



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*Processo TC 05724/16*

Origem: Prefeitura Municipal de Sousa

Natureza: Licitação – inexigibilidade 02/2015

Responsável: André Avelino de Paiva Gadelha Neto

Interesados: Mouzalas, Borba e Azevedo Advogados Associados (CNPJ 10.365.402/0001-43)  
Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva (CPF 008.076.924-17)

Advogado: Marco Aurélio de Medeiros Vilar – OAB/PB 12.902

Relator: Conselheiro André Carlo Torres Pontes

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E CONTRATO.** Município de Sousa. Inexigibilidade. Contratação de escritório de advocacia visando a regularização do repasse constitucional da cota-parte do ICMS pertencente ao Município. Possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação. Remuneração contratual vinculada à arrecadação do imposto. Inconstitucionalidade. Precedentes do STF e de Tribunais de Contas. Irregularidade.

**ACÓRDÃO AC2 - TC 03020/16**

**RELATÓRIO**

**1. Dados do procedimento:**

1.1. Órgão/entidade: Prefeitura de Sousa.

1.2. Licitação/modalidade: inexigibilidade 02/2015.

1.3. Objeto: contratação de escritório de advocacia visando a regularização do repasse constitucional da cota-parte do ICMS pertencente ao Município.

1.4. Fonte de recursos/elemento de despesa: recursos próprios.

1.5. Autoridade homologadora: André Avelino de Paiva Gadelha Neto – Prefeito Municipal.

**2. Dados do contrato:**

2.1. Nº: 063/2015 –CPL (fls. 64/66).

2.2. Contratado: Mouzalas, Borba e Azevedo Advogados Associados (CNPJ 10.365.402/0001-43).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*Processo TC 05724/16*

2.3. Valor: **20%** do valor estimado a ser recuperado, a título de repasses constitucionais obrigatórios de ICMS não efetivados, em razão de benefícios fiscais concedidos, nos anos de 2010 a 2014, no valor de R\$23.141.866,18, e **20%** sobre todo e qualquer benefício econômico, a partir do reconhecimento pelo Município de Sousa, notadamente o crescimento dos valores mensais repassados ao Município contratante advindo do ICMS, em consequência, direta ou indiretamente, dos serviços jurídicos prestados pela parte contratada na demanda que será proposta nos termos do instrumento contratual, pelo prazo de vigência de 12 meses a partir da concessão da liminar.

2.4. Data da assinatura: 17 de março de 2015.

2.5. Vigência: 16 de março de 2016.

Em Relatório Inicial de fls. 175/179, a Auditoria desta Corte de Contas concluiu pela irregularidade do procedimento licitatório, haja vista as ausências de: a) fundamentos para escolha do executante; b) justificativa de preço; c) previsão do valor estimado para a arrecadação; e d) o valor de contratação em sobrepreços, com duplicidade de incidência do percentual de 20%. Segundo o Órgão de Instrução, o serviço em questão não poderia ser contratado através de inexigibilidade pois há a viabilidade de competição.

O responsável, Sr. ANDRÉ AVELINO DE PAIVA GADELHA NETO, regularmente citado a se pronunciar a respeito das constatações da Auditoria, apresentou defesa às fls. 184/330. Depois de examiná-la, o Órgão Técnico emitiu o relatório de fls. 334/341, concluindo pela permanência das irregularidades apontadas anteriormente.

Instado a se pronunciar, o Ministério Público de Contas, em parecer da lavra do Procuradora Elvira Samara Pereira de Oliveira, fls 343/356, opinou pelo(a): JULGAMENTO IRREGULAR do procedimento de inexigibilidade de licitação, bem como do contrato dele decorrente; APLICAÇÃO DE MULTA ao Sr. André Avelino de Paiva Gadelha Neto; Representação ao Ministério Público Comum; e RECOMENDAÇÃO no sentido de conferir estrita observância às normas consubstanciadas na Constituição Federal, aos princípios que norteiam a Administração Pública, bem como à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8666/93).

