



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000568928

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002346-60.2014.8.26.0283, da Comarca de Itirapina, em que são apelantes CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS (E OUTROS(AS)), ALECIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO e OMAR DE OLIVEIRA LEITE, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPINA e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U. Nos termos do voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 1º de agosto de 2018.

PONTE NETO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 13.295

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002346-60.2014.8.26.0283

APELANTES : CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTRO

APELADOS : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO E PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPINA

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL DE RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS SEM LICITAÇÃO – RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO – *Contratação de serviços advocatícios sem licitação – Ilegalidade – Patrocínio de causa comum, que não se enquadra na hipótese de inexigibilidade de procedimento licitatório prevista no art. 25, inc. II, c.c. art. 13, inc. V, da Lei nº 8.666/93 – Ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência e pessoalidade - Improbidade caracterizada - Contratação desnecessária, pois existem Procuradores nos quadros do Município para realizar o serviço - Demonstrado o dolo dos agentes e o dano ao erário – Configurada a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, da Lei nº 8.429/92 - Penalidade aplicada com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Anulação do contrato administrativo nº 030/2011, firmado entre o MUNICÍPIO DE ITIRAPINA e a CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS, assim como o termo aditivo n 031/2012 – **Sentença mantida – Recursos não providos.***

1. Trata-se de ação civil de responsabilidade por improbidade administrativa ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face de **OMAR DE OLIVEIRA LEITE, CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS, ALÉCIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO E MUNICÍPIO DE ITIRAPINA.**

Alega na inicial, em síntese, que o Município de Itirapina, durante o mandato de Omar de Oliveira Leite, contratou a

Castellucci Figueiredo e Advogados Associados, por intermédio de seu sócio-diretor Alécio Castellucci Figueiredo, para a prestação de "serviços técnicos especializados de consultoria e assessoria tributária, jurídica e administrativa na execução de serviços". Afirmou que os serviços tinham como objeto o "levantamento de eventuais pagamentos indevidos efetuados ao INSS a título de contribuição patronal, na propositura de ações judiciais para reconhecimento e compensação de tais créditos e na elaboração de cálculos para sua compensação administrativa perante a Receita Federal"(fl. 3). Argumentou que a contratação seria nula, eis que não precedida de licitação e por ter como objeto serviços que se inseririam nas atribuições habituais dos servidores públicos concursados (procuradores municipais e assistentes jurídicos). Pontuou que, não fosse suficiente, a avença causou significativo prejuízo ao erário, eis que: (i) as compensações tributárias foram efetuadas pelo réu sem lastro em qualquer decisão administrativa ou judicial prévia, ensejando a aplicação de multas pela Receita Federal do Brasil; (ii) os honorários eram pagos logo após o mero preenchimento e recolhimento das GFIP's, ou seja, antes mesmo do pronunciamento dos órgãos competentes anuindo ao pagamento a menor efetuado pela Administração Pública Municipal. Afirmou que tais atos caracterizariam improbidade administrativa praticados pelos três primeiros réus, seja por causar o enriquecimento ilícito de Castellucci Figueiredo e Advogados Associados, administrado por Alécio Castellucci Figueiredo, seja por implicar evidente prejuízo ao erário. Requereu a condenação nas penas correlatas. Pugnou pela indisponibilidade dos bens dos envolvidos e juntou documentos.

Foi decretada a indisponibilidade dos bens dos réus (fls. 1426/1427).

A r. sentença de fls. 1.988/1.994vº, cujo relatório se adota, assim decidiu:

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para:

(A) ANULAR o contrato administrativo nº 030/2011, firmado entre o MUNICÍPIO DE ITIRAPINA e a CASTELUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS, assim como o termo aditivo nº 031/2012;

(B) CONDENAR o réu OMAR DE OLIVEIRA LEITE, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429/92, por ato de improbidade administrativa que ensejou o enriquecimento ilícito de terceiros, causou prejuízos ao erário e violou os princípios da Administração Pública. Por consequência, imponho-lhe a obrigação de ressarcir integralmente o erário público pelos danos causados, a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 10 anos, multa civil no importe de R\$. 200.000,00 (duzentos mil reais) e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

(C) CONDENAR os réus CASTELUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS e ALÉCIO CASTELUCCI FIGUEIREDO, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429/92, por ato de improbidade administrativa que ensejou o SEU enriquecimento ilícito, causou prejuízos ao erário e violou os princípios da Administração Pública. Por consequência, imponho-lhes a obrigação de ressarcir integralmente o erário público pelos danos causados, a suspensão dos direitos políticos da pessoa física pelo prazo de 10 anos, multa civil no importe de R\$. 200.000,00 (duzentos mil reais) para cada um deles e a proibição de que qualquer deles contrate com o Poder Público ou receba benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.”

