



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

Origem: Secretaria de Finanças do Município de Campina Grande

Natureza: Licitação – inexigibilidade 021/2011

Interessado: Júlio César Arruda Câmara Cabral (ex-Secretário) / Jacy Toscano de Brito (Secretário)

Relator: Conselheiro André Carlo Torres Pontes

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E CONTRATO.** Município de Campina Grande. 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. Fixação de prazo para adequação do contrato à lei.

### RESOLUÇÃO RPL - TC 00001/13

#### RELATÓRIO

##### **1. Dados do procedimento:**

- 1.1. Órgão/entidade: Secretaria de Finanças do Município de Campina Grande.
- 1.2. Licitação/modalidade: inexigibilidade 021/2011.
- 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: Júlio César Arruda Câmara Cabral – ex-Secretário (fls. 92 e 122).

##### **2. Dados do contrato:**

- 2.1. Nº: 297/2011/SAD/PMCG (fls. 119/122).
- 2.2. Contratado: Lucena de Brito Advogados (CNPJ 10.672.847/0001-76).
- 2.3. Valor: 20% do êxito obtido incidindo da seguinte forma: **a)** mensalmente sobre a importância que o Município vier a receber a mais em forma estipulada de cálculo no que diz respeito ao repasse da cota-parte do ICMS partilhado; **b)** sobre a importância que o Município vier a receber alusiva aos últimos 05 anos, decorrente de Sentença Judicial, Acordo Judicial ou Extrajudicial.
- 2.4. Data da assinatura: 16 de maio de 2011. Vigência: 31 de dezembro de 2012.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

Em Relatório Inicial de fls. 128/130, a Auditoria dessa Corte de Contas concluiu pela irregularidade do procedimento licitatório, haja vista as ausências de: fundamentos para escolha do executante; justificativa de preço; e previsão do valor estimado para a arrecadação. Segundo, ainda, a Auditoria, o serviço em questão não poderia ser contratado através de inexigibilidade e sim por meio de concurso público.

O responsável, Sr. JÚLIO CÉSAR ARRUDA CÂMARA CABRAL, regularmente citado a se pronunciar a respeito das constatações da Auditoria, apresentou defesa às fls. 133/160. Depois de examiná-la, o Órgão Técnico emitiu o relatório de fls. 162/172, concluindo pela permanência das seguintes irregularidades:

- a) Ausência de justificativa de preço; e
- b) A contratação não poderia ser feita por processo licitatório, mas sim por meio de concurso público, observados o art. 37, II e IX, da CF, e o art. 25, da Lei 8666/93.

Instado a se pronunciar, o Ministério Público, em parecer da lavra do Procurador Marcílio Toscano Franca Filho, fls 173/187, opinou pelo(a): JULGAMENTO IRREGULAR do procedimento de inexigibilidade de licitação, bem como do contrato dele decorrente; APLICAÇÃO DE MULTA ao Sr. Júlio César Arruda Câmara Cabral; 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).

Em despacho proferido às fls. 188/189, o Relator determinou a citação dos Srs. JÚLIO CÉSAR ARRUDA CÂMARA CABRAL, HIDELBRANDO EVANGELISTA DE BRITO e RAFAEL LUCENA EVANGELISTA DE BRITO, para que os mesmos se pronunciassem a respeito da cláusula contratual em que se estipula como pagamento pela cotraprestação dos serviços o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o êxito, vinculando receita do Município.

Os interessados vieram aos autos, por meio de defesa e documentos apresentados às fls. 199/383, sendo analisados pela d. Auditoria, que concluiu pela regularidade do percentual de 20% aplicado no contrato, tendo em vista ser corriqueira a aplicação de ganho, pelo advogado, de percentual sobre o valor da causa.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

O Ministério Público, em novel Parecer, opinou no sentido de que a previsão contratual da forma de remunerar o trabalho profissional dos contratados, com base no percentual de 20% (vinte por cento) do ganho obtido pelo Município, além de atender ao parâmetro legal específico, não revela ofensa ao artigo 167, IV, da CF, que se dirige aos orçamentos públicos, ratificando, por fim, o Parecer de fls. 173/187.

Em Sessão realizada no dia 16 de outubro de 2012, os membros da 2ª Câmara deste Tribunal decidiram, por meio da Resolução RC2 - TC 00387/12, encaminhar a matéria ao Tribunal Pleno para julgamento do mérito, em razão da relevância do tema.

Inicialmente, o processo foi agendado para o dia 05 de dezembro de 2012, no entanto, os interessados, Srs. HIDELBRANDO EVANGELISTA DE BRITO e RAFAEL LUCENA EVANGELISTA DE BRITO, protocolaram pedido de adiamento do julgamento do referido processo (Documento TC 24824/12), tendo sido marcado o julgamento para 19/12/2012.

Mais uma vez adiado, agora por motivo de numerosos itens na paura, o processo foi agendado para esta sessão com as intimações de estilo.

Acrescente-se que, através do Documento TC 01123/13, de 22/01/2013, os representantes do contratado apresentaram requerimento de juntada de cópia de sentença proferida pela 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital que, segundo eles “*comprova a completa e exitosa prestação dos serviços profissionais contratados perante a Justiça de Primeira Instância, ao tempo que protestam pelo reconhecimento da regularidade do contrato*”. O documento foi juntado às fls. 408/414. É o relatório.

### **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



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

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 d. 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 no percentual de **20% (vinte por cento) sobre o êxito**, incidindo da seguinte forma: **a)** mensalmente, sobre a importância que o Município vier a receber a mais em forma estipulada de cálculo no que diz respeito ao repasse da cota-parte do ICMS partilhado; e **b)** sobre a importância que o Município vier a receber alusiva aos últimos 05 anos, decorrente de sentença judicial, acordo judicial ou extra-judicial.

Os MD causídicos, Drs. HILDEBRANDO EVANGELISTA DE BRITO e RAFAEL LUCENA, representantes do Escritório LUCENA de BRITO ADVOGADOS, sobre esse ponto, alegaram que o contrato ao indicar a contraprestação com base na receita recuperada de ICMS cuidou apenas de parâmetro para a fixação de um percentual incidente sobre o valor do benefício a ser obtido pelo Município contratante, nos moldes do disposto no art. 22 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e Resolução 10/2002 da Seccional da Paraíba. E, ainda, que a percepção dos honorários depende do êxito da causa, bem como estar o princípio da não afetação da receita direcionado a vedar vinculações orçamentárias.

Juntaram prova de prestar o mesmo serviço aqui debatido aos Municípios de Tavares, Catingueira, Cajazeirinhas, Caaporã, Água Branca, Desterro, Lastro, Brejo dos Santos, Poço Dandas, Bom Sucesso, Uiraúna, Ibiara, Cacimbas, Boa Ventura, Cacimba de Areia, Manaíra, São José de Caiana, Sapé, Itabaiana, Conde, Alagoa Nova, Riacho de Santo Antônio, Amparo, Catolé do Rocha, Riacho dos Cavalos, Santa Cruz, Imaculada, Lucena, Joca Claudino e Bernadino Batista, 31 (trinta e um) ao todo, incluindo Campina Grande. Por fim, anexaram cópia de sentença de primeiro grau, de 10/10/2012, que julgou procedente o pleito para o qual foram contratados, sujeita a reexame necessário.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

O art. 22, da Lei Nacional 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), declinado pelos representantes do escritório contratado, elenca as formas de remuneração pela prestação de serviços dos integrantes da categoria:

*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, se refere, exclusivamente aos honorários convecionados, 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, as 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” -, transmudada 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 à 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



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

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 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 Esquemático*:

*“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



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

nas áreas públicas de previdência, saúde e assistência social, segundo a dicção dos arts. 194 e 195, da Constituição Federal:

*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;*



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

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

*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 arredação 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:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 10141/11

“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 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).



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 10141/11

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:

*“... 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).*



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

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 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 paranaense 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 – pacífica-se o conflito fazendo prevalecer comando estabelecido em regramento de hierarquia superior, desaguando numa interpretação meramente



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

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 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*



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 10141/11

*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 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



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

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.

Com efeito, observa-se que a cláusula 4ª do contrato 297/2011, quando estipula o percentual de 20% do êxito obtido, incidindo **(a)** mensalmente sobre a importância que o Município vier a receber a mais em forma estipulada de cálculo no que diz respeito ao repasse da cota-parte do ICMS partilhado e **(b)** sobre a importância que o Município vier a receber alusiva aos últimos 05 anos, decorrente de Sentença Judicial, Acordo Judicial ou Extrajudicial, viola preceito da Constituição Federal contido no art. 167, inciso IV, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Contas.

O primeiro caso, inclusive, o dos 20% (vinte por cento) sobre o êxito, incidindo, mensalmente, sobre a importância que o Município **vier a receber a mais** em forma estipulada de cálculo no que diz respeito ao repasse da cota-parte do ICMS partilhado, leva à interpretação, ante a falta de clareza, de um contrato com pagamentos por prazo indeterminado, o que contraria também a norma contida no artigo 57, § 3º, da Lei 8666/93. Eis o dispositivo: *Art. 57. (...) §3º. É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.*

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:



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

*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.

Assim, como ainda se impõe a adequação do contrato aos preceitos do ordenamento jurídico, não cabe, nessa assentada, decisão definitiva sobre o procedimento de inexigibilidade 021/2011 e do seu consequente contrato 297/2011.

Ante o exposto voto pela:

**I) ASSINAÇÃO DE PRAZO** de 30 (trinta) dias para a Secretaria de Finanças do Município de Campina Grande, na pessoa do Secretário JACY TOSCANO DE BRITO, adequar a cláusula remuneratória do contrato 297/2011/SAD/PMCG ou seu substituto, cabendo ser estipulada em 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; e

**II) COMUNICAÇÃO** da decisão aos(às) representantes dos Municípios mencionados no relatório.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Processo TC 10141/11

**DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO DO TCE/PB**

Vistos, relatados e discutidos os autos do **Processo TC 10141/11**, referentes à inexigibilidade de licitação 21/2011 e contrato 297/2011/SAD/PMCG, realizados pela Secretaria de Finanças do Município de Campina Grande, objetivando a contratação de escritório de advocacia visando a regularização do repasse constitucional da cota-parte do ICMS pertencente ao Município, com impedimento declarado pelos Conselheiros Fábio Túlio Filgueiras Nogueira e Arthur Paredes Cunha Lima, **RESOLVEM** os membros do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE-PB), à unanimidade, nesta data, conforme voto do Relator, em:

- I) **ASSINAR PRAZO de 30 (trinta) dias** para a Secretaria de Finanças do Município de Campina Grande, na pessoa do Secretário JACY TOSCANO DE BRITO, adequar a cláusula remuneratória do contrato 297/2011/SAD/PMCG ou seu substituto, cabendo ser estipulada em 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; e
- II) **COMUNICAR** esta decisão aos(às) representantes dos Municípios de Tavares, Catingueira, Cajazeirinhas, Caaporã, Água Branca, Desterro, Lastro, Brejo dos Santos, Poço Dantas, Bom Sucesso, Uiraúna, Ibiara, Cacimbas, Boa Ventura, Cacimba de Areia, Manaíra, São José de Caiana, Sapé, Itabaiana, Conde, Alagoa Nova, Riacho de Santo Antônio, Amparo, Catolé do Rocha, Riacho dos Cavalos, Santa Cruz, Imaculada, Lucena, Joca Claudino e Bernadino Batista.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*Processo TC 10141/11*

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

TCE – Sala das Sessões do Tribunal Pleno.

Plenário Ministro João Agripino.

João Pessoa, 30 de janeiro de 2013.

Conselheiro Arnóbio Alves Viana  
**Presidente em exercício**

Conselheiro Antônio Nominando Diniz Filho

Conselheiro André Carlo Torres Pontes  
**Relator**

Auditor Renato Sérgio Santiago Melo  
**Conselheiro Substituto**

Auditor Marcos Antonio da Costa  
**Conselheiro Substituto**

Procuradora-Geral Isabella Barbosa Marinho Falcão  
**Representante do Ministério Público junto ao TCE/PB**