

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE TEOFILÂNDIA

PROCESSO Nº 08315e21

PARECER Nº 00833-21

CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CONSULTORIA TRIBUTÁRIA. CONTRATO DE RISCO PURO. INSTRUÇÃO TCM Nº 01/2018.

1. É juridicamente admissível a contratação de escritório advocatício para consultoria tributária através de inexigibilidade de licitação, por meio de celebração de contrato de risco puro, nos moldes da Lei nº 8.666/93 e da Instrução TCM-BA nº 01/2018;

2. No contrato de risco puro a remuneração do escritório de advogados contratado é inteiramente suportada pelos honorários sucumbenciais fixados pelo Poder Judiciário e pagos pela parte vencida na demanda, nos termos do art. 2º, inc. IV da mencionada Instrução, não podendo sob qualquer argumento incidir sobre o valor que será apurado pelo Município se vitorioso, sob pena de desvirtuamento do instituto.

Trata-se de Consulta formulada pelo Sr. HIGO MOURA MEDEIROS, Prefeito do **Município de Teofilândia-Ba**, endereçada ao Presidente deste Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolada sob nº 08315e21, sobre dúvida na aplicação da Instrução nº 01/2018 deste Tribunal.

Sobre o tema, o Consulente formula os seguintes questionamentos:

a) É possível contratação na modalidade honorários de risco puro, de escritórios de advocatícios através de inexigibilidade de licitação, com vistas promover consultoria tributária objetivando recuperação de créditos tributários?

b) Em sendo possível, haveria alguma limitação pelo entendimento deste Tribunal de Contas, acerca do percentual desses honorários ser deduzido sobre valor efetivamente recuperado para os cofres públicos municipais?

Em caráter preliminar, registre-se que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, consoante regra disposta no art. 3º.

§4º da Res. TCM nº 1392/2019 - Regimento Interno, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado.

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Dito isso, cumpre pontuar que a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública, nos termos do art. 37, inciso XXI, da CF/88, em que se:

... 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.

Esta é a premissa geral, que faz com que o processo licitatório pela Administração Pública seja de realização obrigatória em atenção ao princípio constitucional da isonomia, de onde sobressai o entendimento de que contratações ao arrepio da legislação de regência constituem verdadeira burla a contaminar os contratos realizados, sujeitando os agentes políticos às sanções legais.

A obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório comporta exceções, conforme preceitua a própria Constituição Federal, que ao cuidar da matéria autorizou a legislação infraconstitucional especificar os casos que não se submetem a prévio certame.

Em consonância com o permissivo constitucional, o legislador editou a Lei Federal de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) e mais recentemente a Lei nº 14.133/21, instituindo duas hipóteses de contratação direta, que escapam ao crivo da licitação, denominadas de dispensa e de inexigibilidade.

A inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93, traz a hipótese do inc. II, que merece realce por se tratar da situação em estudo:

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;

Depreende-se do texto legal, que para a validade da contratação direta, com fundamento na inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II da Lei nº 8.666/93, é necessário que, no caso concreto, se verifique, além da situação de inviabilidade de competição prevista no *caput*, a presença cumulativa de 3 (três) requisitos: a) que se trate de serviço técnico profissional especializado, elencado no art. 13 daquela norma; b) que o objeto do contrato pretendido seja de natureza singular; e, c) que o contratado seja titular de notória especialização.

Sobre o tema inexigibilidade do processo licitatório nos moldes da Lei nº 8.666/93, o C. TCU editou a Súmula nº 252, vazada nos seguintes termos:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: **serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.** (destaques adotados)

Com a publicação da Lei nº 14.039/2020, que incluiu o art. 3º A no Estatuto da OAB, mitigou-se o requisito da singularidade do objeto ao estabelecer uma presunção legal de que os serviços profissionais advocatícios possuem natureza técnica e singular, quando demonstrada a notoriedade do executor.

Trilhando percurso semelhante, inclusive calçado no regramento instituído pela Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21) não trouxe expressamente a exigência da singularidade, preferindo elevar a notoriedade como fator determinante para enquadramento da contratação direta de serviços técnicos advocatícios em que se verifique uma inviabilidade de competição no caso concreto.

Eis o novo tratamento legal da matéria:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

(...)

Após a publicação da Lei nº 14.133/21, em 01.04.2021, a Administração Pública, por força do quanto disposto no seu art. 191, poderá optar, dentro do interregno de 02 (dois) anos a contar da vigência da nova Lei de Licitações, em contratar diretamente de acordo a nova Lei ou no modelo anterior da Lei nº 8.666/93, sendo imprescindível na descrição do aviso/instrumento de contratação direta a indicação do regime que será adotado durante todo o processo de contratação, devendo o gestor atentar para todas as particularidades da legislação escolhida e não apenas em determinado trecho da norma que autorize o procedimento que se deseja realizar.

A Doutrina é uníssona em alertar que a escolha pela novel legislação licitatória nacional, que trouxe consigo uma nova roupagem às contratações públicas, requer cumprimento das diretrizes e mandamentos gerais ali constantes, sendo necessário, portanto, adequação mínima das estruturas dos entes municipais, além da aderência à relevantes temas, como o planejamento anual, avaliação de riscos e programa de governança das contratações, a título exemplificativo, para somente assim valerem-se do novo regramento inaugurado com a Lei nº 14.133/21.

Frise-se que em qualquer opção legislativa de inexigibilidade de licitação deve-se perseguir a real demonstração da correlação entre a necessidade da demanda e a especialidade do executor do serviço, mediante devido processo administrativo, em que, além da pertinência temática, reste demonstrado a viabilidade jurídica da contratação e o atendimento dos requisitos exigidos.

Importa frisar que, acaso não haja inovação ou complexidade na tese jurídica a ser defendida é recomendável que a demanda fique aos cuidados do corpo jurídico do Ente Municipal, não se justificando, neste caso, a transferência de sua execução a particulares contratados diretamente por inexigibilidade de licitação, haja vista que não restará

caracterizado a necessidade e vantajosidade da contratação, tampouco a inviabilidade da competição entre licitantes.

Fixadas tais premissas, passa-se ao exame dos contratos de risco no campo do Direito Administrativo.

Historicamente, esta Corte de Contas posicionava-se no sentido de que os contratos de riscos, admitidos na seara privada, seriam incompatíveis com o regime jurídico dos contratos administrativos.

Neste aspecto, é vasta a jurisprudência pretérita neste Tribunal:

PROCESSO TCM Nº 49115-11

A par desta circunstância, **é firme a jurisprudência desta Corte no que diz respeito à vedação da vinculação da receita ao pagamento pelo serviço realizado, ou seja, a figura do contrato de risco**, restando indene de dúvida a ilegalidade do procedimento, vez que violador do preceito contido no art. 167, IV da Constituição Federal. (grifos nossos)

PROCESSO TCM Nº 78234-12

Inegável, portanto, a irregularidade no procedimento adotado no contrato sob exame, vez que resta cristalino que as supramencionadas cláusulas contratuais caracterizam o pactuado como **contrato de risco, tendo em vista a vinculação do pagamento ao sucesso da demanda, o que não é admitido pela presente Corte de Contas**. (grifos nossos)

Contudo, tal entendimento foi em certa medida superado, de maneira a flexibilizar a vedação antes imposta, para permitir, dentro de determinados parâmetros, a inserção das práticas do mercado para alguns serviços contratados pelo Poder Público, consoante interpretação extensiva do art. 15, III, da Lei nº 8.666/93.

Assim, o TCM-BA editou a Instrução nº 01/2018, sob a égide da Lei nº 8.666/93, que, em situações excepcionais, admitiu a celebração de contrato de êxito ou mesmo de risco puro, quando a práxis mercadológica implique na escolha da modalidade, impondo para tanto certos requisitos e cautelas ao gestor municipal.

Os contratos de êxito a serem firmados com a Administração Pública devem estabelecer um valor fixo ou estimado, não podendo prever percentual sobre as receitas auferidas

pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas pelo contratado, ou ainda cláusulas que tragam alguma incerteza quanto ao valor a ser empenhado, liquidado e pago pela contratante.

Ao seu turno, nos contratos de risco puro o contratado assume todo o risco da contratação, sendo sua remuneração atrelada ao recebimento de honorários sucumbenciais estipulados pelo Poder Judiciário e suportados pela parte vencida.

As duas opções contratuais foram assim definidas na Instrução TCM nº 01/2018:

Art. 2º Para os efeitos desta norma, são adotadas as seguintes definições:
(..)

III – Contrato de Êxito: Aquele em que o contratante se preserva de qualquer responsabilidade pelo eventual insucesso da negociação, assumindo o contratado todos os riscos, podendo a remuneração do contratado ser estabelecida em valor fixo ou percentual sobre o resultado, sendo o pagamento sempre mediante a obtenção do êxito;

IV - Contrato de Risco Puro: modalidade contratual na qual a remuneração do contratado é inteiramente representada pelos honorários sucumbenciais fixados pelo Poder Judiciário e pagos pela parte vencida na demanda, quer seja em valor determinado, quer seja em percentual sobre a condenação ou sobre o valor da causa. Em tal modalidade contratual, a incerteza do sucesso da causa é inteiramente suportada pelo contratado;

Sob este prisma, o ato normativo emanado por esta Corte de Contas estipulou as hipóteses autorizativas para a utilização dos institutos:

Art. 3º A Administração Municipal deve se abster de firmar **Contrato de Êxito** com escritórios de advocacia ou consultoria contábil ou tributária, ou, ainda, com profissionais liberais nas respectivas áreas ou áreas afins, salvo nas hipóteses em que a prática do mercado implique na necessidade de adoção de tal modalidade contratual, (...)

IV – É possível a celebração de **Contrato de Risco Puro**, no qual a incerteza do sucesso da causa é inteiramente suportada pelo contratado, representando para a Administração razoável segurança do prestador de serviço acerca da viabilidade de aceitação da tese pelo Poder Judiciário; (grifos nossos)

Importa esclarecer que, a contratação das avenças disciplinadas pela Instrução TCM nº 01/2018 através de inexigibilidade de licitação, nos moldes delimitados pela Lei nº 8.666/93, já foi objeto de pareceres consultivos por esta Unidade Jurídica, que em diversas oportunidades (proc. nº 17308e19, 13289e19, dentre outros) já admitiu tal

possibilidade, dentro dos parâmetros definidos pela referida Lei e pelo normativo desta Casa de Controle.

Neste contexto, em resposta ao **primeiro questionamento**, pode-se afirmar que é juridicamente admissível a contratação de escritório advocatício para consultoria tributária através de inexigibilidade de licitação, por meio de celebração de contrato de risco puro.

Para tanto, deve a Administração Municipal observar todo o regramento legal e normativo da matéria, que exige fiel cumprimento das exigências ali contidas para verificação de sua regularidade e deve ser adotado de forma excepcional.

Importante chamar atenção para o fato de que a celebração de contratos de risco deve ser apreciada e aprovada pelo responsável pelo controle interno municipal. É a orientação trazida pelo parágrafo único, do art. 3º, da Instrução nº 01/2018 desta Corte:

Parágrafo único. Os referidos contratos devem ser apreciados e aprovados pelo responsável pelo Controle Interno municipal, no tocante à economicidade e razoabilidade na fixação dos honorários, levando-se em consideração o porte do município, a natureza e complexidade da causa, bem como a análise e previsão de cláusula contratual específica tratando sobre o deslinde final das demandas administrativas e judiciais.(grifo nosso)

Também se faz necessário que o órgão fazendário e a Procuradoria jurídica, além do já mencionado Controle Interno, atuem diretamente no processo administrativo, motivando, atestando e aprovando a pretendida contratação, consoante instrui o art. 5º:

Art. 5º As demandas administrativas ou judiciais dos municípios concernentes à matéria tratada nesta Instrução devem ser devidamente motivadas pelo órgão fazendário municipal, comprometendo-se o titular da pasta pela veracidade das informações prestadas, e aprovadas pela Procuradoria Jurídica Municipal e pelo Controle Interno do Município, quanto à legalidade e economicidade do pleito.

A realização de contratação sem a observância de todos os requisitos ensejará atuação dos órgãos de controle. Como exemplo, cita-se o Acórdão 1285/2019 TCU- Plenário, em que o Tribunal de Contas da União, adotando inclusive o entendimento deste TCM-BA sobre os contratos de risco, consignou as seguintes irregularidades:

IRREGULARIDADES:

- a) contratação de serviços advocatícios por meio de indevida inexigibilidade de licitação, sem que restasse devidamente comprovada a singularidade do objeto e a notória especialização do contratado, em afronta ao art. 25, II, §1º, da Lei 8.666/93;
- b) celebração dos contratos sem obediência sequer minimamente aos requisitos necessários à formalização de um contrato administrativo, em desacordo aos comandos expressos no art. 26, parágrafo único, c/c o art. 61, da Lei de Licitações;
- c) ausência de manifestação, por parte da administração municipal, acerca da inviabilidade de competição, bem como da razão da escolha do escritório contratado por inexigibilidade de licitação, em detrimento de outros escritórios de advocacia, em flagrante infringência ao art. 26, parágrafo único, inciso II, e ao princípio da isonomia;
- d) contrato pactuado sem que o preço tenha sido certo e preestabelecido, contrariando o art. 55, III da Lei 8.666/93;
- e) realização de despesa sem previsão orçamentária, em ofensa ao princípio orçamentário da universalidade, previsto nos arts. 2º e 3º da Lei 4.320/64;
- f) vinculação inconstitucional de receita de impostos a despesas de prestação de serviços advocatícios, em afronta ao disposto no art. 167, IV da Constituição Federal;
- g) fixação de valores exorbitantes, incompatíveis com a complexidade da causa e os valores praticados no mercado, em dissonância ao princípio da razoabilidade;
- h) ausência de publicação dos extratos dos contratos celebrados, em descumprimento ao disposto no parágrafo único do art.61 da Lei 8.666/93;
VAO
- i) pagamento de honorários advocatícios com recursos dos precatórios do Fundef, contrariando o art. 60 do ADCT, art. 2º, *caput*, e §6º, da Lei 9.424/96, art. 23 da Lei 11.494/2007, e parágrafo único do art. 8º da LC 101/2000;

Volvendo-se aos assuntos aqui analisados, destaque-se ainda que, a Instrução nº 01/2018 adverte o Gestor Público sobre a razoabilidade dos pagamentos nos contratos de risco:

Art. 3º A Administração Municipal deve se abster de firmar Contrato de Êxito com escritórios de advocacia ou consultoria contábil ou tributária, ou, ainda, com profissionais liberais nas respectivas áreas ou áreas afins, salvo nas hipóteses em que a prática do mercado implique na necessidade de adoção de tal modalidade contratual, observando-se, em tal situação, os seguintes requisitos:

I – O contrato a ser firmado deverá, preferencialmente, estabelecer valor fixo ou estimado, **observando-se os princípios da razoabilidade e economicidade e as regras estabelecidas na Lei de Licitações para justificativa do preço, inclusive em comparação com os valores praticados no mercado**, sendo admitida cláusula de reajuste em sentido estrito, com a previsão de índice específico para a atualização do valor monetário da contratação; (grifos nossos)

O alerta trazido pela Resolução é de suma importância, pois torna-se vital avaliar se o município poderia estar se valendo de significativo volume de recursos pretendidos na

medida judicial para adimplemento de honorários advocatícios, mesmo nos contratos de risco puro, em que os valores são atrelados aos honorários sucumbenciais.

Este Tribunal tem entendimento de que, mesmo nos contratos de risco entabulados pela Instrução nº 01/2018, deve-se perseguir os princípios norteadores da atuação da Administração Pública, dentre eles, os princípios da razoabilidade e da economicidade, de modo que qualquer contrato administrativo que se afasta destes mandamentos pode ser passível de apontamento e responsabilização do gestor.

Ademais, como já elucidado, no Contrato de Risco Puro “a remuneração do contratado é inteiramente representada pelos honorários sucumbenciais fixados pelo Poder Judiciário e pagos pela parte vencida na demanda, quer seja em valor determinado, quer seja em percentual sobre a condenação ou sobre o valor da causa...” nos termos do art. 2º, inc. IV do normativo de regência.

Perceba que, a própria denominação do instituto já traz a noção de que ao contratado caberá assumir o risco de somente ser remunerado pelo seu serviço ao final da demanda judicial se lograr vitorioso, mediante fixação pelo Poder Judiciário dos honorários sucumbenciais.

Deste modo, na modalidade contrato de risco puro não é permitido que ‘os honorários sejam efetivamente deduzidos sobre o valor a ser recuperado’, como indagado no **segundo questionamento**, uma vez que caberá ao Poder Judiciário estipular e exigir da parte vencida o dispêndio em tela, não podendo sob qualquer argumento incidir, descontar, subtrair, enfim, deduzir parcela de remuneração do serviço advocatício do importe que será apurado por ventura ao Município, sob pena de desvirtuamento do instituto.

Neste ponto, é crucial apontar que alguns aspectos relativos aos honorários sucumbenciais se encontram submetidos a análise de constitucionalidade na ADC 71 perante o STF, sob a relatoria do Min. Nunes Marques, em que se discute os parâmetros para honorários de sucumbência nas causas judiciais em que a Fazenda Pública for parte.

Diante de tudo o quanto exposto, de acordo com as balizas delimitadas neste opinativo, conclui-se que:

1. É juridicamente admissível a contratação de escritório advocatício para consultoria tributária através de inexigibilidade de licitação, por meio de celebração de contrato de risco puro, nos moldes da Lei nº 8.666/93 e da Instrução TCM-BA nº 01/2018;
2. No contrato de risco puro a remuneração do escritório de advogados contratado é inteiramente suportada pelos honorários sucumbenciais fixados pelo Poder Judiciário e pagos pela parte vencida na demanda, nos termos do art. 2º, inc. IV da mencionada Instrução, não podendo sob qualquer argumento incidir sobre o valor que será apurado ao Município se vitorioso, sob pena de desvirtuamento do instituto.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, formulada de acordo com as normas vigentes à época da emissão deste parecer.

À consideração superior.

Salvador, 07 de junho de 2021.

Tâmara Braga Portela
Assessora Jurídica