

ACÓRDÃO 01447/2019-1 – PLENÁRIO

Processos: 00951/2018-7, 00981/2018-8, 00952/2018-1, 06305/2012-2

Classificação: Pedido de Reexame

UG: TCEES - Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: TERESA CRISTINA VENUTO BRAGA, DANIELLE MERISIO FERNANDES ALEXANDRE, ANGELA MARIA SIAS, CLAUDIA DAMACENA CARDOSO, AURELIO DOS SANTOS ESCUDINI, MARIA DA PENHA DE ALMEIDA SILVA, ALEX ALMEIDA SANTOS, CAMILLA VASSALLO FREIRE, DANILO RAMALHO PINA, ELAINE SILVA SOUZA BULHOES, FABIENE PASSAMANI MARIANO, GERALDO RIBEIRO DA COSTA JUNIOR, JACKSON SA DA COSTA, KRIGELICA VAZ SILLER DE PAULA, MARCIA SIQUEIRA SOUZA PIRONI, SONEIDE MARIA DALLA BERNARDINA DE OLIVEIRA, SILVIA MAZOLINI, RUBENS CESAR BAPTISTA DE ALMEIDA, RICARDO CLAUDINO PESSANHA, ALCIONE BRAUN, IMPERIO ASSESSORIA E CONSULTORIA CONTABIL LTDA, INSTITUICAO ADV DE EDUC E ASSIST SOCIAL ESTE BRASILEIRA, MULTIPLA EVENTOS LTDA

Recorrente: ARACELI ZORZANELLI

Procuradores: LUIS RENATO DE ABREU ALVES (OAB: 21601-ES), LUIZ HENRIQUE ANTUNES ALOCHIO (OAB: 6821-ES), LUIZ OTAVIO RODRIGUES COELHO (OAB: 3242- ES, OAB: 180727-RJ), SIDIRLEY SOEIRO DE CASTRO (OAB: 18594-ES)

**PEDIDO DE REEXAME – REJEITAR PRELIMINAR -
DAR PROVIMENTO – ESTENDER OS EFEITOS DA
DECISÃO – REDIMENSIONAR MULTA - REFORMAR O
ACÓRDÃO TC 1311/2017-4 – DAR CIÊNCIA –
ENCAMINHAR OS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO
DE CONTAS - ARQUIVAR.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

Tratam os autos de **Pedido de Reexame** interposto pela **Sra. Araceli Zorzanelli**, em face do **Acórdão TC 01311/2017-4 - Plenário**, prolatado nos autos do Processo TC 6305/2012-2, relativo a Auditoria Ordinária realizada no Município de Viana, referente ao exercício de 2011, que imputou multa a recorrente no valor de 1.000 VRTE.

A recorrente, em síntese, almeja o provimento do recurso, para que seja reformado o Acórdão guerreado, anulando a sanção de multa a ela imposta.

Registre-se que o presente recurso foi conhecido, conforme Decisão Monocrática nº 00331/2019-6.

Instada a se manifestar, a Área Técnica, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 00240/2019-2, opinou pelo conhecimento e provimento do presente recurso, em razão da incidência do Prejulgado nº 43/2019.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer nº 04738/2019-6, da lavra do Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu o posicionamento da Área Técnica.

É o sucinto relatório.

VOTO

Tendo sido interposto o recurso de Pedido de Reexame pela **Sra. Araceli Zorzanelli**, em face do **Acórdão TC 01311/2017-4 - Plenário**, no bojo dos autos originários Processo TC 6305/2012-2, necessário é sua análise.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Cabe informar que o Acórdão TC 01311/2017-4, ora atacado, assim decidiu, *litteris*:

[...]

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

- 1.1. **ACOLHER** a **preliminar de ilegitimidade passiva** suscitada pelos senhores Ricardo Claudino Pessanha e Geraldo Ribeiro da Costa Júnior, acompanhando manifestação ministerial para o fim de **EXTINGUIR o feito sem resolução do mérito** em relação aos mesmos, nos moldes do artigo 485, VI do CPC c/c art. 70 da LC 621/2012;
- 1.2. **MANTER** as irregularidades constantes nos itens 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.9 e 3.15 da ITC 3239/2017;
- 1.3. **MANTER** parcialmente as irregularidades constantes nos itens 3.1 e 3.2 da ITC 3239/2017;
- 1.4. **AFASTAR** as irregularidades constantes dos itens 3.8, 3.10, 3.11, 3.14 e 3.16 da ITC 3239/2017;
- 1.5. **REJEITAR as razões de justificativas da Sr^a. Ângela Maria Sias – prefeita municipal - em razão das irregularidades apontadas nos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6 da ITC 3239/2017, aplicando-lhe multa no valor equivalente a 1500 VRTE com amparo no artigo 96, II da Lei Complementar Estadual 32/93, vigente na época dos fatos;**
- 1.6. **REJEITAR as razões de justificativas da Sr^a. Araceli Zorzaneli – Secretária Municipal de Finanças - em razão da irregularidade apontada no item 3.1 da ITC 3239/2017 aplicando-lhe multa no valor equivalente a 1000 VRTE com amparo no artigo 96, II da Lei Complementar Estadual 32/93, vigente na época dos fatos;**
- 1.7. **REJEITAR as razões de justificativas da Sr^a. Camila Vassalo Freire em razão da irregularidade apontada no item 3.9 da ITC 3239/2017, aplicando-lhe multa no valor equivalente a 1000 VRTE com amparo no artigo 96, II da Lei Complementar Estadual 32/93, vigente na época dos fatos;**
- 1.8. **REJEITAR as razões de justificativas do Sr. Danilo Ramalho Pina – Secretário Municipal de Finanças - em razão da irregularidade apontada no item 3.1 da ITC 3239/2017, aplicando-lhe multa no valor equivalente a 1000 VRTE com amparo no artigo 96, II da Lei Complementar Estadual 32/93, vigente na época dos fatos;**
- 1.9. **MANTER** a responsabilidade do Sr. Jackson Sá da Costa – Secretário Municipal de Serviços Urbanos - revel - em razão da irregularidade apontada no item 3.15 da ITC 3239/2017, aplicando-lhe multa no valor equivalente a 1000 VRTE com amparo no artigo 96, II da Lei Complementar Estadual 32/93, vigente na época dos fatos;
- 1.10. **REJEITAR as razões de justificativas da Sr^a. Márcia Siqueira Souza Pironi – Secretária Municipal de Educação - em razão da irregularidade apontada no item 3.1 da ITC 3239/2017, aplicando-lhe multa no valor equivalente a 1000 VRTE com amparo no artigo 96, II da Lei Complementar Estadual 32/93, vigente na época dos fatos;**
- 1.11. **REJEITAR as razões de justificativas da Sr^a. Soneida Maria Dalla Bernardina – Secretária Municipal de Saúde - em razão da irregularidade apontada no item 3.1 da ITC 3239/2017, aplicando-lhe multa no valor equivalente a 1000 VRTE com amparo no artigo 96, II da Lei Complementar Estadual 32/93, vigente na época dos fatos;**
- 1.12. **REJEITAR as razões de justificativas da Sr^a. Tereza Cristina Venuto Braga – Pregoeira - em razão da irregularidade apontada no item 3.9 da ITC 3239/2017, aplicando-lhe multa no valor equivalente a 1000 VRTE com amparo no artigo 96, II da Lei Complementar Estadual 32/93, vigente na época dos fatos;**