O processo foi agendado para a presente sessão com as comunicações de estilo.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

Processo TC 05724/16

**VOTO DO RELATOR**

A licitação, nos termos constitucionais e legais, tem dupla finalidade: tanto é procedimento administrativo tendente a conceder à pública administração melhores condições (de técnica e de preço) nos contratos que celebrar, quanto e precipuamente se revela como instituto de concretude do regime democrático, pois visa, também, facultar à sociedade a oportunidade de participar dos negócios públicos. Por ser um procedimento que só garante a eficiência na Administração, visto que sempre objetiva as propostas mais vantajosas, a licitação, quando não realizada ou realizada em desacordo com a norma jurídica, longe de configurar mera informalidade, constitui séria ameaça aos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade e moralidade, além de profundo desacato ao regime democrático, pois retira de boa parcela da atividade econômica a faculdade de negociar com a pública administração.

Inicialmente, quanto às maculas apontadas pela Auditoria, tangentes à ausência de justificativa de preço e à contratação de serviços de advocacia por meio de inexigibilidade de licitação e não por concurso público, este egrégio Tribunal de Contas, em casos análogos, já vem considerando regulares as contratações.

Tema de relevo se refere à cláusula que estipula a remuneração pela contraprestação dos serviços a seguir deduzida:

a) **20% do valor estimado a ser recuperado**, a título de repasses constitucionais obrigatórios de ICMS não efetivados, em razão de benefícios fiscais concedidos, nos anos de 2010 a 2014, no valor de R\$23.141.866,1;

b) **20% sobre todo e qualquer benefício econômico**, a partir do reconhecimento pelo Município de Sousa, **notadamente o crescimento dos valores mensais repassados ao Município contratante advindo do ICMS**, em consequência, **direta ou indiretamente**, dos serviços jurídicos prestados pela parte contratada na demanda que será proposta, pelo prazo de vigência de 12 meses a partir da concessão da liminar.

Nos termos do art. 22, a Lei Nacional 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), elenca as formas de remuneração pela prestação de serviços dos integrantes da categoria:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*Processo TC 05724/16*

*Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.*

O imbróglio ventilado nos autos, refere-se, exclusivamente aos honorários convencionados, porquanto estariam, conforme contrato celebrado para recuperação de créditos de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, vinculando a receita do imposto, em desacordo com o inciso IV do art. 167 da Constituição Federal/88.

De início, cabe divagar sobre particularidades do sistema tributário nacional. O sistema tributário nacional contempla tributos submissos a várias classificações. Dentre outras formas, os tributos podem ser **classificados quanto à hipótese de incidência**. Nesta senda, a espécie fiscal pode estar contida no grupo dos tributos vinculados ou não vinculados.

**Vinculados** são aqueles tributos, também chamados de retributivos, cujo fato gerador para se aperfeiçoar depende de uma atuação estatal – “fato do Estado” -, transmutada numa ação do sujeito ativo em favor do sujeito passivo. Não é demais assinalar que, a hipótese de incidência tributária descreve, em regra, cinco elementos: o **pessoal** representado pelos sujeitos ativo e passivo, definindo direitos e obrigações; o **material**, condizente à essência do fato, a exemplo da propriedade, aquisição de renda e circulação de mercadoria, firmando a competência para a exação; o **espacial**, a determinar o lugar da sua ocorrência, evitando conflito de competências ou tratamento fiscal específico; o **temporal**, a firmar o momento de sua completude para definição da legislação aplicável; e o **quantitativo**, a formatar o cálculo do valor devido.

Para o surgimento da respectiva obrigação, é preciso que o fato imponível ou fato gerador concreto ou real, ante os princípios da tipicidade e da legalidade fiscal, se apresente tal qual a hipótese de incidência ou fato gerador abstrato descrito em Lei, reunindo todos os seus elementos.

Nos tributos vinculados, a completude do elemento material está sempre dependente de uma ação estatal. Como exemplo, podem ser citadas a taxa, cuja materialidade decorre da atuação estatal no *exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição* (CF, art. 145, II), e a contribuição de melhoria, em que somente haverá a presença de elemento material com a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*Processo TC 05724/16*

realização pela Administração de *obras públicas de que decorra valorização imobiliária* (Código Tributário Nacional, art. 81).

Quanto aos impostos, todavia, o Código Tributário Nacional veda, expressamente, a sua vinculação, ao assinalar que a concretização do seu fato gerador independe de qualquer atividade estatal específica em favor do contribuinte, estando, assim, no rol dos tributos **não vinculados** ou contributivos. Vejamos:

*CTN. Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.*

Nessa ótica, não haveria qualquer restrição à inquinada cláusula contratual remuneratória, porquanto, além de ser fonte formal do direito sem tal finalidade, não está criando nenhuma condicionante à completude do fato gerador do imposto a que se refere (ICMS).

