

RESOLUÇÃO Nº 14.660

Processo n.º: 201808686-00

Classe: Consulta

Referência: Prefeitura Municipal de Tucumã

Interessado: Adelar Pelegrine

Procurador/Advogado: Pedro da Silva Neto Júnior (OAB-PA 23.515-B)

Ministério Público: Procuradora Maria Inez K. de Mendonça Gueiros

Relatora: Conselheira Mara Lúcia

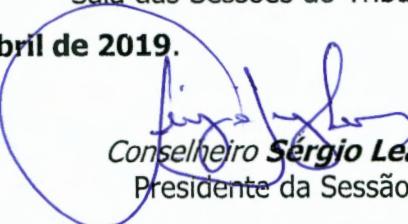
Exercício: 2018

Tribunal de Contas dos Municípios
Ato publicado no D.O.E nº 545
de 15.05.19, pg. 6
Responsável

EMENTA: CONSULTA. PREFEITURA MUNICIPAL DE TUCUMÃ. EXERCÍCIO DE 2018. ADMISSIBILIDADE. COMERCIALIZAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO. CONTRATO DE ÊXITO. POSSIBILIDADE. SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZATIVOS PARA CONTRATAÇÃO DIRETA. IMPOSITIVIDADE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PRÉVIO. TÉCNICA E PREÇO. FIXAÇÃO DE REMUNERAÇÃO PERCENTUAL MÁXIMA NO ÊXITO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DECISÓRIOS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de **CONSULTA**, formulada em tese, e respondida nos termos do disposto no **art. 1º, inciso IX, da LC n.º 109/2016**, acordam os **Conselheiros do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará**, por unanimidade, em **aprovar** a resposta à **CONSULTA**, nos termos da Ata da Sessão e do Relatório e Voto da Conselheira Relatora, às **fls. 35-52**, com aderência às proposições formuladas pelos Conselheiros **SÉRGIO LEÃO** e **DANIEL LAVAREDA**, que passam a integrar esta decisão.

Sala das Sessões do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará, em **23 de abril de 2019**.


Conselheiro **Sérgio Leão**
Presidente da Sessão


Conselheira **Mara Lúcia**
Relatora

Presentes: Conselheiros Sérgio Leão, Daniel Lavareda, Mara Lúcia e Antonio José Guimarães. Conselheiros-Substitutos Sérgio Dantas e Márcia Costa. Procuradora Maria K. de Mendonça Inez Gueiros.

RESOLUÇÃO Nº 14.660

Processo n.º: 201808686-00

Classe: Consulta

Referência: Prefeitura Municipal de Tucumã

Interessado: Adelar Pelegrine

Procurador/Advogado: Pedro da Silva Neto Junior (OAB-PA 23.515-B)

Instrução: Diretoria Jurídica

Relatora: Conselheira Mara Lúcia

Exercício: 2018

RELATÓRIO

ADELAR PELEGRINE, Prefeito Municipal de Tucumã, exercício de 2018, neste ato representado por sua Procuradoria Municipal, encaminhou **CONSULTA** (fls. 01/03), com amparo no **artigo 1º, inciso XVI, da LC n.º 109/2016**, onde expôs situação fática, em tese, relativa à possibilidade (legalidade e regularidade) para realização de contratação de empresa para prestação de serviços de pesquisa e desenvolvimento de projeto com avaliação econômico-financeira de serviços bancários de folha de pagamento dos servidores públicos municipais, consignando, os seguintes quesitos, que transcrevo:

1. Um município ao realizar processo licitatório nos termos da lei 8.666/93, para contratação de empresa para o desenvolvimento de projeto com avaliação econômico-financeira de serviços bancários de folha de pagamento dos servidores públicos municipais, pode fixar como forma de pagamento dos serviços da empresa que desenvolver a análise e parâmetros técnicos, percentual do valor obtido posteriormente com a "comercialização" da folha de pagamento para instituições financeiras?

2. Caso esta forma de pagamento não seja possível, qual seria a forma mais econômica e viável para o ente municipal?

RESOLUÇÃO Nº 14.660

Conforme consta, os autos foram recebidos em Gabinete, na data de **18.10.18** (fl. 11), ao que atendidos os requisitos de admissibilidade consultiva, dada sua adequação, aos termos do **art. 1º, inciso XVI, da LC n.º 109/2016 c/c art. 298, I a IV, do RITCM-PA**, determinei a competente e necessária apreciação da Diretoria Jurídica, conforme permissivo contido nos termos do **§4º, do art. 300, do RITCM-PA (Ato n.º 19/2017)**.

Os autos retornaram ao meu Gabinete, em **08.01.19**, com a detida e tempestiva análise da DIJUR, nos termos do **Parecer n.º 005/2019** (fls. 13/32), o qual antecipadamente destaco, adoto como resposta a vertente consulta, no que transcrevo:

III – DO MÉRITO CONSULTIVO:

*Em relação à matéria aduzida, nos termos da Consulta formulada, há de se compreender por sua remissão às disposições e autorizações fixadas junto à **Lei Federal n.º 8.666/93**, a qual se fará em cotejamento aos quesitos suscitados pelo Poder Público Municipal, tal como segue:*

1. Um município ao realizar processo licitatório nos termos da lei 8.666/93, para contratação de empresa para o desenvolvimento de projeto com avaliação econômico-financeira de serviços bancários de folha de pagamento dos servidores públicos municipais, pode fixar como forma de pagamento dos serviços da empresa que desenvolver a análise e parâmetros técnicos, percentual do valor obtido posteriormente com a "comercialização" da folha de pagamento para instituições financeiras?

Em relação ao primeiro ponto consignado pelo consulente, temos a busca no estabelecimento de posição, por parte do TCM-PA, quanto à regularidade de realização de processo licitatório e, por conseguinte, contratação de empresa especializada para o desenvolvimento de estudos técnicos e/ou projeto para a nominada "comercialização da folha de pagamento", do Poder Público Municipal.

É importante destacarmos que tal procedimento, qual seja, a comercialização da folha de pagamento, dos órgãos da Administração Pública não encerra procedimento novo ou inédito, o qual já vem se consolidando ao longo dos anos, como forma de obtenção de receitas, pelos Poderes Públicos, os quais se dá pela obtenção lícita, de recursos financeiros, junto às instituições bancárias e financeiras que objetivam assegurar a contratação da gestão de tais recursos públicos, notadamente voltados às folhas de pagamento de pessoal e, assim, o oferecimento de serviços complementares, tais como consignações, financiamentos e aplicações bancárias.

RESOLUÇÃO Nº 14.660

Para tal prática, são considerados elementos diversos, tais como o montante de servidores públicos municipais, vinculados ao ente; o montante de recursos geridos; a preexistência de contratos de financiamento e/ou empréstimos consignados, dentre outros, os quais importam na fixação do valor econômico que deverá ser negociado junto às instituições financeiras que venham a se habilitar em futuro e legítimo procedimento licitatório.

Acerca da comercialização da folha de pagamentos de pessoal dos Poderes Públicos, instado a se posicionar, o Tribunal de Contas da União já firmou parecer, em sede de consulta, nos autos do Processo n.º TC 033.466/2013-0, cujo julgamento se fez consolidar nos termos do Acórdão n.º 1940/2015 – TCU – Plenário, sob relatório do Exmo. Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES, cuja ementa transcrevemos:

ACÓRDÃO Nº 1940/2015 – TCU – Plenário

Processo nº TC 033.466/2013-0.

Grupo II – Classe de Assunto: III – Consulta

Órgão: Câmara dos Deputados.

Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.

Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Consulta formulada pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Henrique Eduardo Alves, acerca das condições necessárias à concessão de exclusividade à instituição financeira oficial para a prestação dos serviços relativos à gestão financeira da folha de pagamento e de outros serviços.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta, uma vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso I, § 1º, do Regimento Interno do TCU;

9.2. indeferir o ingresso nos autos da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil S/A como terceiros interessados;

9.3. nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92, responder às perguntas do consulente nos seguintes termos:

9.3.1 Primeira pergunta:

"O gestor público está obrigado a realizar licitação para a concessão de exclusividade à instituição financeira oficial para a prestação dos serviços de pagamento de remuneração e similares?"

RESOLUÇÃO Nº 14.660

Resposta:

9.3.1.1 *A Administração Pública Federal não está obrigada a promover prévio procedimento licitatório destinado a realizar a contratação de instituição financeira oficial para, em caráter exclusivo, prestar serviços de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, podendo optar por efetuar a contratação direta com fundamento no artigo 37, inciso XXI (primeira parte), da Constituição Federal, c/c o artigo 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993, desde que devidamente demonstrada a vantagem em relação à adoção do procedimento licitatório;*

9.3.1.2. *Havendo interesse, a Administração Pública Federal pode promover o prévio procedimento licitatório para contratação da prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, devendo franquear a participação no certame de instituições financeiras públicas e privadas, em cumprimento aos princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, previstos no caput do artigo 37 da Constituição, bem assim da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e dos outros princípios estampados no artigo 3º da Lei 8.666/1993;*

9.3.2 *Segunda pergunta:*

"Não havendo tal obrigação, mas desejando o órgão aperfeiçoar a captação de recursos para o erário, qual o instrumento jurídico adequado para se proceder à contratação da instituição financeira oficial: contrato ou convênio?"

Resposta:

9.3.2.1. *A delegação a terceiros da prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares deve ser instrumentalizada por meio de contrato administrativo, haja vista a ausência, no objeto da relação jurídica, de interesses recíprocos e de regime de mútua cooperação;*

9.3.2.2. *Na hipótese de a Administração Pública Federal realizar contratação direta de instituição financeira oficial para a prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com supedâneo no artigo 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993, com a*

RESOLUÇÃO Nº 14.660

previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deverá cumprir, sob condição de eficácia do ato administrativo, as exigências estabelecidas no artigo 26, caput e parágrafo único, do referido diploma legal, sobretudo a apresentação do motivo da escolha do prestador do serviço (inciso II) e justificativa do preço (inciso III);

9.3.2.3. Havendo interesse de a Administração Pública Federal promover prévio procedimento licitatório para contratação de prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deverá a contratante, além de franquear acesso ao certame tanto das instituições financeiras públicas como das privadas, adotar as seguintes medidas:

a) estimar o orçamento base da contrapartida financeira a ser paga pela futura contratada com fundamento em estudo ou avaliação de mercado, em cumprimento à finalidade da condição prevista no artigo 7º, §2, inciso II, da Lei 8.666/1993;

b) realizar licitação na modalidade pregão, prevista na Lei 10.520/2001, preferencialmente sob forma eletrônica, conforme exige o artigo 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, tendo por base critério "maior preço", em homenagem ao princípio da eficiência, insculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal e da seleção proposta mais vantajosa para a Administração Pública, inserto no caput do artigo 3º da Lei 8.666/1993;

9.3.2.4. As receitas públicas advindas de contraprestação pecuniária ao contrato de prestação, em caráter de exclusivo, dos serviços de gestão financeira da folha de pagamento e de outros serviços similares integram o Orçamento Geral da União, devendo, assim, serem recolhidas à conta única do Tesouro Nacional e estarem previstas na Lei Orçamentária, em respeito aos princípios da universalidade orçamentária e da unicidade de caixa, presentes nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 4.320/64;

9.3.3 Terceira pergunta:

"É viável a contratação direta de banco oficial com amparo no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993?"

Resposta:

9.3.3.1. É viável a contratação direta de instituição financeira oficial, com fundamento no artigo 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993, para a

RESOLUÇÃO Nº 14.660

prestação de serviço, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, devendo, ainda, serem observadas as condições de validade do ato administrativo estabelecidas no artigo 26, caput, e parágrafo único, do referido diploma legal, bem como demonstrada a vantagem da contratação direta em relação à adoção do procedimento licitatório;

9.4. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam à Presidência da Câmara dos Deputados;

*9.5. arquivar o presente processo.
(grifamos)*

O que se extrai, dos termos da consulta respondida pelo E. TCU, é que para além de possível a realização de processo licitatório, destinado à "contratação de prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada", há de se impor especial atenção à fase interna de tal certame, notadamente a partir de desenvolvimento de "estudo ou avaliação de mercado, em cumprimento à finalidade da condição prevista no artigo 7º, §2º, inciso II, da Lei 8.666/1993", que transcrevemos:

Art. 7º. *As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:*

§2º. *As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:*

II - *existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;*

Ao passo do E. TCU não aprofundar detalhamentos, quanto ao desenvolvimento de tais estudos ou avaliações de mercado, os quais, por sua natureza encerram atividades específicas e especializadas, para as quais, ressalte-se, nem sempre encontramos profissionais habilitados e capacitados, que componham os quadros funcionais dos poderes públicos, notadamente no âmbito municipal, torna-se necessário a busca de previsão, de tais contratações, junto à Lei Federal n.º 8.666/93, ao que identificamos autorizativo, nos termos do inciso III, do art. 13, in verbis:

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

III - *assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*



RESOLUÇÃO Nº 14.660

O dispositivo legal transcrito revela, salvo melhor juízo, que existe autorização, de acordo com a conveniência e necessidade do Poder Público, que este, não contando em seu quadro de pessoal, com servidores habilitados ao desenvolvimento de tais atividades, que venha contratar serviços técnicos profissionais especializados, voltados à prestação de assessoria ou consultoria na área financeira.

Tal contratação deverá ser destinada à fixação do quantum financeiro que poderá ser obtido com a comercialização da folha de pagamento, à luz das condições praticadas no mercado, assegurando, desta forma, o melhor e mais regular desenvolvimento do processo de licitação, que submeterá, em caráter de ampla concorrência às instituições financeiras e bancárias que pretendam se habilitar à contratação com a Administração Pública.

Tal espécie de contratação, salvo melhor juízo, encontra lastro legal, no transcrito dispositivo da Lei de Licitações, ao que não há nenhum impedimento, dada a previsão autorizativa, para que se licite o objeto em questão, tendo em vista que se trata de um serviço técnico especializado, relativo à assessoria e/ou de consultoria técnica, voltada às práticas do mercado financeiro.

Estabelecida a possibilidade de contratação, temos, ainda, em relação à forma de remuneração desta consultoria especializada, que a mesma deve observar parâmetros percentuais e/ou nominais que tornem razoáveis os valores a serem repassados à contratada, sempre com base nos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade e economicidade, insculpidos no caput, do art. 37, da CF/88.

Conforme já destacou o próprio Tribunal de Contas da União, há de se estabelecer proporcionalidade e razoabilidade, entre a atividade desenvolvida pelo particular e a sua remuneração contratada, ao que transcrevemos:

"Nas contratações em que são pactuadas cláusulas de êxito, como remuneração pelos serviços prestados, deve haver correspondência direta entre o esforço e a dificuldade esperados do contratado e o prêmio acordado, sob pena de se configurar situação de desproporcionalidade entre serviço prestado e preço".

(Acórdão 2.686/2008-TCU-Plenário – Relator: Ministro Ubiratan Aguiar)

Neste sentido, surgem os nominados contratos de risco ou êxito, sob os quais se impõem maior aprofundamento e detalhamentos, notadamente quanto à sua aplicabilidade nas contratações celebradas pela Administração Pública.

Trata-se dos também nominados Contratos de Eficácia, correspondentes exatamente à prestação de um serviço pelo prestador, por seu próprio risco e, cuja remuneração, dar-se-á ad exitum (de forma proporcional e condicionada ao êxito).

Tais contratações surgem com maior ocorrência junto aos contratos advocatícios, onde a contratada que venha a patrocinar causa judicial, em favor do Poder Público, somente irá auferir remuneração, na hipótese de sucesso na demanda interposta ou na defesa judicial realizada.

RESOLUÇÃO Nº 14.660

Apesar de mais comum, nos contratos advocatícios, tais situações não encerram exclusividade nesta forma excepcional de contratação, visto que passíveis de se fazerem incidir em outros serviços, que não os de natureza eminentemente advocatícia, ao que remetemos à posição fixada pela ZENITE¹:

A celebração desses contratos é exceção no âmbito de atuação do Poder Público. Como regra, os contratos administrativos devem definir precisamente os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em observação aos termos do edital e da proposta a que se vinculam (art. 54, § 1º, da Lei nº 8.666/93).

Contudo, é possível que, em situações bastante específicas, a execução das prestações relativas a certos contratos esteja vinculada a acontecimentos futuros e incertos, de modo a não ser possível determinar antecipadamente, com a necessária precisão, as parcelas que efetivamente incumbem a uma das partes. O chamado contrato de êxito ou de risco caracteriza-se por uma das partes não ter certeza da proporção da sua prestação, ou até mesmo se ela ocorrerá, inserindo-se dentro da categoria dos contratos aleatórios.

Diante das peculiaridades inerentes a esses contratos e da excepcionalidade da sua celebração no âmbito da Administração Pública, cumpre a esta avaliar, primeiramente, se o mercado específico em que se insere o objeto pretendido atua nos moldes descritos (vinculação da remuneração ao êxito).

Somente se esta for uma prática usual no mercado em comento é que será possível estabelecer cláusulas dessa natureza no contrato a ser formalizado, em consonância com o disposto no art. 15, III, da Lei nº 8.666/93. Do contrário, não poderá a Administração exigir que os futuros contratados se sujeitem à aleatoriedade inerente ao ajuste moldado pelo próprio Poder Público.

Outro aspecto a ser observado refere-se à identificação desta solução como sendo a mais adequada para o atendimento da necessidade pública envolvida. Ou seja, deve a Administração se certificar de que a necessidade pública será melhor atendida mediante a celebração de contratos de risco, que apresentem as características acima mencionadas. Feita essa análise, possível cogitar a fixação da remuneração dos serviços advocatícios em razão do êxito.

Ainda compulsando a doutrina que já enfrentou a matéria, remetemos ao artigo publicado pelo informativo do professor MARÇAL JUSTEN FILHO, de autoria de RAFAEL

¹<https://www.zenite.blog.br/a-administracao-possui-contrato-cujo-objeto-e-a-prestacao-de-servicos-advocaticios-con-clausula-ad-exitum-em-relacao-a-especie-de-contrato-indagamos-1-possui-natureza-de-contrato-de-risco-e-comp/>



RESOLUÇÃO Nº 14.660

WALLBACH SCHWIND², o qual, para além de enfrentar tal forma de remuneração, com base no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, pautado na Lei Federal n.º 12.462/2011, destaca, como antecessores deste procedimento, nos seguintes termos:

Situações em que a remuneração do particular é diretamente vinculada à obtenção de determinadas vantagens ao Poder Público. Assim, a Administração remunerará o contratado apenas se a execução do contrato propiciar determinado benefício previamente estabelecido.

O caso mais comum é o da contratação de serviços advocatícios pela Administração em que o contratado receberá um percentual sobre o benefício proporcionado ao Poder Público. O Tribunal de Contas da União já reconheceu a legalidade da contratação de risco em situações desse tipo (Acórdão n.º 589/2004 do Plenário do TCU).

Situação bastante interessante foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Reconheceu-se a validade de contrato que tinha por objeto o desenvolvimento de software para arrecadação de Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) para um Município, no qual o contratado recebia remuneração se a arrecadação verificada ultrapassasse a média mensal previamente estabelecida (Apelação Cível n.º 990.10.059277-7, Relator Des. Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, unânime, j. 30.11.2010).

Outro exemplo de remuneração variável é o das "Aquisições Baseadas no Desempenho" previstas no item 3.14 das regras para contratações do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e do Banco Mundial – BIRD². As regras previstas pelas duas instituições, que neste ponto têm a mesma redação, preveem que "em certos casos, prêmios podem ser pagos por uma melhor qualidade dos produtos". Ou seja, é possível haver uma remuneração maior se os produtos apresentarem uma qualidade superior. Trata-se de mecanismo semelhante ao da remuneração variável prevista no RDC.

Portanto, a remuneração variável em contratos administrativos já era um mecanismo possível antes mesmo da criação do RDC.

O que de plano fica evidente é que se trata de um contrato de risco para o Contratado, com o objetivo claro de proporcionar uma economia à Administração Pública

² SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 56, outubro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>.



RESOLUÇÃO Nº 14.660

contratante, na forma de redução de despesas correntes ou recuperação/ingresso de receitas, restando verificado que tal contrato se traduz em mecanismo que visa o incentivo da eficiência e alcance de metas das contratações públicas.

No âmbito da análise e controle de casos tais, o E. TCU oportunamente já reconheceu a legalidade e as especificidades de tal "modalidade" contratual, tal como se extrai, do caso a seguir transcrito:

"Sumário: Prestação de Contas Anual. CBTU. Contrato de prestação de serviços de levantamento de contas inativas do FGTS e de recuperação de indébitos do Finsocial. Contrato de risco. Precedentes do TCU. Contas regulares com ressalva. Determinações.

(...)

Relatório

(...)

Não discordo da unidade técnica quando aponta que a remuneração recebida pela empresa J. Marinho foi elevada em relação ao trabalho desenvolvido. No momento das tratativas entre a CBTU e a empresa J. Marinho, não se sabia quanto tempo iria levar a conclusão do processo, nem, muito menos, qual a decisão da Secretaria da Receita Federal. Assim, os acontecimentos futuros eram completamente imprevisíveis, tanto que o contrato previa remuneração apenas em caso de sucesso da demanda. Ou seja, tratava-se de típico contrato de risco.

Nesses casos, é natural que, havendo sucesso na empreitada, a remuneração do contratado seja elevada e, eventualmente, desproporcional ao serviço prestado, pois o contratado assume, para si, todos os ônus do insucesso, adiantando despesas e arcando integralmente com os custos associados ao serviço, na expectativa de auferir o prêmio oferecido.

Se, ao final do processo, nada fosse obtido, isto é, se a decisão da Receita Federal fosse desfavorável à CBTU ou, ainda que favorável, demorasse muitos anos, a empresa contratada poderia ter prejuízo.

Ora, para uma empresa que celebra contratos de risco, a remuneração auferida naqueles contratos em que se obtém sucesso deve necessariamente ser elevada, justamente para compensar o prejuízo incorrido nos outros contratos em que resultado pretendido é frustrado. Também para o

RESOLUÇÃO Nº 14.660

contratante, naqueles casos em que prepondera a incerteza de sucesso da demanda, o contrato de risco revela-se proveitoso, pois ele nada desembolsa pelo serviço prestado, somente comprometendo-se a partilhar com o contratado o eventual resultado favorável.

Por isso, não se pode avaliar se o prêmio foi excessivo a partir de análise posterior.

O método correto é verificar se o prêmio oferecido estava compatível com as chances de sucesso da empreitada e as dificuldades a serem enfrentadas, a partir das informações detidas pelas partes à época da celebração do contrato. Para auxiliar nessa tarefa, também deve-se perscrutar negócios similares ocorridos e a remuneração média, praticada pelo mercado."

(grifamos e destacamos)

(TCU – ACÓRDÃO Nº 589/2004 – PROCESSO TC 008.746/2000-4).

Traçadas tais considerações, há de se verificar, quanto ao específico caso das consultorias e/ou assessorias, destinadas à elaboração de estudos que subsidiem a futura licitação, onde se verá negociada a folha de pagamentos do Poder Público contratante, se estas se inserem como passíveis de contratação por êxito.

Primeiramente, há de se destacar que a negociação futura e esperada da folha de pagamento exige e impõem estudo especializado que venha a quantificar o quantum financeiro da pretensa licitação, junto às possíveis instituições bancárias e financeiras que pretendam contratar com o Poder Público, tal como já estabelecido pelo E. TCU.

Seguidamente, é importante compreender que tal licitação poderá, dentre as hipóteses possíveis, não se ver efetiva, pela ausência de interessados, o que notadamente pode ocorrer em municípios de menor porte, onde os custos para instalação de uma agência bancária, não venha compensar os possíveis ganhos pretendidos por instituições financeiras e bancárias.

Neste sentido, vale lembrar que atualmente nem todos os 144 (cento e quarenta e quatro) municípios paraenses possuem agências bancárias, os quais, por vezes, atendidos por interposto bancários (v.g. Correios).

Assim, poderíamos ter licitações desertas ou, ainda, licitações onde o valor pretendido pelo Poder Público, com a negociação de sua folha de pagamentos, não se visse alcançado, gerando frustração de receitas e, ainda, risco de prejuízos com o pagamento das aludidas assessoriais e/ou consultorias financeiras especializadas.

RESOLUÇÃO Nº 14.660

O princípio informador, nestas hipóteses deverá ser sempre o da vantajosidade à Administração Pública, como bem destaca o magistério de RAFAEL SCHWIND, in verbis:

Em linhas gerais, a remuneração variável e os contratos de eficiência constituem mecanismos pelos quais se pretende subordinar a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro pré-determinado acerca do qual não se tem certeza sobre sua ocorrência. Adota-se uma sistemática de contratos de risco, em que o contratado assume o risco de ter ao menos parte de sua remuneração diretamente vinculada à obtenção de certos resultados. A vantagem para a Administração Pública, por outro lado, é evidente, uma vez que o dever de remunerar o contratado surgirá, pelo menos em parte, apenas se for obtido o resultado esperado que gera benefícios ao contratante.

(...)

O mecanismo de se vincular a remuneração do contratado ao seu desempenho pode propiciar significativas vantagens à Administração Pública.

Não há nenhum impedimento a que o tomador de um serviço remunere o prestador na proporção de uma vantagem efetivamente propiciada por aquela contratação, sem levar em consideração exclusivamente os esforços empregados pelo contratado. Pelo contrário, a vinculação da remuneração à obtenção de uma vantagem previamente determinada pode ser a solução mais vantajosa tanto para o tomador quanto para o prestador.

Dois exemplos deixam bem clara essa possibilidade.

Imagine-se a hipótese de um contrato de pesquisa e lavra de minerais. Nesse tipo de contratação, ainda que o contratado empregue todos os seus esforços, o contratante somente auferirá uma vantagem efetiva com a localização de minerais em determinada quantidade. Por mais esforçado, capaz e diligente que seja o contratado, poderá não haver proveito nenhum ao contratante. Nesse tipo de situação, a vinculação da remuneração à obtenção de um resultado final poderá ser a melhor solução.

O segundo exemplo consiste na contratação de serviços de advocacia em que se vincula o pagamento dos honorários ao êxito pretendido, e não pro labore. Nesse caso, o profissional contratado somente será remunerado se obtiver o proveito buscado pelo contratante. Trata-se de uma contratação de risco bastante difundida.

Portanto, a vinculação da remuneração à obtenção de um resultado final incerto envolve uma ponderação da vantagem almejada e dos

RESOLUÇÃO Nº 14.660

riscos envolvidos. Não se trata necessariamente de um agravamento da situação do tomador nem do prestador.

(...)

Os contratos de eficiência e a remuneração variável em função do desempenho do contratado configuram mecanismos bastante interessantes para o incentivo à eficiência nas contratações públicas. Utilizam a lógica dos contratos de risco como forma de vincular o dispêndio de recursos públicos à obtenção de vantagens efetivas à Administração.

À luz deste entendimento, o que poderá se ver estabelecer, em favor da Administração Pública, para celebração dos nominados contratos de risco e/ou êxito, é a ausência de pagamentos, nos casos em que a licitação se sufragar deserta, pela ausência de interessados, ao que se evitaria, em tais hipóteses, qualquer tipo de despesas com recursos públicos, para além da redução dos honorários a serem percebidos pela empresa de consultoria/assessoria contratada, caso o valor mínimo fixado pela mesma, para realização do certame, não se visse contemplado, em regular processo licitatório.

Em ambas as hipóteses teríamos, salvo melhor juízo, sempre preservado o interesse da Administração Pública; as vantagens da contratação, em favor do erário e, acima de tudo, o fortalecimento dos resultados esperados, junto à contratação prévia de empresa com expertise de mercado voltada à instrução do subseqüente processo licitatório.

É importante destacar, notadamente quando verificado questionamentos jurisprudenciais, quanto a modalidade de contratação por êxito, que o que se tem vetado é a vinculação de receitas de impostos e tributos, notadamente àqueles com destinação vinculada expressa (v.g. recursos do FUNDEF ou resgates de passivos tributários, tais como ISS), o que não alcançariam, a princípio, as receitas extraordinárias que possam potencialmente ingressar nos cofres públicos, a partir da negociação da folha de pagamento de pessoal.

Lado outro, a contratação de risco ou êxito, deverá contemplar, com base na mesma fonte de recursos extraordinárias, sua potencial despesa, condicionada, ao resultado esperado, fixando-se o valor nominal, a partir do estudo que venha a ser elaborado, ou seja, o valor estabelecido pela consultoria, como "preço de mercado", condicionado sua percepção percentual, a partir do resultado obtido, ao que, em outros termos, virá assegurar à Administração Pública, somente despende recursos, daquilo que lhe for efetivamente "entregue".

Tomemos, ainda, a própria exigência do E. TCU³, no sentido de que os contratos administrativos obedeçam à regra do art. 55, III, da Lei nº 8.666/93, que prevê como cláusula necessária a fixação do "preço e as condições de pagamento" de forma clara e incontroversa, ao que transcrevemos:

³ TCU. Acórdão nº 458/2007, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz.



RESOLUÇÃO Nº 14.660

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Ao realizarmos a exegese do **art. 55, III, da Lei 8.666/93**, verifica-se, que não há a exigência de valor fixo nos contratos administrativos, mas sim de **cláusula que estabeleça o preço e as condições de pagamento**. Daí porque não há no regramento ou na doutrina consagrada qualquer vedação a fixação de valores remuneratórios não determinados, **desde que sejam determináveis**.

Portanto, a contratação de serviços que se vejam condicionados os pagamentos ao efetivo resultado útil, em favor da Administração Pública, com base em percentual sobre os valores auferidos, pode ser feita desde que haja previsão contratual acerca do percentual e das condições de pagamento, o qual deverá ser feito somente após o efetivo ingresso de recursos nas contas públicas.

Por todo o exposto, esta DIJUR estabelece posicionamento, quanto à possibilidade de contratação de assessorias ou consultorias financeiras, destinadas a elaboração de estudo técnico especializado, que traga suporte e subsídios à pretendida licitação, voltada a negociação da folha de pagamento do ente público municipal, ao passo que, de igual forma e, com base nos posicionamentos transcritos ao norte, tal contratação se dê sob a égide de contrato de risco e/ou êxito, precedido, igualmente, de licitação, dada a exata compreensão que tal forma aleatória e excepcional de contratação se amolda, dentre os riscos de efetivo resultado, como a mais adequada a preservação do interesse público.

2. Caso esta forma de pagamento não seja possível, qual seria a forma mais econômica e viável para o ente municipal?

A partir da posição exarada no primeiro item consultivo, entendemos como de melhor confluência entre o interesse público e a efetividade de contratação, que o mesmo se dê, ainda que excepcionalmente, sob a forma de contrato de êxito ou risco, compatibilizando-se as regras da contratação, aos resultados auferidos em licitação subsequente, em valor percentual proporcional a atividade a ser executada pela empresa de consultoria/assessoria contratada para elaboração de estudo técnico em matéria financeira.

Contudo, caso não seja esta a posição adotada pela Exma. Conselheira-Relatora e/ou pelo Colendo Plenário, há de se estabelecer a possível contratação, conforme inteligência da Lei de Licitações, a partir de processo licitatório, com o estabelecimento, pelo próprio Poder Público, ora contratante, a partir de valores apurados em mercado (pesquisa de preços), do quantum remuneratório a ser ajustado pela atividade pretendida.

RESOLUÇÃO Nº 14.660

Em tal hipótese, independentemente do resultado da sequencial licitação que venha a ser executada ou, ainda, da sua inexecução, deverá ser pago à contratada, pelos serviços de assessoria/consultoria desempenhados, o valor fixado em contrato.

Neste sentido, importa-nos estabelecer que a atividade a ser executada, em que pese a necessária verificação de expertise da contratada, não encerra atividade com complexidade tal, que autorize a contratação direta de uma dada empresa de consultoria/assessoria financeira, ao que se observa a impositiva realização de prévio processo licitatório, dada a existência de diversas pessoas jurídicas que atuam em tal segmento de atividade, em todo o país.

Assim, considerando o atendimento das formalidades regimentais para processamento dos presentes autos, sob a forma de consulta, conforme imperativo regimental e, ainda, com base na transcrita manifestação exarada pela Diretoria Jurídica deste TCM-PA, na forma do presente relatório e voto, submeto à consideração deste Colendo Plenário, o qual recebeu prévia distribuição aos Gabinetes dos Ilustres Conselheiros, com o escopo de conhecimento antecipado e aprofundamento sobre o tema em debate.

É o relatório.

VOTO

PRELIMINARMENTE, cumpre analisar da regularidade da presente **Consulta**, a qual se confirma, dado o atendimento das formalidades insculpidas no **artigo 1º, inciso XVI, da LC n.º 109/2016 c/c art. 298, incisos I a IV e art. 299, inciso I, ambos do RITCM-PA**, tendo sido formulada por autoridade competente, sob a forma de tese e com indicação de quesitos, para além de enfrentar tema com inescusável interesse às atividades de controle externo, realizadas por esta Corte de Contas, notadamente, quando busca traçar a preconizada atuação pedagógica, junto aos jurisdicionados, na



RESOLUÇÃO Nº 14.660

constitucional aplicação de recursos públicos, pelo que passo a análise de mérito da mesma, tal como interposta.

NO MÉRITO, conforme já delineado em relatório, acompanho e subscrevo, em sua integralidade, a manifestação trazida aos autos, pela Diretoria Jurídica (fls. 13/32), com os mesmos termos e fundamentos, extraindo-lhe, com o objetivo de formular resposta mais objetiva, com base nos quesitos formulados que:

1. É possível, sob os aspectos de legitimidade e legalidade, a contratação, via processo licitatório de instituição bancária/financeira privada, para gestão da folha de pagamentos dos Poderes Públicos Municipais, com o objetivo de aferição de receitas, usualmente denominada de "venda da folha de pagamentos", a teor dos precedentes do próprio TCU (Acórdão n.º 1940/2015-TCU-Plenário);

2. Para desenvolvimento do regular processo licitatório destinado a contratação dos referidos serviços bancários, poderá a Administração Pública, entendendo e comprovando não se ver dotada, dentro dos seus quadros próprios de pessoal, dos necessários e suficientes conhecimentos técnicos, com vistas a melhor instrução da fase interna, com avaliação do valor agregado de sua folha de pagamento, proceder com a contratação de serviços técnicos especializados, na área financeira, conforme previsão do **art. 13, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/93**;

3. A aludida contratação dos serviços técnicos especializados, poderá ser realizada por via de contrato de êxito ou contrato de risco, onde somente deverá pagar pelos serviços prestados, caso se dê por efetivada a comercialização da folha de pagamento, devendo, nestas hipóteses, estabelecer regramento quanto à compatibilização dos serviços prestados ao montante a ser auferido, de modo a atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme precedentes do próprio TCU (Acórdão n.º 2686/2008-TCU-Plenário).

RESOLUÇÃO Nº 14.660

4. Inobstante a contratação de êxito/risco, deverão ser estabelecidas, para atender ao melhor interesse público, faixas percentuais remuneratórias, de acordo com o alcance entre o valor apontado pelo estudo da assessoria contratada e o da efetiva contratação, junto a instituição bancária/financeira, inclusive com a ausência de pagamentos, caso se tenha prejudicado o certame, quer seja por ausência de propostas ou por esta não alcançar valores mínimos.

5. A contratação dos serviços de consultoria/assessoria, destinadas a elaboração de tais estudos financeiros que antecederiam o oferecimento das folhas de pagamento às Instituições Bancárias, deverão ser realizados via processo licitatório, a partir de critérios de técnica (demonstração de expertise) e preço (proposta com menor valor percentual), cabendo, ainda, ao Poder Público estabelecer o percentual máximo de remuneração, com base nos valores que vierem a ser percebidos pela municipalidade e, pagos, somente com o ingresso de receita nos cofres públicos, isto porque, apesar de se enquadrarem na condição de serviços técnicos especializados, não se vislumbra os demais requisitos autorizativos da contratação direta, quer seja sob a forma de dispensa, quer seja sob a forma de inexigibilidade, notadamente por ser serviço com uma ampla gama de empresas prestadoras e de conhecida atuação no mercado.

Ademais, ao passo de não localizar precedentes neste TCM-PA, quanto ao enfrentamento Plenário da matéria, que se imponha, desde já a necessária modulação de efeitos, notadamente para verificação, caso a caso, das orientações expedidas por este TCM-PA, nesta oportunidade, a teor dos **artigos 23 e 24, do Decreto-Lei nº 4.657/1942** (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), alterado pela **Lei Federal n.º 13.655/2018**.

Por fim, compreendendo que a situação *in concreto*, vinculada aos termos da consulta formulada, alcança realidade existente em praticamente todos os municípios sob jurisdição deste TCM-PA, consigno a necessidade de repercussão geral, da deliberação que venha a ser adotada por este Plenário, inclusive sob a forma de Prejulgado de Tese,

RESOLUÇÃO Nº 14.660

na forma regimentalmente prevista, com ampla divulgação entre os demais jurisdicionados, bem como junto aos setores técnicos desta Corte de Contas.

Esta é a resposta à consulta formulada, que submeto à deliberação do Egrégio Plenário.

Sala das Sessões do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará, em **23 de abril de 2019.**

MARA LUCIA
BARBALHO DA
CRUZ:23736879
253

Assinado de forma
digital por MARA LUCIA
BARBALHO DA
CRUZ:23736879253
Dados: 2019.05.06
10:05:51 -03'00'

Conselheira **Mara Lúcia**
Relatora

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE