

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE CANARANA

PROCESSO Nº 09221e21

PARECER Nº 00895-21

EMENTA: CONTRAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. INOVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

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. O inciso III, do art. 3º, da Instrução nº 01/2018, 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.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Ezenivaldo Alves Dourado, Prefeito do Município de Canarana, endereçada ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob nº 09221e21, questionando quanto à forma de contratação e pagamento de honorários advocatícios de escritório contratado para ingressar com ações judiciais com a finalidade de buscar créditos do Município junto a União em decorrência de repasses a menor do FUNDEF e do FUNDEB.

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.

Preliminarmente, diante da situação em análise, importante pontuar que, nos termos do quanto disposto no artigo 37, XXI da Constituição Federal, a regra no serviço público é que as contratações devem ser precedidas de procedimento licitatório, 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.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas em Lei. Sendo assim, o legislador infraconstitucional, ao editar a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), disciplinou o instituto jurídico da inexigibilidade de licitação, permitindo que a Administração Pública realizasse contratações diretas nas hipóteses excepcionais legalmente estabelecidas.

Nesse contexto, o artigo 25, inciso II, da aludida Lei de Licitações assim prevê:

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;" (grifos nossos)

Em análise do dispositivo em destaque, previsto pela Lei Federal nº 8666/93, depreende-se que a realização e legitimação da contratação direta fundamentada em inexigibilidade de licitação, está condicionada a configuração, no caso concreto, da existência de inviabilidade de competição, sendo exigido ainda o preenchimento cumulativo de 3 (três) requisitos, quais sejam: a. enquadramento do serviço contratado no rol de serviços técnicos especializados elencados no artigo 13 da Lei de Licitações; b. singularidade do objeto; c. notória especialização do sujeito contratado.

Todavia, cumpre destacar que, recentemente, **houve algumas inovações na legislação pátria**, especialmente, no que diz respeito aos requisitos necessários para a aludida contratação por inexigibilidade dos serviços técnicos profissionais especializados, trazidas, mais especificamente, pela **Lei nº 14.039/2020**, bem como pela **Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133**, publicada em 1º de abril de 2021, sobre as quais passaremos a tratar.

A mencionada Lei nº 14.039/2020 alterou a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, a Lei dos Contadores, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade, prevendo da forma que segue:

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.”

Art. 2º O art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

“Art. 25.
.....

.....
§1º Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade 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.” (Grifo nosso)

Percebe-se, assim, que a referida norma, acima transcrita, inovou no ordenamento jurídico, dispondo, expressamente, que os serviços prestados pelos advogados e por profissionais de contabilidade **são, por sua natureza, técnicos e singulares**, quando comprovada sua notória especialização.

Corroborando com o entendimento aqui defendido, os doutrinadores Gustavo Justino de Oliveira e Pedro da Cunha Ferraz, analisando a aludida lei, lecionaram o seguinte:

“(…) a novidade normativa encontra-se na previsão de uma *presunção legal*, segundo a qual são de natureza singular os serviços advocatícios e de contabilidade que demandem a contratação de profissionais com *notória especialização*. A notória especialização pode ser aferida por diversos elementos que demonstrem a singularidade do prestador de serviço, permitindo visualizar o caráter incomum e diferenciado do sujeito contratado. (...) **Assim, mantida essa diretriz normativa e hermenêutica como necessária para a contratação por inexigibilidade, inegável que o diferencial da nova lei é introduzir no ordenamento jurídico brasileiro, explícita e acertadamente, a seguinte presunção legal: o serviço jurídico é dotado de singularidade relevante quando se mostrar adequada a contratação de advogado ou de escritório de advocacia com notória especialização.**” (Oliveira, Gustavo Justino de e Ferraz, Pedro da Cunha. Nova presunção legal referente aos serviços de advocacia na Lei 14.039/20, JOTA, 03.09.2020. Disponível na internet: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nova-presuncao-legal-referente-aos-servicos-de-advocacia-na-lei-14-039-20-03092020>. Acesso em 23.09.2020)

Verifica-se que a Lei nº 14.039/20 estabeleceu uma presunção legal de que os serviços advocatícios e de contadores, quando comprovadas a notória especialização, são técnicos e de natureza singular.

Depreende-se, da interpretação estritamente literal do dispositivo em destaque, que os serviços prestados por advogados ou contadores, 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 ou de contador automaticamente à hipótese de inexigibilidade de licitação. Na casuística, 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. (...)”.

Faz-se pertinente salientar que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, também ao apreciar uma contratação de advogados, realizada à luz da inovação introduzida pela Lei nº 14039/20, decidiu pela irregularidade do ajuste tendo em vista se tratar de serviços habituais, que deveriam ser prestados por servidores aprovados em concurso público:

“Constatou-se, ainda, celebração irregular de Contrato de Prestação de Serviços Advocatícios sem concurso público, por meio de inexigibilidade de licitação, em situação que não se amolda ao permissivo legal. No ponto, assentou-se que o art. 3º-A da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), incluído recentemente pela Lei nº 14.039/2020 não alcança o **entendimento firmado na Súmula nº 28 –TCE, uma vez que subsiste a exigência de que os serviços habituais sejam prestados por servidores aprovados em concurso público, sendo que apenas os serviços advocatícios excepcionais poderão ser prestados por quem não integra o quadro de pessoal do ente público, hipótese na qual poderá haver contratação por inexigibilidade de licitação.**” (Processo nº 014900/1999 –TC, Rel. Conselheiro Antônio Gilberto de Oliveira Jales. Acórdão nº. 269/2020-TC, em 27/10/2020)

Por outro lado, em 1º de abril de 2021, foi publicada a Lei nº 14.133, a Nova Lei de Licitações e Contratos, trazendo alterações significativas para o direito administrativo.

Antes de tudo, registre-se que em seu art.191, restou disposto que **durante dois anos da publicação da mesma**, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a Nova Lei ou de acordo com a Lei nº 8.666/93, assim prevendo:

“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.

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.**” (Grifo nosso)

Desta forma, compreende-se da leitura de tais dispositivos, que, até o decurso do prazo de dois anos da data da publicação da Lei nº 14.133/21, qual seja 1º de abril de 2021, o Poder Público possui três opções: a) aplicar o regime novo; b) utilizar o regime antigo, previsto pelas Leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002 ou c) alternar os regimes, ora aplicando o regime antigo e ora aplicando o novo regime.

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.

Desta forma, percebe-se que a Lei nº 8.666/93 ainda está em vigor, podendo ser aplicada pelos municípios em suas licitações e contratos até o decurso do prazo de dois anos da data da publicação da Lei 14.133/21.

Quanto às contratações, por inexigibilidade, de serviços técnicos profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual, a Nova Lei de Licitações e Contratos

inovou no conteúdo referente aos requisitos previstos pelo art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93. Senão vejamos:

A Nova Lei prevê em seu art.74:

Artigo 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:
(...)

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

(...)

§ 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, 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 de advocacia.

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 que 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 técnicos especializados 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.

Na hipótese de o Município contar com quadro próprio de advogados, os serviços correspondentes a tais servidores deverão, em regra, ser prestados pelo corpo permanente do Município.

Abordando mais especificamente sobre os serviços advocatícios, o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho, posicionando-se sobre a contratação de tais profissionais pela Administração Pública, assim defendeu:

“Existem algumas atividades advocatícias cujo exercício pressupõe a integração do sujeito na estrutura estatal. São casos em que a lei reserva o desempenho da função para um sujeito titular de cargo público. Em tais hipóteses, a terceirização dos serviços advocatícios não é admissível.” (FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2009.) (Grifo nosso)

Com efeito, para que o Município terceirize um determinado serviço advocatício, mesmo contando com quadro permanente de tais profissionais, aponta-se ser imprescindível que a Administração Pública apresente os motivos pelos quais aqueles específicos serviços não poderão ser prestados pelo quadro de pessoal efetivo, demonstrando, especialmente, o interesse público que será alcançado mediante a contratação.

Por exemplo, se o quadro próprio do Município estiver reduzido, sendo insuficiente para atender as demandas municipais, caberá à municipalidade demonstrar tal situação fática

que autorize uma possível terceirização dos serviços, sempre apresentando o interesse público de tal ato discricionário.

Desta sorte, 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 advocatício mediante licitação ou, diretamente, via inexigibilidade.

Neste ponto, é crucial pontuar, que compete à Administração, em especial àqueles Municípios que já tem em seu quadro de pessoal Procuradores e contadores, 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 – dispondo 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. (...)”.

Frise-se que a exposição de motivos faz-se imprescindível, por atribuir transparência aos motivos que impossibilitam o quadro próprio da Administração de prestar específico serviço, objeto da futura contratação direta. Com isso, permite-se uma fiscalização mais efetiva tanto pelos órgãos de controle, como pela própria sociedade.

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.

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 da própria Procuradoria do Município, quando houver, 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 ensejaram 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.

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)

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.

Percebe-se que a Nova Lei impõe a instrução do processo de inexigibilidade pelos aludidos documentos, quais sejam: 1) documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; 2) estimativa de despesa; 3) parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso; 4) demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; 5) razão da escolha do contratado; 6) justificativa de preço; 6) autorização da autoridade competente e 7) comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária.

Registre-se que a estimativa de preço deverá ser realizada de acordo com a previsão do artigo 23, o qual dispõe:

“Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos

de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.”

Assim, 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 da contratação direta do notório especialista, a justificativa do preço deve pautar-se na demonstração dos valores pactuados em contratações anteriores deste 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.

Em seu art. 73, a Nova Lei de Licitações prevê, também, que “na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.”

Deverão, assim, os Gestores, ao realizarem contratações, por inexigibilidade, com base na Nova Lei de Licitações, demonstrar o atendimento a todas regras determinadas para realização de tal espécie de contratação, sob pena de responder, solidariamente com o contratado, por dano ao erário, caso comprovado dolo, fraude ou erro grosseiro, conforme previsão do mencionado art.73.

Verifica-se que, embora a Nova Lei não tenha previsto o pressuposto da singularidade do objeto, para realização de contratação, por inexigibilidade, não deu margem para se contratar, diretamente, sem se salvaguardar os princípios da moralidade, razoabilidade, economicidade, eficiência e impessoalidade.

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.

Quanto ao último questionamento, cumpre assinalar que, em 17.05.2018, 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.

(...)” (grifo aditado).

Dai se infere que, em regra, 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.

Assim, 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 aditados).

Neste ponto, julga-se de suma importância chamar a atenção do Gestor 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.

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 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 no parágrafo anterior. É o que se depreende da leitura do art. 4º, §§ 1º e 2º, da Instrução nº 01/2018, abaixo extratados:

“art. 4º (...)

§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, 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 pesquisa de preços, disposta no art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, não cabendo a essa Assessoria Jurídica, em sede de Consulta, oportunidade em que a temática é analisada em tese, opinar sobre determinado percentual específico.

Feitos tais esclarecimentos, podemos registrar as seguintes conclusões:

a) Identificada a demanda da Administração, no caso, serviços de recuperação de créditos junto à União em virtude repasses a menor do Fundef, 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 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 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.

h) O inciso III, do art. 3º, da Instrução nº 01/2018, 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.

i) Julga-se de suma importância chamar a atenção do Gestor 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.

Registra-se, ainda, 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, salvo melhor juízo.

Em, 21 de junho de 2021.

Ana Marta Meira Machado Duran
Assessora Jurídica