadros próprios do órgão, é admitida, em situações excepcionais, e mediante a análise circunstanciada de cada caso, a terceirização desses serviços por meio da contratação de escritórios especializados, desde que devidamente justificada, motivada e comprovada a sua necessidade.

Ademais, a demanda do caso em tela é de tamanha complexidade que se encontra em discussão no Recurso Extraordinário n° 656.558 (São Paulo), com repercussão geral, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a pertinência constitucional, social e jurídica do tema.

Necessário trazer a lume da Lei n.º 8.666/93, que disciplina a supramencionada modalidade de contratação direta:

> 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; (grifo nosso)

A interpretação do referido dispositivo deixa claro que para ser inviável e inexigível, o objeto da contratação deve contemplar os seguintes requisitos: (a) deve ser um dos serviços técnicos elencados no art. 13 da Lei n.º 8.666/93; (b) o serviço deve ser de natureza singular; e; (c) o contratado deve possuir notória especialização.

O art. 13, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, que disciplina o assunto, estabelece:

> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: [...] III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

Este, aliás, é o entendimento pacificado por meio da Súmula nº 252 do TCU que esclarece:

> "A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviços técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização."

A singularidade dos serviços prestados pelo escritório contratado está fundamentada na capacitação profissional dos seus advogados, sendo inviável escolher o melhor profissional para prestar serviços de natureza intelectual por meio de licitação, notadamente porque tal mensuração não se funda em critérios objetivos.

No que tange à contratação de serviços técnicos de assessoramento/advocatícios, este Colendo Tribunal de Contas já firmou o entendimento no sentido de que é medida excepcional e muitas vezes necessária em determinadas demandas que necessitem de experiência e conhecimento específico da matéria (Processos TC/MS 350/2018, TC/MS 19008/2017), por isso deverá se dar por meio de instrumento contratual.

Nesse sentido, a Decisão Singular DSG - G.WNB - 4917/2019 (TC/MS 350/2018) e Decisão Singular DSG - G.ODJ - 11233/2018 (TC/MS 19008/2017), respectivamente:

> CONTRATO ADMINISTRATIVO –INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº 17/2017 –1ª E 2ª FASES –1º E 2º TERMOS ADITIVOS –PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICO/TRIBUTÁRIO ESPECIALIZADO, PARA ATENDER A SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA –ATOS LEGAIS E REGULARES. (TCE/MS. Inexigibilidade/Dispensa e Contrato Administrativo: TC/350/2018. Relator: Cons. Waldir Neves Barbosa. 19/08/2019). INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. FORMALIZAÇÃO E TEOR. ATOS LEGAIS E REGULARES. (TCE/MS. Inexigibilidade de licitação nº 5/2017: TC/19008/2017. Relator: Cons. Osmar Domingues Jeronymo. 19/11/2018).

Da mesma sorte, destaca-se enunciado do Pleno Conselho Federal da OAB sobre a matéria:

> SÚMULA N. 04/2012 (CONSELHO PELANO) – ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilidade objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal. (DOU, Seção 1, 23.10.2012, p. 119).

Portanto, os procedimentos adotados pelo responsável foram em perfeito cumprimento às normas legais que regem a matéria não havendo elementos de convicção suficientes para macular a inexigibilidade de licitação e a formalização contratual ora examinada, que satisfazem as exigências determinadas pela Lei n. 8.666/93 e na Resolução TCE/MS n. 54/2016, vigente à época.

Ademais, de acordo com a descrição do objeto contratual (prestação de serviços técnico especializado para revisão e acompanhamento do valor adicionado fiscal, visando aumentar o índice de participação do Município na divisão/rateio do produto da arrecadação de ICMS), restou evidente que os trabalhos possuem um grau de dificuldade que autorizam a contratação por inexigibilidade, demonstrando a inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público.

Na espécie, diferentemente do sustentado pelas Equipes de Apoio, pode-se verificar estarem presentes os três requisitos previstos em lei para chancelar a escolha direta.

No que tange à razão da escolha do fornecedor e justificativa do preço, o art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93, fixa os seguintes requisitos às inexigibilidades:

> [...] Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: [...] II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço.

No caso em apreço, constata-se que os documentos acostados ao processo (peça 7), os sócios possuem pós-graduação em Direito Tributário, são professores e atuam na Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil na respectiva área tributária. Outrossim, foi juntado o Atestado de Capacidade Técnica que comprova experiência e competência para cumprir o objeto contratual.

Acrescente-se o entendimento do Tribunal de Contas da União, ao admitir a confiança do Gestor na competência dos contratados como parte inerente à contratação de serviços técnicos profissionais especializados, que deve ser acrescida aos requisitos legais.

Eis o texto do verbete sumular:

> SÚMULA TCU 39 - A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de 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, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.

É o que se pode observar da justificativa juntada aos autos pelo gestor (peça 2), ao argumentar ser fundamental tal contratação na medida em que são objetos altamente especializados, e que o município carece de aptidão para fazê-lo com sua própria assessoria.

Do mesmo modo, a justificativa do preço restou demonstrada a cobrança do preço compatível com o mercado para o serviço a ser prestado bem como se encontra dentro dos limites estabelecidos na tabela da OAB, com o encaminhamento de 02 contratos firmados em municípios distintos com prestação de serviços idênticas (peça 5), visto a similaridade dos preços ajustados entre os gestores e a contratada

Sobreleva assinalar que a inclusão da modalidade de pagamento sob a forma de risco não viola qualquer preceito legal, pelo contrário, resguarda o erário de eventual insucesso na demanda judicial.

Não é outro o entendimento desta Corte Fiscal, conforme pode-se observar da DELIBERAÇÃO AC02 - 1286/2018:

> PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – INEXIGIBILIDADE – ASSESSORIA JURÍDICA, ADMINISTRATIVA E JUDICIAL – CONTRATO ADMINISTRATIVO – FORMALIZAÇÃO – PRESCRIÇÕES LEGAIS – OBSERVÂNCIA – REGULARIDADE. O procedimento de inexigibilidade de licitação e a formalização do contrato administrativo são regulares por estarem instruídos com os documentos exigidos, que demonstram a observância das prescrições legais e das normas regulamentares. (TCE/MS. Inexigibilidade/dispensa Administrativo: TC/16113/2016. Relator: Marcio Campos Monteiro. 15/05/2018).

Quanto à ausência das cláusulas essenciais do art. 55 para a formalização do contrato apontada pelos Órgãos de Apoio, analisando detidamente os autos (peça 10), verifica-se, de fato, que a documentação apresentada pelo ordenador de despesas demonstra que os atos praticados se deram em total consonância com as exigências contidas na Lei Federal n.º 8.666/93.

Observa-se que o processo em tela foi instruído com a justificativa para contratação (peça 2); parecer jurídico (peça 3); razão da escolha do fornecedor (peça 4); justificativa do preço (peça 5); termo de referência (peça 6); proposta do fornecedor com os documentos da habilitação (peça 7); minuta do contrato (peça 9); contrato (peça 10); publicação do contrato (peça 11), respaldando os aspectos formais do procedimento administrativo.

Importante salientar que o objeto do presente contrato não é uma atividade corriqueira de advocacia. Sobre o tema registram-se os Pareceres do Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM e do próprio TCE/MS sobre a matéria, respectivamente:

> A referida contratação, nos termos da Lei nº 8.666/93, só é admissível para aquelas atividades que não possam ser executadas pelo pessoal permanente, ou aquelas que exijam notório saber ou conhecimentos especiais. E são sempre atividades temporárias, contratualmente firmadas. Por outro lado, os serviços contínuos e não singulares devem ser conduzidos por servidores do quadro efetivo admitidos por concurso público. (IBAMA. Parecer n° 0378/2020. Consultora Técnica Ana Carolina Couri de Carvalho e Consultor Jurídico Marcus Alonso Ribeiro Neves. 27/02/2020). É licita a contratação pretendida, desde que

> seja para casos singulares, existindo ainda a inviabilidade de competição e o profissional contratado possua notória especialização para o caso sub judice. Vale salientar ainda que não é possível tal contratação para o patrocínio de causas rotineiras de advocacia, mesmo de profissionais renomados. (TCE/MS. Parecer-C n° 00/0032/01: TC 003420/2001. Relator: Conselheiro-Substituto-Relator Gazi Mohamend Esgaib. 27/06/2001).

Diante de tais considerações, não restam dúvidas de que a inexigibilidade, bem como o contrato dele decorrente, seguiram todos os regramentos legais aplicáveis à matéria, em especial a Lei Federal n.º 8.666/93 e as normas regimentais expedidas por esta Corte de Contas.

Constata-se assim, a regularidade da matéria relativa a inexigibilidade de licitação e também quanto à formalização do Contrato Administrativo n.º 236/2018/DL/PMD.

Por fim, no tocante à execução financeira, pela rescisão bilateral antecipada do contrato (peça n° 18) e tendo em vista que não houve pagamentos, empenhos, relatórios e outros documentos relacionados à execução financeira do contrato, torna-se patente a perda do objeto, não havendo, pois, possibilidade de se julgar execução financeira do contrato administrativo.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, com arrimo no artigo 4º, inciso III, alínea “b”, do RITCE/MS, VOTO:

I- Pela **REGULARIDADE** do ato de inexigibilidade de licitação nº 14/2018 (1ª fase), da formalização do Contrato nº 236/2018 DL/PMD (2ª fase) celebrado entre o Município de Dourados, CNPJ: 03.155.926/0001-44, e a empresa Vinícius Monteiro Paiva Advogados S/S, CNPJ: 22.675.785/0001-35, nos termos do art. 121, inciso I, do RITCE/MS c/c artigo 59, I, da Lei Complementar n.º 160/12;

II- Pela **PERDA DO OBJETO** do processo no que se refere à Execução Financeira do Contrato Administrativo n.º 236/2018/DL/PMD (3ª fase) em virtude da rescisão bilateral antecipada do contrato, nos termos do Art. 4º, alínea “f”, 1, c/c Artigo 186, inciso V, alínea “b”, ambos do RITCE/MS;

III- Pela **QUITAÇÃO** aos ordenadores de despesa Sr. João Fava Neto, portador do CPF: 104.911.041-20, e ao Sr. Carlos Augusto de Melo Pimentel, portador do CPF: 734.887.801-63, para efeitos do art. 59, § 1º, I, da Lei Complementar n.º 160/2012;

IV- Pela **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos interessados, observado o que dispõe o art. 59, §1º, I, da Lei Complementar n° 160/2012;

V- Pelo **ARQUIVAMENTO** do processo, após trânsito em julgado, pela consumação do Controle Externo, nos termos do art. 186, V, do RITCE/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, nos termos do voto do Relator, em declarar a regularidade da inexigibilidade de licitação e da formalização do contrato; bem como a perda do objeto do processo no que se refere à Execução Financeira, e quitação aos ordenadores de despesa e determinar o arquivamento dos autos.

Presidência e Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa e Ronaldo Chadid.

Presente o Exmo. Sr. João Antônio de Oliveira Martins Júnior, Procurador do Ministério Público de Contas.

Campo Grande, 11 de março de 2021.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**

Relator

KBV/dssm