Os réus também foram condenados, ainda, ao pagamento das custas e despesa processuais.

Inconformados, apelaram CASTELUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS e ALÉCIO CASTELUCCI FIGUEIREDO postulando a inversão do decidido. Inicialmente e

requereram o diferimento das custas recursais para o final do processo. Preliminarmente, alegam a ilegitimidade passiva do apelante Alécio Castellucci Figueiredo. No mérito, alegaram, em apertada síntese, o seguinte: a) inexistência da prática de improbidade, porquanto não teria havido lesão, dolo ou culpa; b) ausência de indício de dano ao erário; c) comprovação da singularidade e notoriedade do escritório, que justificariam o cabimento da inexigibilidade de licitação; d) a impossibilidade da decretação da indisponibilidade de bens. (fls. 2.004/2.138).

Apelou também OMAR DE OLIVEIRA LEITE, postulando a inversão do julgado. Inicialmente requereu os benefícios da justiça gratuita. No mérito, alega, em síntese, a inexistência da prática de improbidade, porquanto não teria havido lesão, dolo ou culpa. Em relação as sanções cominadas, requer o afastamento de todas elas (fls. 2.255/2.2262).

O D. Promotor de Justiça apresentou contrarrazões às fls. 2.268/2.298 e o Município de Itirapina às fls. 2.301/2.311.

A douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo desprovimento dos recursos (fls. 2.318/2.327).

É O RELATÓRIO.

2. Registre-se, inicialmente, que o D. Juízo “a quo” concedeu ao réu Omar de Oliveira Leite os benefícios da justiça gratuita, bem como o diferimento das custas ao término do feito para os corréus CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS e ALÉCIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO, conforme se verifica pela r. decisão de fls. 2.265.

3. Afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva pleiteada pelo réu ALÉCIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO, considerando que inexistente restrição à aplicação da Lei de Improbidade a terceiros, quer

se trate de pessoa física, quer de pessoa jurídica, mesmo não sendo agente público, bastando, para tanto, a existência de indícios de que tenha induzido ou concorrido para a prática do ato ímprobo, ou deste se beneficiado direta ou indiretamente. *A lei de improbidade administrativa aplica-se ao beneficiário direto do ato ímprobo, mormente em face do comprovado dano ao erário público. Inteligência do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa (REsp 1127143/RS, Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA, T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 03/08/2010)*

Ademais, não convence o argumento do apelante quando aduz a ocorrência de desconsideração da personalidade jurídica, insistindo, assim, que o polo passivo da demanda não poderia ter incluído a pessoa física de ALÉCIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO, mas sim a pessoa jurídica de CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS.

Como mencionado pelo D. Promotor de Justiça em suas contrarrazões recursais, a alegação de irregularidade de eventual desconsideração da personalidade jurídica do escritório de advocacia em tela deve ser afastada, pois a aplicação de tal instituto mostrou-se determinante para afastar o abuso desta personalidade fictícia pelo sócio amplamente majoritário (99,90 das cotas).

De se destacar os ensinamentos de Maria Helena Diniz acerca dos requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil:

“Pelo Código Civil (art. 50), quando a pessoa jurídica se desviar dos fins que determinaram sua constituição, em razão do fato de os sócios ou administradores a utilizarem para alcançar finalidade diversa do objetivo societário para prejudicar alguém ou fazer mau uso da finalidade social, ou quando houver confusão patrimonial (mistura do patrimônio social com o particular do sócio, causando dano a terceiro) em razão de abuso da personalidade jurídica, o magistrado, a pedido do interessado ou do Ministério Público, está autorizado, com base na prova material do dano, a desconsiderar, episodicamente, a personalidade

jurídica, para coibir fraudes e abusos dos sócios que dela se valeram como escudo, sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica.”
(Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa, vol. 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 542).

Cuida-se de dispositivo cujo intuito é coibir a utilização temerária e fraudulenta das sociedades por seus próprios sócios. O seu intuito não é anular a personalidade jurídica, mas tão somente “afastá-la em situações-limite, onde comprovada a sua utilização em desconformidade com o ordenamento jurídico e mediante fraude”
(BERTOLDI, Marcelo e PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla. Curso Avançado de Direito Comercial. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006. p. 144).

Ainda, pauta-se na teoria oriunda do direito anglo-saxão denominada *disregard of legal entity*, ou seja, desconsideração da pessoa jurídica. São os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa:

“Assim, quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir a suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser „desconsiderada?, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em conta a sua existência, decidindo o julgador como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica). Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo. Imputa-se responsabilidade aos sócios e membros integrantes da pessoa jurídica que procuram burlar a lei ou lesar terceiros. Não se trata de considerar sistematicamente nula a pessoa jurídica, mas, em caso específico e determinado, não levar em consideração. Tal não implica, como regra geral, negar validade à existência da pessoa jurídica.”

Ao discorrer sobre a fraude, afirma:

“A modalidade de fraude é múltipla, sendo impossível enumeração apriorística. Dependerá do exame do caso concreto. Poderá ocorrer fraude à lei, simplesmente, fraude a um contrato ou fraude contra credores.” **(VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil:**

parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2.004. p. 309).

De outro lado, o artigo 942, caput, do Código Civil estabelece que “*os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação*”.

Desse modo, tendo em vista o teor dos dispositivos legais, os demandados respondem solidariamente pelos ilícitos praticados, devendo ser todos responsabilizados pelos prejuízos causados ao erário municipal.

4. Passa-se, portanto, ao mérito.

O cerne da lide envolve a configuração de atos de improbidade administrativa, na contratação do escritório de advocacia “CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS”, no ano de 2010, com apoio em aventada hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 25, inc. II e parágrafo 1º, c. c. art. 13, inc. III a V da Lei Federal nº 8.666/93).

A contratação desse escritório se deu pelo Município de Presidente Venceslau, através de seu Prefeito à época, OMAR DE OLIVEIRA LEITE, que contratou a requerida CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS, por meio de instrumento datado de 30/05/2011 (Contrato Administrativo nº 030/1011), tendo por escopo a prestação de serviços de consultoria e assessoria jurídica visando à compensação ou à recuperação de valores pagos à Receita Federal do Brasil e destinados ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), em quantias supostamente superiores às devidas pela Municipalidade, a título de contribuição previdenciária patronal e RAT (Risco Ambiental do Trabalho), mediante a redução das verbas sobre as quais incidiriam as contribuições patronais e a redução da alíquota de grau de risco da RAT (de 2% para 1%), conforme se verifica às fls. 327/334.

No presente caso, o contrato em comento trazia como objeto:

"Análise, levantamento de dados e documentos apuração e recuperação de pagamentos efetuados indevidamente junto a 'RFB – Receita Federal do Brasil – INSS' a título de 'Contribuição Previdenciária Patronal' incidente sobre as seguintes exações: A) Horas-Extras, Terço Constitucional de Férias, Aviso Prévio Indenizado, Salário Educação, Auxílio-Creche, Auxílio-Doença e Auxílio Acidente (15 Dias Afastamento), Abono Assiduidade, Abono Único Anual, Vale Transporte, Adicional de periculosidade, Adicional de Insalubridade, Adicional Noturno, Cargos Comissionados e demais 'Verbas Indenizatórias / Compensatórias', constantes do Art. 22 I e II da lei 8.212/91 no período 'Quinquenal', e 'Subsequente' até a vigência do presente Contrato b) 'RAT – Rateio de Acidente de Trabalho' (Rat + Fap) com a 'redução das Alíquotas de Grau de Risco Médio de 2% 'para Grau de Risco Leve' – 1% (acréscimo do Fap) constante do 'anexo V do Decreto nº 3048/99', com vigência a partir de 'Junho de 2007; II - interposições de ações junto aos órgãos competentes, com acompanhamento até decisão final" (fl. 328)

Além disso, estipulou-se, na ocasião, que a remuneração do contratado se daria da seguinte forma:

"3.1 O valor do presente contrato é estimado em R\$. 100.000,00 (cem mil reais) cujos pagamentos deverão ser efetuados pelos valores a serem adequados mensalmente em função dos benefícios a serem auferidos[sic]

[...].

