



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0102172-15.2023.8.19.0000

IMPETRANTE: NÚCLEO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISA, ESTUDOS E CONSULTORIA - NUPEC

IMPETRADO: EXMA. SRA. CONSELHEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, RELATORA DO PROCESSO TCE-RJ Nº 246.440-2/2023

RELATOR: DESEMBARGADOR WERSON RÊGO

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO DE CASEMIRO DE ABREU. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PARA REPRESENTAÇÃO EM DEMANDAS JUDICIAIS RELACIONADAS AO REPASSE DE ROYALTIES DE PETRÓLEO E/OU GÁS NATURAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. APURAÇÃO DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO. INSTAURAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO, NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO, VISANDO À DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. DECISÃO MONOCRÁTICA, EM SEDE DE CAUTELAR, QUE DETERMINA A SUSPENSÃO DE QUALQUER PAGAMENTO, A TÍTULO DE HONORÁRIOS “AD EXITUM”, COMO CONTRAPARTIDA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO IMPETRANTE.

1) O Mandado de Segurança é instrumento constitucional com o escopo de preservar garantias e direitos fundamentais dos administrados. A via mandamental está condicionada à verificação da existência do direito líquido e certo e da comprovação, de plano, da ilegalidade ou abuso de poder praticado pela autoridade indicada como coatora. Artigo 1º da Lei nº 12.016/2009.

2) **Poder geral de cautela dos Tribunais de Contas** – A concessão de medida cautelar, com ou sem oitiva das partes, porque relacionada com a competência constitucional implícita - *inherent powers* - dos Tribunais de Contas para o cumprimento das atribuições definidas no art. 71, da Constituição da República, por si só, não configura qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

3) **Tribunais de Contas. Ausência de competência para sustar contratos administrativos** – art. 71, §1º, CR/88; art. 123, §1º, CERJ - O Supremo Tribunal Federal, de há muito, já superou a discussão em torno da



suspensão de contratos por Tribunais de Contas, fixando entendimento no sentido de que **os Tribunais de Contas não podem sustar os contratos, tendo em vista ser esta uma competência exclusiva do Poder Legislativo**. Todavia, esses mesmos julgamentos **ressalvam a possibilidade das Cortes de Contas determinarem às autoridades administrativas a adoção das providências pertinentes para a anulação dos ajustes**.

4) Contratação de serviços técnicos especializados firmada com inexigibilidade de licitação. Legalidade - a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente na ADC nº 45 / STF – notória especialização profissional, natureza singular do serviço e necessidade de procedimento administrativo formal -, deve observar: (i) a inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Precedentes.

5) Contratação de honorários advocatícios *ad exitum*. Possibilidade –
5.1 - Contratado que assume obrigação de resultado. Inexistência de remuneração antecipada ou de qualquer interferência sobre a previsão orçamentária. Obrigação do contratado de realizar todas as atividades, prestar todos os serviços e arcar com todas as despesas necessárias.
5.2 - Inexistência de qualquer risco de prejuízo ao erário municipal. Ausência de desembolso a título de remuneração por essas atividades. Riscos integralmente assumidos pela contratada (remuneração *ad exitum* ou de risco absoluto), de modo que, na hipótese de insucesso dos serviços contratados, nenhum prejuízo será transferido para os cofres públicos.

6) Notória especialização - pressuposto comprovado não apenas pelos atestados de capacitação técnica anexados aos autos, senão, também, por extensa lista de entes públicos que realizaram com a Impetrante a mesma espécie de contratação (**documentos de fls. 295/416**).

7) Procedimento administrativo formal - A documentação anexada aos autos comprova a satisfação deste pressuposto, conforme se verifica de fls. 199 e seguintes (Procedimento n. 5503/2021). Encontram-se presentes, entre outros documentos, o Estudo Técnico Preliminar (ETP) 01/2021 (fls. 200/204); a Análise de Risco (fls. 205); o Termo de Referência (TR) (fls. 206/210); Relatório de Receita de Royalties de 2015 a 2020 – período anterior ao da contratação (fls. 214/215); Parecer da Procuradoria Geral do Município (fls. 217/224); Termo de

Homologação e Adjudicação (fls. 746); Inexigibilidade de Licitação (fls. 747); Minuta do Contrato Administrativo (fls. 749); Autorização para Execução dos Serviços (fls. 757); Designação de Fiscal do Contrato (fls. 758); Publicação do Extrato do Contrato (fls. 759).

8) Pareceres da Procuradoria de Justiça - A douta Procuradoria de Justiça, após opinar pelo **provimento do agravo interno** – interposto contra a r. decisão deste Relator que indeferiu a liminar requerida (**fls. 208/235**) -, sobre o mérito da impetração, opinou no sentido da **concessão da ordem** (cf. fls. 239/266)

9) Tema 309. Repercussão Geral (STF) - o C. Supremo Tribunal Federal, nos RE 610.523/SP e RE 656.558/SP, decidirá, sob o regime da repercussão geral (Tema 309), entre outros assuntos, se “*é constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, os quais devem ter natureza singular e serem prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, em especial no que tange à execução de serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, a despeito do que prevê o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal*”. **9.1** - O Min. Dias Toffoli, relator dos REs, já proferiu seu voto, afirmando que “*no caso especial da advocacia, dada a série de empecilhos impostos pela essência da profissão, norteadas pela ética profissional, torna-se latente a dificuldade de se proceder ao procedimento licitatório para a contratação desses serviços*”. Propõe a seguinte tese, em relação ao ponto: “*b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/93, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores*”. **9.2** – Existência de maioria em torno da tese. Acompanharam o Ministro Relator os eminentes Ministros Flavio Dino, Alexandre de Moraes, Cristiano Zanin, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.