Mas os tributos também são **classificados quanto ao destino de sua arrecadação**. Para Ricardo Alexandre, em sua obra *Direito Tributário Esquematizado*:

*“O primeiro ponto importante é não confundir esta classificação com a anterior (quanto ao fato gerador). Lá, o divisor de águas é se a situação definida em lei como necessária e suficiente para o surgimento da obrigação de pagar tributo é uma atividade do Estado ou um fato do contribuinte. Aqui, a preocupação é com a liberdade que o Estado possui para definir a aplicação do produto da arrecadação”.* (Ob. cit. 3ª edição. São Paulo: Método, 2009, p. 91).

Nessa classificação, o foco não está na materialidade do fato gerador, nem em outro elemento qualquer, e sim fora dele. Refere-se a momento posterior à sua ocorrência, ou melhor, a momento subsequente à arrecadação fiscal. Nem mesmo relação jurídico tributária há, uma vez já ter sido extinto do crédito tributário com o pagamento pelo sujeito passivo em favor do sujeito ativo – o tratamento nessa órbita é eminentemente de direito financeiro. Ou seja, distingue-se o tributo para classificá-lo pela indicação em qual finalidade a sua arrecadação está direcionada.

No grupo dos tributos **de arrecadação vinculada**, se inserem as contribuições sociais para a seguridade social, cujos recursos arrecadados somente podem ser aplicados em ações nas áreas públicas de previdência, saúde e assistência social, segundo a dicção dos arts. 194 e 195, da Constituição Federal:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

Processo TC 05724/16

*Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.*

*Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes **contribuições sociais**:*

*I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:*

*a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;*

*b) a receita ou o faturamento;*

*c) o lucro;*

*II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;*

*III - sobre a receita de concursos de prognósticos;*

*IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.*

O mesmo fenômeno ocorre com o empréstimo compulsório, cujo produto da arrecadação somente pode ser aplicado em despesas associadas à calamidade pública, guerra externa ou sua iminência e a investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. Vejamos o art. 148 da Carta da República, notadamente o seu parágrafo único:

*Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:*

*I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;*

*II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*Processo TC 05724/16*

*Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.*

Assim, a legislação infraconstitucional pode – e deve -, ao disciplinar tais figuras tributárias, vincular o produto de sua arrecadação às finalidades particulares inerentes a cada uma delas.

O imposto, ao contrário, classificado como tributo **de arrecadação não vinculada**, não pode ter o produto auferido vinculado a esta ou àquela despesa, de forma que o ente estatal possa direcionar a sua receita livremente em relação, por óbvio, aos gastos autorizados no orçamento. Essa premissa deriva de preceito constitucional que veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, com exceção àquelas derivadas de ações e serviços públicos de saúde, de manutenção e desenvolvimento do ensino, de atividades da administração tributária e de garantias em operações de crédito. Cite-se o dispositivo da Constituição Federal de 1988:

*Art. 167. São vedados:*

*IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;*

A respeito do tema, vinculação das receitas de impostos, o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas oportunidades, vem decidindo pela inconstitucionalidade da vinculação de receita de impostos a órgãos, fundo ou despesa, por ofensa ao inciso IV do art. 167 da Constituição Federal.

No recurso extraordinário 183.906, o STF reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos de lei paulista que vinculava percentual de majoração do ICMS a aumento de capital de caixa econômica, para financiamento de programa habitacional:

*“A teor do disposto no inciso IV do art. 167 da CF, é vedado vincular receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. A regra apanha situação concreta em que lei local implicou*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

Processo TC 05724/16

*majoração do ICMS, destinando-se o percentual acrescido a um certo propósito – aumento de capital de caixa econômica, para financiamento de programa habitacional. Inconstitucionalidade dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei 6.556, de 30 de novembro de 1989, do Estado de São Paulo.” (RE 183.906, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 18-9-1997, Plenário, DJ de 30-4-1998.). No mesmo sentido: RE 258.714-AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJE de 15-2-2012; AI 579.411-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-10-2009, Primeira Turma, DJE de 27-11-2009; AI 463.587-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, DJE de 14-8-2009; RE 411.044-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-10-2007, Segunda Turma, DJE de 30-11-2007; RE 329.196-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 17-9-2002, Segunda Turma, DJ de 11-10-2002; RE 194.050, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 7-12-1999, Primeira Turma, DJ de 3-3-2000.*

