

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEBASTIÃO DO PASSÉ

PROCESSO Nº 08992e21

PARECER Nº 00851-21

EMENTA: CONTRATAÇÃO DIRETA, VIA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE ROYALTIES. INOVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO. CONTRATO DE ÊXITO. HONORÁRIOS. INSTRUÇÃO Nº 01/2018. A contratação direta dos serviços de advogados, por inexigibilidade de licitação, deve pautar-se nos critérios estabelecidos na legislação de regência, competindo ao Gestor observar as seguintes premissas:

1. Demonstração da inadequação da execução do serviço pelos servidores integrantes do quadro de pessoal do Poder Público, a fim de se viabilizar a contratação externa do serviço advocatício mediante licitação ou, diretamente, via inexigibilidade.

2. Se para atender a necessidade Pública, ficar devidamente justificado que a execução do objeto se dê por intermédio de um profissional ou empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato, será o caso de realizar a contratação direta.

3. A comprovação da notoriedade do especialista no seu campo de atuação, do conceito que ele possui entre os seus pares, do reconhecimento profissional que possui no âmbito do local da contratação, ou seja, da subsunção do fato à norma, é encargo que incumbe ao Gestor realizar, pautado nos requisitos legais, a fim de se evitar que as razões da escolha do contratado recaiam sobre a preferência do contratante, como acontece entre nas contratações entre particulares.

4. Garantia da pertinência temática entre a notória especialização do profissional ou da empresa com o objeto a ser contratado.

5. Validação da razoabilidade dos gastos empreendidos, mediante a pesquisa de contratos com órgãos públicos, com objetos similares em que o notório figurou como contratado.

6. Tomando-se por base os conceitos e orientações contidos na Instrução nº 01/2018, o contrato de êxito

apenas pode ser firmado, após apreciação e aprovação pelo Controle Interno do Município, nos casos em que a prática do mercado implicar na necessidade de adoção de tal modalidade contratual, devendo constar do ajuste o valor estimado dos honorários e a reserva de dotações orçamentárias para o correlato adimplemento. Deve o Gestor, se atentar para o fato de que não se admite a adoção de cláusulas contratuais que tragam incerteza quanto ao valor a ser empenhado, liquidado e pago pela contratante. A fixação do percentual e/ou do valor fixo sobre os montantes efetivamente recuperados ou auferidos, exceção prevista na citada Instrução nº 01/2018, deste TCM/Ba, deve ser estipulada pelas partes de forma clara e objetiva, não deixando margens para interpretações dúbias quanto ao pagamento.

7. Não se permite a antecipação de valores pela Administração pelo ajuizamento de ação ou pela simples obtenção de tutela judicial provisória.

Trata-se de consulta formulada pela Sra. Maria Nilza da Mata Santana, Prefeita do Município de São Sebastião do Passé, endereçada ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob nº 08992e21, questionando sobre a possibilidade de contratação de escritório de advocacia especializado com o objetivo de mover ação de revisão de valores recebidos a título de Royalties, já que trata-se de matéria de alta complexidade, nos seguintes termos:

“ Caso a contratação seja possível, peticionamos indicar se o contrato pode ser realizado na modalidade de êxito, sendo o pagamento só ocorreria na condição do resultado da ação for favorável.

Na oportunidade requeremos orientação quanto ao aspecto de quando o pagamento do honorário pode ser realizado, ou seja, se o pagamento do ser efetuado após o ingresso do recurso resultado da ação.”

Em caráter preliminar, registra-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do 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 isto, cumpre-se pontuar de forma preliminar que a natureza jurídica dos royalties, nos termos da legislação vigente, é de compensação financeira, tendo caráter indenizatório pelo fato de os

Estados, o Distrito Federal e os Municípios suportarem a exploração dos seus territórios e as consequências ambientais e sociais daí advindas.

Veja-se que o artigo 20, § 1º, da Constituição Federal disciplina que:

Art. 20. São bens da União:

(...)

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

A cobrança de royalties tem como finalidade recompor financeiramente os prejuízos ou danos (externalidades negativas) causados pela exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, bem como remunerar a Administração pelos ganhos obtidos com tal atividade.

Feitas tais considerações e adentrando ao primeiro questionamento do consultante, qual seja, a possibilidade de contratação direta de escritório de advocacia especializado para fins de mover ação de revisão dos valores recebidos pelo município a título de Royalties, cumpre pontuar que a Constituição da República Federativa do Brasil, precisamente no seu art. 37, XXI, determina, como regra, que todo contrato público deve ser precedido de procedimento licitatório, para que, a partir da pluralidade de propostas, a Administração empreenda a contratação que seja mais favorável à satisfação do interesse público.

Contudo, a própria Carta Maior permite que a Lei aponte situações excepcionais em que a Administração Pública poderá efetuar contratação direta, dispositivos que foram regulamentados por normas específicas ao disciplinar o instituto jurídico da inexigibilidade de licitação, em especial.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na Obra intitulada “Direito Administrativo”, Ed. Atlas, São Paulo, 2014, esclarece o seguinte:

“(…) na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que ficaria inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”.

Pois bem; no que tange à temática envolvendo a contratação direta de serviços jurídicos, é oportuno tecer considerações sobre as últimas inovações no ordenamento jurídico, que, por sua vez, trouxeram contornos peculiares a questão, dissociados dos delineados no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

Para facilitar a compreensão do tema, cite-se o quanto dispõe o art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93:

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 a validade da contratação direta, com fundamento na inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II da Lei nº 8.666/93, condiciona-se ao exame, na casuística, da existência de inviabilidade de competição prevista no *caput* do citado dispositivo, circunstância que, em tal hipótese, sujeita-se à presença cumulativa de 3 (três) requisitos, quais sejam: (i) que o serviço a ser contratado esteja compreendido no rol dos serviços técnicos especializados elencados no art. 13, daquela norma; (ii) que o objeto do contrato pretendido seja de natureza singular; (iii) que o contratado seja titular de notória especialização.

Todavia, no que se refere especificamente à contratação do objeto do expediente ora em análise, no ano de 2020, foi publicada a Lei nº 14.039, a qual presumiu que os serviços profissionais advocatícios possuem a natureza técnica e singular, sob a seguinte roupagem:

Art. 1º A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“ Art 3º-A **Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares**, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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.”

Depreende-se, da interpretação estritamente literal do dispositivo em destaque, que os serviços prestados por advogados quando executados por profissional de notória especialização, seriam

considerados de natureza técnica e presumidamente singulares, preenchendo, em tese, alguns dos requisitos legais que autorizariam a contratação direta por inexigibilidade de licitação, dispostos no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Diga-se em tese, na medida em que, *a priori*, a referida legislação não possui o condão de alçar os serviços profissionais de advogado automaticamente à hipótese de inexigibilidade de licitação. Na prática, os demais requisitos da contratação direta devem ficar demonstrados, em especial, a inviabilidade de competição.

Em análise especificamente sobre esta questão, corroborando o posicionamento aqui adotado, o Conselheiro Substituto Manassés Pedrosa Cavalcante, do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, ao apresentar a sua proposta de voto no Processo nº 06774/2021-7, ponderou o seguinte:

“(…) O procedimento de inexigibilidade em tela destinou-se a contratação de uma empresa para execução dos serviços de assessoria e consultoria jurídica na área de licitações e contratos públicos, junto as diversas unidades administrativas do Município de Martinópolis.

Em primeiro lugar, antes mesmo da natureza singular dos serviços a serem executados e da notória especialização do profissional a ser contratado, constitui condição *sine qua non* a inviabilidade de competição, consoante estabelece o caput do art. 25 da Lei nº. 8.666/93.

Cabe advertir, porém, que a alteração promovida no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal n. 8.906/94) pela Lei Federal 14.039/2020 que considerou os serviços profissionais de advogado como de natureza, técnica e singular, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei (art. 3-A), não tem num exame *a priori* o condão de alçá-los automaticamente à hipótese de inexigibilidade, insculpida no inciso II do art. 25, como sugere o defendente.

Isso porque restou demonstrado pelo órgão instrutivo ser plenamente viável a competição, pois outros municípios cearenses realizaram contratações cujo objeto fora a contratação de serviços de assessoria e consultoria jurídica na área de licitações e contratos públicos, consoante pesquisa realizada no Portal de Licitações dos Municípios e demonstrada no Certificado nº. 0095/2021.

Isso sem mencionar sob a perspectiva histórica inúmeros processos atinentes a licitações para o mesmo objeto do presente caso que já transitaram pelo extinto Tribunal de Contas dos Municípios para apreciação de suas respectivas regularidades. Ademais, é preciso aferir ainda a impossibilidade do cumprimento do objeto pretendido pelo próprio município, dada a existência de uma Procuradoria municipal, consoante dispõe o art. 24 a Lei Complementar municipal nº. 439/2017 de janeiro de 2017. (…).”.

Seguindo adiante, pode-se afirmar que com o advento da Nova Lei de Licitações, o tema da contratação direta de serviços técnicos mereceu atenção do legislador.

Em 01.04.2021, foi publicada a nova Lei de Licitações - Lei nº 14.133/21, considerada pelos estudiosos como um novo marco no Direito Administrativo, tendo em vista as consequentes mudanças que promoverá internamente em todos os órgãos e entidades no âmbito da Administração Pública.

Classificada como norma geral, e tendo sua aplicabilidade para todos os entes federativos, representa a consolidação de leis, decretos, portarias, instruções normativas e principais acórdãos do Tribunal de Contas da União sobre a matéria.

A Administração Pública, por força do quanto disposto no seu art. 191, poderá optar, dentro do interregno de 02 anos a contar da vigência da nova Lei de Licitações (01.04.2021 a 01.04.2023), em licitar e contratar diretamente nos termos dispostos no novo estatuto (Lei nº 14.133/21) ou nos moldes do regramento anterior (Lei nº 8.666/93; Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011).

Vejamos o que dispõe o aludido art. 191 e 193, inciso II, da Lei nº 14.133/21:

“Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II, do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.”.

“Art. 193. Revogam-se:

(...)

II – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.”.

Alerta-se que a adoção combinada dos dois regramentos em um mesmo procedimento licitatório e seu consequente contrato não é permitida pelo Legislador, podendo o Gestor alternar entre os dois regimes. Todavia, para tanto, é imprescindível que esteja claro no edital ou no aviso/instrumento de contratação direta qual o regime será adotado naquele processo de contratação.

Feitos tais esclarecimentos e voltando-se ao objeto da Consulta, o art. 74, inciso III, da nova Lei de Licitações ao tratar sobre as hipóteses de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, em razão de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual,

destaca o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”, como uma das possibilidades a se justificar o afastamento da regra da contratação, mediante prévio procedimento licitatório, nos seguintes moldes:

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:

(...)

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

(...)

§3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (...).”.

Veja-se que de acordo com o citado diploma, o serviço advocatício prestado, dada a sua natureza técnica especializada e predominantemente intelectual, pode vir a ser contratado pela Administração Pública, mediante inexigibilidade de licitação, acaso demonstrada a notória especialização do profissional ou do escritório em questão.

Assim, em direção similar aos preceitos da Lei nº 14.039/2020, o Legislador eleva como requisito de destaque nas contratações diretas o critério da notória especialização, excluindo, neste caso, da disposição autorizadora da contratação direta, a expressão serviços “de caráter singular”, presente no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Pontua-se ainda, que o Legislador da Lei nº 14.133/21 suprimiu do conceito de notório especializado a expressão “o mais adequado” (constante da Lei 8.666/93, art. 25, §3º e na Lei 14.039/2020), substituindo-a por “reconhecidamente adequado”, revelando que o se busca, afinal, com as inexigibilidades fundadas no preceito é, antes, **um juízo de compatibilidade da contratação com a necessidade administrativa**, do que um juízo de otimização única no momento da eleição do contratado (artigo 74, §3º e artigo 6º, XIX).

O que se depreende neste primeiro momento de exegese das novas regras relacionadas à contratação dos serviços advocatícios é que tanto para os processos de contratação direta, por inexigibilidade de licitação lançados sob o rito da Lei nº 8.666/93, com os contornos dispostos na Lei nº 14.039/2020, quanto para aqueles submetidos ao procedimento delineado na Lei nº 14.133/2021, o Gestor deve iniciar a análise da questão identificando exatamente qual a necessidade da Administração e qual o meio mais adequado, eficiente de atender tal pretensão.

Ou seja, uma vez surgida a demanda, compete ao Gestor, como primeiro passo a ser adotado, investigar se os servidores integrantes do seu quadro de pessoal encontram-se aptos para executar o serviço.

Se a resposta para tal questionamento for positiva, não se vislumbra a imprescindibilidade da contratação de advogado, bem como do respectivo escritório para satisfazer a necessidade administrativa. Não encontra guarida no ordenamento jurídico, ante a ausência de utilidade/interesse público, a terceirização de uma atividade que é plenamente exercida pelos próprios servidores públicos. Inexiste, neste caso, o motivo da contratação.

Na hipótese de o Gestor, após análise da sua realidade fática, concluir, de forma motivada, baseado em critérios objetivos, técnicos e facilmente demonstráveis, que os seus servidores não possuem condições de atender a demanda, há a possibilidade da contratação externa do serviço mediante licitação ou, diretamente, via inexigibilidade.

Neste ponto, é crucial pontuar, que compete à Administração a comprovação de que os seus servidores não reúnem condições para se debruçarem sobre a demanda proposta.

É o que o Ministro Luís Roberto Barroso, Relator na ADC nº 45, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, chamou de demonstração da “inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público”, *in verbis*:

“(…)

42. Todavia, o fato de a entidade pública contar com quadro próprio de procuradores, por si só, não obsta a contratação de advogado particular para a prestação de um serviço específico. É necessário, contudo, que fique configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública, e.g. em razão da especificidade e relevância da matéria ou da deficiência da estrutura estatal. Pense-se, por exemplo, numa demanda ou situação que exija atuação de advogado no exterior.

43. Também aqui, a fundamentação exercerá relevante papel, ao dar transparência às razões que impedem a atuação da advocacia pública naquele caso específico, evitando abusos e permitindo a fiscalização dos órgãos de controle e da própria sociedade.

44. Cabe aqui fazer expressa menção ao fato de que todo este raciocínio deve aplicar-se e estender-se, por identidade de fundamentos, também àqueles Municípios que possuam um quadro próprio de procuradores, não se restringindo às esferas federal e estadual. E isto se dá em razão da idêntica natureza das funções constitucionais da advocacia pública em qualquer que seja a entidade da Federação. Assim, nos Municípios que disponham de um quadro próprio de procuradores, em regra, caberá a estes o exercício das funções inerentes à advocacia pública.

45. Não se pode, entretanto, ignorar o fato de que um grande número de Municípios brasileiros não tem procuradorias institucionalizadas. Muitos sequer comportam manter procuradorias jurídicas como um órgão permanente de sua estrutura. Esse é um dado concreto que não pode ser desconsiderado, até por força do princípio da realidade na Administração Pública.

46. Portanto, os Municípios – dispendo ou não de uma procuradoria jurídica estruturada –, tanto quanto as outras entidades federativas, também podem ter a necessidade prática de realizar contratação direta de serviços advocatícios. E, quando tal ocorrer, a contratação com fundamento nos arts. 13, V, e 25, II, da Lei 8.666/1993, deverá pautar-se pelos mesmos parâmetros e condicionantes ora assentados. (...)”.

Com efeito, o que se pontua aqui é o dever de motivação expressa do Gestor, a fim de permitir a verificação de eventuais irregularidades pelos órgãos de controle e pela própria sociedade. Nas palavras do Exmo. Ministro, “a fundamentação exercerá relevante papel, ao dar transparência às razões que impedem a atuação da advocacia pública naquele caso específico”.

Pois bem; acaso, em face das características da demanda, a Administração possua meios de estabelecer critérios objetivos a viabilizar a competitividade entres os interessados, de acordo com os parâmetros legais, entende-se, a princípio, que a contratação deve ser precedida de processo licitatório, conforme a regra disposta no art. 37, inciso XXI, da CF.

De acordo com o Professor Luciano Ferraz, em artigo publico no site www.conjur.com.br, intitulado, espirituosamente, de “‘The walking dead’ na Administração — Temporada final (nova Lei de Licitações)”, na situação descrita acima, “não faz a mínima diferença, em termos de certeza, segurança e qualidade, que o objeto do contrato seja executado por A, B, C ou N, podendo-se esperar resultados idênticos com a execução realizada por qualquer profissional minimamente qualificado, será o caso de licitar o objeto (serviço)”.

Ou seja, se o objeto puder ser executado com segurança, lisura e eficiência por qualquer advogado regularmente habilitado, não há razão para que se contrate diretamente.

Todavia, se para atender a necessidade da Administração, ficar devidamente justificado, motivado que a execução do objeto se dê por intermédio de um profissional ou empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permitindo inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato, será o caso de realizar a contratação direta.

Nesta situação, a Administração não possui de meios de eleger parâmetros objetivos a ensejar um processo competitivo, mediante o critério da técnica e preço, por exemplo, para a escolha do contratado.

Veja-se que são as características técnicas do executor, traduzidas nos critérios elencados na lei (desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades) que justificam as razões da escolha do notório especialista em detrimento dos demais profissionais disponíveis no mercado, inviabilizando, desta forma, a realização de uma competição entre os interessados.

Atente-se que o requisito da notória especialização exigido na Lei não é a especialização comum, mas a especialização notória, ou seja, diferenciada, dotada de qualidade mais reconhecida, consagrada no respectivo ramo da atuação. Tal requisito encontra-se configurado nos atributos que destacam um determinado particular em relação aos demais, referindo-se à sua maior habilitação em executar o objeto do contrato.

A comprovação da notoriedade do especialista no seu campo de atuação, do conceito que ele possui entre os seus pares, do reconhecimento profissional que possui no âmbito do local da contratação, ou seja, da subsunção do fato à norma, é encargo que incumbe ao Gestor realizar, pautado nos requisitos legais citados acima, a fim de se evitar que as razões da escolha do contratado recaiam sobre a preferência do contratante, como acontece entre nas contratações entre particulares.

O princípio da motivação deve estar presente em todo o processo de contratação direta, a fim de justificar que, em face da especificidade da situação fática, não seria oportuno, conveniente deixar a solução a cargo dos servidores do Município ou por qualquer outro profissional da área,

tendo em vista que o atendimento da demanda depende de fator subjetivo, intelectual do executor especialista.

Desta maneira, entende-se que a análise da notória especialização do profissional sobrevém a identificação das necessidades da Administração que ensejam a pretensa contratação.

Em outras palavras, primeiro deverá ser definida a demanda, cuja finalidade precípua é o atendimento do interesse público, para depois ser escolhido o profissional mais adequado para sua plena satisfação, oportunidade em que será demonstrada, se for o caso, a imprescindibilidade da atuação de profissional com notória especialização para sua plena satisfação, apto a justificar a contratação mediante inexigibilidade.

Ademais, é relevante ficar demonstrado também a pertinência temática entre a notória especialização do profissional ou da empresa com o objeto a ser contratado, uma vez que não se atenderia ao interesse público motivador da avença, se o exame da casuística revelar que o contratado não reúne os requisitos imprescindíveis para assegurar o atendimento eficiente da demanda.

Com efeito, a necessidade de demonstração pelo responsável que o objeto da contratação direta por inexigibilidade guarda nexos de causalidade direto com a falta de expertise daquele Município para se debruçar sobre a temática judicial requerida, se torna característica fundamental para a legalidade da contratação em voga.

No mais, a contratação nos moldes insculpidos no inciso III, do art. 74, da Lei nº 14.333/21, possui natureza personalíssima, com postura restritiva com relação a possibilidade de subcontratação ou atuação de terceiros no contrato firmado e deve observar os critérios inaugurais lançados no art. 72, da Lei nº 14.133/2021, que elenca os seguintes documentos para instruir o “processo de contratação direta”:

“Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

- V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
- VI - razão da escolha do contratado;
- VII - justificativa de preço;
- VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.”.

Como se pode perceber das inovações legislativas relacionadas às contratações por inexigibilidade de licitação, o que se busca dos administradores é uma relação direta entre a essencialidade e a adequação dos seus atos, baseados pelo princípio da motivação de suas ações, conforme explicita o Decreto Lei nº 4.647/42 – LINDB:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. **A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.** “(g.n)

Ademais, a razoabilidade dos gastos empreendidos de igual modo deve estar demonstrado nos autos, comprovando que os preços pactuados se encontram em consonância com aqueles referendados no mercado. No caso, a justificativa do preço deve pautar-se na demonstração dos valores pactuados em contratações anteriores do próprio notório com órgãos públicos, que guardem semelhança nos objetos.

Isto porque, não há como auferir a adequação do preço ofertado, comparando os honorários cobrados pelo notório A com os do notório B, ante a impossibilidade de se alcançar critérios objetivos para tanto.

É importante destacar que o arcabouço legislativo analisado neste opinativo revela o papel de destaque atribuído ao Gestor em todo procedimento instaurado, em especial as contratações diretas por inexigibilidade de licitação, necessitando uma atuação muito mais fundamentada e pautada na motivação de seus atos, demonstrando de forma objetiva e clara os pressupostos necessários a referida contratação, além da proteção ao erário.

Por fim, mas não menos importante, de acordo com o art. 337-E, do Código Penal, tipifica-se crime de contratação direta ilegal, seja ela entabulada nos moldes da Lei nº 8.666/93 ou da Lei nº

14.133/21, “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, com previsão de pena de reclusão, de 04 (quatro) a 08 (oito) anos, e multa.

Noutro giro, cumpre-se afirmar que este Tribunal de Contas editou a Instrução nº 01/2018, que, muito embora se refira à “contratação de serviços de advocacia, e de consultoria/assessoria tributária para recuperação de créditos tributários, ou previdenciários junto à Receita Federal do Brasil – RFB”, é também aplicável aos casos análogos, naquilo que lhes for compatível.

O art. 2º, III, da aludida Instrução define contrato de êxito como:

“(…) 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;”

Por sua vez, o art. 3º estabelece que:

“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;

II – A contratação não poderá estabelecer remuneração percentual sobre as receitas correntes ou futuras do ente municipal, ainda que relativas aos tributos ou contribuições objeto das ações administrativas ou judiciais adotadas para a recuperação, devendo restringir-se tão somente às parcelas pretéritas em discussão, tendo em vista a vedação contida no art. 167, inciso IV, da CF;

III – Admite-se a contratação de honorários fixados em percentual sobre o valor efetivamente recuperado ou auferido com a prestação do serviço, desde que exclusivamente na modalidade Contrato de Êxito, devendo constar do contrato o valor estimado dos honorários e a reserva de dotações orçamentárias para o respectivo pagamento, que deve ser feita de modo a se compatibilizar com o valor estimado da contratação;

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;

V – Em qualquer das hipóteses acima, não será permitida a antecipação de valores pela Administração nas situações previstas no art. 4º desta Instrução.

(...)"

Daí se infere que, regra geral, os Municípios devem se abster de firmar contratos de êxito com escritórios de advocacia. Excepcionalmente, nas hipóteses em que a prática do mercado implicar na necessidade de adoção de tal modalidade contratual, a mesma é admitida, desde que atendidos todos os requisitos fixados na Instrução sob estudo.

O inciso III, do art. 3º, da Instrução nº 01/2018, por exemplo, reconhece a possibilidade de contratação de honorários definidos em percentual sobre o valor efetivamente recuperado ou auferido com a respectiva prestação do serviço. Neste caso, deve constar do contrato o valor estimado dos honorários e a reserva de dotações orçamentárias para o correlato adimplemento.

Neste mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nos autos do processo nº 873919, que teve como Relator o Conselheiro (em exercício) Hamilton Coelho assim se posicionou:

“CONSULTA - PREFEITURA MUNICIPAL - RESGATE DE CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS - A) TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - VEDAÇÃO - ATIVIDADE TÍPICA E CONTÍNUA DA ADMINISTRAÇÃO - B) CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - POSSIBILIDADE, EM CARÁTER EXCEPCIONAL E EXTRAORDINÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO E DE OBSERVÂNCIA DAS SEGUINTESS PREMISSAS: HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - INTEGRAM O PATRIMÔNIO DA ENTIDADE - CONTABILIZAÇÃO COMO FONTE DE RECEITA - REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO JURÍDICO - POSSIBILIDADE DE AJUSTE DE HONORÁRIOS POR ÊXITO, FIXADO EM PERCENTUAL SOBRE O VALOR AUFERIDO OU CONTRATO DE RISCO PURO, POR MEIO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - PREVISÃO NO CONTRATO DO VALOR ESTIMADO DOS HONORÁRIOS E DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA - CONDICIONAMENTO DO PAGAMENTO AO EXAURIMENTO DO SERVIÇO”
(destaques adotados).

Observe-se, ainda, que não é permitida a antecipação de valores pela Administração pelo ajuizamento de ação ou pela simples obtenção de tutela judicial provisória.

Veja-se que o art. 4º, §§ 1º e 2º, da Instrução sob estudo disciplina que:

§1º O pagamento dos honorários advocatícios deve estar condicionado a homologação da compensação pela Receita Federal, ou mediante efetivo ingresso dos recursos nos cofres públicos, por determinação judicial, ainda que através de tutela provisória;

§2º Em caso de recurso interposto pela União, determina-se que, mesmo nas hipóteses acima citadas, a administração não efetue o pagamento integral dos

honorários advocatícios tendo em vista a possibilidade de anulação ou reforma da decisão judicial;" (destaques no original)

Importante chamar atenção para o fato de que a celebração de contrato de êxito deve ser apreciada e aprovada pelo responsável pelo controle interno municipal. Nesse sentido, o parágrafo único, do art. 3º, da Instrução nº 01/2018, desta Corte orienta que:

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.

Por fim, o art. 5º instrui:

“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.” (destaques no original)

Assim sendo, atendidos todos os requisitos legais e aqui delineados, bem como tomando-se por base os conceitos e orientações contidos na Instrução nº 01/2018, tem-se que é viável a contratação de escritório de advocacia para fins de recuperação de créditos advindos dos royalties, **em caráter excepcional**, de valor mensal fixo e percentual sobre o montante efetivamente recuperado ou auferido com a prestação do serviço, desde que a prática do mercado implique na necessidade de adoção de tal modalidade contratual.

No que diz respeito ao pagamento dos honorários, é crucial esclarecer que **não se permite a antecipação de valores pela Administração pelo ajuizamento de ação ou pela simples obtenção de tutela judicial provisória.**

Isto porque, conforme preceitua o citado art. 4º, §§ 1º e 2º, da Instrução sob estudo, o pagamento dos honorários está condicionado ou à homologação da compensação pela Receita Federal (na hipótese de recuperação de créditos tributários, ou previdenciários junto à Receita Federal do Brasil – RFB) ou ao efetivo ingresso dos recursos nos cofres públicos, por força de determinação judicial definitiva ou provisória. Assim, em caso de decisão judicial provisória, a exemplo, das tutelas de urgência, o pagamento só poderá ser realizado se houver uma das duas situações delineadas nos respectivos parágrafos transcritos.

No mais, em interpretação ao citado art. 3º, parágrafo único da citada Instrução nº 01/2018, extrai-se que a razoabilidade de eventual porcentagem sobre o valor efetivamente auferido, como pagamento pelos serviços advocatícios prestados, deve ser feita casuisticamente, “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”, assim como a necessária pesquisa de mercado, conforme outrora citado.

Diante do exposto, conclui-se que a contratação direta dos serviços advocatícios tendo como objetivo promover ação de revisão de valor recebidos pelo município a título de Royalties, por inexigibilidade de licitação, deve pautar-se nos critérios estabelecidos na legislação de regência, competindo ao Gestor observar as seguintes premissas:

a) Identificada a demanda da Administração, investiga-se a adequação da execução do serviço pelos servidores integrantes do quadro de pessoal do Poder Público. Se a resposta para tal questionamento for positiva, não se vislumbra a imprescindibilidade da contratação de advogado ou de escritório de advocacia para satisfazer a necessidade administrativa. Não encontra guarida no ordenamento jurídico, ante a ausência de utilidade/interesse público, a terceirização de uma atividade que é plenamente exercida pelos próprios servidores públicos. Inexiste, neste caso, o motivo da contratação.

b) Na hipótese do Gestor, após análise da sua realidade fática, concluir, de forma motivada, baseado em critérios objetivos, técnicos e facilmente demonstráveis, que os seus servidores não possuem condições de atender a demanda, há a possibilidade da contratação externa do serviço advocatício mediante licitação ou, diretamente, via inexigibilidade.

c) Acaso, em face das características da demanda, a Administração possua meios de estabelecer critérios objetivos a viabilizar a competitividade entres os interessados, de acordo com os parâmetros legais, entende-se, a princípio, que a contratação deve ser precedida de processo licitatório, conforme a regra disposta no art. 37, inciso XXI, da CF.

d) Se para atender a necessidade da Administração, ficar devidamente justificado, motivado que a execução do objeto se dê por intermédio de um profissional ou empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com

suas atividades, permitindo inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato, será o caso de realizar a contratação direta.

e) A comprovação da notoriedade do especialista no seu campo de atuação, do conceito que ele possui entre os seus pares, do reconhecimento profissional que possui no âmbito do local da contratação, ou seja, da subsunção do fato à norma, é encargo que incumbe ao Gestor realizar, pautado nos requisitos legais citados acima, a fim de se evitar que as razões da escolha do contratado recaiam sobre a preferência do contratante, como acontece entre nas contratações entre particulares.

f) Demonstração da pertinência temática entre a notória especialização do profissional ou da empresa com o objeto a ser contratado.

g) Validação da razoabilidade dos gastos empreendidos, mediante a pesquisa de contratos com órgãos públicos, com objetos similares em que o notório figurou como contratado.

No mais, cabe complementar no que pertine ao contrato de êxito e pagamento de honorários advocatícios que:

a) Atendidos todos os requisitos legais e aqui delineados, bem como tomando-se por base os conceitos e orientações contidos na Instrução nº 01/2018, o contrato de êxito apenas pode ser firmado, após apreciação e aprovação pelo Controle Interno do Município, nos casos em que a prática do mercado implicar na necessidade de adoção de tal modalidade contratual, devendo constar do ajuste o valor estimado dos honorários e a reserva de dotações orçamentárias para o correlato adimplemento

Deve o Gestor, ainda, se atentar para o fato de que não se admite a adoção de cláusulas contratuais que tragam incerteza quanto ao valor a ser empenhado, liquidado e pago pela contratante. A fixação do percentual e/ou do valor fixo sobre os montantes efetivamente recuperados ou auferidos, exceção prevista na citada Instrução nº 01/2018, deste TCM/Ba, deve ser estipulada pelas partes de forma clara e objetiva, não deixando margens para interpretações dúbias quanto ao pagamento.

b) A razoabilidade de eventual porcentagem sobre o valor efetivamente auferido, como pagamento pelos serviços advocatícios prestados, deve ser feita casuisticamente, "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”, em conjunto com a necessária pesquisa de preços acima explicitada.

3) Não se permite a antecipação de valores pela Administração pelo ajuizamento de ação ou pela simples obtenção de tutela judicial provisória.

À luz do quanto disposto no art. 4º, §§ 1º e 2º, da Instrução sob estudo, o pagamento dos honorários está condicionado ou à homologação da compensação pela Receita Federal (na hipótese de recuperação de créditos tributários, ou previdenciários junto à Receita Federal do Brasil – RFB) ou ao efetivo ingresso dos recursos nos cofres públicos, por força de determinação judicial definitiva ou provisória.

Por fim, mas não menos importante, registra-se que as matérias que envolvem a nova Lei de Licitação reclamarão maiores estudos, de modo que nosso opinativo não pretende esgotar a matéria, muito pelo contrário.

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 deste parecer. À consideração superior.

É o parecer. À consideração superior.

Salvador, 09 de junho de 2021.

Cristina Borges dos Santos
Assessora Jurídica