10) Peculiaridades do caso concreto. Ausência dos pressupostos da medida cautelar. Cassação da r. decisão monocrática vergastada - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se consolidando no sentido da possibilidade de adoção de medidas cautelares de suspensão de pagamento de contrato administrativo pela Corte de Contas, em hipóteses excepcionais, de ilegalidade manifesta e de comprovado prejuízo ao erário. **10.1** - A farta prova documental que instrui o presente writ sugere, à primeira vista, a aparente regularidade formal do contrato, legitimada por meio do Processo Administrativo nº 5.503/2021. **10.2** - Aparente satisfação de todos os pressupostos definidos na ADC nº 45 e a obtenção de efetivo proveito econômico para o Contratante. **10.3** - Inexistência de dúvidas quanto à efetiva prestação dos serviços contratados, bem assim dos resultados positivos para o erário municipal. Contratante que se beneficiou da atuação da Impetrante, sem qualquer desembolso. **10.4** - A remuneração por êxito, no percentual acordado, está em harmonia com doutrina e jurisprudência sobre o assunto, sendo a sua percepção, à falta de prova em sentido contrário, direito líquido e certo do Impetrante. **10.5** - A r. decisão monocrática da Corte de Contas, ainda que aluda a indícios de irregularidades do contrato administrativo, não aponta de que modo teriam as mesmas ocorrido e, menos ainda, não observou o elemento essencial para a concessão da tutela provisória, qual seja, a comprovação do prejuízo ao erário e a grave lesão ao interesse público municipais. **10.6** - Não se vislumbra, do acervo probatório produzido neste *mandamus*, qualquer ofensa à legislação em vigor, ou evidências de grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia públicas. **Descaracterizada, portanto, qualquer situação excepcional que justifique o deferimento da cautelar pela Corte de Contas.** Nenhum risco de prejuízo correm as contas municipais, já que a remuneração devida ao Impetrante decorre do efetivo benefício auferido pelo Contratante, após o ingresso dos recursos pertinentes em seu caixa. **10.7** - Incabível, em cognição sumária e incompleta, afastar a presunção de legalidade e de legitimidade do ato administrativo, intervindo-se no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e impactando-se um negócio jurídico perfeito, sem detida análise das consequências advindas da suspensão dos pagamentos acordados. **10.8** - A cautelar deferida, em fase preliminar, sem instauração de contraditório mínimo, rompe o sinalagma contratual e pode, ao revés, acarretar risco de prejuízo para ambas as partes contratantes. Abuso configurado.



11) A análise da legalidade do contrato em berlinda deve prosseguir na representação que tramita perante a Corte de Contas, observando-se os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. **11.1** - Por prudência, deve-se manter a higidez da relação contratual e de seus efeitos, restabelecendo-se o repasse dos honorários advocatícios pactuados, preservando-se a discricionariedade administrativa do Poder Público, garantindo-se a estabilidade e a segurança jurídica do contrato, bem assim a simetria da contrapartida remuneratória pelos serviços advocatícios efetivamente prestados pelo Impetrante.

12) **CONCESSÃO DA ORDEM. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.**

Visto, relatado e discutido este Mandado de Segurança nº 0102172-15.2023.8.19.0000, em que figuram como Impetrante **NÚCLEO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISA, ESTUDOS E CONSULTORIA - NUPEC** e Impetrada **EXMA. SRA. CONSELHEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, RELATORA DO PROCESSO TCE-RJ Nº 246.440-2/2023,**

A C O R D A M os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade de votos**, em **conceder** a segurança e declarar prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 07 de outubro de 2024.

WERSON RÊGO
DESEMBARGADOR RELATOR



RELATÓRIO

Mandado de segurança impetrado por **NÚCLEO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISA, ESTUDOS E CONSULTORIA - NUPEC** contra ato tido por ilegal e violador de direito líquido e certo do Impetrante, imputado à **EXMA. SRA. CONSELHEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ANDREA SIQUEIRA MARTINS**, que, nos autos do processo TCE-RJ Nº 246.440-2/2023, por meio de decisão monocrática, sem a prévia oitiva das partes, deferiu a medida cautelar pleiteada, determinando que a Prefeitura de Casimiro de Abreu se abstenha de efetuar qualquer pagamento ao Impetrante, a título de honorário *ad exitum*, como contrapartida pelos serviços prestados no bojo do Contrato nº 019/2021, até que sobrevenha o julgamento de mérito daquela representação.

Alega o Impetrante, em apertada síntese, que a r. decisão vergastada fora prolatada sem a observância do contraditório e da ampla defesa. Sustenta a flagrante violação à competência constitucionalmente atribuída à Corte de Contas e a invasão daquela prevista no art. 123, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que confere ao Poder Legislativo a competência para a suspensão dos efeitos de contratos administrativos. Aduz que o r. pronunciamento monocrático do TCE lhe provoca efeitos adversos, sobretudo pelo fato de criar embaraços ao pagamento de serviço efetivamente prestado ao Município de Casimiro de Abreu, asseverando já ter obtido êxito nos processos que conduz visando à obtenção de royalties para o município.

Afirma que a autoridade coatora fundamentou o ato impugnado no fato de que a equipe técnica responsável pelo processo de Auditoria de Conformidade (Processo TCE/RJ nº 235.517-0/2022), do qual decorreu a ação movida em face do Município de Casimiro de Abreu, teria identificado “possíveis irregularidades” em contratações relativas à consultoria, à promoção e ao acompanhamento de medidas administrativas e judiciais sobre direitos creditórios de participações governamentais.



Salienta ter a autoridade coatora desconsiderado, por completo, o fato de que o referido processo não tivera seu julgamento concluído pelo colegiado do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em razão de pedido de vista, sendo certo que o voto nele proferido fora no sentido de **comunicação, determinação, recomendação, expedição de ofício e arquivamento**.

Sustenta ser do órgão político a competência para a avaliação dos benefícios que poderão advir da sustação contratual, até porque a interrupção do pagamento importará na interrupção dos serviços prestados, realçando o fato de já terem sido ajuizadas algumas demandas em favor do Município de Casemiro de Abreu.

Pugna pela aplicação dos arts. 20 e 21, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao caso concreto, bem assim pela a legalidade do contrato administrativo suspenso pelo ato impugnado. Observa que a jurisprudência dos tribunais de contas estaduais vem caminhando não só para reconhecer a legalidade da contratação objurgada, senão, também, para admitir e reconhecer a remuneração *ad exitum* como a melhor forma de proteção ao erário, exigindo-se como requisito o efetivo ingresso da receita, como previsto no contrato suspenso, afastando-se o risco de eventual dano ao erário.

Requer, pois, a concessão da liminar e, no mérito, a concessão da segurança, a fim de cassar o ato impugnado, para que seja determinada a retomada dos repasses do Município de Casimiro de Abreu a título de honorários, preservando-se a discricionariedade administrativa do Poder Público e a segurança jurídica para execução do contrato nº 019/2021.

Decisão de fls. 101/104, **indeferindo a liminar** pretendida.

Manifestação da Impetrada, em relação ao mérito, a fls. 108/123, pela **denegação da segurança**.



Agravo Interno interposto pelo Impetrante em face da r. decisão que indeferiu a liminar, a fls. 128/178.

Contrarrazões ao agravo interno, a fls. 190/203, prestigiando o *decisum* agravado.

Manifestação da d. Procuradoria de Justiça, acerca do agravo interno, a fls. 186/189, opinando pelo **PROVIMENTO** do recurso, e, a fls. 239/266, quanto ao mérito, pela **CONCESSÃO DA ORDEM**.

Convertido o julgamento em dilação, a fls. 279, a fim de se intimar a d. Procuradoria do Estado para, querendo, se manifestar.

Manifestação da d. Procuradoria do Estado, a fls. 283/284, deixando de oficiar no feito.