Sob o mesmo fundamento, o STF, na ADI 2.355-MC, também declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que impunha aos Municípios destinar 50% de suas cotas de ICMS a áreas indígenas localizadas em seus territórios:

*“Lei estadual que determina que os Municípios deverão aplicar, diretamente, nas áreas indígenas localizadas em seus respectivos territórios, parcela (50%) do ICMS a eles distribuída – Transgressão à cláusula constitucional da não afetação da receita oriunda de impostos (CF, art. 167, IV) e ao postulado da autonomia municipal (CF, art. 30, III) – Vedação constitucional que impede, ressalvadas as exceções previstas na própria Constituição, a vinculação, a órgão, fundo ou despesa, do produto da arrecadação de impostos – Inviabilidade de o Estado-membro impor, ao Município, a destinação de recursos e rendas que a este pertencem por direito próprio – Ingerência estadual indevida em tema de exclusivo interesse do Município – Doutrina – Precedentes – Plausibilidade jurídica do pedido – Configuração do periculum in mora – Medida cautelar deferida.” (ADI 2.355-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-6-2002, Plenário, DJ de 29-6-2007).*

Na mesma esteira, a Corte Suprema, ADI 1.689, decretou a inconstitucionalidade de normativo que vinculava receita de imposto a programas de assistência integral à criança e ao adolescente:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

Processo TC 05724/16

“... o inciso **IV do art. 167 da CF**, hoje com a redação dada pela EC 29, de 14-9-2000, veda ‘a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, e 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo’. A vedação é afastada, portanto, apenas nas hipóteses expressamente ressalvadas, **que não abrangem os programas de assistência integral à criança e ao adolescente**. É que, quanto a isso, o inciso IV do art. 167 da CF encerra norma específica, fazendo ressalva expressa apenas das hipóteses tratadas nos arts. 198, § 2º (Sistema Único de Saúde), e 212 (para manutenção e desenvolvimento do ensino).” (ADI 1.689, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 12-3-2003, Plenário, DJ de 2-5-2003.) No mesmo sentido: ADI 4.102-MC-REF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-5-2010, Plenário, DJE de 24-9-2010).

Outra lei estadual também não encontrou guarida no art. 167, inciso IV da Constituição Federal, ao vincular receita de imposto ao apoio de produtores rurais, pesquisa do algodão, conforme decidido pelo STF na ADI 2.722:

“Observe-se, ainda, que o art. 7º da Lei estadual impugnada determinou que do valor do crédito fiscal previsto no seu art. 3º 40% (quarenta por cento) deverá ser recolhido para **apoiar os produtores** e 10% (dez por cento), para a **pesquisa do algodão**. Tem-se aqui inequívoca afronta ao disposto no **art. 167, IV, da Constituição**, que veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesas. Ressalte-se que esta Corte houve por bem declarar a inconstitucionalidade de lei paulista que destinou 1% do ICMS ao fornecimento de programas habitacionais, por afronta ao dispositivo constitucional mencionado (RE 183.906/SP, RTJ 167, p. 287/295.)” (ADI 2.722, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15-9-2005, Plenário, DJ de 19-12-2006).

Lei do Distrito Federal, relacionada ao imposto sobre a propriedade de veículos automotores, da mesma forma, teve a sua inconstitucionalidade declarada ao vincular benefício fiscal ao incentivo de atividades esportivas, conforme ADI 1.750:

“É inconstitucional a lei complementar distrital que cria programa de incentivo às atividades esportivas mediante concessão de benefício fiscal às pessoas jurídicas, contribuintes do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

Processo TC 05724/16

*IPVA, que patrocinem, façam doações e investimentos em favor de atletas ou pessoas jurídicas. O ato normativo atacado faculta a vinculação de receita de impostos, vedada pelo art. 167, IV, da CB/1988. Irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos.” (ADI 1.750, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 20-9-2006, Plenário, DJ de 13-10-2006).*