Parágrafo Primeiro – os pagamentos serão devidos da seguinte forma:

l) Recuperação de crédito: ação administrativa – será pago o percentual equivalente a 20% (vinte por cento) incidente sobre os valores dos benefícios a serem auferidos mensalmente pelo Município, proveniente de compensação dos créditos tributários [...] cujo valor somente será devido após a comprovação dos valores declarados e compensados através de documento comprobatório administrativamente e/ou judicialmente: guias de recolhimento; extratos do FPM; declarações para

compensações e GEFIP[sic].

II) Da suspensão da exigibilidade das exações de natureza indenizatórias/ compensatórias e demais verbas - será devido o percentual de 20% (vinte por cento) calculado com base nos valores das reduções tributárias mensal, proveniente da 'suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária patronal', deferido pela instituição competente, incidente sobre as verbas de natureza 'indenizatória/compensatória', outorgadas através de medida judicial a serem utilizadas pela 'Contratante' no período quinquenal e subsequente[sic].

III) Redução das alíquotas do grau de risco 2% p/ 1% vincendas – será devida o % (percentual) de 20% (vinte por cento) a título de honorários, incidente sobre o valor da recuperação e da redução mensal da alíquota do grau de risco de 2% para 1%, acrescido do FAP referente as competências vincendas, pelo período quinquenal a partir da data da redução efetuada administrativamente e demonstradas com documentos comprobatórios autorizativos [sic]"(fls. 329/330).

A inexigibilidade de licitação foi embasada no parecer exarado pelo Procurador Jurídico FERNANDO ROMERO OLBRICK, da Procuradoria Jurídica do Município de Itirapina, que opinou pelo enquadramento do caso como hipótese de inexigibilidade de licitação (fls. 323/324).

Pois bem, a contratação foi efetivada (fls. 327/334), ocorrendo termo de aditivo nº 31/2012, em 31/04/2012, com prorrogação de seu prazo até 31/12/2012 e, durante a vigência do contrato, o Município obteve, num primeiro momento, a compensação de alguns valores.

Entretanto, a Receita Federal do Brasil acabou por apurar compensações realizadas de forma indevida, o que resultou em procedimento fiscal gerando dois autos de infração (AI nº 510534651 e 510415431) resultando na cobrança da quantia de R\$ 7.398.013,18 + 6.701.005,47, respectivamente, a ser restituída pelo Município de Itirapina, com acréscimo de multa e juros, no montante total de R\$ 14.099.018,55,

conforme informado no ofício de fls. 1.333.

Portanto, não há como refutar que, no presente momento, o Município de Itirapina encontra-se como devedor da Receita Federal do Brasil e do INSS, em razão das operações de compensação tributária realizadas no curso da referida contratação, pois a Receita Federal apurou terem sido realizadas compensações indevidas.

A par disso, a contratação direta do escritório CASTELUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS ocorreu sem pesquisa de valores, tampouco de outros advogados aptos a exercerem o mesmo tipo de serviço.

Primeiramente, assinala-se a obrigatoriedade de licitação, como regra geral, estabelecida pela Constituição Federal no art. 37, inciso XXI, e pela Lei nº 8666/93 no art. 2º, assim preceituados respectivamente:

“Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

“Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”

No caso, a Administração Municipal de Itirapina, por meio de seus agentes públicos, entendeu que a Sociedade de Advogados Castellucci Figueiredo e Advogados Associados era a única que detinha condições para reivindicar a recuperação de créditos tributários devidos ao Município, prestando consultoria e assessoria tributária, enquadrando-se, portanto, na hipótese de inexigibilidade da licitação, na

conformidade do inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, o qual traz a seguinte disposição:

*“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”*

A Lei 8666/93 considera como serviços técnicos profissionais especializados o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (art. 13, V). Esta especialização, como leciona Marçal Justen Filho, é a *capacitação para exercício de uma atividade com habilidades que não estão disponíveis para qualquer profissional (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., Dialética, p. 165).*

Sobre a possibilidade da contratação de serviços sem licitação, com fulcro no art. 25, da Lei nº 8.429/92, anote-se o pronunciamento da Corte Superior de Justiça: *“... a contratação sem licitação, por inexigibilidade, deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.”* (STJ – REsp 1210756 / MG).

Acerca do tema, MARÇAL JUSTEN FILHO comenta:

“O conceito de serviço técnico profissional especializado consta do art. 13. O inc. II acrescenta duas exigências à contratação com inexigibilidade, a saber, o objeto singular da contratação e a notória especialização. A inexigibilidade apenas se configura diante da presença cumulativa dos três requisitos. Ou seja, não basta configurar-se um serviço técnico profissional especializado, mas a contratação direta dependerá de constatar-se a existência de objeto singular. Ademais disso, apenas poderá ser contratado um sujeito titular de notória especialização.

(...)

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional “especializado”. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado). (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, páginas 349/350, Dialética, 2008).

Ainda, continua o festejado autor a comentar sobre o tema, na mesma obra:

“De modo geral, poderia dizer-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre em casos em que o interesse público apresenta peculiaridades e anomalias. Quando o interesse público puder ser satisfeito por uma prestação padrão, desvestida de alguma peculiaridade, a competição será possível e haverá licitação.

Deve destacar-se, portanto, que a inviabilidade de competição ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades que escapam aos padrões de normalidade. A disputa entre particulares por contratos administrativos retrata as peculiaridades do mercado, apto a atender satisfatoriamente as necessidades usuais, costumeiras, padronizadas.”

A propósito, o entendimento jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“O entendimento desta Corte é de que decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação, nas hipóteses de serem importantes os serviços jurídicos de que necessita o ente público, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados - em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade - que compõem o escritório de advocacia contratado.” (AgRg no REsp 1168551 / MG – Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES – j. 25/10/2011).

Cabe mencionar o teor da Súmula nº 39 do TCU, que versa sobre questão em todo semelhante: *“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”*

São três, portanto, os requisitos para dispensar a licitação nesse caso, a saber, (a) serviço de natureza singular, (b) desempenhado por empresa ou por profissional de notória especialização, que, em virtude dessas peculiares características, (c) inviabilize a competição com outras empresas e/ou profissionais.

Serviço de "notória especialização" de que trata o art. 25 da Lei de Licitações, é aquele prestado com exclusividade, em razão de uma técnica única, ou no dizer da própria "lei", de um sentido singular, que se aparta e se distingue de todos os demais.

Por exemplo, o trabalho científico de um renomado jurista ostenta indiscutivelmente esta singularidade, não observada em face da necessidade do aforamento de um ação judicial que não evidencia qualquer particularidade ou o sentido único.

Em relação ao quadro de servidores do Município de Itirapina, conforme se colhe dos autos, verifica-se que existia um cargo de Secretário de Administração (fls. 1.089/1.090), três de Assistente Jurídico (fls. 526), dois de procurador (fls. 527), dois de Procurador-Geral e dois de Assessor Jurídico (fls. 528), cujas funções (fls. 515/522) englobavam o objeto da proposta, conforme previsão na lei Municipal nº 2.486/2011.

Efetivamente encontravam-se preenchidos (fls. 445) os cargos de Secretário de Administração (fls. 1.089/1.090 e 1.114), Procurador-Geral (fls. 461/462), Procurador (fls. 463/467), Assessor Jurídico (fls. 448/450) e Assistente Jurídico (fls. 451/454). Ainda havia, à

época, cinco estagiários jurídicos contratados (fls. 457/460 e 468/480) e, pelo menos, uma Assistente em Administração designado para efetuar os cálculos das contribuições previdenciárias (fls. 338/339).

Portanto, o ajuizamento e acompanhamento de ações judiciais, a adequada aplicação das leis vigentes (elaboração de cálculos de tributos), a defesa dos interesses do Município de Itirapina e o acompanhamento dos feitos administrativos perante a Secretaria da Receita Federal podiam e deviam ser desempenhados por tais servidores e seus subordinados, já contratados e remunerados pelo erário.

Em relação ao tema da *notória especialização* se extrai da r. sentença:

“(…)

Embora seja razoável o raciocínio de que os procuradores municipais não dispunham da expertise necessária para lidar com o tema - dada a razoável complexidade da legislação tributária federal - parece-me pouco crível que a recuperação de tributos pagos a maior, mediante a compensação administrativa direta ou após o ajuizamento de demandas judiciais, seja de tal modo intrincada que tornasse inviável a realização da licitação.

Com isso, não digo que o domínio da temática não exija experiência prévia nem que demande grande dose de esforço e dedicação por parte do advogado. Certamente exige. Porém, nos dias atuais, parece um tanto quanto exagerado dizer que se trata de um problema isolado, inédito, inatingível ou que esteja revestido por circunstâncias de tal natureza e complexidade que tornariam a competição, no caso, inviável.

Não custa lembrar que o Município de Itirapina é vizinho aos de Rio Claro, São Carlos e Araraquara, cidades de médio porte do interior bandeirante altamente desenvolvidas e que, reconhecidamente, contam com serviços advocatícios especializados e de qualidade. E mesmo que tais cidades sejam desconsideradas, também não está tão distante de Campinas, Ribeirão Preto ou São Paulo – polos nacionais de produção acadêmica – a ponto de tornar inviável sequer cogitar a contratação de qualquer das centenas de profissionais que diuturnamente lidam com tais temáticas nessas localidades.

A partir desse raciocínio, afirmo que a Castellucci Advogados não era um dos possíveis candidatos? Evidente que não. Tal análise se insere no contexto do requisito da notória especialização, que sequer foi abordado até o momento. O busílis é que, considerando o objeto do contrato e a evidente possibilidade de competição, soa inviável discordar da afirmação do Ministério Público de que a prévia licitação, no caso concreto, não somente era possível, mas também imprescindível à satisfação dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, tão caros à Administração Pública.

Ou seja, independentemente de qualquer tergiversação acerca da especialização do contratado, a ausência de verdadeira singularidade na contratação tornava inviável a supressão da licitação prévia, de forma que o contrato administrativo firmado entre partes é mesmo nulo.”

E ainda que não houvesse procuradores municipais, não havia, como não há, qualquer justificativa para a não realização de certame, o que possibilitaria a outros escritórios igualmente capacitados apresentar suas propostas, oportunizando à Administração escolher aquela mais vantajosa. No mesmo sentido o posicionamento do C. STJ em casos análogos, a seguir transcritos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO E CONTADOR POR NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. ART. 25 DA LEI N.º 8.666/93. ESPECIALIDADE E SINGULARIDADE. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92.

1. Verifica-se que o acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao desate da controvérsia. Logo, não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, a justificar sua anulação por esta Corte.

2. Frise-se que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a matéria posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC).

Dessarte, merece ser repelida a tese de violação do art. 535 do CPC.

3. A questão cinge-se na contratação de advogado e contador por Câmara Municipal sem licitação com fundamento no art. 25 da Lei n. 8.666/93, que refere-se a inexigibilidade de licitação.

4. Conforme depreende-se do artigo citado acima, a contratação sem licitação, por inexigibilidade, deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.

5. A notória especialização, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável que fala por si. No entanto, o acórdão ao proferir seu entendimento, posicionou-se no sentido de avaliar as condições de mercado do município para a contratação sem licitação. Nesse raciocínio, concluiu que apesar de inexistir notória especialização dos contratados (conclusão obtida pelo Tribunal de Contas), o município não possuía condições "mercadológicas" para contratar com licitação naquele momento.

6. Ora, o artigo mencionado traz como requisitos para a inexigibilidade da licitação, a especialidade do técnico associada à singularidade do serviço contratado. Em conclusão, envolve serviço específico que reclame conhecimento extraordinário do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição. No caso em espécie, caso a Câmara Municipal não contasse, na época da contratação, com profissionais hábeis ao patrocínio de tais ações, é certo que poderia lançar-se no mercado em busca de outros. Contudo, isso jamais pode ser corroborado com o entendimento de que apenas os recorrentes sejam hábeis para tanto, pois existem no mercado vários advogados e contadores.

7. Sendo assim, merece reforma o acórdão recorrido em razão de não estarem presentes, no caso em análise, os requisitos necessários para configurar a inexigibilidade da licitação. Violando-se, portanto, os princípios da administração pública que exigem a licitação para a contratação com o Poder Público - art. 11, da Lei n. 8.429/92.

8. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte provido devolvendo os autos para a instância de origem para a apreciação das penalidades cabíveis. (REsp 1210756/MG, rel. Min. Mauro Campbell

Marques, DJe 14.12.2010) grifos nossos

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou procedente o pedido deduzido em Ação Popular para anular o contrato de prestação de serviços advocatícios sem prévia licitação.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Diante da lesividade decorrente da contratação ilegal, é patente o cabimento da Ação Popular.

4. A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio.

5. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.

6. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado (assessoria para fins de arrecadação de ISS), tendo ressaltado que o trabalho efetivamente prestado não exigia conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido executado pelos servidores concursados do ente municipal. Nesse contexto, inexistente violação dos arts. 12 e 23 do Decreto 2.300/1986, vigente à época dos fatos.

7. Ademais, a análise da alegação de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação demandaria, na hipótese dos autos, reexame dos elementos fático-probatórios do acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

8. Quanto à pretensão de que seja afastada a

condenação ao ressarcimento do valor pago, friso que o art. 49 do Decreto-Lei 2.300/1986 e o art. 49 da Lei 8.666/1993, mencionados no Memorial, não foram suscitados nas razões recursais. Com relação ao art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), além de carecer de prequestionamento, não assegura o pagamento de honorários advocatícios convenionados por meio de contratação ilegal.

9. O fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago.

10. Além disso, considerando a premissa fática do acórdão recorrido, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, que deve ser ressarcido. A leitura do voto condutor não permite verificar a boa-fé do contratado, estando consignado que "o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município".

11. Ad argumentandum, de acordo com o art. 59 da Lei 8.666/1993, a declaração de nulidade de contrato acarreta a desconstituição dos seus efeitos jurídicos. A ressalva ao direito à indenização pelos serviços prestados somente se aplica quando demonstrada a inequívoca boa-fé do contratado. Precedentes do STJ.

12. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

13. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 448442/MS, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.09.2010) grifos nossos

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.

2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.

3. Recurso especial não-provido. (REsp 436869 / SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 01.02.2006) grifos nossos

Ademais, à parte ré competia demonstrar que não havia pluralidade de profissionais no mercado para o serviço técnico almejado, algo que não foi evidenciado no feito. Ensina Marçal Justen Filho (COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Editora AIDE, 4ª ed., 1995, p. 170, item 4) que “*Não haverá competição possível quando inexistir pluralidade de particulares habilitados a satisfazer a Administração Pública.*”

No caso, porém, a busca pela pluralidade de profissionais habilitados à execução do serviço restou frustrada pela indevida dispensa licitatória, desrespeitando-se, assim, o princípio da impessoalidade, que manteria a garantia da igualdade de condições a todos os concorrentes.

Em relação as consequência para o Município de Itirapina, o D. Juízo “*a quo*” muito bem descreveu o dano causado às contas públicas, bem como a individualização das condutas dos réus, que aqui passo a transcrever e acolher como razão de decidir:

“(...)

Porém, a despeito disso tudo, os documentos anexados ao inquérito civil comprovam que o **Município de Itirapina**, durante o mandato de **Omar de Oliveira Leite**, pagou à **Castelucci Advogados**, na pessoa de **Alécio Castelucci Figueiredo**, a quantia de **R\$. 1.023.849,00 (um milhão vinte e três mil oitocentos e quarenta e nove reais)** como forma de contraprestação pelos serviços prestados, somente após a quitação das GFIP's e a da expedição das notas fiscais correlatas (fls. 593/600, 585/592, 577/584, 569/576, 561/568, 552/560, 537/547, 622/626, 627/630, 631/635, 636/639, 644,647,648/652, 653/656, 662/665, 666/669, entre muitos outros), sem aguardar a prévia respotado sujeito ativo anuindo, ou não, àquelas operações.

Com isso, atinge-se a trifeta: (1) o contrato administrativo (tanto em sua concepção quanto em sua execução), **violou os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativas**, seja por ter sido firmado sem prévia licitação e com a contratação direta de um único interessado em caso não autorizado pela Lei nº 8.666/93, seja por ter permitido o pagamento de enormes quantias ao particular sem qualquer tipo de benefício ao erário público, seja por ter causado grande prejuízo em função das onerosas multas estipuladas pelo sujeito ativo nos autos de infração já mencionados; (2) **causou prejuízo ao erário**, em montante que facilmente ultrapassou a casa dos milhões de reais, tanto por conta das já citadas multas e juros (que não seriam devidos se os tributos tivessem sido quitados corretamente), seja por conta do dispêndio dos honorários advocatícios; e, (3) **ensejou o enriquecimento ilícito** dos réus **Castelucci Advogados e Alécio Castelucci Figueiredo**, que receberam os honorários advocatícios – em valores extremamente elevados, diga-se de passagem – em contrariedade às regras estipuladas no contrato e por conta de serviços que somente trouxeram prejuízos ao Município de Itirapina.

Não por outro motivo, aliás, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no processo TC-956/056/11, constatou que não há "documentos que possam suportar os pagamentos realizados à contratada "não sendo possível" à fiscalização atestar a compatibilidade entre os pagamentos realizados e os serviços prestados, bem como a regularidade das compensações realizadas" (fl. 366).

Por tudo isso, o reconhecimento da ocorrência do ato de improbidade administrativa é, de fato, medida que se impõe.

Ademais, o dolo e a responsabilidade de todos os réus por tais ocorrências é igualmente clara, pelas seguintes razões:

(i) **Omar de Oliveira Leite** era o Prefeito do

Município de Itirapina à época dos fatos. E, como tal, tinha o poder-dever de respeitar a prévia realização da licitação, a ele cabendo, ainda, a obrigação de zelar para que o contrato fosse cumprido a contento, proibindo não somente a compensação irresponsável e precipitada dos tributos federais mas, principalmente, o pagamento dos honorários advocatícios à relevia do que dispunha o contrato, antes mesmo de qualquer posicionamento favorável por parte da Receita Federal ou do órgão judicial competente.

*(ii) A **Castelucci Advogados**, por sua vez, figurou como contratada nesse malsinado contrato administrativo, realizando as compensações de forma arbitrária e irresponsável, sem sequer aguardar a prévia manifestação do sujeito ativo, tal como determinava o contrato. E, pior, emitiu indiscriminadamente as notas fiscais para receber seus honorários antes mesmo que o Município auferisse qualquer tipo de vantagem concreta (desconsiderando, por óbvio, as ilusórias e efêmeras que decorreram do simples abatimento dos valores das GFIP's após o simples protocolo do pedido de restituição).*

*(iii) **Alécio Castelucci Figueiredo**, por fim, é detentor quase que integral da **Castelucci Advogados** (99,90% das cotas), tendo firmado o contrato em questão e participado ativamente da execução dos serviços, recebendo, naturalmente, os valores que foram pagos à sociedade de advogados (mencionada no contrato como interposta pessoa jurídica, já que não há indícios de que qualquer outra pessoa tenha prestado serviços ao **Município de Itirapina**).*

(...)"

Portanto, demonstrado o dolo na conduta dos réus e o dano causado ao erário, de rigor as suas condenações, pois suas condutas se subsumem ao artigo 9º da Lei 8.429/92.

De se consignar, também, a anulação do contrato administrativo nº 030/2011, firmado entre o MUNICÍPIO DE ITIRAPINA e a CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS, assim como o termo aditivo n 031/2012, nos termos consignados na r. sentença.

5. Passa-se, em sequência, à análise da individualização das sanções cabíveis, observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e com respaldo no art. 12, da Lei nº 8.429/92, *ipsis litteris*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

(...)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Ponderados o grau de lesividade da conduta dos réus em detrimento do interesse público (infração ao art. 9º, caput, da Lei de Improbidade) e as circunstâncias do caso concreto (art. 12, parágrafo único, da Lei de Improbidade), **mostra-se suficiente e adequado**, para fins sancionatórios, as penas aplicadas ao réu OMAR DE OLIVEIRA LEITE, que através de sua conduta ensejou o enriquecimento ilícito de terceiros, causou prejuízos ao erário e violou os princípios da Administração Pública, bem como aos corréus CASTELUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS e ALÉCIO CASTELUCCI FIGUEIREDO, por ato de improbidade administrativa que ensejou o seu enriquecimento ilícito, causando prejuízos ao erário e violando os princípios da Administração Pública, sendo-lhes, assim, impostas as respectivas condenações: (a) ressarcimento integral dos danos causados, respectivamente, aos cofres públicos, com juros e correção monetária, (b) suspensão de seus direitos

políticos por 10 anos, (c) ao pagamento de multa civil, no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para cada um dos demandados, (d) à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Impende consignar que a natureza da multa é a de sanção civil (não penal) e não tem natureza indenizatória, descabendo sua adstrição ao princípio da reparação integral do dano.

6. Com força nestes elementos fáticos-probatórios, de rigor o reconhecimento dos reprováveis atos de improbidade administrativa perpetrados pelos recorrentes, devendo a r. sentença ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

7. Considera-se questionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se jurisprudência consagrada, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que para fins de interposição de recursos extremos às cortes superiores é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

8. Ante o exposto, nego provimento aos recursos, nos termos do voto.

PONTE NETO
Relator