1.13. REJEITAR as razões de justificativas da Sociedade empresária Instituição Adventista de Educação e Assistência Social Este Brasileira – ADRA - em razão das irregularidades apontadas nos itens 3.3 e 3.5 da ITC 3239/2017, aplicando-lhe **multa** no valor equivalente a 1000 VRTE com amparo no artigo 96, II da Lei Complementar Estadual 32/93, vigente na época dos fatos;

1.14. ACOLHER as razões de justificativas da senhora Angela Maria Silas em relação ao item 3.9 da ITC 3239/2017, afastando a responsabilidade;

1.15. ACOLHER as razões de justificativas dos senhores Cláudia Damascena Cardoso – membro da CPL, Danilo Ramalho Pina – Secretário Municipal de Finanças, Soneida Maria Dalla Bernardina de Oliveira – Secretária Municipal de Saúde – Márcia Siqueira Souza Pironi – Secretária Municipal de Educação - em relação ao item 3.2 da ITC 3239/2017, afastando as responsabilidades;

1.16. AFASTAR a responsabilidade da Sra. Elaine Silva Souza Bulhões Presidente da CPL – revel - nos termos deste voto referente ao item 3.2 da ITC 3239/2017;

1.17. AFASTAR a responsabilidade do Sr. Aurélio dos Santos Escudini – membro da CPL - revel - nos termos deste voto referente ao item 3.2 da ITC 3239/2017.

1.18. ACOLHER as razões de justificativas dos senhores Fabiane mariano Passamani – Secretária Municipal de Cultura, Ângela Maria Sila – Prefeita, em relação ao item 3.8 da ITC 3239/2017, afastando as responsabilidades;

1.19. ACOLHER as razões de justificativas dos senhores Ângela Maria Sias – Prefeita, Alcione Braun – Contabilista e Danilo Ramalho Pina – Secretário Municipal de Finanças, em relação ao item 3.10 da ITC 3239/2017, afastando as responsabilidades;

1.20. ACOLHER as razões de justificativas dos senhores Ângela Maria Sias – Prefeita, Alcione Braun – Contabilista, Soneida Maria Dalla Bernardina de Oliveira – Secretária Municipal de Saúde, Rubens Cesar Batista de Almeida – Secretário Municipal de Saúde a partir de 16/08/11, Alex Almeida Santo – Responsável pelo “atesto dos serviços” – revel, Império Assessoria Contábil Ltda - Contratada, em relação ao item 3.11 da ITC 3239/2017, afastando as responsabilidades;

1.21. ACOLHER as razões de justificativas das senhoras Ângela Maria Sias – Prefeita e Sílvia Mazolini – Diretora do Departamento de Convênios e Contratos, em relação ao item 3.14 da ITC 3239/2017, afastando as responsabilidades;

1.22. ACOLHER as razões de justificativas dos senhores Ângela Maria Sias – Prefeita e Tereza Cristina Venuto Braga - Pregoeira, em relação ao item 3.16 da ITC 3239/2017, afastando as responsabilidades.

1.23. ACOLHER a manifestação técnica e ministerial afastando as irregularidades em relação aos itens 3.7, 3.12 e 3.13 da ITC 3239/2017, imputadas aos senhores Ângela Maria Sias, Krigélica Vaz Siller de Paula, Instituto Adventista de Educação e Assistência Social Este Brasileira – ADRA, Ricardo Claudino Pessanha, Fabiene Mariano Passamani, Múltipla Eventos Ltda.

1.24. RECOMENDAR:

- Nas futuras contratações que promova estudo no sentido de adequar a contratação dos serviços, mediante concurso público, visando atender o programa bolsa família, o programa de educação em segurança alimentar e nutricional, como também as ações sócio-educativas com crianças, adolescentes e idosos verificando a viabilidade ante a LRF.

- Visualizando a necessidade de contratação de shows que promova as contratações diretamente com os artistas e, quando assim não for possível, contratar com o empresário mediante contrato de exclusividade, firmado entre o artista/banda.

1.25. ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 24/10/2017 - 37ª Sessão do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros presentes: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (Presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (Relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner.

4.2. Conselheiros substitutos presentes: Márcia Jaccoud Freitas e João Luiz Cotta Lovatti.

5. Ficam os responsáveis obrigados a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO
Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRA MÁRCIA JACCOUD FREITAS
Em substituição
CONSELHEIRO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI
Em substituição

Fui presente:
LUCIANO VIEIRA
Procurador-geral do Ministério Público especial de contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR
Secretário-geral das sessões – g.n.

Da análise dos autos, verifico que a área técnica, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 00240/2019-2, assim opinou, *litteris*:

[...]

5. CONCLUSÃO

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente Instrução Técnica de Recurso (ITR), **opina-se pelo CONHECIMENTO do presente PEDIDO DE REEXAME interposto pela Sr.^a Araceli Zorzanelli e, no mérito, pelo PROVIMENTO do Recurso, face a incidência do Prejulgado 43/2019, sugerindo-se a reforma do acórdão TC 1311/2017 com o fim de:**

1.1 Afastar a irregularidade no tocante ao contrato 28/2011, no que se refere a “Contratação de Serviços de Terceiros para a realização de atividades típicas atribuíveis a servidores públicos”, sendo observada a repercussão para os responsáveis solidários, conforme estabelece o art. 324 do RITCEES. – g.n.

O douto representante do *Parquet* de Contas, através do Parecer nº 04738/2019-6, anuiu os termos da Instrução Técnica de Recurso nº 00240/2019-2, exarada pela Área Técnica, tendo assim opinado, *verbis*:

[...]

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, anui à proposta contida na Instrução Técnica de Recurso 00240/2019-2, pugnando pelo conhecimento e provimento do Pedido de Reexame, face a incidência do Prejulgado 43/2019, sugerindo-se a reforma do acórdão TC-1311/2017. – g.n.

2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Denota-se que o presente Recurso já fora conhecido, conforme Decisão Monocrática nº 00331/2019-6, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, razão pela qual entendo que deve ser mantido o conhecimento do recurso intentado, conforme antes decidido.

Ultrapassada esta fase, passo à análise da preliminar suscitada pela recorrente.

3. DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA:

Destaca-se que a recorrente, na exordial, suscita preliminar de prescrição da pretensão punitiva por parte deste Egrégio Tribunal de Contas, alegando o seguinte, *litteris*:

No tocante à prescrição, tem-se o prazo quinquenal, conforme prevê o artigo 71 da Lei Orgânica do TCE:

Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

§ 1º A prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

§ 2º Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:

- I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de processos de prestação e tomada de contas, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;
- II - da ocorrência do fato, nos demais casos.

§ 3º Suspende a prescrição a determinação de diligência no processo, até o seu total cumprimento.

§ 4º Interrompem a prescrição:
I - a citação válida do responsável;
II - a interposição de recurso.

§ 5º A prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas.

O presente processo foi autuado na data de 04.10.2012, conforme informação obtida no site do TCE.

Da autuação até a data da publicação do Acórdão TC-1311/2017, ocorrida em 04 de dezembro de 2017, decorreu lapso temporal superior a 5 (cinco) anos.

Assim, **aplica-se a regra geral prevista no I do § 2º do artigo 71, devendo ser declarada a prescrição punitiva com relação à ora Recorrente.** – g.n.

A subscritora da Instrução Técnica de Recurso nº 00240/2019-2, em sua análise, assim se manifestou, *litteris*:

[...]

O Processo TC 6305/2012, em que foi proferida a decisão recorrida (Acórdão TC 1311/2017), refere-se a processo de fiscalização.

Conforme preceitua o art. 71, § 2º, II¹ da Lei Orgânica desta Corte de Contas (Lei Complementar 621/2012), a data inicial para a contagem do prazo prescricional é da ocorrência dos fatos.

Em exame aos autos, verifica-se que a suposta irregularidade objeto do presente recurso diz respeito a fatos ocorridos no ano de 2011.

A **citação** da recorrente ocorreu em **25/04/2014** (fls. 2981, Vol. XIII, processo TC 6305/2012), ocorrendo a **interrupção da pretensão punitiva**, conforme art. 71, § 4º², I da referida norma.

Reiniciada a contagem do prazo prescricional, esta finalizou com a data da prestação da atividade desta Corte de Contas em primeiro grau, ou seja, com a lavratura do **Acórdão TC 1311/2017- Plenário** (fls.4867/4917, processo TC 6305/2017) ocorrido, **em 24/10/2017**.

Importante destacar que o instituto da prescrição tem por objetivo impedir a inércia estatal e, portanto, não pode continuar a correr após a prestação desta atividade estatal, que só ocorre com a lavratura do Acórdão e não com a sua publicação, como pressupôs a recorrente. Após a publicação, o prazo poderá voltar a correr, caso haja recurso, sendo a interposição deste um novo marco interruptivo.

Se assim não fosse, o instituto da prescrição ficaria à mercê da interposição de recurso pelo Recorrente, e ainda que não tivesse ocorrido até o Acórdão, momento em que a atividade é

¹ Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

[...]

§ 2º Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:

I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de processos de prestação e tomada de contas, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;

II - da ocorrência do fato, nos demais casos.

² Art. 71. [...]

§ 4º Interrompem a prescrição:

I - a citação válida do responsável;

prestada por esta Corte, poderia ocorrer, a depender da data da interposição de recurso, o que não se pode de modo algum admitir, por desnaturar o instituto da prescrição, que como já dito, está diretamente relacionado à inércia do órgão estatal.

Assim, **percebe-se que entre a data de citação e a prolação do Acórdão 1311/2017 transcorreram menos de 5 anos, razão pela qual entende-se não ter se configurado a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas.** – g.n.

Pois bem, convém ressaltar que a prescrição é **a perda do direito de exigibilidade de exercício do direito por inércia de seu titular, in casu, é a perda do direito de fiscalizar ou de punir aqueles atos que inquestionavelmente encontram-se prescritos.**

Acerca do tema prescrição, o Mestre Luís Roberto Barroso, assim leciona:

[...] em qualquer dos campos do Direito, **a prescrição tem como fundamento lógico o princípio geral de segurança das relações jurídicas e, como tal, é a regra, sendo a imprescritibilidade situação excepcional.** A própria Constituição Federal de 88 tratou do tema para prever as únicas hipóteses em que se admite a imprescritibilidade, garantindo, em sua sistemática, **esse princípio geral da perda da pretensão pelo decurso do tempo.** Com efeito, esse sempre foi o entendimento da melhor doutrina e jurisprudência. - g.n.

Desse modo, salvo nos casos enumerados na Constituição, são prescritíveis todas as demais pretensões, inclusive as que digam respeito a ilícitos penais ou administrativos causadores de prejuízo ao erário, ou seja, a prescritibilidade é a regra constitucional, sendo a imprescritibilidade a exceção.

Em suma, a prescrição é a extinção da pretensão, em razão da inércia do seu titular pelo decurso de determinado lapso temporal, sendo extinta a ação e, quanto ao direito material existente, este fica incólume.

Sobre o tema, cumpre colacionar aos autos a lição de San Tiago Dantas, como transcrito, *verbis*:

[...]

Esta influência do tempo, consumido o Direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado das coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmoques.

A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais pode. De modo que o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais - fazer que o homem possa saber com que conta e com o que não conta. – g.n.

Extrai-se do artigo 71, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, acima transcrito, **que a pretensão punitiva do Tribunal de Contas prescreve em cinco (5) anos, iniciando a contagem do prazo prescricional, no caso concreto, a partir da ocorrência dos fatos, prazo este, interrompido com a citação válida dos responsáveis, o julgamento e a interposição de recurso.**

Entretanto, cabe ressaltar que possíveis irregularidades ensejadoras de imputação de multa prescreve, porém, no que se refere a ressarcimento, não prescrevem, conforme o disposto no § 5º, do artigo 71 antes mencionado.

Neste contexto, convém ressaltar, que a data da ocorrência dos fatos, refere-se ao exercício de 2011, e ainda, considerando que a efetiva citação da responsável ocorreu em 25/04/2014, havendo assim a interrupção da pretensão punitiva, sendo que o v. Acórdão atacado foi lavrado em 24/10/2017, não ultrapassando o lapso temporal de 05 (cinco) anos, portanto, a respectiva irregularidade não foi alcançada pelo fenômeno da prescrição da pretensão punitiva por parte deste Tribunal de Contas.

Desta maneira, pelas razões já expostas, acompanho o posicionamento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas e **rejeito a presente preliminar.**

Assim, passo a análise do mérito recursal.

4. DO MÉRITO RECURSAL:

4.1. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TERCEIROS PARA A REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES TÍPICAS ATRIBUÍVEIS A SERVIDORES PÚBLICOS (ITEM 3.1 DA ITC 3239/17-9 DO PROCESSO 6305/12-2 E 1.6 DO ACÓRDÃO TC 01311/2017-4):

Da análise dos autos, verifica-se que o Acórdão recorrido é decorrente de Auditoria Ordinária, constante dos autos do Processo TC 6305/2012-2, na qual foi imputada multa a recorrente, em razão do não acolhimento de suas razões de justificativas, relativa a irregularidade que ora se discute.

A recorrente na peça inicial, em síntese, assim argumenta, *litteris*:

[...]

A ora Recorrente instaurou o processo de contratação de consultoria no nítido escopo de melhorar a arrecadação municipal, procedendo intervenções e acompanhamento dos dados

para composição do Índice de Participação dos Município na Quota parte do ICMS. O interesse público salta aos olhos, não sendo necessários tecer maiores comentários acerca da motivação do ato administrativo.

Portanto, é inegável a boa-fé da Recorrente. Além disto, é preciso reconhecer que, no mínimo, a matéria de contratação de assessoria/consultoria é controversa. O próprio TCE não possui posicionamento sedimentado sobre o tema.