Vinculação de receita de ICMS a fundo paraense de cultura seguiu para a mesma vala da inconstitucionalidade, através da ADI 2.529:

*“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.133/2001, do Estado do Paraná, que instituiu o Programa de Incentivo à Cultura, vinculando parte da receita do ICMS ao Fundo Estadual de Cultura. Violação ao art. 167, IV, da CF. Precedentes. Ação direta julgada procedente.” (ADI 2.529, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-6-2007, Plenário, DJ de 6-9-2007).*

Se leis não podem, por inconstitucionalidade reconhecida em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, vincular receita de impostos a projetos, programas e atividades relacionados a habitação, áreas indígenas, assistência à criança e ao adolescente, agricultura, pesquisa rural, esporte e cultura, também não podem contratos dispor sobre destinação vinculada de recursos de ICMS captados em demandas judiciais ou administrativas de recuperação de valores, para pagamento de honorários advocatícios.

Não cabe, nesse cenário, invocar lei ordinária estatutária da Ordem dos Advogados do Brasil, quando norma constitucional, no caso específico, dispõe de forma diversa. Na hermenêutica jurídica, resolve-se o conflito de normas no tempo e no espaço pelos critérios da hierarquia, cronologia e especificidade. No caso de confronto de normas de hierarquias distintas – Constituição Federal e Lei Ordinária – pacifica-se o conflito fazendo prevalecer comando estabelecido em regramento de hierarquia superior, desaguando numa interpretação meramente restritiva em relação ao disciplinado em normativo de hierarquia inferior, sem qualquer derrogação de seus preceitos, que serão plenamente aplicáveis no exame de outros fatos.

De mais a mais, a contratação com o Poder Público possui algumas particularidades, dentre elas a observância das normas do Direito Público, conforme ensinamento do professor Helly Lopes Meireles, quando diz que: *“É a participação da Administração, derogando normas de*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

Processo TC 05724/16

*Direito Privado e agindo publicae utilitatis causa, sob égide do Direito Público que tipifica o contrato administrativo.”*

O eminente professor ainda complementa que: *“na interpretação do contrato administrativo é preciso ter sempre em vista que as normas que o regem são as do Direito Público, suplementadas pelos princípios da Teoria Geral dos Contratos e do Direito Privado, e não o contrário.”*

Dessa forma, a celebração de contrato pela Administração Pública, onde esteja previsto que o contratado perceberá, a título de remuneração, um percentual sobre as receitas de impostos auferidas pelo ente, com as ações administrativas ou judiciais exitosas promovidas pelo contratado, viola o preceito contido no art. 167, IV, da Constituição Federal.

A respeito da matéria, há entendimentos reiterados de outros Tribunais de Contas. O Tribunal de Contas de Santa Catarina se manifestou, em casos semelhantes, nos seguintes termos:

*“O contrato a ser firmado com o profissional do Direito deverá ter **valor fixo**, não podendo se prever percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas pelo contratado, **salvo** se a Administração firmar contrato de **risco puro**, onde não despenda nenhum valor com a contratação, sendo a remuneração do contratado, exclusivamente, proveniente dos **honorários de sucumbência devidos pela parte vencida**, nos montantes determinados pelo juízo na sentença condenatória”. (Fonte: Processo COM - 0303065230/Decisão 2762/2003. Data da sessão: 18.08.2003. Prejulgado 1.427).*

Em julgado análogo, o Tribunal de Contas do Estado de Tocantins, quando da análise do Processo 0446/2011, proferiu a seguinte decisão assim ementada:

*“EMENTA: Consulta. Prefeitura Municipal de Aliança do Tocantins. Questionamentos: 1) viabilidade jurídica de contratação de serviços técnicos especializados de assessoramento para constituição e cobrança de créditos; 2) possibilidade da inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços e 3) possibilidade de definição do valor do contrato sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas. **No mérito**, responder ao consulente que como regra geral a representação judicial, extrajudicial e assessoramento de entes públicos devem ser feitos por Procurador Público e Assessoria Própria. Contratação de serviços de assessorias ou consultoria técnicas particulares – excepcionalidade*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