Decisão de fls. 297/301, que reconsiderou a decisão de fls. 101/104, para deferir a liminar requerida, no sentido de se determinar o sobrestamento/suspensão da decisão monocrática prolatada no bojo da Representação TCE-RJ nº 246.440-2/2023, restabelecendo a integridade dos efeitos do contrato nº 019/2021, celebrado entre o Impetrante e o Município de Casemiro de Abreu, até o julgamento definitivo do presente mandado de segurança.

É o breve relatório do essencial.

VOTO

1. DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Dispõe o art. 1º, da Lei nº 12.016/09, que

“conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.



O Mandado de Segurança é, pois, instrumento constitucional com o escopo de **preservar garantias e direitos fundamentais** dos administrados, condicionado à verificação da **existência do direito líquido e certo** e da **comprovação, de plano, da ilegalidade ou abuso de poder** praticado pela autoridade indicada como coatora.

Nada obstante comporte o pronunciamento vergastado a interposição de recurso próprio, tem-se que o mesmo é desprovido de efeito suspensivo; por esta razão, afastam-se as hipóteses legais de não cabimento do mandado de segurança (art. 5º, Lei n. 12.1016/2009).

Impõe-se, portanto, o prosseguimento do voto, com o exame da satisfação dos pressupostos legais para a concessão da ordem.

2. DA VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Em relação ao conceito de **direito líquido e certo**, leciona Hely Lopes Meirelles:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.”¹

No caso concreto, a Impetrante objetiva a cassação da r. decisão monocrática da EXMA. SRA. CONSELHEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ANDREA SIQUEIRA MARTINS, proferida nos autos do processo TCE-RJ Nº 246.440-2/2023, que, em sede de cautelar, determinou que o Município de Casimiro de Abreu que se abstenha de efetuar qualquer pagamento à Impetrante, como contrapartida dos serviços prestados no bojo do Contrato nº 019/2021, até o julgamento de mérito daquela representação (**fls. 42/69, Anexos**).

¹ Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, Malheiros Editores: 2002, 24ª ed., p. 35/36



Inicialmente, convém contextualizar a discussão jurídica em berlinda. Vejamos.

O Município de Casimiro de Abreu e a Associação Núcleo Universitário de Pesquisa, Estudos e Consultoria – NUPEC, ora Impetrante, firmaram o Contrato Administrativo nº 019/2021, por inexigibilidade de licitação, cujo objeto é *“a prestação de serviços técnicos especializados de assessoramento tributário, visando ao patrocínio de demandas judiciais relacionadas ao repasse de royalties de petróleo e/ou gás natural administrados pela União e/ou Agência Nacional de Petróleo - ANP”* (fls. 70/81, Anexos).

No mencionado contrato administrativo, fora estabelecido que a remuneração contratual se daria por meio de honorários *ad exitum*, de modo que só há dispêndio para o Município em caso de **êxito nas medidas patrocinadas pelo Impetrante e somente após o efetivo ingresso da receita aos cofres públicos** (Cláusula Sexta, 1º Aditivo, fls. 78). No item 6.6 consta, expressamente, que *“caso não ocorra êxito na ação judicial ou administrativa, nenhuma verba honorária será devida ao contratado”* (fls. 78, Anexos).

E assim, no efetivo desempenho do contrato administrativo, fora ajuizada ação objetivando o reconhecimento da existência de instalações de embarque e desembarque (IED) em campos marítimos para fins de pagamento de royalties de petróleo – ação ordinária nº 1043601-24.2021.4.01.3400, que teve curso perante a 13ª Vara Federal Cível, da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 8).

Após sentença de improcedência, em sede de recurso de apelação, foi deferido efeito suspensivo para determinar a inclusão do *“Município de Casimiro de Abreu/RJ no rol de beneficiários dos royalties na condição de detentor de instalações marítimas e/ou terrestres de embarque e desembarque de petróleo e gás natural”* (fls. 88/89, Anexos).

Com o efetivo pagamento dos créditos de royalties devidos pela ANP ao Município de Casimiro de Abreu, em razão da decisão proferida, o Impetrante estaria autorizado a dar início à cobrança das parcelas dos honorários contratados.

No âmbito da **Auditoria – TCE-RJ nº 235.517-0/2022**, apurou-se que 18 Municípios, dentre eles o de Casimiro de Abreu, firmaram e possuem em andamento contratações relativas à consultoria, promoção e acompanhamento de medidas administrativas e judiciais sobre direitos creditório de participações governamentais, em detrimento da atuação das respectivas Procuradorias municipais. A CAD-RECEITA, órgão técnico do TCE-RJ, procedeu, assim, à avaliação do processo administrativo que deu origem ao **Contrato 19/2021 (PA 5503/2021)**, concluindo pela existência de diversas irregularidades.

Diante do que apurado no referido procedimento, a Secretaria Geral de Controle Externo da Corte de Contas instaurou a **Representação TCE-RJ nº 246.440-2/2023**, com o objetivo de **declaração de nulidade do Contrato nº 019/2021**, formulando **pedido cautelar de suspensão dos pagamentos à Impetrante**, a título de honorários *ad exitum*, pedido esse deferido pela r. decisão atacada neste *writ* (fls. 42/69, Anexos).

Contextualizada a discussão jurídica objeto deste *writ*, passo ao exame do mérito.

3. A R. DECISÃO MONOCRÁTICA IMPUGNADA

A Exma. Sra. Conselheira Relatora da **Representação TCE-RJ nº 246.440-2/2023**, vislumbrando a presença dos pressupostos legais, deferiu a medida cautelar requerida, liminarmente, e determinou a suspensão dos pagamentos dos honorários contratados *ad exitum*, junto ao Município de Casimiro de Abreu, em razão de indícios de irregularidades relacionadas ao **Contrato 19/2021**, a fim de evitar possível consolidação de grave lesão irreparável ao erário municipal. Confira-se:

“No que tange à celebração do Contrato nº 019/2021, portanto, foram constatados, na presente Representação, indícios das seguintes irregularidades:

(i) Terceirização indevida da gestão e da representação jurídica sobre as receitas de royalties;

(ii) Contratação direta, fundamentada no art. 74, inciso III, alínea ‘e’, da Lei Federal nº 14.133/2021, sem comprovação de que o objeto envolve serviços técnicos especializados e da existência de notória especialização da contratada;



- (iii) Inconsistência na delimitação do escopo contratual, cujo objeto prevê a prestação de serviços de assessoramento tributário, o qual não se confunde com o patrocínio de demandas relacionadas ao repasse de participações governamentais (royalties e participações especiais);
- (iv) Outorga de poderes, pelo Município, a diversas pessoas físicas, a despeito de a contratação ter sido embasada exatamente em supostas qualificações próprias e exclusivas da NUPEC;
- (v) Inabilitação da contratada para a prestação de serviços advocatícios;
- (vi) Ausência de pesquisa de preços apta a demonstrar a vantajosidade/economicidade da contratação, bem como de orçamento estimado;
- (vii) Fixação de honorários “ad exitum” e antes do trânsito em julgado da demanda judicial e/ou preclusão de demanda administrativa;
- (viii) Inexistência de previsão contratual sobre a devolução dos valores pagos adiantadamente e de pactuação de garantias para situação de insucesso na demanda judicial;
- (ix) Defesa de interesses contrários em causas simultâneas ou consecutivas pelo escritório de advocacia, em dissonância com os arts. 20 a 22 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual pode configurar o crime de tergiversação previsto no parágrafo único do art. 355 do Código Penal;
- (x) Potencial violação à Lei Federal nº. 12.858/2013; e
- (xi) Recebimento de proposta prévia da contratada, antes mesmo da instauração de processo administrativo de contratação, violando, potencialmente, os princípios da impessoalidade e da moralidade.

Desse modo, em face de todas essas impropriedades, **reputo configurado o fumus boni iuris.**

O **periculum in mora**, por sua vez, está evidenciado na iminente possibilidade de que a pretensão do Município, refutada em 1º grau de jurisdição, não venha a ser acolhida pelas instâncias judiciais superiores, assim como na questionável capacidade da contratada restituir os valores percebidos indevidamente – montante que se avoluma mês após mês. Ademais, não vislumbro periculum in mora reverso, nos termos do § 3º, do art. 300 do CPC.

É de se destacar que a medida ora determinada não se confunde com a sustação prevista no art. 123, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, mas se insere no poder geral de cautela desta Corte, sendo admitida pela jurisprudência para impedir de forma eficaz a ocorrência de grave lesão ao erário.

Sendo assim, levando em conta a presença de evidências de risco de inefetividade de tutela final e a fim de evitar a possível consolidação de grave lesão irreparável ao erário, acolho a proposta formulada pelo Corpo Instrutivo e defiro a tutela provisória para a **suspensão de todo e qualquer pagamento à contratada com fundamento na cláusula “ad exitum” presente no Contrato nº. 019/2021, até o julgamento de mérito da presente representação.**” (grifos no original)



4. DA INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A concessão de medida cautelar, com ou sem oitiva das partes, porque relacionada com a competência constitucional implícita - *inherent powers* - dos Tribunais de Contas para o cumprimento das atribuições definidas no art. 71, da Constituição da República, por si só, não configura qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Neste sentido, farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por todos, confirmam-se: **MS 35038**, AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 5/3/2020; **MS 33092**, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado 24/03/2015; **MS 24510**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado 19/11/2003.

Penso seja incontroverso o reconhecimento pela Suprema Corte do poder geral de cautela deferido aos tribunais de contas, assim como também me parece incontroversa a delimitação constitucional desse poder às atribuições e competências dessas cortes, como se verá adiante.

5. DA AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO PARA SUSTAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – art. 71, §1º, CR/88; art. 123, §1º, CERJ

É certo que a Constituição da República ampliou as prerrogativas dos Tribunais de Contas. Entretanto, a legitimidade da atividade controladora dos recursos e bens públicos depende de sua fundamentação no texto constitucional. Ainda que se reconheça o poder geral de cautela deferido aos tribunais de contas, tal poder não é ilimitado ou absoluto, mas circunscrito às atribuições e competências das cortes de contas e dentre estas, a nosso sentir, com todas as vênias devidas às dought ponderações em sentido contrário, não se encontra a possibilidade de anular ou sustar contratos administrativos, sob pena de invasão à competência do Poder Legislativo.



Assim o entendo porque os tribunais de contas não são tribunais administrativos, dotados de poder de solução de conflitos, em última instância, no sentido francês. Não lhes é extensível tal equiparação à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Logo, em relação à competência – explícita ou implícita - dos Tribunais de Contas, deve-se considerá-la restrita ao que prevê o art. 71, da Constituição da República.

Destarte, em relação aos contratos administrativos, compete ao Poder Legislativo o ato de sustação. A atuação dos tribunais de contas, como regra geral, se restringe à prerrogativa de determinar à autoridade competente que promova eventual anulação do contrato. À luz do texto constitucional, os tribunais de contas não estão autorizados a interferir, direta ou indiretamente, na execução de contratos administrativos, a ponto de inviabilizar o negócio jurídico, o que significaria usurpação da competência do Poder Legislativo (**art. 71, §1º, da Constituição da República**). Nesse sentido, lecionam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

“O poder geral de cautela é atributo constitucional e legalmente conferido ao Judiciário, a ser empregado no exercício de suas competências jurisdicionais, por óbvio. **Esse poder não pode ser invocado para justificar a intervenção dos Tribunais de Contas na gestão pública, em matéria sobre a qual a própria Constituição e a lei não lhes outorgaram competência.** No sistema de controle externo das contas públicas, só foi admitida **intervenção na execução de contratos por intermédio de decisão do Congresso Nacional (art. 71, § 1º)**. Fora disso, a única intervenção externa admitida seria a do próprio Judiciário, no exercício, agora sim, de seu poder geral de cautela.

(...)

Para tanto, o exercício cautelar de suas prerrogativas não pode significar um poder de, *ab initio*, determinar a sustação do contrato. Isto porque, como visto, **a sustação contratual é providência extrema, reservada pela Constituição à exclusiva competência do Congresso Nacional.**

A sustação de um contrato significa determinar que ele deixe de produzir seus efeitos regulares. Isso pode ser feito de modo direto, por meio de uma ordem clara para não mais dar cumprimento ao pacto, ou indireto, determinando-se a alteração de dada



condição que, do ponto de vista prático, simplesmente inviabilize a consecução do que fora pactuado. Assim, a determinação da suspensão dos pagamentos relativos a um contrato, ou da redução unilateral do valor pactuado, embora não represente uma ordem direta para sustar a execução, na prática, representa o mesmo, pois, se cumprida, o contrato tal qual firmado deixará de ser executado. Assim, não se pode admitir a competência de o Tribunal de Contas determinar a suspensão liminar de pagamentos oriundos da execução do contrato, pois isso implicaria, indiretamente, a sustação do acordo, decisão reservada ao Congresso Nacional.

A previsão de prerrogativas cautelares foi feita legalmente e exclui, de modo evidente, a intromissão direta na execução contratual. A Lei no 8.443/1992 deu ao TCU competência de, cautelarmente, determinar o afastamento temporário do responsável, quando houver risco de que sua permanência na função retarde ou dificulte a realização de auditoria ou inspeção, ou possa causar novos danos ao erário (art. 44). A intromissão no curso de contrato em execução, como não poderia deixar de ser, ficou a cargo do Congresso Nacional (art. 45, § 2º)” (**Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-44, maio/ago. 2011. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/26988>, acessado em 10.08.2024) – grifos nossos.

No mesmo sentido, a lição de Mariana Montebello Willeman:

“A dificuldade surge quando a atuação cautelar envolve atividade administrativa vinculada à execução contratual, uma vez que, como visto anteriormente, não dispõem os Tribunais de Contas de competência para, primariamente, assim fazê-lo. **Diante do quadro normativo concernente à matéria, a conclusão que se impõe conduz à antijuridicidade de qualquer atuação cautelar que se faça incidir sobre a execução de contratos administrativos, ainda que de maneira reflexa, como, por exemplo, medidas interventivas que interrompam gastos periféricos ao contrato.** Esse destaque é relevante porque há precedentes determinando, a título cautelar, a suspensão de pagamentos e a revisão de valores pactuados a pretexto de que não se estaria tecnicamente sustando o contrato.

Ocorre que tais medidas, embora aparentemente não impliquem a suspensão contratual, claramente surtem os seus mesmos efeitos. Afinal, nas contratações públicas, o pagamento a ser efetuado pela administração é condição indispensável para



a continuidade da sua execução e integra a essência da relação sinalagmática. Por óbvio, se um contrato de obra ou de prestação de serviços continuados vem a ter seus pagamentos retidos, a consequência direta dessa decisão cautelar é, muito provavelmente, a sua paralisação. **À luz da divisão constitucional de competências, se os Tribunais de Contas não possuem atribuição para sustar, de imediato, contratos administrativos, não podem, com base em poder geral de cautela, determinar a retenção de pagamentos ou impor ônus extraordinários que alterem a equação econômico-financeira pactuada entre poder público e contratado, sob pena de exorbitar os limites de suas competências**".² – grifos nossos.

O Supremo Tribunal Federal, de há muito, já superou a discussão em torno da suspensão de contratos por Tribunais de Contas, fixando entendimento no sentido de que **os Tribunais de Contas não podem sustar os contratos, tendo em vista ser esta uma competência exclusiva do Poder Legislativo**. Todavia, esses mesmos julgamentos **ressalvam a possibilidade das Cortes de Contas determinarem às autoridades administrativas a adoção das providências pertinentes para a anulação dos ajustes**. Confirmam-se:

Direito Constitucional e Administrativo. Agravo interno em suspensão de segurança. Poder geral de cautela dos Tribunais de Contas. **Fixação de prazo para que a autoridade administrativa promova a suspensão de procedimento de inexigibilidade de licitação e de contrato administrativo**. 1. Agravo interno contra decisão que julgou procedente pedido de suspensão que tem por objeto acórdão que anulou resolução do Tribunal de Contas do Estado do Ceará que determinou, no prazo de vinte dias, a adoção, pelas autoridades administrativas do Município de Barreira/CE, de providências necessárias à suspensão da Inexigibilidade de Licitação nº 0308.01/2021 e dos atos delas decorrentes, referentes à contratação de serviços advocatícios para a recuperação de valores do FUNDEB e do FUNDEF. 2. Risco de grave lesão à ordem pública. A manutenção dos efeitos do acórdão impugnado tem potencial para causar grave lesão à ordem pública, porque retira do Tribunal de Contas do Estado do Ceará a prerrogativa de **exercitar seu poder de cautela em conformidade com a competência institucional que lhe foi atribuída pela Constituição Federal e pela Constituição estadual**, nos termos necessários à tutela do patrimônio público. 3. O "Tribunal de Contas da União – embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos – tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o

² WILLEMANN, Mariana Montebello; Pilatti, Adriano. *O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da acooutability democrática: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro, 2016, 360p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.



caso, da licitação de que se originou” (MS 23.550, Red. p/o acórdão o Min. Sepúlveda Pertence). Igual competência é atribuída ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará, na forma do art. 75 da Constituição. 4. Risco de grave lesão à economia pública. O procedimento de inexigibilidade da licitação data de 2021 (nº 0308.01/2021) e o contrato data de 2017 (nº 07.26.01/2017-01), de modo que é possível que esteja próximo o pagamento dos honorários advocatícios, no vultoso valor de R\$ 9.575.307,16, não obstante a existência de representação por irregularidades na contratação. 5. Agravo interno a que se nega provimento.

(SS 5658 AgR, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 04-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 03-04-2024 PUBLIC 04-04-2024)

I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.

(MS 23550, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 04-04-2001)



Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Termo de sub-rogação e rerratificação derivado de contrato de concessão anulado. Nulidade. Não configuração de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Segurança denegada. **1. De acordo com a jurisprudência do STF, "o Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou" (MS 23.550, redator do acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 31/10/01).** Assim, perfeitamente legal a atuação da Corte de Contas ao assinar prazo ao Ministério dos Transportes para garantir o exato cumprimento da lei. 2. Contrato de concessão anulado em

decorrência de vícios insanáveis praticados no procedimento licitatório. Atos que não podem ser convalidados pela Administração Federal. Não pode subsistir sub-rogação se o contrato do qual derivou é inexistente. 3. Não ocorrência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A teor do art. 250, V, do RITCU, participaram do processo tanto a entidade solicitante do exame de legalidade, neste caso a ANTT, órgão competente para tanto, como a empresa interessada, a impetrante (Ecovale S.A.). 4. Segurança denegada.

(MS 26000, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16-10-2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2012 PUBLIC 14-11-2012)

De igual modo, não poderia prosperar o argumento de que a medida adotada pelo Tribunal de Contas se faria necessária para prevenir dano ao erário, uma vez que haverá, sempre, a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para evitar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição) – princípio da inafastabilidade da jurisdição. Negligenciando o Poder Legislativo às suas funções ou deixando a Administração de adotar as providências determinadas por Tribunal de Contas, a medida cautelar de sustação dos efeitos de um contrato administrativo poderá ser obtida judicialmente.

Frise-se, por importante, que a regência constitucional, no que pertine à competência dos tribunais de contas, está direcionada ao setor público. O art. 71, §1º, no que respeita aos **prestadores particulares de serviços** – hipótese destes autos – é **explícito ao prever que, no caso dos contratos, eventual ato de sustação será adotado diretamente pelo Poder Legislativo.** Por uma questão lógica e de racionalidade jurídica, não se pode dotar os Tribunais de Contas



estaduais de competência superior àquela conferida pela Constituição da República ao Tribunal de Contas da União.

A esse respeito, pacífica a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, no sentido de que “embora não tenha poder para anular ou sustar contratos diretamente, esta Corte tem competência constitucional (art. 71, IX) para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação da licitação e, se for o caso, do contrato que dela se originou”. Nesse sentido: Acórdão 81/2022, Plenário, REPR 014.760/2021-5, Rel. Min. Bruno Dantas, Sessão dia 19.01.2022; Acórdão 2678/2021, Plenário, REPR 014.760/2021-5, Rel. Min. Bruno Dantas, Sessão dia 10.11.2021; Acórdão 2343/2009, Plenário, REPR 014.986/2008-1, Rel. Min. Valmir Campelo, Sessão dia 07.10.2009; Acórdão 2105/2008, Plenário, REPR 020.787/2007-5, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Sessão dia 24.09.2008. Seguindo a mesma orientação, os Acórdãos do Plenário nºs 2.105/2008 e 2.343/2009.

Especificamente em relação aos contratos administrativos, o art. 123, §1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de **observância imperativa pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, prevê (grifos nossos):

Art. 123 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pela Assembleia Legislativa, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

6. DA LEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS FIRMADA COM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Não nos alongaremos sobre este ponto específico da impetração, visto que a matéria ainda se encontra pendente de julgamento no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Algumas breves considerações são necessárias, todavia, na medida em que se analisa, nesta impetração, a existência de violação ou ameaça a direito líquido e certo do Impetrante.



A Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos) positivou o princípio da preservação dos contratos, pelo que o respectivo desfazimento adquire caráter de excepcionalidade. Nesse particular, merece destaque o art. 147, *in verbis*:

“Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, **a decisão sobre a suspensão da execução** ou sobre a declaração de nulidade **do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:**

I - **impactos econômicos e financeiros** decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - **despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;**

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - **custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;**

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.” (grifos nossos)

Pois bem. A r. decisão da Corte de Contas do Estado do Rio de Janeiro alega a existência de irregularidades na contratação do Impetrante, pelo Município de Casemiro de Abreu, sem a deflagração de processo licitatório.

A regra geral estabelece que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação, seja para garantir tratamento isonômico a todos os possíveis interessados em contratar com a Administração Pública, seja para a seleção da proposta de maior vantagem. Tal competição, entretanto, será inexigível ou dispensável, em casos especificados na legislação.

No caso concreto, o contrato administrativo fora firmado entre o Município de Casimiro de Abreu e o ora Impetrante, por **inexigibilidade de licitação**, na forma do **artigo 74, III, “e”**, da **Lei Federal nº 14.133/2021**, c/c artigo 3º, da Lei nº 8.906/1994, tendo por objeto a *“prestação de serviços técnicos especializados de assessoramento tributário, visando ao patrocínio de demandas judiciais relacionadas ao repasse de royalties de Petróleo e/ou gás natural administrados pela União e/ou Agência Nacional de Petróleo – ANP.”* Assim dispõe a legislação de regência:

“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;” (grifos nossos)

No mesmo sentido, orientavam-se os arts. 13, V e 25, II, da Lei n. 8.666/93.

Na Ação Direta de Constitucionalidade nº 45, em que se discutia a constitucionalidade dos prefalados arts. 13, V, e 25, II, da Lei n. 8.666/93, sob a Relatoria do Min. Luiz Roberto Barroso, decidiu-se por sua parcial procedência (sessão virtual de 16/10/20 a 23/10/20), conferindo-se interpretação conforme à Constituição Federal aos mencionados dispositivos legais, dispondo-se que, **a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente – notória especialização profissional, natureza singular do serviço e necessidade de procedimento administrativo formal -, deve observar: (i) a inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.**

Logo, a declaração de inexigibilidade de licitação está condicionada à presença de **cinco requisitos cumulativos**, quais sejam: (i) **notória especialização profissional**; (ii) **serviço singular**; (iii) **procedimento formal**; (iv) **inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público**; (v) **preço compatível com os de mercado.**



Neste particular, os serviços elencados no supramencionado inciso III possuem características eminentemente subjetivas, distinguindo-se os eventuais interessados em contratar com a Administração por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Há que se reconhecer, pois, certa discricionariedade ao gestor, que elegerá o especialista que reputar o mais adequado à satisfação do objeto da contratação. Apesar disso, tal discricionariedade não é absoluta ou ilimitada, estando a depender de certos requisitos objetivos, dentre os quais, por exemplo, a experiência e a reputação do especialista e o grau de sucesso obtido em outros contratos semelhantes.

O Tribunal de Contas Estadual, seguindo tais parâmetros, já se manifestou no sentido da admissibilidade, em caráter excepcional, de contratação direta (inexigibilidade de licitação) de serviços de promoção e acompanhamento de medidas administrativas e judiciais visando ao enquadramento e à recuperação de royalties e participações especiais devidas pela ANP –, relacionando uma série de condicionantes a serem observadas em cada caso concreto, a saber (Processo TCE-RJ nº 226.863-1/18):

- “i. necessidade de procedimento administrativo formal;*
- ii. verificação de impossibilidade da prestação do serviço pelos integrantes da advocacia pública do órgão ou entidade, que deverá estar expressamente justificada e comprovada nos autos do processo administrativo, inclusive com manifestação expressa nos autos do órgão jurídico no curso do procedimento, atestando a ausência de estrutura ou a falta de qualificação técnica adequada para a execução do objeto a ser contratado;*
- iii. comprovação nos autos da impossibilidade de fixação de critérios objetivos para a realização de licitação, já que a hipótese de inexigibilidade prevista pelo artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, e artigo 74, inciso III, da Lei nº 14.133/21 somente ocorre em caso de inviabilidade competitiva qualitativa, o que compatibiliza os dispositivos recém-inseridos no ordenamento jurídico pátrio – artigo 3º-A do Estatuto da OAB e artigo 74, inciso III da Lei nº 14.133/21 –, com o disposto pelo artigo 37, inciso XXI, da Constituição, que prevê, como regra, a obrigatoriedade da licitação;*
- iv. cumpridas as três fases acima descritas, estaria autorizada a contratação direta de profissional ou empresa com notória especialização, devendo, ainda, ser comprovada a notória especialização do profissional ou empresa contratada, consoante estabelecido pelo parágrafo único do artigo 3º-A do Estatuto da OAB e pelo §3º do artigo 74 da “Nova Lei de Licitações e Contratos”, além de comprovada a compatibilidade dos preços com aqueles praticados pelo mercado.”*

Retornando ao caso concreto, o Impetrante fora contratado diretamente para assumir o patrocínio de demandas judiciais relacionadas ao repasse de royalties de petróleo e/ou gás natural. É intuitivo que esse tipo de demanda extrapola o padrão técnico-jurídico usual de atuação de uma Procuradoria municipal de menor porte, como é o caso do Município de Casemiro de Abreu.

Não bastasse isso, a própria Procuradoria do Município de Casemiro de Abreu concluiu (parecer de fls. 191/198, Anexos):

“Conclusão: Diante do que consta dos autos e em observância aos aspectos legais da Lei Federal n. 8.666/1993, concluímos pela possibilidade de contratação dos serviços técnicos especializados em Direito Regulatório sobre Petróleo o Gás Natural, considerando que o Município não dispõe de servidores para o desempenho da atividade em questão, considerando o diminuto quadro de pessoal lotado junto à PGM, além de não dispor de profissional com qualificação tão específica e especializada, pois, como já dito, a apuração da participação especial dos royalties apresentam elevada complexidade, além de envolver uma pluralidade de critérios conjugados, o que nos leva a OPINAR favoravelmente pelo prosseguimento do processo, observadas as regras já destacadas”.

Neste particular, chamo atenção para a manifestação da d. Procuradoria de Justiça, em seu parecer, de fls. 239/267:

“O objeto do contrato administrativo parece fugir do arcabouço técnico-jurídico ordinário de atuação comum de uma Procuradoria Municipal de pequeno porte. Tal ilação é robustecida, no caso da Procuradoria de Casimiro de Abreu, que se encontra em situação precária, contando com poucos servidores comissionados que desempenham atividade típica de procuradores – situação cuja necessidade de regularização motivou a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, por parte da municipalidade (Procedimento Administrativo nº. 02.22.0014.0007151/2023-80, TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA Nº 005/2023).

Em tal conjuntura, não parece, ao menos em tese, que o fato de vários municípios deste Estado – cujo porte e estrutura não foram esclarecidos pelo órgão Impetrado – terem contratado escritórios de advocacia para patrocínio de causas cuja natureza também não foi detalhada, seja fundamento suficiente para a caracterização apriorística de ilegalidade.”



Assim também se posicionam Marçal Justen Filho³, Adilson Dallari⁴, Hely Lopes Meirelles⁵, Jessé Torres Pereira Junior⁶, Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷, Marcos Juruena Villela Souto⁸, entre outros.

7. DA CONTRATAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AD EXITUM

Outro ponto que merece especial atenção tem a ver com a remuneração do serviço prevista no contrato administrativo em berlinda.

No caso concreto, conforme Cláusula 2.3 (fls. 750), a remuneração pelos serviços contratados – equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o benefício econômico decorrente das medidas judiciais e/ou administrativas patrocinadas pela Impetrante -, só será devida pelo Município de Casemiro de Abreu na hipótese de “incremento apurado e concreto nos repasses de royalties realizados em favor do Município, e incidindo exclusivamente sobre o incremento obtido”, vale dizer, sobre o efetivo proveito econômico obtido para o Município pela contratada.

Assume o Impetrante, inequivocamente, a obrigação de obtenção de resultados predeterminados, aptos à satisfação das necessidades do contratante (obrigação de resultado). Não há remuneração antecipada, nem qualquer interferência sobre a previsão orçamentária. É do Impetrante obrigação de realizar todas as atividades, prestar todos os serviços e arcar com todas as despesas necessárias.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005

⁴ DALLARI, Adilson. *Aspectos Jurídicos da Licitação*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, 14ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro, São Paulo: Malheiros, 2006

⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005

⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização – Privatização, Concessões e Terceirizações*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.



Inexiste qualquer risco de prejuízo ao erário municipal. O contratante nada desembolsará a título de remuneração por essas atividades. Todo o risco é assumido pelo Impetrante (remuneração *ad exitum* ou de risco absoluto), de modo que, na hipótese de insucesso dos serviços contratados, nenhum prejuízo será transferido para os cofres públicos.

8. DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DA IMPETRANTE

A notória especialização do prestador de serviço é pressuposto que se relaciona à manifesta comprovação de aptidão técnica para a realização do objeto do contrato. Trata-se do reconhecimento público de que o contratado possui a qualificação necessária para tanto.

No caso concreto, a notória especialização está comprovada não apenas pelos atestados de capacitação técnica anexados aos autos, senão, também, por extensa lista de entes públicos que realizaram com a Impetrante a mesma espécie de contratação (**documentos de fls. 295/416**).

9. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FORMAL (fls. 199/774)

A documentação anexada aos autos comprova a satisfação deste pressuposto, conforme se verifica de **fls. 199 e seguintes (Procedimento n. 5503/2021)**. Encontram-se presentes, entre outros documentos, o Estudo Técnico Preliminar (ETP) 01/2021 (fls. 200/204); a Análise de Risco (fls. 205); o Termo de Referência (TR) (fls. 206/210); Relatório de Receita de Royalties de 2015 a 2020 – período anterior ao da contratação (fls. 214/215); Parecer da Procuradoria Geral do Município (fls. 217/224); Termo de Homologação e Adjudicação (fls. 746); Inexigibilidade de Licitação (fls. 747); Minuta do Contrato Administrativo (fls. 749); Autorização para Execução dos Serviços (fls. 757); Designação de Fiscal do Contrato (fls. 758); Publicação do Extrato do Contrato (fls. 759).



10. DOS PARECERES DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA

A doutra Procuradoria de Justiça, após opinar pelo **provimento do agravo interno** – interposto contra a r. decisão deste Relator que indeferiu a liminar requerida (fls. 208/235) –, sobre o mérito da impetração, opinou no sentido da **concessão da ordem** (cf. fls. 239/266), em parecer assim ementado:

Mandado de segurança impetrado contra a determinação de suspensão dos pagamentos oriundos de contrato de prestação de serviços advocatícios, na área de direito regulatório sobre petróleo e gás, celebrado entre a Impetrante e o Município de Casimiro de Abreu. Contratação do escritório de advocacia impetrante para patrocínio de demandas judiciais relacionadas ao repasse de royalties de petróleo e/ou gás natural. Inexigibilidade de licitação. Apuração de irregularidades do procedimento licitatório e na execução do contrato pelo Tribunal de Contas do Estado. Poder cautelar da Corte de Contas. Precedentes. Supremo Tribunal Federal já reconheceu a atribuição de poderes explícitos e implícitos ao Tribunal de Contas para legitimar a incumbência cautelar que permite a adoção de medidas necessárias ao cumprimento de suas funções institucionais. Tribunal de Contas que detém competência e legitimidade para determinação de medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário. Necessidade de acurada análise casuística da suspensão do pagamento. Risco de interrupção do serviço e dano à municipalidade. Contrato de êxito, existindo previsão contratual no sentido de que o pagamento se realize tendo como base de cálculo dos honorários o incremento de receita fruto dos serviços efetivamente prestados. Prudência que recomenda necessidade de maior dilação probatória a fundamentar eventual suspensão dos pagamentos, ao fim do processo administrativo na Corte de Contas. Parecer pela concessão da ordem.

11. DO TEMA 309 – REPERCUSSÃO GERAL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Finalmente, importante mencionar que o C. Supremo Tribunal Federal, nos RE 610.523/SP e RE 656.558/SP, decidirá, sob o regime da repercussão geral (**Tema 309**), entre outros assuntos, se “*é constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços*



técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, os quais devem ter natureza singular e serem prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, em especial no que tange à execução de serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, a despeito do que prevê o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal”.

O Min. Dias Toffoli, relator dos REs, já proferiu seu voto, afirmando que “no caso especial da advocacia, dada a série de empecilhos impostos pela essência da profissão, norteadas pela ética profissional, torna-se latente a dificuldade de se proceder ao procedimento licitatório para a contratação desses serviços”. Propõe a seguinte tese, em relação ao ponto:

“b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/93, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores”.

Nada obstante esteja suspenso o julgamento dos mencionados recursos extraordinários por força de pedido de vista formulado pelo Min. André Mendonça, por ora, já se encontra formada maioria em torno da tese, tendo acompanhado o Ministro Relator os eminentes Ministros Flavio Dino, Alexandre de Moraes, Cristiano Zanin, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

12. CONCLUSÃO

Ainda que com posicionamentos em sentido contrário de boa parte da doutrina especializada no tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se consolidando no sentido da possibilidade de adoção de medidas cautelares de suspensão de pagamento de



contrato administrativo pela Corte de Contas, **em hipóteses excepcionais, de ilegalidade manifesta e de comprovado prejuízo ao erário.**

A farta prova documental que instrui o presente *writ* sugere, à primeira vista, a aparente **regularidade formal do contrato** – diga-se, **em plena vigência** –, legitimada por meio do Processo Administrativo n.º 5.503/2021. Encontram-se aparentemente satisfeitos todos **os pressupostos definidos na ADC nº 45** e a **obtenção de efetivo proveito econômico para o Contratante.**

Não há dúvidas quanto à **efetiva prestação dos serviços contratados**, bem assim dos **resultados positivos para o erário municipal.** O contratante se beneficiou da atuação da Impetrante, sem qualquer desembolso. A **remuneração por êxito**, no percentual acordado, está em **harmonia com doutrina e jurisprudência sobre o assunto**, sendo a sua percepção, à falta de prova em sentido contrário, **direito líquido e certo** do Impetrante.

A r. decisão monocrática da Corte de Contas, nada obstante da lavra de eminente e culta Conselheira, ainda que aluda a irregularidades do contrato administrativo, não aponta de que modo teriam as mesmas ocorrido e, menos ainda, não observou o elemento essencial para a concessão da tutela provisória, qual seja, a comprovação do prejuízo ao erário e a grave lesão ao interesse público municipais.

Não se vislumbra, do acervo probatório produzido neste *mandamus*, qualquer ofensa à legislação em vigor, ou evidências de grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia públicas. Descaracterizada, portanto, qualquer situação excepcional que justifique o deferimento da cautelar pela Corte de Contas. Nenhum risco de prejuízo correm as contas municipais, já que a remuneração devida ao Impetrante decorre do efetivo benefício auferido pelo Contratante, após o ingresso dos recursos pertinentes em seu caixa.

Não cabe, pois, em cognição sumária e incompleta, afastar a presunção de legalidade e de legitimidade do ato administrativo, intervindo no equilíbrio econômico-financeiro do



contrato e impactando um negócio jurídico perfeito, sem detida análise das consequências advindas da suspensão dos pagamentos acordados. A cautelar deferida, em fase preliminar, sem instauração de contraditório mínimo, rompendo o sinalagma contratual, pode, ao revés, acarretar risco de prejuízo para ambas as partes contratantes. Isso porque, por um lado, o Impetrado não será remunerado pelos serviços já prestados; por outro, a municipalidade correrá o risco de não incremento da receita, proveniente do êxito das demandas em curso.

A análise da legalidade do contrato em berlinda deve prosseguir, na representação que tramita perante a Corte de Contas, observando-se os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Por prudência, deve-se manter a higidez da relação contratual e de seus efeitos, restabelecendo-se o repasse dos honorários advocatícios pactuados, preservando-se a discricionariedade administrativa do Poder Público, garantindo-se a estabilidade e a segurança jurídica do contrato, bem assim a simetria da contrapartida remuneratória pelos serviços advocatícios efetivamente prestados pelo Impetrante.

Nesse sentido, já se manifestou este c. Órgão Especial:

0018968-10.2022.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA
Des(a). MILTON FERNANDES DE SOUZA - Julgamento: 07/11/2022 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL
MANDADO DE SEGURANÇA. TCE. DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DE PAGAMENTO. CONTRATO DE ADVOCACIA. LEGALIDADE. 1-Writ impetrado contra a determinação de suspensão dos pagamentos oriundos de contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado entre a Impetrante e o Município de Mangaratiba, condicionando a remuneração ao trânsito em julgado de decisão judicial favorável ao Município. 2-Ocorrência de contraditório diferido. No bojo do voto foi recomendada a comunicação da impetrante para ciência apresentação de esclarecimentos. Fase preliminar, sendo certo que será realizado o exercício do contraditório e da ampla defesa a todos os envolvidos. 3-O E. STF já reconheceu a atribuição de poderes explícitos e implícitos ao Tribunal de Contas para legitimar a incumbência cautelar que permite a adoção de medidas necessárias ao cumprimento de suas funções institucionais. 4-Tribunal de Contas que detém competência e legitimidade para determinação de medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário. 5-**Contratação do escritório de advocacia impetrante pelo Município de Mangaratiba visando à recuperação de créditos tributários** através da retificação compulsória das DECLANS-IPM (Declaração Anual para o Índice de Participação dos Municípios). 6-**Em uma análise**



rarefeita, não se vislumbra prejuízos a Municipalidade, considerando que a partir da tutela antecipada o Município vem obtendo o proveito pretendido, com o incremento nos recursos provenientes da cota-parte do produto da arrecadação do ICMS. 7- Contrato de êxito, existindo previsão contratual no sentido de que o pagamento se realize tendo como base de cálculo dos honorários o incremento de receita decorrente do trabalho realizado. 8-A prudência indica que eventual suspensão dos pagamentos deve ser fundamentada em uma maior dilação probatória, ao fim do processo administrativo na Corte de Contas. (grifos nossos)

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de se **CONCEDER A ORDEM**, para restabelecer a integridade da relação entre o Impetrante e o Município de Casimiro de Abreu, conforme requerido no **item d, a fls. 45**, julgando-se **prejudicado o agravo interno**. Custas pela Impetrante. Procedam-se com as comunicações de estilo. Com o trânsito em julgado, dê-se baixa na distribuição e archive-se.

Rio de Janeiro, 07 de outubro de 2024.

WERSON RÊGO
Desembargador Relator