Nesse caso, onde se verifica a ocorrência de prática de ato de boa-fé e diante de dúvida jurídica plausível, o sancionamento administrativo deve ser afastado. Em outras palavras, a irregularidade deveria ser relevada. Esta solução, inclusive, foi adotada em caso semelhante, onde os Nobres Conselheiros, ao apreciarem consulta formulada pelo Prefeito de Muqui/ES sobre a necessidade de lei específica para pagamento de 13º subsídio a secretários municipais, declararam saneadas as situações anteriores à decisão Plenária. Cita-se trecho do voto do Exmº Conselheiro Domingos Augusto Taufner, proferido na sessão realizada no dia 18 de outubro de 2012, nos autos do Processo TC-359/2009:

Entretanto, para que seja justo com o princípio da segurança jurídica, determino que a decisão plenária seja dotada de efeitos prospectivos, devendo as situações ocorridas antes da resposta serem analisadas no caso concreto, pois havendo boa-fé e dúvida jurídica no caso concreto, pois havendo boa fé e dúvida jurídica plausível é possível que a irregularidade seja relevada.

O julgamento do Parecer Consulta TC-12/2012 ocorreu no dia 18 de outubro de 2012, ou seja, em data posterior ao fato apontado pela Equipe de Auditoria do Egrégio Tribunal de Contas.

A Recorrente preenche os requisitos necessários para afastamento da sanção, quer sejam: dúvida jurídica plausível e reconhecimento de boa-fé.

Ora, a justificável dúvida jurídica é plenamente perceptível, comprovando-se através do reconhecimento contido no próprio Acórdão. É que, ao excluir a sanção em face dos procuradores municipais, o Plenário assim se posicionou:

O Ministério Público de Contas, em parecer de fls. 4811/4813, verificando que, de fato, existem acórdãos nesta Corte onde a mesma matéria tem posicionamentos contrários, no sentido de uns afastar a irregularidade de contratação visando assessoria e outros mantendo a irregularidade, entende, neste caso concreto, que não houve emissão de posicionamento jurídico eivado de erro grave, acolhendo a manifestação da defesa oral proferida pelo Sr. Ricardo Pessanha.

O Plenário reconheceu a divergência sobre o assunto. Estamos diante de matéria controvertida no próprio TCE, o que nos leva à conclusão de que é plenamente justificável a dúvida jurídica por parte da ora Recorrente. Assim, desde já, requer a aplicação do entendimento proferido no Parecer Consulta TC-12/20 12, anulando-se a multa imposta em face da Sra. Araceli Zorzaneli.

3.2. Da Inexistência de servidor efetivo com atribuições para desempenhar a função descrita no objeto contratual

A decisão ora recorrida trouxe como motivação, para condenação da Sra. ARACELI ZORZANELLI, o fato da mesma ter iniciado um procedimento que culminou em contratação de empresa para executar atividade que em tese seria de competência de servidor público.

Segundo a decisão, o objeto contratual seria o desenvolvimento de atividade fim da administração pública, o que tomaria irregular a referida contratação. A conduta da Recorrente foi assim descrita:

(...)

Portanto, quando da contratação analisada, não havia na estrutura organizacional do Município de Viana servidor público com atribuição para desempenhar as atividades descritas no contrato administrativo.

Este foi o motivo da contratação: necessidade de acompanhamento da composição do IPM, visando o incremento da arrecadação municipal (quota-parte de ICMS) e ausência de servidor público que pudesse desempenhar a atividade descrita no contrato administrativo celebrado (ausência de atribuição legal para o exercício da atividade).

Esclarecida, de uma vez por todas, a motivação da contratação, requer a revisão da decisão plenária atacada, anulando-se a sanção administrativa imposta em face da Recorrente.

3.3. Da possibilidade jurídica da terceirização.

Informaram os Auditores que o Município de Viana contratou prestação de serviço, com a finalidade da execução de serviços relativos a atividade de natureza permanente e contínua, os quais deveriam ser realizados por profissional habilitado integrante do quadro de cargos da Administração, com provimento através de concurso público.

Segundo a Auditoria, os contratos celebrados possuem vícios, especialmente por em tese configurar burla ao concurso público (inciso 11 do artigo 37 da Carta Republicana de 1988).

Entenderam os auditores que a contratação das assessorias/consultorias só se justificaria para atender serviços específicos que não possam ser realizados por servidor habilitado, dada sua especificidade e complexidade, quando a contratação seria feita por inexigibilidade a profissional de notória especialização.

Afirmaram ter havido, dessa forma, ofensa ao inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. A análise feita pela área técnica não fez a correta abordagem da questão. Senão vejamos:

Serviços permanentes e de natureza contínua:

Essa é uma matéria extremamente controversa.

O fato de um serviço ser de natureza contínua e permanente não determina que o mesmo deva ser, obrigatoriamente, realizado por Servidor efetivado por concurso público.

É preciso considerar se a atividade a que se refere esse serviço, além da continuidade e permanência está inserida na finalidade do Órgão Público, apesar de que, mesmo atendendo a esses três requisitos ela possa a vir a ser terceirizada.

A coleta de lixo, por exemplo, é atividade fim da Municipalidade, tem caráter permanente e requer continuidade, e nem por isso deixa de ser contratada à iniciativa privada.

Esse é o caso de terceirização na sua modalidade clássica, conforme previsto no Decreto-Lei 200/1964, em que ocorre extinção do cargo e transferência integral da atividade para a iniciativa privada.

(...)

Conclusão

Os esclarecimentos trazidos acima buscaram demonstrar o equívoco da decisão Plenária, ao imputar como irregular a terceirização de mão de obra pela Prefeitura Municipal, para contratação de empresas de Assessoria e Consultoria.

As atividades desenvolvidas pelas empresas, sob a forma de serviços técnicos especializados, não se constituem em tarefas a serem realizadas pela área administrativa do Município—não obstante a inegável relação entre as atividades da Assessoria/Consultoria e a Contadoria e Procuradoria da Prefeitura Municipal.

Não houve superposição do trabalho da Assessoria sobre os serviços dos servidores, tendo ocorrido a interação entre os mesmos, com a orientação, sempre que necessário, da Assessoria, para que não se cometessem erros que pudessem comprometer os atos administrativos praticados.

Não é outra a razão para que praticamente todas as Prefeituras do Estado do Espírito Santo recorram às Assessorias e Consultorias em diversas áreas, buscando uma segurança de que, dessa forma serão cumpridas as exigências legais e não virá a Administração a ser penalizada quando feita a auditoria de suas contas.

A contratação da empresa de Assessoria/Consultoria foi procedida sob a égide do artigo 13, inciso IV da Lei de Licitações -serviços profissionais especializados-destinando-se a prover à Prefeitura Municipal as ferramentas necessárias a um planejamento correto, a par de um acompanhamento da execução de seus procedimentos, auxiliando os setores responsáveis na elaboração dos documentos requeridos pela legislação quanto a essa execução.

Em resumo, não houve a irregularidade imputada pela área técnica na contratação das Assessorias/Consultorias, inexistindo a terceirização afirmada pelos Auditores, nem a ocorrência de locação de mão de obra ou substituição de Servidores.

(...)

Destaca-se que a recorrente suscita a “Necessidade de envio da decisão ao legislativo local”, em razão do julgamento, com “repercussão geral, onde o Supremo Tribunal Federal posicionou-se a favor da primeira corrente: o julgamento deveria ocorrer no Legislativo, servindo o Tribunal de Contas como órgão auxiliar da Câmara no exercício de sua função atípica de julgador”, bem como o reconhecimento de boa-fé da recorrente, acreditando que os atos praticados estavam em consonância com o sistema jurídico vigente, considerando que a contratação foi precedida de manifestações do Setor de Recursos Humanos e da Procuradoria Legislativa.

A subscritora da Instrução Técnica de Recurso nº 00240/2019-2, em sua análise, assim se pronunciou, *litteris*:

[...]

A irregularidade em que a Sr.^a Araceli Zorzaneli foi responsabilizada no Acórdão 1311/2017 foi intitulada “Contratação de Serviços de Terceiros para a realização de atividades típicas atribuíveis a servidores públicos” (Item 2.1 do Acórdão TC 1311/2017).

Neste item foram apontadas várias contratações de assessoria e consultoria realizada pelo Poder Executivo Municipal com empresas privadas, cujos objetos são diversos.

A responsabilização da recorrente foi imputada por sua conduta face o contrato n.º 28/2011 (processo n.º 2617/2011), cujo objeto refere-se a prestação de serviços de assessoria em Gestão Pública para o acompanhamento das variáveis que compõem o IPM, objetivando o aumento de repasse da QPM – ICMS.

As atividades a serem desempenhadas pela empresa contratada foram especificadas no Anexo I do Convite 06/2011 (fls. 1807, processo TC 6305/2012, Volume VII), conforme remete a cláusula 1.1 do Contrato 28/2011, com a seguinte redação:

CONTRATAÇÃO DA EMPRESA à Contratação da empresa especializada para acompanhamento das variáveis que compõem o ipm, objetivando o aumento de repasse da QPM-ICMS.

Descrição dos serviços:

1. Acompanhamento das variáveis que compõem o IPM para aumento de repasse da QPM/ICMS (quota-parte do imposto sobre circulação de mercadoria e serviços) como:
 - 1.1 todos os recursos possíveis junto à Sefaz, dentro dos prazos estabelecidos;
 - 1.2 acompanhamento da movimentação econômica das microempresas e empresas de pequeno porte optantes do simples nacional;
 - 1.3 acompanhamento das empresas contribuintes do ICMS que exercem atividade econômica no município;
 - 1.4 orientação aos funcionários do NAC sobre implantação da SICOP (novo sistema de apuração do IPM);
 - 1.5 verificação da prestação de contas dos gastos com saúde e saneamento para a composição do IPM liberados pelo TCEES;
 - 1.6 correção e acompanhamento dos DOTS, das empresas não optantes pelo simples nacional e as que não efetuarem movimentação econômica com mercadorias adquiridas de produtores rurais do estado do espírito santo;
 - 1.7 para o bom desempenho das atividades a empresa ganhadora deverá comprovar 04 (quatro) visitas mensais, que será demonstrada na prestação de contas mensal;
 - 1.8 além dos itens já elencados, verificar ainda, erros comuns, tais como: distorções, erros de preenchimento, omissões de entrega e informações, município diferente, saldo de estoque negativo, desproporções no faturamento do exercício anterior, informações diferentes das prestadas ao exercício anterior, informações diferentes das prestadas ao fisco, entre outras.

Diante do objeto do mencionado contrato percebe-se que a matéria ora em questão é correlata àquela objeto do Prejulgado 43/2019 desta Corte de Contas, em que se firmou o seguinte entendimento:

- 1.1 Pela possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando à recuperação de créditos, vez que tais serviços não se encontram dentro das competências exclusivas da Administração Pública, cabendo a elaboração de estudos e pesquisas de maneira prévia à realização da contratação, para que, com fundamentos em tais elementos, possa ser verificada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade ou a necessidade de seguir o regular procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93

Tal entendimento se extrai dos fundamentos que sustentam o prejudgado 43/2019, como passamos a expor.

O prejudgado 43/2019 originou-se do Acórdão TC 1420/2018, onde fora adotado os fundamentos evidenciados no voto vista do conselheiro em substituição Marco Antônio Da Silva, o qual transcrevemos parte:

3.1. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA OU CONSULTORIAS PARA A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS E, EM CASO POSITIVO, ADMISSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO:

A área técnica, examinando a matéria quanto ao primeiro questionamento realizado nos presentes autos, entendeu que a competência tributária possui definição e limites

traçados pela própria Constituição Federal, citando passagem da obra do professor Eduardo Sabbag (2013, p. 389), *verbis*:

[...]

A competência tributária é indelegável, intransferível, inalterável e irrenunciável, uma vez que admitir a delegação de competência para instituir um tributo é admitir que seja a Constituição alterada por norma infraconstitucional.

(...)

A competência tributária é política e indelegável (art. 7º, caput, CTN), não se confundindo com a capacidade tributária ativa, que é “administrativa e delegável”. - (g.n.).

Nesse sentido, **estabeleceu uma diferenciação entre a competência tributária e a capacidade tributária ativa, afirmando que a primeira é indelegável ao passo que a segunda é passível de delegação, porém, por envolver funções de arrecadar e fiscalizar tributos, essa delegação deve ficar adstrita à pessoa jurídica de direito público, submetida às normas e princípios do Direito Administrativo e norteadas pelo interesse público, não sendo possível a sua delegação a particulares.**

Alega, ainda, que a atividade tributária deve ser entendida como um serviço típico e essencial da Administração Pública, ensejando funções próprias de Estado, devendo ser exercida por servidores efetivos, aprovados no respectivo concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Ademais, a atribuição de atividade tributária a particulares, além de transferir competência típica do Estado para agentes em desacordo com a norma constitucional que determina o ingresso via concurso público, atenta, ainda, contra a garantia constitucional do sigilo fiscal (artigo 198 do CTN), vez que **o manejo de documentos fiscais deve ficar a cargo de servidores da própria Administração Pública.**

Segundo destaca o corpo instrutivo, o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, atribuiu aos Estados e Distrito Federal a competência tributária para instituir o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, sendo pertencente aos Municípios, por meio da chamada repartição tributária, o percentual de 25% do produto da arrecadação do imposto (art. 158, IV, CF), tendo como fundamento a autonomia financeira, corolário do princípio federativo.

Nessa linha, aponta que o papel a ser desempenhado, **a partir das informações constantes da Declaração de Operações Tributáveis – DOT, representa o exercício da própria atividade tributária, pois se refere a documento de informação econômico - fiscal levado em consideração para o cálculo do chamado Índice de Participação Municipal (IPM), com repercussão direta no cálculo dos valores a serem repassados a título de repartição tributária.**

Portanto, segundo o entendimento técnico, toda a atividade envolvendo as DOT's representa atividade de auxílio aos Estados, se constituindo em função típica no intuito de fiscalizar o tributo, não podendo ser exercida por particular, e, sim, apenas por meio de agente público integrante do quadro permanente da Administração Municipal, pois admitir a contratação de particular para o desempenho de tal atividade seria admitir a terceirização de atividade própria do Estado.