Processo TC 05724/16

*condicionada à Lei de Licitações. A licitação poderá ser dispensada ou inexigível, caso sejam atendidos os requisitos insertos, respectivamente, no inciso II do art. 24 ou no inciso II, combinado com o § 1º do artigo 25 da Lei Federal nº8.666/93. Sendo substitutivo de pessoal computar-se-à no limite de despesa com pessoal previsto na LRF. **Impossibilidade de vinculação do valor dos honorários sobre as receitas auferidas, salvo em contrato de risco integral com previsão de remuneração de sucumbência fixada pelo juízo na sentença condenatória. Conhecimento da consulta. Ciência à autoridade consulente. Publicação. Arquivamento.***

Na mesma fenda, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, nos autos do Termo de Ocorrência TCM 65.032/08, assim se pronunciou:

*“O Contrato de Risco, pactuado entre o Município de Teixeira de Freitas e a empresa ADVOCACIA SAFE CARNEIRO S/C, pela sua própria natureza, torna-se incompatível com o regime jurídico dos contratos administrativos, na medida em que a participação do Poder Público impõe a observância de regras específicas, de tutela do interesse público, de caráter indispensável, que **impedem a realização de despesas com a contraprestação dos seus contratantes através de pagamentos indefinidos e futuros.***

*O percentual de 12% (doze por cento), a título de honorários advocatícios, do importe acrescido ao Fundo de Participação do Município estabelecido no instrumento normativo pactuado não encontra guarida no inciso IV e § 4º do artigo 167 da Carta Federal vez que o princípio constitucional da não vinculação é inquestionável. Vale dizer: somente as exceções expressamente elencadas no citado inciso fogem à regra geral.*

*O Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria, vem decidindo no sentido de coibir a vinculação de receita seja a qualquer título, excetuando, por óbvio, as exceções insertas nos dispositivos citados.”*

Como se observa, é firme a jurisprudência no que diz respeito à vedação da vinculação da receita de imposto ao pagamento pelo serviço advocatício realizado, vez que viola o preceito contido no art. 167, IV, da Constituição Federal. Vê-se, pois, que a vedação da vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa representa uma regra, devendo as exceções estarem expressas no Texto Fundamental, o que não alcança honorários advocatícios.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*Processo TC 05724/16*

Por todo o exposto, observa-se que a cláusula 3ª do contrato 0063/2015-CPL, quando estipula o percentual sobre receitas públicas advindas de repasses constitucionais obrigatórios, viola preceito da Constituição Federal contido no art. 167, inciso IV, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Contas.

No caso dos autos, o contrato a ser firmado com o profissional do direito poderá estabelecer valor fixo, não podendo prever percentual sobre as receitas de imposto auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas pelo contratado, ou, caso a Administração firme contrato de risco puro, onde não haja qualquer dispêndio de valor com a contratação, será hipótese de remuneração do contrato, exclusivamente, proveniente dos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados e fixados pelo juízo na sentença condenatória.

E ainda, é preciso observar, para os casos de desembolso pela entidade pública contratante, **não poder haver autorização para pagamento de contraprestação, em decorrência de concessão de liminar, antecipação de tutela, ou decisão recorrível**, uma vez que o procedimento poderá vir a ser posteriormente cassado, cabendo, em consequência, condicionar-se a quitação do serviço à satisfação definitiva da demanda, em harmonia com o inciso III do § 2º do art. 63, da Lei de Normas Gerais de Direito Financeiro – Lei 4320/64:

*Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.*

*§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:*

*III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.*

Anote-se, a liquidação da despesa pública, fase imediatamente antecedente do pagamento, reclama pela efetividade da prestação do serviço, cujo atributo, tratando-se de serviço advocatício, somente se apresenta com a sentença definitiva da ação transitada em julgado.

Ademais, tangente a parte da cláusula 3ª do referido contrato, que estipula o pagamento do **percentual de 20% (vinte por cento) do valor estimado a ser recuperado**, a título de repasses constitucionais obrigatórios de ICMS não efetivados, em razão de benefícios fiscais concedidos, nos anos de 2010 a 2014, no valor de R\$23.141.866,18, o Ministério Público de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*Processo TC 05724/16*

Contas, em sua análise, observou que nesta parte da cláusula contratual *o Município deverá pagar a título de honorários ao advogado contratado 20% sobre o valor estimado, que é fixo e independente de qualquer sucesso do município, ou seja, 20% de R\$23.141.866,18. Portanto, o advogado (ou o escritório) já recebe, de plano e independente de qualquer condição, “a bagatela” de R\$4.628.363,23. Destaque-se que pelo contrato, ainda que o município de Sousa perca integralmente a lide, terá que pagar ao escritório advocatício essa quantia astronômica.*

Os parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º do art. 85 da Lei 13.105/15 (novo Código de Processo Civil) que entrou em vigência no mês de março de 2016, tratam da fixação dos honorários advocatícios em ações em que a Fazenda Pública seja parte, assim, embora não se aplique ao presente contrato, porquanto celebrado em 2015, devem ser levados em consideração para contratos desta natureza firmados desde aquela data.

Ante o exposto voto pela **IRREGULARIDADE** da **inexigibilidade 02/2015** e do decorrente contrato 063/2015, celebrado sob a responsabilidade do Sr. ANDRÉ AVELINO DE PAIVA GADELHA NETO, com o objetivo de contratação de escritório de advocacia visando a regularização do repasse constitucional da cota-parte do ICMS pertencente ao Município de Sousa, **ALERTANDO** ao gestor que em contratos desta natureza seja estipulada cláusula remuneratória contemplando valor fixo compatível com a complexidade da causa, não podendo se prever percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas pelo contratado, salvo se a Administração firmar contrato de risco puro, onde não despenda nenhum valor com a contratação, sendo a remuneração do contratado, exclusivamente, proveniente dos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados pelo juízo na sentença condenatória; e ainda, é preciso observar, para os casos de desembolso pela entidade pública contratante, não poder haver autorização para pagamento de contraprestação em decorrência de concessão de liminar, antecipação de tutela, ou decisão recorrível, uma vez que o procedimento poderá vir a ser posteriormente cassado, cabendo, em consequência, condicionar-se a quitação do serviço à satisfação definitiva da demanda pelo contratado. Em qualquer caso, o pagamento deve ser condicionado à regular liquidação da despesa pública, nos moldes da Lei 4.320/64.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO  
2ª CÂMARA

*Processo TC 05724/16*

**DECISÃO DA 2ª CÂMARA DO TCE/PB**

Vistos, relatados e discutidos os autos do **Processo TC 05724/16**, referentes à inexigibilidade de licitação 02/2015 e ao contrato 063/2015-CPL, realizados pela Prefeitura de Sousa, sob a responsabilidade do Prefeito ANDRÉ AVELINO DE PAIVA GADELHA NETO, objetivando a contratação de escritório de advocacia visando a regularização do repasse constitucional da cota-parte do ICMS pertencente ao Município, **ACORDAM** os membros da 2ª CÂMARA do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (2ªCAM/TCE-PB), à unanimidade, nesta data, conforme o voto do Relator, em:

**I - JULGAR IRREGULARES** o procedimento licitatório e o contrato dele decorrente; e

**II – ALERTAR** ao gestor que em contratos desta natureza seja estipulada cláusula remuneratória contemplando valor fixo compatível com a complexidade da causa, não podendo se prever percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas pelo contratado, salvo se a Administração firmar contrato de risco puro, onde não despenda nenhum valor com a contratação, sendo a remuneração do contratado, exclusivamente, proveniente dos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados pelo juízo na sentença condenatória; e ainda, é preciso observar, para os casos de desembolso pela entidade pública contratante, não poder haver autorização para pagamento de contraprestação em decorrência de concessão de liminar, antecipação de tutela, ou decisão recorrível, uma vez que o procedimento poderá vir a ser posteriormente cassado, cabendo, em consequência, condicionar-se a quitação do serviço à satisfação definitiva da demanda pelo contratado. Em qualquer caso, o pagamento deve ser condicionado à regular liquidação da despesa pública, nos moldes da Lei 4.320/64.

Registre-se, publique-se e cumpra-se.

TCE – Sala das Sessões da 2ª Câmara.

Mini-Plenário Conselheiro Adailton Coêlho Costa.

João Pessoa, 22 de novembro de 2016.

Assinado 30 de Novembro de 2016 às 12:08



**Cons. Arnóbio Alves Viana**

PRESIDENTE

Assinado 23 de Novembro de 2016 às 12:14



**Cons. André Carlo Torres Pontes**

RELATOR

Assinado 24 de Novembro de 2016 às 08:58



**Manoel Antonio dos Santos Neto**

MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO