

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE ESPLANADA

PROCESSO Nº 05082e22

PARECER Nº 00638-22

EMENTA: CONTRATAÇÃO DIRETA. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO DE ÊXITO. HONORÁRIOS. INSTRUÇÃO TCM Nº 01/2018.

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

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Sávio Mahmed, Advogado devidamente constituído pelo Município de Esplanada, endereçada a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, por meio do expediente aqui protocolado sob o nº 05082e22, questionando:

“1. É possível a contratação de escritório de advocacia com a finalidade de prestar serviços jurídicos para patrocínio de demanda judicial visando a recuperação de valores não repassados corretamente ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, por repercussão da inobservância do piso mínimo estabelecido para o VMAA do FUNDEF no ano de 2006, sob remuneração honorária fixa e irrealizável, correspondente a R\$ 0,20 (vinte centavos) para cada R\$ 1,00 (um real) do montante recuperado aos Cofres Municipais?”

2. *É possível a contratação de escritório de advocacia com a finalidade de prestar serviços jurídicos para patrocínio de demanda judicial (cumprimento de sentença - Processo nº 0050616-27.1999.4.03.6100) visando a recuperação de valores que deixaram de ser repassados tempestivamente ao Município em razão de fixação a menor do Valor Mínimo Anual por Aluno - VMAA, sob remuneração honorária fixa e irrealizável, correspondente a R\$ 0,15 (quinze centavos) para cada R\$ 1,00 (um real) do montante recuperado aos Cofres Municipais?*

3. *É possível a contratação de escritório de advocacia com a finalidade de prestar serviços jurídicos para revisão judicial e/ou administrativa dos valores devidos ao Fundo de Participação dos Municípios - FPM, em razão de seu repasse em patamares inferiores ao legalmente cabíveis, sob remuneração correspondente a R\$ 0,20 (vinte centavos) para cada R\$ 1,00 (um real) do montante recuperado aos Cofres Municipais? É possível a autorização imediata de destaque dos honorários contratuais na hipótese de recebimento de valores através de Precatório e/ou RPV, na forma prescrita no art. 22, §4º, da Lei nº 8.906/94.”*

Em caráter preliminar, importante registrar que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, **por força do artigo 3º, §4º, da Res. TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados sempre em tese**, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado, inclusive os vivenciados pelo Município de Esplanada.

Ademais, antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Prestados os esclarecimentos iniciais, necessário se faz afirmar que as consultas são manifestações em tese e não sobre casos concretos (artigo 209, parágrafo único, III, do Novo Regimento Interno TCM/BA), de modo que não há espaço para examinar as formas para se viabilizar uma possível decisão administrativa em determinado município, o que acarretaria adentrar no campo da discricionariedade e conveniência administrativa.

Assim, no presente caso, o objeto principal da exordial ora em exame, permeia sobre uma análise pertinente a razoabilidade e proporcionalidade na fixação dos honorários advocatícios em avenças que possuem como objeto a recuperação de valores e adequação de repasses pelo município, necessitando para tanto uma perquirição da casuística apresentada.

No mais, entende-se que em verdade, é o sistema de controle interno de cada Ente, amparado nas fontes do Direito, notadamente, na legislação, doutrina e jurisprudência, que deve subsidiar as decisões gerenciais do gestor público, não cabendo ao controle externo o papel de controle prévio.

Cumpra salientar, ademais, que entendendo que as contratações de serviços jurídicos aqui descritas possuem características de contratos de êxito, passaremos a dissertar sobre o referido instituto.

Nesse sentido, necessário se faz esclarecer que os honorários contratuais (ou convencionais) não se confundem com os sucumbenciais; os primeiros decorrem da contratação do advogado para atuar em determinada ação, e os outros remuneram aquele que alcançou decisão favorável no processo; desse modo, o artigo 22 da Lei 8.906/1994, que assegura aos advogados o direito aos honorários convencionais e aos de sucumbência, assim estabelece: “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.”

Desta maneira, no que pertine aos honorários contratuais, em sua grande maioria é pactuado por um valor fixo, independente do ganho da causa e outras vezes pode ser acordado um percentual sobre o proveito econômico que possa ser obtido com o processo – contrato de êxito.

Um passo adiante, entende-se que a necessidade de que seja estabelecido um limite para pagamento dos honorários decorre também da impossibilidade da administração pública conceder ou utilizar créditos ilimitados, conforme vedação contida no art. 167, inciso VII, da CRFB, bem como do art. 55, inciso III, da Lei de Licitações, que estabelece que todos os contratos administrativos devem estipular o preço do serviço contratado.

Neste contexto, imperioso consignar que, em 17.05.2018, este Tribunal de Contas editou a Instrução nº 01/2018, que, muito embora se refira à “contratação de serviços de advocacia, e de consultoria/assessoria tributária para recuperação de créditos tributários, ou previdenciários junto à Receita Federal do Brasil – RFB”, é também aplicável aos casos análogos, naquilo que lhes for compatível.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

Desta maneira, interpretando a mencionada Instrução Normativa, sob a égide da Lei nº 8.666/93, entende-se que, em situações excepcionais, admite-se a celebração de contrato de êxito quando a práxis mercadológica implique na escolha da modalidade, impondo, para tanto, certos requisitos e cautelas ao gestor municipal.

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

do contrato o valor estimado dos honorários e a reserva de dotações orçamentárias para o correlato adimplemento.

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

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

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

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

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

§2º Em caso de recurso interposto pela União, determina-se que, mesmo nas hipóteses acima citadas, a administração não efetue o pagamento integral dos honorários advocatícios tendo em vista a possibilidade de anulação ou reforma da decisão judicial;” (destaques no original)

A opção contratual ora evidenciada fora assim definidas na Instrução TCM nº 01/2018:

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

(..)

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

Os contratos de êxito a serem firmados com a Administração Pública devem estabelecer um valor fixo ou estimado, não podendo prever percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas pelo contratado, ou ainda cláusulas que tragam alguma incerteza quanto ao valor a ser empenhado, liquidado e pago pela contratante.

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

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

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

No mais, em interpretação ao citado art. 3º, parágrafo único da citada Instrução nº 01/2018, extrai-se que a razoabilidade de eventual porcentagem sobre o valor efetivamente auferido, como pagamento pelos serviços advocatícios prestados, deve ser feita casuisticamente, “levando-se em consideração o porte do município, a natureza e complexidade da causa, bem como a análise e previsão de cláusula contratual específica tratando sobre o deslinde final das demandas administrativas e judiciais”, assim como a necessária pesquisa de mercado, conforme outrora citado, destacadamente:

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

Também se faz necessário reiterar à luz da Instrução Normativa TCM nº 01/2018, que o órgão fazendário e a Procuradoria jurídica, além do já mencionado Controle Interno, atu-



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

em diretamente no processo administrativo, motivando, atestando e aprovando a pretendida contratação, consoante instrui o art. 5º:

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

Por fim, cumpre-se afirmar que tramita nesta Corte de Contas processo de Incidente de Uniformização, no qual este Tribunal se pronunciará, fixando tese jurídica pertinente a razoabilidade dos preços advindos da contratação de serviços jurídicos.

É o parecer. À consideração superior.

Salvador, 06 de abril de 2022.

Cristina Borges dos Santos
Assessora Jurídica