



Acórdão 01564/2020-1 - 1ª Câmara

Processo: 03938/2013-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMJ - Prefeitura Municipal de Jaguaré

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: 5A CONTROLADORIA TECNICA

Responsável: ROGERIO FEITANI, JOSE ALBERTO DE JESUS, CMS - CONSULTORIA E SERVICOS S/S LTDA, CLAUDINA ANTONIA FARDIN, SOLIMARCOS GAIGHER, MICHELLI PAGOTTO CROSCOPP, WANDERLEY ANTONIO CROSCOPP

**CONTROLE EXTERNO – REPRESENTAÇÃO –
PREFEITURA MUNICIPAL DE JAGUARÉ –
EXERCÍCIO 2006 – PREJUDICIAL DE MÉRITO DE
ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PARECERISTA
JURÍDICO - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO
PUNITIVA - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE
ASSESSORIA OU CONSULTORIA DE EMPRESA
PRIVADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
VISANDO À RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS
TRIBUTÁRIO – CONTRATAÇÃO DIRETA POR
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – POSSIBILIDADE
- PREJULGADO 43 – APLICABILIDADE -
IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO – CIÊNCIA
– ARQUIVAR.**

1. Aplicação do Prejulgado 43;
2. Possibilidade de contratação (terceirização) de serviços de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando à recuperação de créditos tributário.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:**I. RELATÓRIO**

Trata-se de representação apresentada por Auditores de Controle Externo deste TCEES lotados na 6ª Secretaria de Controle Externo, em razão de indícios de irregularidades nos contratos 062/2006 e 097/2006 do Município de Jaguaré, cujo objeto era a contratação da empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda., com o objetivo de prestar serviços de assessoria tributária e fiscal, dentre outros.

Por meio da Instrução Técnica Inicial **ITI 764/2013** (fls. 602/625), a área técnica opinou pela citação dos Srs. Rogério Feitani – Ex-Prefeito Municipal; Wanderley Antônio Croscopp – Secretário Municipal de Administração e Finanças; Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária Municipal de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação; e Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal.

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram defesa em igual teor, diferenciando-se apenas em razão de quais irregularidades foram imputadas a cada um dos responsáveis, à exceção do Procurador Municipal, senhor Solimarcos Gaigher, que acrescentou aos apontamentos, considerações acerca da responsabilidade do parecerista jurídico perante os órgãos de controle, parte que lhe toca especificamente.

Apresentadas as justificativas, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas - NEC, por meio da **ITC 9846/2014-1** (fls. 4645/4696), apontou a existência de irregularidades, nos seguintes termos:

[...] 4. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

4.1 Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre Representação tendo como órgão jurisdicionado a Prefeitura Municipal de Jaguaré, relativa a contratos firmados com a empresa CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda., com base no inciso II, do artigo 95, da Lei Complementar Estadual 621/2012 e artigo 99, §2º, da Lei Complementar Estadual 621/2012, sugere-se que seja reconhecida a PROCEDÊNCIA da presente representação, tendo em vista o reconhecimento e a manutenção das seguintes irregularidades:

4.1.1. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES E COMPETÊNCIAS TÍPICAS E INDELEGÁVEIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Recuperação de Créditos Tributários e Revisão de Declarações de Operações Tributáveis

(DOT) Base Legal: Infringência: inciso II, art. 37 da Constituição Federal, c/c Princípio da Legalidade e da Eficiência disposto no caput do mesmo artigo constitucional, assim como art. 7º, 142; Responsáveis: Rogério Feitani – Ex-Prefeito Municipal Wanderley Antônio Cros Copp – Secretário Municipal de Administração e Finanças Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária Municipal de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal

4.1.2. Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação sem os requisitos legais autorizativos Base Legal: art. 37, caput, da Constituição Federal, c/c art. 2º, 3º, 13, 25, 26, caput e incisos II e III, todos da Lei 8.666/93. Responsável: Rogério Feitani – Prefeito Municipal Wanderley Antônio Cros Copp – Secretário Municipal de Administração e Finanças e Membro da Comissão Permanente de Licitação Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária Municipal de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal José Alberto de Jesus – Presidente da Comissão Permanente de Licitação Michelle Pagotto – Membro da Comissão Permanente de Licitação

4.1.3. Da Contratação com Previsão de Remuneração Vinculada à Obtenção de Êxito - Contrato de Risco Base Legal: Art. 167, da Constituição Federal, art. 54, §1º e 55, da Lei 8.666/93, c/c Princípios orçamentários. Responsável: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

4.2. Posto isso e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, opinando por:

4.2.1 Preliminarmente, declarar a prescrição da pretensão punitiva deste TCEES e declarar extinta a punibilidade dos responsáveis citados nos presentes autos, Srs. Rogério Feitani, Wanderley Antônio Cros Copp, Claudina Antônia Fardin Sossai, Solimarcos Gaigher, José Alberto de Jesus e Michelle Pagotto, em relação às irregularidades dispostas nos itens 3.3.1, 3.3.2 e 3.3.3 desta ITC, extinguindo o processo com resolução de mérito em relação a estes itens, ex vi art. 70 c/c art. 71, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil;

4.3. Não obstante a preliminar de prescrição acima sustentada, sugere-se, com fundamento no art. 1º, inc. XVI c/c art. 57, inc. III, ambos da Lei Complementar nº 621/2012, que:

- considerando a comprovação de irregularidade atinente à terceirização Inconstitucional e destituída de interesse público de competências e atividades típicas, rotineiras e finalísticas da Administração Pública, afetas as atribuições corriqueiras de servidores públicos efetivos lotados nos setores jurídico, de contabilidade, finanças e fiscalização tributária municipal, em infringência ao art. 37, da Constituição da República de 1988 c/c art. 7º, art. 142, art. 196 e art. 198, todos do Código Tributário Nacional, fato jurídico que implica na nulidade absoluta dos respectivos Contratos de nº 067/2006 (fls. 659/664) e nº 092/2006 (fls. 111/115);
- Considerando a comprovação de irregularidade referente à contratação direta por inexigibilidade de licitação da empresa CMS Consultoria e Serviços S/C Ltda. em manifesta infringência ao art. 37, caput, e inc. XXI, da Constituição da República de 1988 c/c art. 2º, art. 3º, art. 13 e art. 25, todos da Lei nº 8.666/93, fato processual que implica na nulidade absoluta do Contrato nº 067/2006 (fls. 659/664);
- Considerando a constatação de irregularidade referente à contratação de empresa privada com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito (contrato de risco), em infringência ao art. 167, inc. IV, da Constituição da República de 1988 c/c art. 37, inc. IV, da Lei Complementar nº 101/2000 c/c art. 54, § 1º e art. 55, ambos da Lei nº 8.666/93 e ainda aos princípios orçamentários, fato processual que implica na nulidade absoluta do Contrato nº 067/2006 (fls. 659/664);
- Considerando os efeitos financeiros com obrigações por prazo indeterminado para o Município de Jaguaré/ES previstas na Cláusula 3.1.2; Cláusula 3.1.3; Cláusula 3.1.5 e Cláusula 3.2, todas do Contrato Administrativo nº 067/2006 (fls. 659/664);

• Considerando que existe o ajuizamento de ação de execução fiscal proposta pelo Município de Jaguaré/ES em face da empresa Petrobrás Petróleo Brasileiro, CNPJ: 33.453.598/0001-23, tombada sob o nº 0000705-23.2008.8.08.006 (065.08.000705-0), na qual objetiva-se o recebimento de valores decorrentes de ISSQN (Certidão de Dívida nº 001/2008 - fls. 178), que ainda se encontra em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Jaguaré/ES, conforme documentos de fls. 170/181 dos autos;
DETERMINE ao atual Prefeito de Jaguaré que promova imediatamente à anulação do citado contrato administrativo nº 067/2006 (fls. 659/664), cujos efeitos deverão retroagir ao tempo da celebração dos mesmos, ex vi art. 59, caput, da Lei nº 8.666/93, abstendo-se de realizar qualquer pagamento futuro à Contratada.

4.4. Eventualmente superada a preliminar de prescrição da pretensão punitiva deste TCEES, acima delineada, no mérito sugere-se:

4.4.1. Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelos Srs. Rogério Feitani – Ex-Prefeito de Jaguaré, pelas irregularidades constantes nos itens 3.3.1, 3.3.2 e 3.3.3; Wanderley Antônio Croscopp – Ex-Secretário Municipal de Administração e Finanças e Membro da Comissão Permanente de Licitação, pelas irregularidades constantes nos itens 3.3.1 e 3.3.2; Sra. Claudina Antônia Fardin Sossai – Ex-Secretária Municipal de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação, pelas irregularidades constantes nos itens 3.3.1 e 3.3.2; Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal, pelas irregularidades constante nos itens 3.3.1 e 3.3.2; José Alberto de Jesus – Presidente da Comissão Permanente de Licitação, pela irregularidade contida no item 3.3.2; e Michelle Pagotto – Membro da Comissão Permanente de Licitação, pela irregularidade contida no item 3.3.2., em razão do cometimento de atos ilegais conforme descrito nas irregularidades indicadas, aplicando multa individual aos responsáveis na medida das respectivas culpabilidades, com amparo no art. 62, c/c do art. 96, inc. II, ambos da Lei Complementar Estadual nº 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação mais favorável aos Responsáveis, aplicável à época dos fatos apurados.” [...]

O Ministério Público de Contas anuiu à ITC 2507/2014, nos termos do **Parecer 4316/2015-6** (fls. 4699/4702), da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, corroborando integralmente as conclusões do Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC.

Em seguida, o conselheiro relator proferiu o **Voto 4392/2019**, divergindo parcialmente do posicionamento técnico e ministerial.

O Ministério Público de Contas pediu vista dos autos e apresentou **Parecer Vista 4984/2019**, da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira com a conclusão que se segue:

- a) Com amparo no art. 3º, incisos I, IV e VI, da Lei Complementar Estadual 451/2008, e no art. 321, § 1º, do Regimento Interno do TCE-ES, pela **reabertura da instrução processual** com o retorno dos autos à área técnica

para reexame da matéria à luz do **Prejulgado nº 43**, publicado em **30/10/2018**, portanto posteriormente à Instrução Técnica Conclusiva 3519/2015, emitida em **02/04/2014**, e ao Parecer do Ministério Público de Contas PPJC 5945/2014, emitido em **26/04/2016**, com posterior remessa ao *Parquet* de Contas para emissão de novo parecer, sob pena de nulidade absoluta do acórdão a ser proferido nestes autos.

Em seguida, o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo apresentou Voto Vista 180/2019, com o seguinte comando:

1 Encaminhar os autos à área técnica e ao Ministério Público de Contas a fim de garantir que se manifestem sobre o Prejulgado nº 43 à luz dos fatos apresentados nos presentes autos, indicando se alteram ou não o posicionamento já exarado na Instrução Técnica Conclusiva ITC 2507/2014 e no Parecer 69/2016.

Seguindo o regular prosseguimento do feito, a área técnica manifestou-se através da **Manifestação Técnica 12541/2019 opinando no sentido de que o prejulgado 43 não tem o condão de afastar integralmente as irregularidades mantidas pela ITC 3519/2015**, acolhendo integralmente, sem modificações, a referida ITC, inclusive quanto às suas conclusões.

Anuindo integralmente os argumentos fáticos e jurídicos delineados na Manifestação Técnica 12541/2019, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC), manifestou-se nos termos do Parecer do MPEES 6063/2019 da lavra do procurador Heron Carlos de Oliveira.

É o relatório.

Assim instruídos, vieram-me os autos para decisão.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, insta salientar que a matéria tratada nestes autos foi objeto de outros processos neste Tribunal e que tendo em vista a necessidade de pacificação dos entendimentos relativos aos itens dispostos neste processo, bem como de outros processos em tramitação neste Tribunal de Contas, o Plenário desta corte decidiu pela formação do Incidente de Prejulgado, culminando na instauração do processo

TC 6603/2016. O enfrentamento do mérito analisou a possibilidade de se contratar assessoria ou consultoria para a revisão e recuperação de créditos, em detrimento de ser atividade executada exclusivamente por servidor ocupante de cargo efetivo organizado em carreira.

Sendo assim, a decisão exarada nos autos do Processo TC-06603/2016-4 deu origem ao Acórdão TC 1420/2018-4 (peça 61 constante dos autos do TC 6603//2016-4) e ao Prejulgado 43 (Disponibilizado no Diário Oficial Eletrônico do TCEES nº 1240, do dia 29 de outubro de 2018, considerando-se publicado no dia 30 de outubro de 2018), o qual possui eficácia vinculante às demais decisões desta Corte de Contas, o qual transcreve-se:

Prejulgado nº 43

INCIDENTE DE PREJULGADO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - ASSESSORIA - RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS

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;

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.

PUBLICAÇÃO: ACÓRDÃO TC 1420/2018-PLENÁRIO, DOEL - TCEES EM 29.10.2018; PREJULGADO nº 43, DOEL - TCEES 02.04.2019.

Acerca da aplicabilidade do Prejulgado 43 ao assunto debatido nos presentes autos, verifica-se que já houve manifestação desta Corte de Contas no Processo TC 7156/2012 que gerou o Acórdão 01063/2020-3 - 1ª Câmara. Vale a transcrição da parte final do Acórdão 1063/2020-3:

1. ACORDÃO TC-1063/2020-3

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC 7156/2012, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. PRELIMINARMENTE:

1.1.1. RECONHECER a PRESCRIÇÃO da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas em face dos indícios de irregularidade descritos nos itens II.2.1, II.2.2 e II.2.3, nos termos do artigo 70 c/c 71, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c o art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil;

1.2. NO MÉRITO:

1.2.1. Considerar **IMPROCEDENTE** a Representação, nos termos do artigo art. 178, I, c/c o art. 182, parágrafo único, nos termos do prejudgado 43 exarado por esta Corte de Contas.

1.2.2. REVOGAR a MEDIDA CAUTELAR deferida pela Decisão Monocrática 3209/2013-5;

1.3. Dar **CIÊNCIA** aos interessados e representante do teor desta Decisão, conforme disposto no artigo 307, § 7º, da Resolução TC 261/2016;

1.4. Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR**.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo que votou pela procedência da representação.

3. Data da Sessão: 07/10/2020 – 33ª Sessão Ordinária da 1ª CÂMARA

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente/relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Rodrigo Coelho do Carmo.

Feitas essas considerações, passemos à análise de todo o processado e às minhas razões de decidir:

II.1 PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

Inicialmente, muito embora não haja provocação nesse sentido, mas por tratar-se de norma cogente, faz-se necessário analisar a prescrição.

Observando a norma e os documentos acostados no presente processo, verifico que os fatos analisados nestes autos decorrem do exercício de 2006, nos termos dos contratos 062/2006 e 097/2006 do Município de Jaguaré (ITI 764/2013):

2.1. Processo nº 62.953/2006 – Inexigibilidade

Contrato nº 067/2006

Objeto: Serviços na recuperação de receitas municipais Valor Empenhado: R\$ 10.000,00

Valor pago: R\$ 0,00

Credor: CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda Vigência: 04/05/2006 até 31/12/2006

a) Primeiro Termo Aditivo ao Contrato nº 067/2006, de 28 de junho de 2006 Objeto: incluir as atividades de realização de recuperação de receita de Contribuintes do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU e revisão de

DOT'S – Declarações de Operações Tributáveis. Vigência: sem alteração.
Valor empenhado: R\$ 0,00

b) Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Prestação de Serviços nº 067/2006, de 29 de dezembro de 2006 Vigência: de 29/12/2006 até 31/12/2007 Valor Empenhado: R\$ 0,00

c) Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Prestação de Serviços nº 067/2006

Vigência: de 28/12/2007 até 31/12/2008

Valor Empenhado: R\$ 0,00

Observação: a despeito do empenho no montante de R\$ 10.000,00, bem como da realização de termos aditivos, não se verificou na documentação dos autos, tampouco no SISAUD, a efetivação de qualquer pagamento referente ao contrato 067/2006.

2.2. Processo nº 63.729/2006

Convite nº 042/2006

Contrato: 092/2006

Objeto: Modernização, atualização e adequação da legislação municipal referente ao ISSQN e Processo Fiscal Valor Empenhado: R\$ 16.950,00

Valor Pago: R\$ 16.950,00

Credor: CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda.

Com relação a esta contratação, foi detectada uma única despesa, no total de R\$ 16.950,00 (dezesesseis mil novecentos e cinquenta reais).

Em seguida, foram os autos remetidos ao Exmo. Conselheiro Relator, que através da Decisão Monocrática Preliminar DECM 902/2013, determinou a citação dos responsáveis para apresentação de defesa, no prazo improrrogável de 30 dias.

Ato contínuo, foram expedidos os Termos de Citação 2160/2013 até o 2165/2013, correspondentes, sendo apresentadas as defesas de fls. 710/1458 – Rogério Feitani; fls. 2208/2956 - Wanderley Antônio Croscopp e Claudina Antônia Fardin Sossai; fls. 1460/2206 – Solimarcos Gaigher; fls. 2958/3702 – José Alberto de Jesus; e fls. 3709/4611– Michelle Pagotto.

Ressalta-se que os termos de citação foram juntados aos autos em data de 1º de novembro de 2013, conforme atestado pela Secretaria Geral das Sessões às fls. 702 dos autos físicos (peça11 – volume digitalizado).

Adiante, verifico que posteriormente, foi citado a empresa CMS Consultoria e Serviço S/S, conforme Termo de Citação 762/2015 (fls. 4724, Volume XIX4), cumprido em 19 de maio de 2015 (fls. 4724 - verso).

Em manifestação, a área técnica e o Ministério Público de Contas opinaram pela incidência de prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, face a expiração do prazo legal (ITC 9846/2014-1 e ITC 3519/2015-3), sendo que a ocorrência da consumação da prescrição da pretensão punitiva ocorreu em 2011 e a

ocorrência do primeiro marco processual de suspensão do prescricional ocorreu em 11.03.2013 (Plano de Diligência 012/2013 que teve início em 11.03.2013)

Deste modo, é preciso considerar que o prazo prescricional estabelecido na Lei Complementar Estadual nº 621 de 8 de março de 2012 é de 5 (cinco) anos, sendo interrompido pela citação válida do responsável ou interposição de recurso, conforme disposto adiante:

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.

§ 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 - o julgamento do processo pelo Colegiado competente;

III - a interposição de recurso.

§ 5º A prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas.

Assim sendo, e decorridos mais de cinco anos da citação válida, uma vez que a juntada dos termos de citação se deu em 1º de novembro de 2013, conforme atestado pela Secretaria Geral das Sessões às fls. 702 dos autos físicos (peça11 – volume digitalizado), **concluo estar prescrita a pretensão punitiva por este Tribunal**, sendo assim, a consumação da prescrição da pretensão punitiva ocorreu em 2018.

II.2 PREJUDICIAL DE MÉRITO – RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA JURÍDICO

O Procurado Municipal, senhor Solimarcos Gaigher alegou em sua defesa (fls. 1460/1479 a impossibilidade de ser responsabilizado nestes autos, por sua atuação jurídica dos acontecimentos, invocando a inviolabilidade do Advogado Público do exercício da sua profissão.

Discordando da tese de defesa, o NEC entende que cabível a aplicação de responsabilidade ao parecerista jurídico, nas hipóteses em que a emissão do parecer se dá por força da imposição legal prevista no art. 38, Parágrafo Único da Lei 8.666/93.

Pois bem, entendo que a presente prejudicial não merece ser acolhida, na forma da jurisprudência acumulada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União a respeito do tema, com base na qual têm sido proferidas as deliberações desta Corte, a exemplo do que se lê no Acórdão TC-455/2016-Plenário (Processo TC 13558/2015 – julgado em 26/04/2016); Acórdão TC-706/2017-Plenário (Processo TC 1667/2015 - julgado em 13/06/2017); Acórdão TC-136/2017-Plenário (Processo TC 2786/2015 – julgado em 21/02/2017) e Acórdão TC-542/2016-Plenário (Processo TC 6719/2014 - julgado em 24/05/2016).

Nesse último julgado, em especial, assentou-se a tese de que os “casos de isenção da responsabilização do parecerista devem ser analisados no caso concreto, a depender da suposta ilicitude apontada”.

A esse respeito, cabe destacar que o senhor Solimarcos Gagher emitiu parecer pela contratação em questão (644/655).

Sendo assim, existindo nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo parecerista e a irregularidade identificada – ainda que indiciariamente – presentes estão os elementos da responsabilidade, de tal sorte que cabe ao momento do aprofundamento de mérito analisar eventuais excludentes e circunstâncias atenuantes, se existentes. Nesse viés, considerando que a argumentação formulada em torno da ilegitimidade do parecerista jurídico se confunde com o mérito da própria irregularidade apontada, acompanho o entendimento técnico para rejeitar, em sede de prejudicial de mérito, a ilegitimidade suscitada pelo senhor Solimarcos Gagner.

II.3 MÉRITO

Tal como se verifica nos autos, trata-se de contratação de empresa para a recuperação de créditos fiscais ou incremento de receita tributária.

Em campo, foram identificados três indícios de irregularidade pela equipe técnica atinentes à contratação sob análise, conforme disposto adiante:

II.3.1 Contratação direta por inexigibilidade de licitação

Base Legal: artigo 37, caput e inc. XXI, da Constituição da República de 1988 c/c artigos 2º, 3º, 13 e 25, II, todos da Lei 8.666/93.

Responsáveis:

- Rogério Feitani – Ex-Prefeito Municipal
- Wanderley Antônio Croscopp – Secretário de Administração e Finanças
- Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação
- Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal
- CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. (terceira interessada)

Em linhas gerais, restou constatado pela área técnica que as atribuições de arrecadar ou fiscalizar tributos, de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, não poderiam ser delegadas a particulares, já que tal atribuição caberia ser realizada por servidor público concursado.

Logo, restaria ausente um dos requisitos necessários à contratação direta, notadamente por entender que o serviço típico de servidor público não pode ser considerado singular, já que serviço comum e rotineiro.

Aduzem que a Prefeitura Municipal de Jaguaré celebrou com a empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda o Contrato nº 067/2006 para prestar serviços de arrecadar ou fiscalizar tributos, de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, não poderiam ser delegadas a particulares, já que tal atribuição caberia ser realizada por servidor público concursado.

Depreende-se dos autos, que a contratação (Contrato 067/2006) ocorreu por inexigibilidade de licitação (Processo 62953), iniciando-se a partir da proposta apresentada pelo secretário municipal de administração e finanças (fls. 637/638).

Nos termos da análise técnica, a equipe deste Tribunal entendeu pela inexistência dos requisitos necessários para a configuração da inexigibilidade, tais como a comprovação da singularidade dos serviços.

Os defendentes apresentaram defesas idênticas neste tópico. Afirmam que no caso em análise, o legislador, atento à complexidade e especificidade das questões

tributárias e, de forma absolutamente cristalina, permitiu ao administrador efetuar a “contratação de assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias”, atribuindo a seção IV, dos serviços técnicos profissionais e especializados, art. 13, da Lei 8.666/93.

Afirmam que em nenhum momento coube à empresa CMS fiscalizar, arrecadar, executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, e sim, assessoramento técnico, na área tributária, sendo que coube unicamente aos servidores fiscais de tributos efetivos a fiscalização, a autuação e o lançamento tributário.

Relatam os defendentes que a participação da empresa contratada foi no sentido de auxiliar/subsidiar os servidores responsáveis pelas funções inerentes à atividade fim da administração.

Continuam em sua defesa afirmando que não procede a alegação de que os serviços prestados pela empresa CMS não seriam de natureza singular, pois não se tratam de serviços comuns ou rotineiros da administração.

Em seguida, aduzem os defendentes que também estão presentes as justificativas para a situação de inexigibilidade de licitação.

Afirmam que as razões para a escolha da contratada certamente abrangem, além da necessidade de subsídio aos servidores municipais, a demonstração de conhecimento técnico e experiência da empresa no ramo, segundo antecedentes apresentados, atuando com êxito em vários municípios da Federação Brasileira, na solução inusitada de problemas e na recuperação de receitas próprias e, mediante avaliação dos elementos autorizativos da contratação direta por meio da necessidade dos serviços e interesse público envolvido. Relatam, por fim, que a justificativa do preço se encontra devidamente delineada, constando do processo de inexigibilidade.

Por outro lado, o entendimento do NEC, corroborado pelo MPEC, além de confirmar a irregularidade pautada na inexigibilidade indevida de licitação, sugeriu que se determinasse ao Município de Jaguaré a anulação do contrato 67/2006, abstendo-se ainda de realizar qualquer pagamento à contratada.

Pois bem, a presente hipótese refere-se à contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de assessoria tributária que, entendo, não se insere na esfera de atuação exclusiva de servidores municipais.

Ademais, restou demonstrado nos autos, tanto pelas próprias especificações do contrato, quanto pela defesa dos agentes citados, que a contratação da empresa CMS tem amparo no art. 25, §1º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Além disso, os diversos documentos apresentados demonstram, a meu ver, a singularidade do serviço e a especialização da empresa, o que justifica a contratação direta levada a efeito pela municipalidade.

Assim, entendo que o caso em análise não se trata, simplesmente, de uma cobrança de créditos tributários já constituídos, inscritos em dívida ativa, mas sim, de levantamento de dados junto aos documentos fiscais e contábeis dos contribuintes ou de terceiros, visando apurar a base de cálculo real do ISSQN e, por consequência, a constituição de um crédito em favor do Município.

Entendo que, especificamente ao presente caso, restou demonstrada a execução de uma tese fundamentada, baseada em levantamento de dados, junto aos documentos fiscais e contábeis dos contribuintes ou de terceiros, visando apurar a base de cálculo real do ISSQN e, por consequência, a constituição de um crédito em favor do Município.

Feitas essas considerações, manifesto-me pelo afastamento da irregularidade, pois entendo que pelo conjunto de defesas ora em exame, que os serviços prestados pela Contratada demonstraram a experiência e a notória especialização da empresa CMS.

II.3.2 Terceirização de atividades e competências típicas e indelegáveis da Administração Pública

Base legal: artigo 37 da Constituição da República de 1988 c/c artigos 7º, 142 e 198 do Código Tributário Nacional.

Responsáveis:

- Rogério Feitani – Ex-Prefeito Municipal
- Wanderley Antônio Croscopp – Secretário de Administração e Finanças
- Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação
- Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal

- CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. (terceira interessada)

Neste item, a área técnica narra, em suma, que a natureza das atividades definidas como objeto contratual nos contratos 067/2006 (fls. 659/664) e 092/2006 (fls. 111/115) retratam serviços de natureza permanente e contínua, típicos de carreiras de servidores públicos efetivos, descumprindo-se, portanto, a regra constitucional da obrigatoriedade de concurso público.

Em linhas gerais invoca a área técnica, o Código Tributário Nacional, regulado pela Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, o art. 37 da CRFB/88 e a Lei Orgânica do Município, para enquadrar a presente terceirização como ilícita.

O NEC conclui, inclusive, a despeito de os lançamentos contábeis terem sido feitos por servidores efetivos, que “qualquer atividade desenvolvida no sentido de implementar, sob qualquer aspecto a constituição e/ou cobrança do ISSQN no âmbito do Município de Jaguaré/ES é, inexoravelmente, afeta às atividades privativas, rotineiras e finalísticas da Administração Pública Municipal sem qualquer sombra de dúvidas, independentemente da natureza dos “serviços/atividades” a serem realizadas.”

Assim, entendeu o corpo técnico que coube à empresa contratada realizar funções de arrecadar e fiscalizar tributos, de executar leis, serviços, atos e decisões administrativas em matéria tributária, funções que não poderiam ser delegadas a particulares, conforme artigos 7º e 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Em sede de justificativas, os defendentes afirmaram que não terceirizaram serviços típicos da Administração Pública Municipal, já que a empresa contratada não promoveu a fiscalização ou o lançamento de tributos, registrando que tais atividades foram executadas pelos Fiscais de Tributos do Município de Jaguaré/ES.

Alegaram que cabia à CMS subsidiar o desempenho das atividades dos fiscais de tributos, responsáveis pela análise e recuperação de receitas, levando-se em consideração o objeto contratado, dando suporte técnico para a recuperação de receitas fiscais municipais.

Esclarecem que a contratação da empresa encontra respaldo no que disposto no art. 13, III, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações) e que

coube à empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. o subsídio no levantamento de dados relativos à recuperação de receitas fiscais e, conseqüentemente, no combate à sonegação, sendo tal levantamento utilizado para balizar e dar suporte à atuação dos fiscais de tributos, que não possuíam informação técnica necessária para a realização de um trabalho eficiente. Invocam, em sua defesa, as disposições do Decreto Municipal nº 056/2006, que dispõe sobre a autoridade administrativa competente para o lançamento fiscal, finalizando com a afirmação de que não houve burla aos art. 7º e 142, do CTN, pois não foram executadas pela CMS atividades típicas, mas apenas atividade auxiliar, acessória e de suporte à atividade fiscal.

A empresa CMS Consultoria colaciona diversos excertos extraídos de acórdãos proferidos pelo Plenário desta Corte, inclusive alguns de minha relatoria, para conferir legalidade à terceirização que se praticou no Município, além de citar depoimentos favoráveis à terceirização, colhidos no âmbito da CPI da Sonegação que tramitou na Assembleia Legislativa do ES.

Por sua vez, o NEC não acolheu a tese defendida pelas defesas, por entender que a contratada exerceu atribuições inerentes às carreiras fiscais do município, indelegáveis a particular, sugerindo a anulação dos contratos administrativos nº 067/2006 e 092/2006.

Contudo, ao analisar o conteúdo dos autos, vislumbrei que assiste razão aos defendentes, pois não identifiquei uma única atividade descrita no objeto do contrato que se confundisse com atividade privativa de quadro próprio da Administração Pública. Isto porque o serviço classifica-se como especializado, nos termos do artigo 13 do Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos e, portanto, passível de terceirização.

Além disso, em nenhum momento restou demonstrado nos autos que a CMS promoveu a inscrição de créditos provenientes do ISS ou mesmo IPTU em dívida ativa, não tendo sido detectado usurpação de atribuição dos cargos de fiscal auditor e fiscal de rendas.

Deste modo, e relativamente aos serviços acrescidos por meio de termo aditivo - atividades de realização de recuperação de receita de Contribuintes do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU e revisão de Declarações de Operações

Tributáveis (DOTs), manifesta-me de acordo com o que dispõe a Orientação Técnica 01/97, emitida por esta Corte de Contas no ano de 1997.

Logo, não se identifica óbice legal para a contratação de empresa que prestam serviços técnicos de assessoramento, com objetivo de realizar estudos e consultorias para melhorar o sistema arrecadatário.

Nessa vertente, e diante das razões apresentadas, opino pelo afastamento desta irregularidade.

II.3.3 Efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito – contrato de risco

Base Legal: Art. 167, IV da Constituição Federal, art. 54, §1º e 55, da Lei 8.666/93 e Princípios orçamentários.

Responsáveis:

- Rogério Feitani (Prefeito)
- Solimarcos Gaigher (procurador municipal)
- CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. (terceira interessada)

Em relação à forma de pagamento estipulada para os serviços prestados pela CMS Consultoria e Serviços Ltda., restou identificado nos autos que a remuneração seria vinculada à obtenção de êxito resultante do incremento da arrecadação pretendida.

Vale transcrever o contrato 067/2006:

CLÁUSULA TERCEIRA – DO VALOR E FORMA DE PAGAMENTO

3.1 – No caso do ISSQN:

3.1.1 – Para a cobertura das medidas administrativas previstas no caso do ISSQN especialmente referente às atividades de pesquisa e exploração, produção e distribuição de petróleo e gás natural no Município, os honorários de risco devidos pelo CONTRATANTE à CONTRATADA fica estabelecido na proporção de 0,99% (noventa e nove centésimos por cento) da base de cálculo objeto do lançamento.

3.1.2 – O valor da remuneração pelos serviços prestados será devido se apurado aumento no valor de base de cálculo, de cada contribuinte, ao valor lançado ou ao valor pelo contribuinte declarado ou não declarado, considerando-se qualquer forma de composição extrajudicial ou judicial para recebimento do crédito oriundo da realização do objeto deste contrato;

3.1.3 – Caso o CONTRATANTE receba em dação de pagamento, os créditos decorrentes da recuperação da base de cálculo do ISSQN, pagará de imediato à CONTRATADA os honorários na forma do item 3.1.1 desta cláusula; 3.1.4 – No caso de parcelamento para quitação da dívida, os honorários serão devolvidos do mesmo modo;

3.1.5 – No caso de ganhos contínuos percebidos pelo CONTRATANTE, por tempo indeterminado, sobre atividades de pesquisa, exploração e produção de petróleo e gás natural em razão do êxito das medidas sob assessoria da CONTRATADA, na forma de acordo, convênio ou qualquer outra modalidade de ajuste, os honorários a que se refere o item 3.1.1 desta

cláusula, serão devidos enquanto durar o recebimento da respectiva vantagem, até o limite máximo de 24 (vinte e quatro) meses, a contar do encerramento do processo e/ou da solução no âmbito administrativo, ou da data do primeiro recebimento;

3.1.6 – Se houver correção do crédito tributário após o lançamento, o mesmo percentual será aplicado sobre a base de cálculo para efeito de pagamento dos honorários conforme previsto nos itens 3.1.1;

3.2 – No caso dos royalties e participação especial devida pela produção de petróleo e gás natural:

3.2.1 – O CONTRATANTE pagará a CONTRATADA honorários de 20% (vinte por cento) em parcela única, contra apresentação dos serviços descritos no objeto, após o recebimento dos valores dos royalties e/ou participação especial, não repassados anteriormente;

3.2.2 – No caso de ganhos contínuos percebidos pelo CONTRATANTE, por tempo indeterminado, de royalties e/ou participação especial, em razão do êxito das medidas sob assessoria da CONTRATADA, os honorários a que se refere o item 3.2.1 desta cláusula, serão devidos enquanto durar o recebimento da respectiva vantagem, até o limite máximo de 24 (vinte e quatro) meses, a contar da data do primeiro recebimento em relação ao valor do incremento de receita pelos serviços realizados pela CONTRATADA.

3.3 – Os honorários serão devidos enquanto durarem os efeitos/benefícios dos serviços prestados, mesmo se findo o prazo contratual.

3.4 – O pagamento será realizado em até 05 (cinco) dias, após findo cada processo fiscal ou após o recebimento dos royalties e/ou participação especial por parte da CONTRATANTE.

3.5 – O percentual a ser pago será fixo e irredutível, conforme a Lei nº 8.666/93.

3.6 – Serão retidos da CONTRATADA, no que couber, o valor referente às obrigações junto a Previdência Social, Receita Federal e Receita Municipal.

Afirma a área técnica que o contrato 067/2006 firmado entre o município de Jaguaré e a empresa CMS previa como forma de remuneração, o risco, ou seja, só haveria pagamento pela prestação dos serviços se houvesse aumento da base de cálculo de lançamento do imposto sobre serviços referente a atividades de pesquisa, exploração produção e distribuição de petróleo e gás natural, e devido na proporção de 0,99 por cento do aumento conseguido (cláusula 3.1.1 c/c 3.1.2).

Da mesma forma se previu o risco para pagamento do serviço de recuperação de royalties e participação especial, ou seja, só haveria pagamento e na taxa de 20%, se houvesse o efetivo recebimento de royalties ou participação especial “não repassados” (cláusula 3.2.1).

Sendo assim, o corpo técnico ponderou que o instituto do contrato de risco até está previsto na legislação civil, sendo comum no regime de direito privado.

Entretanto, sua aplicação no direito público encontra vedações na medida em que contraria princípios orçamentários, inclusive a norma Constitucional estabelecida no art. 167.

Em sede de justificativas, os defendentes em peças idênticas de defesa, argumentam que a previsão de contrato de risco é encontrada no Código Civil Brasileiro, bem como advém das normas que regulam o exercício da advocacia no Brasil, e a Lei 8.906/94 assegura o direito do advogado a três espécies distintas de honorários, quais sejam, honorários convencionais, honorários arbitrados e honorários de sucumbência.

Afirmam que os honorários convencionais são ajustados entre o advogado e o seu cliente, com vistas a identificar, de pronto, o quantum que será devido pela atividade a ser prestada e o Código de Ética e Disciplina da OAB determina que os honorários devem ser fixados com moderação.

Concluem que esta norma permite que o pagamento dos serviços seja fixado em percentual do montante da receita auferida, não se confundindo com o preconizado com o art. 167, §4º, da CRFB/88, não havendo vinculação de receita expressa na Constituição, mas sim, o pagamento por um serviço.

Afirmam que a cobrança “ad exitum” se afigura a mais razoável e compatível com o princípio da moralidade, visto que o advogado recebe os seus honorários em percentual sobre o que o contratante lucrou ou deixou de pagar, resultante da intervenção profissional do advogado, e que no contrato firmado, não se deixou de observar as regras do direito público, tendo em vista que o contrato possui percentual certo e fixo, como disposto na Cláusula Terceira, item 3.5 do contrato firmado com a CMS.

Apresentando-se aos autos, a empresa interessada CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda, mencionou a Orientação Técnica 1/1997, bem como afirmou que o apontamento de irregularidade na ITI vai de encontro ao entendimento do Plenário deste Tribunal de Contas, no sentido de “não haver vinculação de receita na espécie de contrato que contenha cláusula de remuneração vinculada à obtenção de êxito”.

Em face das justificativas, o NEC asseverou que este tópico descreve duas condutas violadoras de preceitos constitucionais e infraconstitucionais distintos.

A primeira, diz respeito à vedação disposta no art. 167, inc. IV, da Constituição da República de 1988, que materializa o denominado princípio da não-afetação tributária (impostos).

A segunda concerne à vedação da celebração, pela Administração Pública, dos denominados contratos de risco, dada sua incompatibilidade com o disposto no art. 54, § 1º, c/c. art. 55, III, ambos da Lei 8.666/93 e com princípios orçamentários.

Ciente da existência de vários processos que tramitam no Plenário e Câmaras do TCEES com objetos semelhantes ao dos presentes autos, este Tribunal emitiu o Prejulgado 43 com o intuito de pacificar o tema.

II.4. DA APLICAÇÃO DO PREJULGADO 43.

Tal como dito alhures, tendo em vista a necessidade de pacificação dos entendimentos relativos aos itens dispostos neste processo, bem como de outros processos em tramitação neste Tribunal de Contas, o Plenário desta corte decidiu pela formação do Incidente de Prejulgado, culminando na instauração do processo TC 6603/2016-4.

O enfrentamento do mérito analisou a possibilidade de se contratar assessoria ou consultoria para a revisão e recuperação de créditos, em detrimento de ser atividade executada exclusivamente por servidor ocupante de cargo efetivo organizado em carreira.

Sendo assim, a decisão exarada nos autos do Processo TC-06603/2016-4 deu origem ao Acórdão TC 1420/2018-4 (peça 61 constante dos autos do TC 6603//2016-4) e ao Prejulgado 43 (Disponibilizado no Diário Oficial Eletrônico do TCEES nº 1240, do dia 29 de outubro de 2018, considerando-se publicado no dia 30 de outubro de 2018), o qual possui eficácia vinculante às demais decisões desta Corte de Contas.

Levado o processo a julgamento sentiu-se a necessidade da manifestação da área técnica e do ministério público de cotas acerca da aplicabilidade do Prejulgado 43 à matéria tratada nos presentes autos.

Instada a se manifestar, através da Decisão TC 3057/2019 - 1ª Câmara, a área técnica concluiu, através da Manifestação Técnica 12541/2019-2, pela inaplicabilidade do Prejulgado 43 aos presentes autos.

Segundo o entendimento da área técnica:

Logo, as três irregularidades guardam pertinência com o Prejulgado 43, indo de encontro ao entendimento exposto na ITC. O item 3.1.1, que trata da “Terceirização De Atividades E Competências Típicas E Indelegáveis Da Administração Pública”, diz respeito aos itens 1 e 3 do Prejulgado 43 e o item 3.1.2, sobre a “Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação sem os requisitos legais autorizativos”, tem relação com o item 1 do Prejulgado 43. Já o item 3.1.3, que trata sobre a efetivação de contrato vinculado à obtenção de êxito, guarda pertinência com os itens 2 e 3 do Prejulgado 43.

Apesar de entender que as irregularidades aqui tratadas tem pertinência com o Prejulgado 43. A área técnica manifesta-se em sentido contrário ao Prejulgado alegando sua independência funcional para divergir:

A despeito do entendimento exarado no Prejulgado 43, o qual está cabalmente em oposição aos termos da ITC 3519/2015, não há porque se alterar o entendimento jurídico exarado naquela peça técnica. São justamente as divergências de entendimentos que possibilitam a evolução das teses jurídicas. Posições divergentes são salutares para a consolidação de entendimentos ou a retificação dos mesmos. Tanto é assim que, mesmo os incidentes de prejulgado podem ser alterados ou revogados ao longo do tempo, nos termos do art. 353 do RITCEES.

Assim, a despeito dos fundamentos jurídicos constantes no Acórdão TC 1420/2018, que embasa o prejulgado em questão, e com base na imparcialidade e independência do Auditor de Controle Externo, não se vislumbra a hipótese de concordância em relação aos itens 1.1, 1.2 e 1.3 da ITC 3519/2015.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer 6063/2019-6, anuiu o posicionamento exarado pela área técnica na Manifestação Técnica 12541/2019.

Vejamos o que diz o prejulgado 43:

Ementa do Acórdão TC 1420/2018 – Plenário:
INCIDENTE DE PREJULGADO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DE
CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA OU CONSULTORIA DE EMPRESA

PRIVADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VISANDO À RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS – POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO 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- APLICABILIDADE, COM EFICÁCIA GERAL, DA ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 01/1997, DESTE TRIBUNAL – ARQUIVAR

Prejulgado 43:

INCIDENTE DE PREJULGADO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - ASSESSORIA - RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS

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;

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.

Órgão Colegiado: Plenário
Processo: TC-06603/2016-4
Assunto: Prejulgado
Autuação: 01.09.2016

Relator: conselheiro SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO – voto vencedor do conselheiro em substituição MARCO ANTONIO DA SILVA.

Decisão: Acórdão TC-1420/2018 Sessão: 36ª Sessão Ordinária do Plenário de 16.10.2018

Publicação: Acórdão TC-1420/2018, disponibilizado no Diário Oficial Eletrônico do TCEES nº 1240, do dia 29 de outubro de 2018, considerando-se publicado no dia 30 de outubro de 2018, nos termos dos artigos 62 e 66, parágrafo único, ambos da Lei Complementar Estadual 621/2012, c/c art. 5º, da Resolução TC nº 262/2013.

Deste modo, e nos termos dispostos no Prejulgado 43, este Tribunal, divergindo da área técnica entendeu pela possibilidade da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando à recuperação

de créditos tributários e de remuneração pelos serviços efetivamente prestados, sobre o êxito alcançado, nos moldes e condições descritas acima, razão pela qual afasto os indícios de irregularidade dispostos nos itens II.2.1, II.2.2 e II.2.3 destes autos.

Por fim, cito como precedente desta Corte de Contas, o Acórdão 1063/2020 – 1ª Câmara, prolatado nos autos do TC 7153/2012 de minha relatoria que afastou irregularidades análogas às presentes, tendo em vista a aplicação do Prejulgado nº 43.

Assim sendo, entendo que a questão restou sedimentada com a publicação do Prejulgado nº 43 desta Corte de Contas.

Há de se notar que prejulgados são incidentes processuais nos quais o Plenário delibera sobre a aplicação de qualquer norma jurídica ou procedimento da Administração Pública, quando reconhecida sua relevância da matéria de direito ou sua aplicabilidade de forma geral.

O RITCEES dispõe que a deliberação em sede de prejulgado soluciona a questão levantada e vincula os demais casos submetidos ao Tribunal (artigo 352, §1º). Outra disposição regimental refere-se ao caráter normativo do prejulgado que será aplicado sempre que invocado no exame processual (artigo 355).

Desse modo, esta Corte de Contas não pode decidir de modo diverso a tese apresentada pelo Prejulgado 43, salvo se expressamente reformado ou revogado, sob pena de incorrer em insegurança jurídica.

Nesse passo, discordo do entendimento técnico e do Parecer Ministerial e voto pela improcedência da presente Representação, uma vez que deve prevalecer o entendimento disposto no o entendimento do Prejulgado nº 43.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Pelo exposto, tendo em vista a competência conferida pelo art. 29, V, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), divergindo do

entendimento da Área Técnica e do Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à sua consideração.

Sergio Aboudib Ferreira Pinto
Conselheiro relator

1. ACÓRDÃO TC-1564/2020:

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

1.1. PRELIMINARMENTE:

1.1.1 REJEITAR a PREJUDICIAL DE ILEGITIMIDADE suscitada pelo senhor Solimarcos Gaigher, em virtude das razões expostas no item II.1.1;

1.1.2 RECONHECER a PRESCRIÇÃO da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas em face dos indícios de irregularidade descritos nos itens II.2.1, II.2.2 e II.2.3, nos termos do artigo 70 c/c 71, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c o art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil;

1.2. NO MÉRITO:

1.2.1 Considerar IMPROCEDENTE a Representação, nos termos do artigo art. 178, I, c/c o art. 182, parágrafo único, nos termos do prejudgado 43 exarado por esta Corte de Contas.

1.3. Dar CIÊNCIA aos interessados e representante do teor desta Decisão, conforme disposto no artigo 307, § 7º, da Resolução TC 261/2016;

1.4. Após o trânsito em julgado, ARQUIVAR.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que divergiu, acompanhando a área técnica.

3. Data da Sessão: 04/12/2020 – 47ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente/relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

VANESSA DE OLIVEIRA RIBEIRO

Subsecretária das Sessões substituição