



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000315000

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003929-96.2017.8.26.0529, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SILVIO ROBERTO CAVALCANTI PECCIOLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente) e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 5 de maio de 2020.

MARCELO SEMER
Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO Nº 1003929-96.2017.8.26.0529
COMARCA: SANTANA DE PARNAÍBA – VARA ÚNICA
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
APELADO: SILVIO ROBERTO CAVALVANTI PECCIOLI
JUÍZA: ÉRICA PEREIRA DE SOUSA
VOTO Nº 14416

APELAÇÃO. Ação civil pública por atos de improbidade administrativa. Sentença que julga improcedente a ação. Reforma. Inexigibilidade de licitação. Ilegalidade. Banca de advogados contratada que não preenchia os pressupostos legais, não havendo inviabilidade de competição na hipótese. Matéria em questão – recuperação de créditos previdenciários – que era simples e genérica, não se tratando de prestação de serviço de natureza singular, com necessidade de especialização. Lesão ao erário consistente no pagamento de honorários indevidos à contratada. Inteligência dos arts. 10, VIII, e 11, caput, da Lei n.º 8.429/92. Sentença reformada. Recurso provido.

Trata-se de apelação interposta pelo autor Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. sentença que julgou improcedente a ação civil pública, por improbidade administrativa, ajuizada pelo MPSP, por meio da qual pleiteia seja declarada a nulidade do contrato administrativo em questão (ou, subsidiariamente, a redução dos honorários de êxito para 10% dos créditos compensados), bem como reconhecida a prática de improbidade administrativa do réu, por prejuízo ao erário com a contratação da empresa “Advocacia Emilson Nazário Ferreira”, sem licitação, sob a justificativa de inexigibilidade.

Entendeu a r. sentença (fls. 342/346), em suma, que: (i) não houve ilegalidade, porquanto tanto a contratação de escritório de advocacia quanto a não realização de licitação foram necessárias no caso concreto; (ii) a mera existência da Procuradoria Municipal não afasta a possibilidade de contratação de serviços jurídicos pela Administração



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pública, quando a demanda versar sobre conhecimentos especializados e estranhos à atividade rotineira da Procuradoria; (iii) houve prévio procedimento administrativo formal, tendo sido demonstrada a inadequação da prestação de serviço pela Procuradoria, ante a especialidade do serviço, tratando-se de matéria atinente à Justiça Federal; (iv) o escritório contratado tinha notória especialização, o serviço possuía natureza singular e a remuneração estabelecida não destoava do preço praticado no mercado; (v) ainda que houvesse irregularidade, a conduta do demandado foi pautada em parecer técnico favorável, não tendo havido dolo ou culpa, portanto.

Recorre, então, o autor Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 354/374), aduzindo, em síntese, que: (i) há enorme oferta de serviços de assessoria tributária no mercado, não havendo que se falar em ausência de competitividade; (ii) o objeto do contrato firmado não é de natureza singular, sendo corriqueira a atividade de recuperação de créditos tributários, não havendo necessidade de contratação de serviços jurídicos especializados; (iii) o Município possui corpo jurídico próprio, por meio do qual poderia perfeitamente ter realizado os trabalhos contratados; (iv) se a concorrência era de fato possível e se o procedimento licitatório foi indevidamente dispensado, tem-se configurado ato de improbidade administrativa que violou princípios da administração pública.

O recurso é tempestivo e isento de preparo, diante da prerrogativa do Ministério Público, tendo sido contrariado (fls. 378/393).

Houve parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 399/403), que opinou pelo provimento da apelação do MPSP.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É O RELATÓRIO.

Recebo o recurso no duplo efeito, na forma dos arts. 1.012 e 1.013, do CPC.

Trata-se a demanda de apurar eventual responsabilidade do réu Silvio Roberto Cavalcanti Peccioli, ex-Prefeito do Município de Santana do Parnaíba, em improbidade administrativa, por prejuízo ao erário com a contratação de banca de advogados, sem licitação, sob a justificativa de inexigibilidade.

E a ação merece ser julgada procedente, devendo ser reformada a r. sentença.

De fato, não era mesmo o caso de inexigibilidade de licitação para a contratação da empresa “Advocacia Emilson Nazário Ferreira”.

Com efeito, de acordo com o Contrato n.º 118/2011, firmado entre a Prefeitura do Município de Santana de Parnaíba e a Advocacia Emilson Nazário Ferreira, a inexigibilidade de licitação se escorou nos arts. 13, V e 25, I, da Lei n.º 8.666/93. Referidos artigos prescrevem que:

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

(...)

*V – **patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;***



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(...)

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” (g.n.).

De acordo com os aludidos artigos legais, a licitação é inexigível quando houver “inviabilidade de competição”, uma vez que os serviços contratados seriam de “natureza singular” e desempenhados por “profissionais ou empresas de notória especialização”.

Ora, de acordo com os documentos juntados aos autos, não há que se falar em “inviabilidade de competição”, eis que, de acordo com os documentos juntados às fls. 68/79, pelo menos três bancas de advogados encaminharam proposta de serviços jurídicos idênticos ao que foi contratado sem licitação.

Houve, portanto, flagrante violação aos arts. 13, V e 25, II, da Lei n.º 8.666/93, uma vez que inexistia “inviabilidade de competição”, conforme os documentos juntados ao próprio procedimento administrativo de inexigibilidade de licitação.

Se há inúmeros escritórios especializados, não está inviabilizada a competição e, por consequência lógica, o serviço técnico não possui natureza singular.

Ressalta-se, ademais, que as atividades ofertadas pelas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

bancas de advogados não tinham nada de especial ou singular, tratando-se de assessoria simples e genérica para recuperação de créditos previdenciários, que contava inclusive com entendimento favorável nos Tribunais Superiores.

Nessa linha, em casos análogos, de contratação de escritórios e consultorias para assessoramento administrativo e judicial, mormente em questões tributárias, há decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo desaconselhando tal prática aos Municípios:

“2.1. Registra-se, inicialmente que a contratação indiscriminada de escritórios e consultorias para assessoramento administrativo e judicial, mormente em questões tributárias, vem sendo desaconselhada de forma cada vez mais restritiva pelas Cortes de Contas de todo o país, por constituir iniciativa que destoa do princípio da razoabilidade, extrapolando os limites da discricionariedade do agente político ao terceirizar a advocacia pública e contrapor os interesses das esferas administrativas do Estado, que deveriam ser comuns e compartilhados.

2.2. Neste contexto, o presente caso é exemplar, em face, principalmente da atuação específica da contratada, que, nos últimos 05 exercícios fiscais, celebrou 174 ajustes com prefeituras do interior, a maioria mediante dispensa de licitação, proporcionando-lhe uma receita expressiva de R\$ 49.667.470,91. Estes números, cifras e a relação de contratos podem ser aferidos no Relatório de Atividades AUDESP n° 03/13, que se anexa ao presente feito.

(...)

2.9. Registra-se, também, a inconformidade pertinente à forma remuneratória 'ad exitum' estabelecida no Edital, condicionando o pagamento da contratada ao sucesso na recuperação dos créditos. Este modelo não encontra guarida no entendimento deste Tribunal, visto que, ao atrelar pagamentos à receita municipal obtida com a recuperação de eventuais indébitos, contraria o disposto no artigo 7º, § 3º, da Lei n° 8.666/93. Há o agravante, ainda, do risco de glosa da instância fazendária, que geraria passivos fiscais imprevistos e anabolizados por penalidades incidentais” (TC – 0000880/002/11, Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, g.n.).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A despeito disso, feriu, ademais, o réu, o constante no art. 26, da Lei n.º 8.666/93, que determina haja um procedimento formal para a inexigibilidade, com a necessária presença de alguns requisitos:

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

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

I – caracterização de situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço;

IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados” (g.n.).

No caso em tela, com efeito, apesar de ter sido instaurado procedimento administrativo de inexigibilidade de licitação (fls. 118/121), não houve fundamentos quaisquer para explicitar a “razão da escolha do fornecedor ou executante” e nem a “justificativa do preço”.

Nessa linha, inclusive, em casos análogos, no que tange à contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, houve o reconhecimento de repercussão geral pelo STF, no Recurso Extraordinário nº 656.558/SP.

Entretanto, a matéria já foi enfrentada pela Suprema Corte, no Inquérito n.º 3074/SC, julgado no dia 02.10.2014, de relatoria do Min.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Luís Roberto Barroso, quando, para controle da legalidade de atos de contratação direta de serviços jurídicos por parte da Administração, foram estabelecidas as seguintes balizas: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

Tais parâmetros foram assim delineados pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

“a) Procedimento administrativo formal.

9. *Os procedimentos e contratos lavrados mediante inexigibilidade de licitação devem observar, no que couber, as exigências formais e de publicidade contidas na Lei nº 8.666/93, especialmente as que decorrem dos arts. 26 e 60-64. A necessidade de motivação expressa quanto ao ponto potencializa a verificação de eventuais irregularidades por parte dos órgãos de controle e até de agentes da própria sociedade.*

b) Notória especialização do profissional a ser contratado.

10. *O art. 25, §1º, da Lei nº 8.666/93 dispõe sobre a notória especialização:*

“Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

11. *Como se percebe, o que a norma exige é que a escolha recaia sobre profissional dotado de especialização notória, ou seja, incontroversa. Não basta, portanto, que goze da confiança pessoal do gestor público, sendo necessário que a sua qualificação diferenciada seja aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado. É o caso, e.g., da formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, da autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, da experiência em atuações pretéritas semelhantes.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12. *É certo que esses indicadores continuam permitindo certa margem de discricionariedade na análise do que seja “profissional capacitado a prestar o serviço mais adequado ao interesse público”. Eles parecem suficientes, contudo, para delimitar uma faixa de opções aceitáveis, excluindo a legitimidade de avaliações puramente pessoais dos administradores públicos. O que a lei permite, compreensivelmente, não é a contratação de talentos ocultos, e sim de prestadores que já são reconhecidos pelo mercado como referências nas suas respectivas áreas.*

c) Natureza singular do serviço.

13. *A natureza singular refere-se ao objeto do contrato, ao serviço a ser prestado, que deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Não basta, portanto, que o profissional seja dotado de notória especialização, exigindo-se, igualmente, que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. É essa nota de diferenciação que torna inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados, dada a necessidade de um elo de especial confiança na atuação do profissional selecionado. O pressuposto foi objeto da Súmula 39/TCU, que tem a seguinte redação:*

“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 nº 8.666/1993”.

14. *Ainda acerca da singularidade do objeto contratado, vejamos as seguintes passagens de Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, destacando que a locução “natureza singular” destina-se a evitar a generalização da contratação direta dos serviços especializados descritos no art. 13:*

“É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sobre a tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por profissional não especializado.

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isso, irrelevante que seja prestado por “A” ou por “B”, não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessário, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.

(...)

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público”.

15. Na mesma linha, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a “confiança” no trabalho profissional como elemento subjetivo a ser aferido, no contexto dos serviços especializados, quando do exame da inexigibilidade de licitação. Veja-se a parte relevante da ementa do acórdão proferido na AP 348, relatada pelo Ministro Eros Grau:

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

*16. O caráter parcialmente subjetivo da denominada confiança no profissional pode e deve ser objeto de fundamentação transparente, com o que se permite o controle intersubjetivo quanto à razoabilidade da escolha administrativa. **A singularidade do serviço não exige que exista um único profissional apto, mas sim que se demonstre a presença de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional dotado de determinadas características, em detrimento de outros potenciais candidatos.***

*d) **Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público.***

*17. O fato de a entidade pública contar com quadro próprio de procuradores não obsta legalmente a contratação de advogado particular para a prestação de serviço específico. **É necessário,***



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contudo, que fique configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pela advocacia pública, dada a especificidade e relevância da matéria ou a deficiência da estrutura estatal. Sobre o tema, veja-se a seguinte passagem de Diógenes Gasparini:

“Destarte, bastaria a verificação dessa circunstância para liberar a Administração Pública da obrigação de licitar. No entanto, outras razões podem reforçar essa contratação direta, a exemplo da urgência na execução dos serviços jurídicos, do número insuficiente de advogados no quadro, da falta de especialização dos profissionais do quadro para a realização do serviço, do excesso de serviços e dos interesses coincidentes do autor da demanda com os da consultoria jurídica”.

18. Também aqui, a fundamentação exercerá o papel de dar transparência às razões que impedem a atuação da advocacia pública, evitando abusos e permitindo a fiscalização dos órgãos de controle, bem como da própria sociedade.

e) Contratação pelo preço de mercado.

19. Por fim, deve ser verificada a adequação do preço a ser pago pelo serviço, nos termos do art. 48, da Lei nº 8.666/93. Como é natural, a opção por profissionais de referência tende a vir associada à cobrança de honorários em patamar compatível. O fato de a contratação direta envolver atuações de maior complexidade e/ou responsabilidade pode agravar essa circunstância, contribuindo para a elevação dos valores. Ainda assim, é necessário que a Administração demonstre que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional” (g.n.).

Não respeitados tais requisitos, não havendo qualquer justificativa ou fundamento para a escolha da empresa “Advocacia Emilson Nazário Ferreira” para assessorar o Município, patente está, pois, a ilegalidade na contratação com inexigibilidade de licitação.

E a conduta ímproba do réu restou absolutamente delineada.

Com efeito, agiu com dolo ou ao menos culpa grave o réu



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e ex-prefeito Silvio Roberto Cavalcanti Peccioli, ao violar os preceitos legais de inexigibilidade de licitação, contratando empresa fora dos requisitos previstos em lei.

Nesse sentido, sua conduta incorreu no art. 10, VIII, e 11, *caput*, da Lei n.º 8.429/92:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

(...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (...).” (g.n.).

Deve, assim, ser reformada a r. sentença, para julgar parcialmente procedente a ação civil pública, declarando-se nulo o contrato firmado, bem como sendo o réu condenado às penas de multa civil de três vezes o valor da remuneração percebida pelo agente (corrigidos desde a data desse acórdão, pelo IPCA-E e incidindo juros de mora desde a citação, com base na Lei n.º 11.960/09), perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por cinco anos, além de 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 três anos (art. 12, da Lei n.º 8.429/92).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Fixo honorários advocatícios, a serem pagos pelo réu, na forma do art. 85, §3º, I, do CPC, em onze por cento sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

MARCELO SEMER
Relator