Por fim, ponderou que a função de revisar as DOT's não requer conhecimentos especializados, razão pela qual não há motivos para contratação por dispensa de licitação de particulares, cabendo a sua prestação pelos próprios servidores do órgão, sendo que a própria SEFAZ-ES disponibiliza amplo acesso as normas e informações relativas ao cálculo do IPM, mesmo que tal contratação se fundamente na economicidade.

Nesse sentido, como reforço argumentativo, destaca há existência de recomendação pelo Ministério Público Estadual pela ilegalidade da contratação de empresa terceirizada para revisar as DOT's.

Inicialmente, é preciso distinguir com clareza que **os conceitos de competência tributária e de capacidade ativa tributária não são coincidentes, pois a rigidez que se aplica ao instituto da competência tributária é distinta do regime jurídico aplicado à capacidade tributária ativa.**

A competência tributária, segundo a lição de Roque Antonio Carraza, é a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos, isto é, a competência tributária confere ao ente federativo a competência para dispor dos elementos essenciais da norma jurídica tributária definindo a hipótese de incidência do tributo, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e a sua alíquota, todos os elementos que compõem a chamada regra matriz de incidência tributária.

Por sua vez, a capacidade tributária ativa consiste **na aptidão para cobrar, arrecadar e fiscalizar o tributo, tarefa essa relacionada com o exercício da função administrativa,** sendo passível de delegação, consoante disposto no artigo 7º do Código Tributário Nacional – CTN, *verbis*:

[...]

Art. 7º A competência tributária é indelegável, **salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra,** nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição. – (g. n.).

Nesse sentido, pode-se constatar que **a competência tributária, enquanto aptidão para criar tributos, se apresenta como tarefa exclusivamente legislativa,** sendo indelegável e irrenunciável, ao passo que **a capacidade tributária ativa representa o exercício típico de atividade administrativa, sendo plenamente possível a sua delegação para pessoa jurídica de direito público ou de direito privado.**

Desse modo, vale destacar que a posição defendida pela área técnica e acompanhada *in totum* pelo Eminentíssimo Conselheiro Relator não retrata a realidade do nosso ordenamento jurídico, no que concerne à possibilidade de delegação da capacidade tributária ativa a pessoa jurídica de direito privado.

Como já apresentado, a capacidade tributária ativa se constitui na aptidão para cobrar, arrecadar e fiscalizar o tributo, sendo **vedada apenas a delegação da competência referente à constituição do crédito tributário por meio do lançamento, pois nos termos do artigo 142 do CTN, tal função compete privativamente (exclusivamente) a autoridade administrativa,** nos seguintes termos:

[...]

Art. 142.

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
– (g. n.).

De outro modo, não há vedação legal para delegação das demais funções atinentes a capacidade tributária ativa, sendo plenamente possível que ocorra a sua delegação mesmo que para as pessoas de direito privado e, ainda, que eventualmente tenha

contato com dados sigilosos, obviamente está sujeito o contratado **à cláusula de confidencialidade**, não podendo sob nenhum aspecto divulgar tais informações.

Nesse contexto, destacam-se pelo menos três exemplos em nosso ordenamento jurídico em que uma das funções da capacidade tributária, com destaque para a função de arrecadação, é delegada as pessoas jurídicas de direito privado, situação verificada na arrecadação das contribuições sindicais, na cobrança dos emolumentos pelos delegatários, e, ainda, no caso de algumas contribuições para os serviços sociais autônomos.

Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já teve a oportunidade de tratar da possibilidade de delegação da capacidade tributária ativa a pessoa de direito privado, **firmando entendimento pela sua possibilidade**, desde que **tal delegação seja realizada por meio de lei**, conforme se destaca o seguinte excerto, *verbis*:

[...]

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO INSTITUÍDA PELO ARTIGO 64 DA LEI 4.870/65. SUJEIÇÃO ATIVA. DELEGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. Agravo regimental contra decisão que indeferiu liminarmente os embargos de divergência (art. 266, § 3º, do RISTJ) pelos quais a contribuinte objetiva o reconhecimento de seu direito a proceder ao recolhimento da contribuição de que trata o art. 64 da Lei 4.870/65.
2. A recorrente não logrou demonstrar o dissídio jurisprudencial necessário à admissão do recurso, na medida em que o acórdão recorrido assentou que, **embora parte da doutrina admita a delegação da capacidade ativa tributária para entes privados, é certo que tal delegação deve estar expressa na legislação**. Nesse sentido, explicou que, no caso da contribuição prevista no artigo 64 da Lei 4.870/65, a lei confere sujeição ativa ao IAA, sendo que a ora recorrente (Cooperativa) apenas se beneficia do produto da sua arrecadação. Explicou que a transferência do poder de arrecadação, no caso concreto, ocorreu por meio de decisão do Conselho Deliberativo do IAA. **Entretanto, apesar de ser possível a delegação da atribuição de arrecadar a entes privados, tal delegação deve ser feita mediante previsão legal, o que não ocorreu, motivo pelo qual se entendeu que a legitimidade para a exigência da contribuição é da União, sucessora do IAA, o qual foi extinto em 1990.**
3. O julgado paradigma, por outro lado, tratou de questão diversa, ou seja, a legitimidade da recorrida (Federação dos Sindicatos dos Servidores Municipais do Rio Grande do Sul) para a impetração de mandado de segurança com o objetivo de exigir que o prefeito de determinado Município proceda ao desconto e recolhimento da contribuição sindical prevista no artigo 579 da CLT.
4. A diferença nas conclusões dos julgados em comparação deriva da análise de suportes fáticos distintos. Enquanto o acórdão embargado tratou de discussão acerca da delegação da capacidade ativa tributária, sem previsão legal, o aresto paradigma discutiu tão somente a questão da legitimidade para se impetrar mandado de segurança tendente a exigir que o efetivo responsável pela arrecadação das contribuições providencie seu recolhimento e o repasse legalmente previsto. Flagrante, pois, a falta de similitude fática dos acórdãos confrontados.
5. Agravo regimental não provido. (STJ-AgRg nos EREsp 655800 AL 2010/0055452-4) – (g. n.).

Nestes termos, podemos concluir que **a competência tributária, como típica função legislativa, não comporta qualquer possibilidade de delegação**, vez que representa o próprio poder de império do Estado, não sendo possível o seu exercício por outra pessoa diferente daquela atribuída pela Constituição, mesmo que seja ente de direito público.

Já quanto à capacidade tributária ativa, **a sua delegação é possível de ocorrer, mas deverá ser observada a competência exclusiva da autoridade administrativa relativa à constituição do crédito tributário por meio do lançamento.**

Ao examinar, sob o aspecto legal, a possibilidade de realização de contratações pela Administração Pública para a prestação de serviços que envolvam a consultoria ou assessoria para a recuperação de crédito, sejam eles tributários ou não, exige-se certo cuidado na análise para **se distinguir os serviços exclusivos da administração, não passíveis de delegação, daqueles serviços privativos, capazes de serem, excepcionalmente, executados por particulares contratados, atendendo sempre ao interesse público e a economicidade.**

Em primeiro lugar **não se deve confundir a prestação de assessoria jurídica, visando à eficiência na prestação dos serviços de cobrança e arrecadação dos créditos tributários com o serviço exclusivo da autoridade administrativa na constituição do crédito tributário,** pois a primeira é plenamente possível de ser contratada pela administração nos limites legais, enquanto a última, não permite a sua execução por particular, acarretando grave infração à norma legal, possível de condenação em ressarcimento ao erário.

Já a situação que envolve a contratação para assessoramento ou consultoria por pessoas privadas, com a específica finalidade de revisão quanto as DOT's, **esta não possui qualquer relação com o exercício da atividade tributária propriamente dita, sendo plenamente possível a contratação de serviços privados por parte da Administração Pública.**

Assim, é preciso destacar que a área técnica classifica os serviços prestados para revisão das DOT's como atividade inerente do Estado, a ser executada apenas por servidor ocupante de cargo efetivo organizado em carreira, vez que como consequência da sua atuação poderá acarretar provocação ao órgão fiscalizador estadual em sua função primária de fiscalizar o tributo, na tentativa, de com essa argumentação, aproximar tal atividade da atividade tributária típica.

Mais uma vez é preciso esclarecer que a atividade tributária se constitui nas funções de cobrança, fiscalização e arrecadação do crédito tributário, sendo que a situação referente à repartição das receitas tributárias, com destaque para os repasses devidos pelos entes estaduais aos entes municipais da arrecadação do ICMS, **se constitui como típica atividade financeira do Estado, sendo regulada pelo direito financeiro, não guardando mais pertinência com o ramo do direito tributário.**

Assim, **não se mostra pertinente a dedução proposta pelo corpo técnico ao assimilar como sendo atuação típica e exclusiva do Estado os serviços de revisão das DOT's, razão pela qual a sua execução por pessoas privadas, desde que observados os preceitos legais para tal contratação, se mostra de acordo com os ditames legais, não havendo que se falar em infração à norma legal.**

Note-se que a própria área técnica na definição proposta quanto aos serviços de revisão das DOT's, classificou o serviço como sendo **apenas uma "atividade de auxílio aos Estados", o que denota não se tratar de serviço típico e exclusivo da Administração, sendo plenamente passíveis de serem executados por pessoas privadas, diversamente da maneira como propôs a área técnica que, apesar de considerá-lo como atividade de auxílio, afirmou ser de titularidade exclusiva do Estado.**

Assim estatuiu o corpo técnico, nos termos da Instrução Técnica 00028/2017-1, *verbis*:

[...]

Note-se que a revisão das DOTs pelos municípios constitui atividade de auxílio àquela incumbida, precipuamente, aos Estados. Dessa forma, se por estes, que detêm a verdadeira titularidade sobre ela, deve ser realizada por servidores ocupantes de cargos efetivos organizados em carreira, com mais razão ainda tem que ser levada a

efeito nos Municípios por agentes integrantes do quadro permanente da Administração Municipal, que a farão de forma complementar. – g.n.

Depreende-se dos fundamentos acima transcritos o entendimento de que a capacidade tributaria ativa, entendida como aptidão para cobrar, arrecadar e fiscalizar o tributo, ressalvada aquela relativa à constituição do crédito tributário por meio do lançamento (art. 142 CTN), são passíveis de delegação a pessoa jurídica de direito privado, bem como que a “ situação referente à repartição das receitas tributárias, com destaque para os repasses devidos pelos entes estaduais aos entes municipais da arrecadação do ICMS, **se constitui como típica atividade financeira do Estado, sendo regulada pelo direito financeiro, não guardando mais pertinência com o ramo do direito tributário.**”

Portanto, entende-se que o Prejulgado 43/2019 repercute na matéria ora sobre análise.

Os prejulgados são vinculantes e possuem caráter normativo, nos termos do § 1º do art. 352 e do art. 355 do RITCEES:

Art. 352. Proferido o julgamento do incidente pelo Plenário, observado o quórum qualificado previsto no art. 180 da Lei Orgânica do Tribunal, os autos serão devolvidos àquele que suscitou a matéria incidental, para apreciação do mérito do processo.

§ 1º O julgamento que deliberar sobre o incidente processual solucionará a questão levantada, constituindo prejulgado vinculante aos demais casos submetidos ao Tribunal.
(...)

Art. 355. O prejulgado tem caráter exclusivamente normativo e será aplicado sempre que invocado no exame processual.

Logo, não pode esta Corte de Contas decidir de modo diverso da tese apresentada pelo Prejulgado 43/2019, salvo se expressamente reformado ou revogado nos termos do art. 353 do RITCEES, sob pena de insegurança jurídica por parte dos jurisdicionados e gestores públicos.

Portanto, o prejulgado 43/2019 impacta na análise perpetuada no Acórdão TC 1311/2017, alterando o entendimento nele exposto, no que se refere ao **contrato 28/2011**, afastando-se a irregularidade no **tocante a esta contratação**, com a devida repercussão para os responsáveis solidários, conforme disposto no art. 324 da Resolução TC 261/2013³.

Desta feita, entende-se prejudicada a análise das demais argumentações e solicitações apresentada pela recorrente.

Isto posto, frisa-se que a presente irregularidade guarda pertinência com o item 1.1 do Prejulgado nº 43, que assim dispõe, *litteris*:

[...]

1.1 Pela possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando à recuperação de créditos, vez que tais serviços não se encontram dentro das competências exclusivas da Administração Pública, cabendo a elaboração de estudos e pesquisas de maneira prévia à realização da contratação, para que, com fundamentos em tais elementos, possa ser verificada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade ou a necessidade de seguir o regular procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93;

³ Art. 324. Havendo mais de um responsável pelo mesmo fato, a defesa apresentada por um deles aproveitará a todos, mesmo ao revel, no que concerne às circunstâncias objetivas, e não aproveitará no tocante aos fundamentos de natureza exclusivamente pessoal ou se distintos os seus interesses.

1.2 Considerar plenamente possível a contratação pela Administração Pública com a remuneração paga pelos serviços efetivamente prestados sobre o êxito alcançado, devendo os valores serem fixados em percentual proporcional ao esforço e ao risco suportado pela empresa contratada, respeitando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e modicidade, somente sendo possível a realização do pagamento após comprovada a realização efetiva dos serviços contratados, qual seja, com o ingresso dos valores nos cofres públicos;

1.3 Pela aplicabilidade, com eficácia geral, da Orientação Técnica nº 01/1997, com fundamento no princípio da segurança jurídica e da confiança legítima, vez que a própria Corte de Contas emprestou eficácia normativa geral ao entendimento fixado pela orientação técnica, não sendo lícito negar eficácia aos seus preceitos, a fim de penalizar os jurisdicionados que agiram conforme os preceitos fixados por este instrumento normativo. – g.n.

Desse modo, como bem opinou a Área Técnica, em razão de ser vinculante e possuir caráter normativo, o “Prejulgado nº 43/2019 impacta na análise perpetuada no Acórdão TC 1311/2017, alterando o entendimento nele exposto, no que se refere ao Contrato 28/2011, afastando-se a irregularidade no tocante a esta contratação, com a devida repercussão para os responsáveis solidários, conforme disposto no art. 324 da Resolução TC 261/2013”.

Lado outro, cabe ressaltar que a sobredita irregularidade (item 3.1 da ITC 3239/17-9 do Processo TC nº 6305/12-2, em apenso – Contratação de Serviços de terceiros para a realização de atividades típicas atribuíveis a servidores públicos), na qual, além da recorrente, também foi imputada as **Sras. Ângela Maria Sias** (Prefeita Municipal de Viana), **Márcia Siqueira Souza Pironi** (Secretária Municipal de Educação), **Soneida Maria Dalla Bernardina** (Secretária Municipal de Saúde) e ao **Sr. Danilo Ramalho Pina** (Secretário Municipal de Finanças), conforme consta dos itens 1.5, 1.8, 1.10 e 1.11 do v. Acórdão atacado.

Ocorre que a Resolução TC nº 261/2013 – Regimento Interno, assim preceitua, *litteris*:

[...]

Art. 401. Havendo responsabilidade solidária na decisão recorrida, o recurso apresentado por uma das partes aproveitará a todas, mesmo àquela que tiver sido julgada revel ou não o houver interposto. – g.n.

Assim sendo, vale ressaltar que no caso da **Sra. Ângela Maria Sias**, conforme constatado no item 1.5 do v. Acórdão atacado, além da irregularidade do item 3.1 da ITC 3239/17-9 do Processo TC nº 6305/12-2, em apenso, contestada no presente

recurso, também lhe foi atribuída as irregularidades dispostas nos itens 3.2, 3.3, 3.4, 3.5 e 3.6 da referida Instrução Técnica Conclusiva, com imputação de multa no valor de 1.500 VRTE. Assim, com fundamento no artigo 401, do Regimento Interno, acima transcrito, entendo que a decisão nestes autos, apenas em relação a irregularidade, relativa a “Contratação de Serviços de terceiros para a realização de atividades típicas atribuíveis a servidores públicos (item 3.1 da ITC 3239/17-9 do Processo TC nº 6305/12-2, em apenso)”, deve ser aproveitada, ou seja, estendida a referida gestora, devendo ser redimensionada a multa que lhe fora imputada.

Neste contexto, em relação as Sras. **Márcia Siqueira Souza Pironi e Soneida Maria Dalla Bernardina**, conforme constatado nos itens 1.10 e 1.11 do v. Acórdão atacado, a irregularidade do item 3.1 da ITC 3239/17-9 do Processo TC nº 6305/12-2, em apenso, contestada no presente recurso foi também atribuída as referidas gestoras, com imputação de multa no valor de 1.000 VRTE. Assim, com fundamento no artigo 401, do Regimento Interno, acima transcrito, entendo que a decisão nestes autos, deve ser aproveitada, ou seja, estendida as referidas gestoras.

Quanto ao **Sr. Danilo Ramalho Pina** (Secretário Municipal de Finanças), verifico que o mesmo interpôs recurso de Pedido de Reexame, autuado nos autos do Processo TC nº 00952/2018, em apenso, que será apreciado naqueles autos.

Dessa maneira, pelos elementos constantes dos autos, considerando que para se julgar é essencial a presença, tanto das razões de fato, como também dos fundamentos jurídicos, acompanho o posicionamento da área técnica, corroborado pelo Ministério Público de Contas e afasto a irregularidade, em face da recorrente, bem como a multa a ela imputada, **estendendo seus efeitos as Sras. Márcia Siqueira Souza Pironi e Soneida Maria Dalla Bernardina, bem como a Sra. Ângela Maria Sias, sendo para esta última, apenas no que se refere ao afastamento da irregularidade em apreço**, haja vista que permaneceram as irregularidades dispostas nos itens 3.2, 3.3, 3.4, 3.5 e 3.6 da referida Instrução Técnica Conclusiva nº 3239/17-9 do Processo TC nº 6305/12-2, em apenso, contudo, em face do princípio da proporcionalidade, entendo que a multa a ela imposta deve ser redimensionada.

5. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, acompanhando o posicionamento da área técnica e do Ministério Público de Contas, acrescentando a extensão de efeitos da decisão e o redimensionamento de multa, **VOTO** no sentido de que o Plenário aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. REJEITAR a preliminar, relativa a prescrição da pretensão punitiva por parte deste Egrégio Tribunal de Contas, suscitada pela Sra. Araceli Zorzanelli, disposta no item 3 deste voto, pelas razões antes expendidas;

1.2. DAR PROVIMENTO ao presente recurso de reconsideração, interposto pela **Sra. Araceli Zorzanelli**, Secretária Municipal de Finanças de Viana, no exercício de 2011, em face do **Acórdão TC 01311/2017-4**, proferido nos autos do Processo TC 6305/2012-2, em razão do afastamento da irregularidade constante no item 3.1 da ITC 3239/17-9 (item 1.6 do v. Acórdão) daqueles autos, relativa a “Contratação de serviços de terceiros para a realização de atividades típicas atribuíveis a servidores públicos”, bem como da multa a ela imputada, considerando-se regulares os atos de gestão da respectiva gestora, pelas razões antes expendidas;

1.3. ESTENDER OS EFEITOS desta decisão, afastando-se a irregularidade, bem como a multa, relativa ao item 3.1 da ITC 3239/17-9 - Processo TC 6305/2012-2 (itens 1.10 e 1.11 do Acórdão TC 01311/2017-4), com fundamento no artigo 401, da Resolução TC nº 261/2013 - Regimento Interno, em face das **Sras. Márcia Siqueira Souza Pironi** (Secretária Municipal de Educação), **Soneida Maria Dalla Bernardina**

(Secretária Municipal de Saúde), considerando-se regulares os atos de gestão das respectivas gestoras, pelas razões antes expendidas no item 3.1 deste voto;

1.4. ESTENDER OS EFEITOS desta decisão, afastando-se a irregularidade, apenas em relação ao item 3.1 da ITC 3239/17-9 (Processo TC 6305/2012-2), com fundamento no artigo 401, da Resolução TC nº 261/2013 - Regimento Interno, em face da **Sra. Ângela Maria Sias** (Prefeita Municipal de Viana – exercício de 2011), redimensionando-se a multa a ela imputada para 1.000 VRTE, tendo em vista que permaneceram as irregularidades de responsabilidade da gestora dispostas nos itens 3.2, 3.3, 3.4, 3.5 e 3.6 da ITC 3239/17-9 e no **item 1.5 do v. Acórdão** atacado, conforme razões antes expendidas;

1.5. REFORMAR os termos do **Acórdão TC 01311/2017-4**, em razão do afastamento da irregularidade constante no item 3.1 da ITC 3239/17-9 do Processo 6305/2012-2, em apenso, relativa a “Contratação de serviços de terceiros para a realização de atividades típicas atribuíveis a servidores públicos”, em face das Sras. **Sra. Araceli Zorzanelli, Márcia Siqueira Souza Pironi, Soneida Maria Dalla Bernardina e Ângela Maria Sias**, pelas razões antes expendidas;

1.6. DAR CIÊNCIA aos interessados, encaminhando-se os autos ao Ministério Público de Contas para acompanhamento das multas aplicadas no **Acórdão TC 01311/2017-4** e mantidas nesta decisão, **ARQUIVANDO-SE** os presentes autos após o trânsito em julgado.

5. Fica a responsável obrigada a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 22/10/2019 – 37ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público de Contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões