



Acórdão 00960/2021-1 - Plenário

Processo: 05319/2014-9

Classificação: Agravo

UG: PMA - Prefeitura Municipal de Aracruz

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Recorrente: CMS - CONSULTORIA E SERVICOS S/S LTDA

**AGRAVO – DAR PROVIMENTO – REFORMAR
PARCIALMENTE A DECISÃO TC 5140/2012 – DAR
CIÊNCIA - APENSAR.**

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

1. RELATÓRIO:

Cuidam os presentes autos de **Agravo com pedido de efeito ativo**, interposto pela empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda, recebido por esta Corte de Contas, em 23/06/2014, sob protocolo nº 008137, em face da Decisão TC nº 5140/2012 (fls. 50-53), constante dos autos do Processo TC nº 6579/2012, que concedeu a medida cautelar.

O Colegiado do Plenário, através da Decisão TC 3542/2014, acostada às fls. 3409/3410 do Processo TC nº 6579/2012, consubstanciada pelo Voto nº 1297/2014-3 do eminente Conselheiro Relator à época, indeferiu o pedido de revogação da cautelar, em razão das possíveis violações e prejuízos econômicos já pormenorizados, suportados unicamente pela empresa agravante.

Denota-se, às folhas 192/196, que O Relator votou no sentido de que fosse conhecido o presente agravo, bem como pela retificação das alíneas “c”, “d” e “e” da

Decisão TC nº 3542/2014, sendo acompanhado pelo Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas, conforme Acórdão TC nº 443/2014 (fls. 197/218).

Em razão dos fatos narrados na Instrução Técnica de Recursos nº 100/2014 (fls. 225/230) e do Parecer PPJC nº 3543/2014 (fls. 235/236), a então Conselheira em Substituição Dra. Márcia Jaccoud Freitas, votou às folhas 239/241 pela *“alteração da Decisão TC nº 4405/2014, para que nela passasse a constar que aquele ato decisório substitui a Decisão TC nº 3542/2014, proferida no Processo TC nº 6579/2012, em razão do Acórdão TC nº 443/2014, proferido nos presentes autos (fls. 216/217), com a menção à sessão plenária e à data em que a deliberação ocorreu”*, bem como pela notificação da empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda *“para ratificar, em face da Decisão TC nº 4405/2014, as razões recursais já aduzidas, ou apresentar novos argumentos, se for do seu interesse”*, sendo acompanhada pelo Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas, conforme Decisão TC nº 8891/2014 (fl. 243).

A empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda foi notificada, através do Termo de Notificação nº 2871/2014 (fl. 246), contudo, não se manifestou, conforme informa o Núcleo de Controle de Documentos – NCD, a folha 248.

Instada a se manifestar, a área técnica, através da então 8ª Secretária de Controle Externo, nos termos da Instrução Técnica de Recursos nº 20/2015 (fls. 252/257), opinou pela negativa de provimento, devendo ser mantida a Decisão TC nº 4405/2014, em todos os seus termos.

O Ministério Público Especial de Contas, através do Procurador, Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, nos termos do Parecer PPJC nº 2490/2015 (fls. 261/262), em consonância com a área técnica, pugnou no mesmo sentido.

Na sequência, o eminente Conselheiro em Substituição à época, Dr. Marco Antonio da Silva, encampou os termos do voto de vista do Dr. Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, no sentido de que os autos ficassem acautelados em Gabinete até decisão do Relator, até que se tivesse procedimento de análise nos autos do Processo TC nº 6579/2012.

É o relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO – MÉRITO RECURSAL

De início, cabe ressaltar que a decisão agravada (Decisão TC 3542/2014) foi um ato decisório que indeferiu um pedido de revisão *ex officio* da Decisão TC 5140/2012, esta última, dentre outras medidas, concedeu medida cautelar para determinar ao então Prefeito Municipal de Aracruz e o então Secretário Municipal que se abstivessem de realizar quaisquer pagamentos por ventura devidos pelo Município de Aracruz à CMS Consultoria e Assessoria S/C, e recomendou o mesmo procedimento aos Municípios de Anchieta, Itapemirim, Piúma, Marataízes, Guarapari e Linhares, até pronunciamento definitivo de mérito, nos autos do TC nº 6579/2012.

Registre-se que a Decisão TC nº 3617/2015 - Plenário, deliberou pelo sobrestamento do feito, em razão de não ter sido analisada, na época, a documentação encaminhada pela ANP.

Isto posto, fato é que esta medida cautelar já possui quase dez anos, sem julgamento de mérito do Processo principal (TC nº 6579/2012), pois houve sobrestamento com o intuito de aguardar julgamento sobre matéria correlata no Processo TC 6603/2016 (que resultou no Prejulgado 43).

Além disso, considerando que já se passaram mais de cinco anos da citação dos envolvidos no processo principal (TC nº 6579/2012), necessário que seja feito o sobrestamento até que o Supremo Tribunal Federal pacifique a prescrição no caso de dano ao erário.

Pois bem, o primeiro ponto que friso é o da duração da medida cautelar agravada (quase dez anos), o que não possui razoabilidade com o instituto de decisões liminares.

O segundo ponto que ressalto é que em processo semelhante ao presente houve revogação da cautelar (com o sobrestamento dos autos em razão de uma possível ocorrência de prescrição). Vejamos.

As irregularidades apontadas no Processo principal (TC nº 6579/2012), que possuíam relação com a agravante, foram:

- Terceirização de Atividades Indelegáveis Típicas da Administração Pública;
- Contratação Indevida: Pagamento Subordinado ao Sucesso dos Serviços – “Contrato de Risco”.

Essas mesmas irregularidades estão presentes no Processo TC 7040/2012 (Município de Anchieta), sendo que neste houve revogação da cautelar que impediu pagamento à empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.

É verdade que no Processo TC 7040/2012 a Instrução Técnica Conclusiva 00843/2014 não sugeriu a responsabilidade da empresa pelas possíveis nulidades contratuais, já no processo principal do agravo (TC nº 6579/2012) houve tal sugestão pela Instrução Técnica Conclusiva 1356/2016, com a argumentação de que a empresa agravante deveria ter ciência das irregularidades.

Porém os fatos são idênticos, dessa forma transcrevo trecho da argumentação da Decisão TC 230/2021 - 2ª Câmara (Processo TC 7040/2012), a qual atuei, como Relator, proferindo o voto acompanhado pelos demais Conselheiros:

[...]

2. DA QUESTÃO CAUTELAR

Como já dito alhures, esta Corte, por meio da Decisão TC 3282/2013, determinou cautelarmente que o município de Anchieta se abstinhasse de autorizar ou efetuar qualquer pagamento à empresa CMS Consultoria e Serviços S/SLtda, até ulterior decisão desta Corte. Vejamos:

DECIDE o Plenário deste Tribunal de Contas, à unanimidade, em sua 52ª Sessão Ordinária, nos termos do Voto do Relator, Conselheiro em substituição João Luiz Cotta Lovatti, que fundamenta esta Decisão, conceder medida cautelar, nos termos do artigo 124, da Lei Complementar nº.621/2012, para determinar ao Sr. Marcos Vinícius Doelinger Assad, Prefeito Municipal de Anchieta, que se abstenha de autorizar ou efetuar qualquer pagamento á empresa CMS Consultoria e Serviços S/SLtda. até ulterior Decisão desta Corte de Contas, sob o risco de incorrer solidariamente nas penas culminadas, sujeitando aos responsáveis ás sanções do artigo 126 da mesma Lei Complementar, em caso de descumprimento, bem como, notificá-lo, para que, no prazo de 10 (dez) dias preste as informações pertinentes, nos termos do artigo 125, § 4º, da referida Lei Complementar.

Em consideração à petição apresentada pela empresa, que é no sentido de requerer a revogação da cautelar, compulsando-se os autos verifica-se que a Área Técnica, no bojo da Instrução Técnica Conclusiva 843/2014, mais especificamente em seu item 4, trouxe importantes considerações que podem ser fundamentais para o deslinde da presente questão. Segue transcrição do item 4 em questão:

4 - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA "CMS - CONSULTORIA E SERVIÇOS S/S LTDA.

A empresa CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda. foi citada, nos termos da Decisão Monocrática Preliminar DECM 685/2013 (fls. 2400/2404), “pela possibilidade de serem considerados nulos os contratos de nº 093/2002, 094/2002, 056/2009 e 052/2012, que objetivaram as contratações de Pessoa Jurídica com porcentagem de ganho sobre o arrecadado para executar serviços atribuíveis à competência e atribuições de servidores do quadro permanente do Município de Anchieta, frustrando, assim, eventuais expectativas de recebimento de valores por esta empresa, bem como devolução dos valores recebidos”.

Ante a nulidade aventada dos procedimentos licitatórios e ilegitimidade da contratação, posto inexistência de comprovado benefício econômico advindo da recuperação tributária pretendida por parte da municipalidade, constatou a área técnica que a empresa contratada poderá restituir aos cofres municipais, solidariamente, na medida de sua participação com os demais responsabilizados, o montante de **R\$ 687.391,68**, correspondente a **383.124,3436 VRTEs**.

Portanto, a empresa CMS foi citada por poder ser atingida pelos efeitos da declaração de nulidade dos contratos em que figura ou figurava como parte, além da possibilidade de devolução dos valores por não haver comprovado benefício econômico advindo da recuperação tributária pretendida pela Municipalidade. Logo, não houve citação da empresa CMS para responder a irregularidades específicas, limitando-se aos efeitos que lhe poderiam advir da declaração de nulidade dos contratos, inclusive a possibilidade de devolução de valores.

A empresa CMS alegou a impossibilidade de restituição ao erário dos valores recebidos pela empresa em razão da efetiva prestação dos serviços, relatando que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) exige a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo para configuração do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93. Citou ainda julgados dos mesmos tribunais superiores no sentido de que, havendo a prestação do serviço, mesmo decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Argumentou ainda os procedimentos de contratação da CMS foram deflagrados pela Administração Pública, sem qualquer interferência da contratada, e que os serviços contratados foram executados de forma eficiente e exitosa.

Inicialmente, cabe observar que a iniciativa para a efetivação dos contratos ora impugnados, de nº 093/02, 056/09 e 052/12, foi deflagrada por ato legítimo e discricionário da Administração Pública (Município de Anchieta/ES), não restando comprovado nos presentes autos ingerência nos respectivos procedimentos administrativos por parte da empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda., de forma que as potenciais irregularidades descritas na ITI 419/2013, pela sua natureza e forma de ocorrência, foram imputadas aos ex-prefeitos cujos mandatos abrangeram períodos de execução dos contratos.

Embora conste destes autos cópia de proposta apresentada à Prefeitura Municipal de Anchieta pela empresa CMS para realização de serviços (fls. 57/61), dentro do processo administrativo que norteou a contratação da empresa – contrato nº 056/09, não se pode afirmar que este fato, por si só,

represente irregularidade, visto que é legítimo que as empresas ofereçam seus serviços ao mercado, o que inclui o Poder Público. Cabe ao gestor público firmar juízo de oportunidade e conveniência da contratação, após consulta aos órgãos técnicos, mormente à assessoria jurídica. O poder de contratar ou não está nas mãos do gestor, devendo zelar pela legalidade e legitimidade do ato.

Evidente que o contratado não está imune da possibilidade de ressarcimento. Como já dito, a regra é que os serviços efetivamente prestados pelo contratado sejam pagos pelo contratante, sob pena de configurar enriquecimento ilícito da Administração Pública. Mesmo a declaração de nulidade do contrato não afasta a indenização do que foi executado, a não ser que ocorra má-fé ou que o contratado tenha concorrido para a nulidade, conforme art. 59 da Lei nº 8.666/93 e jurisprudência pacífica do STJ, ex vi decisão AgRg no REsp nº 1.394.161-SC. Nesse contexto, a empresa CMS não foi citada por agir de má-fé ou por ter concorrido para a declaração de nulidade dos contratos, não podendo, pois, ser responsabilizada sob este aspecto.

Outrossim, conforme já analisado no item 3.5 desta ITC, depreende-se dos documentos acostados aos autos que houve prestação de serviços relacionados aos contratos nº 093/02 e 052/2012.

Quanto ao contrato nº 093/02, os pagamentos foram realizados após o Chefe do Departamento de Tributos Mobiliários da Prefeitura de Anchieta, Sr. Roberto Palaoro, atestar a realização dos serviços, relacionando os Autos de Infração deles decorrentes e com a informação de que foram pagos, com a finalização do processo fiscal. Logo, se o servidor responsável por tal departamento tributário atesta que os serviços foram prestados e que, em decorrência desses serviços, foram lavrados determinados autos de infração, não é razoável entender que não houve benefício econômico para a Municipalidade, mormente pelo fato de os atos praticados pelos servidores públicos terem presunção de veracidade.

Em relação ao contrato nº 052/2012, os processos de pagamento estão acompanhados de relatórios das atividades realizadas e os serviços prestados foram atestados por coordenadorias da Secretaria da Fazenda Municipal, não havendo como sustentar que não houve proveito para a Municipalidade.

Cabe frisar mais uma vez que os serviços prestados pela empresa CMS poderiam e deveriam ter sido realizados pelos servidores fazendários municipais, por se tratarem de atividades privativas e indelegáveis do Poder Público, não havendo, pois, interesse público no dispêndio de recursos para pagamento de serviços que envolvem atribuições de servidores já remunerados pelo Poder Público para tal fim. No entanto, a responsabilização pelo ressarcimento de serviços contratados sem interesse público deve ser feita aos gestores públicos responsáveis pela contratação e pelos pagamentos, o que foi feito por ocasião da análise constante do item 3.1 desta ITC.

*Assim, embora já se tenha opinado nos itens anteriores desta ITC pela declaração de nulidade dos contratos 093/02, 056/09 e 052/12, pelas razões lá expostas, entende-se que **não cabe condenação** da empresa CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda. por ressarcimento ao erário de pagamentos que lhe foram feitos mediante efetiva prestação de serviços.*

Pois bem.

O que a Área Técnica muito bem observou foi que a citação da empresa CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda, se deu pela possibilidade de serem considerados nulos os contratos que elenca, e não para que a empresa respondesse por irregularidades específicas.

Está muito bem explicado nesse análise que a contratação da empresa (Contratos 93/02, 56/09 e 52/12) foram deflagrados por ato legítimo e discricionário da Administração Público, não restando comprovado nos autos qualquer ingerência sua no processos administrativos, mesmo que conste dos autos cópia de proposta apresentada pela empresa à Prefeitura de Anchieta para a realização de serviços, já que o oferecimento de serviços ao mercado, incluso o Poder Público, não se apresenta como irregularidade, sendo ato legítimo.

Ainda que os contratos questionados no âmbito dos presentes autos sejam ao final considerados nulos, não restaria prejudicado o direito à empresa contratada ao recebimento de valores decorrentes da prestação dos serviços realizados, após a sua regular comprovação. Defender o oposto é apostar no enriquecimento ilícito da Administração Pública, no sentido de usufruir um serviço sem o correspondente pagamento.

Quanto à prestação dos serviços, trouxe a Área Técnica:

Outrossim, conforme já analisado no item 3.5 desta ITC, depreende-se dos documentos acostados aos autos que houve prestação de serviços relacionados aos contratos nº 093/02 e 052/2012.

Quanto ao contrato nº 093/02, os pagamentos foram realizados após o Chefe do Departamento de Tributos Mobiliários da Prefeitura de Anchieta, Sr. Roberto Palaoro, atestar a realização dos serviços, relacionando os Autos de Infração deles decorrentes e com a informação de que foram pagos, com a finalização do processo fiscal. Logo, se o servidor responsável por tal departamento tributário atesta que os serviços foram prestados e que, em decorrência desses serviços, foram lavrados determinados autos de infração, não é razoável entender que não houve benefício econômico para a Municipalidade, mormente pelo fato de os atos praticados pelos servidores públicos terem presunção de veracidade.

Em relação ao contrato nº 052/2012, os processos de pagamento estão acompanhados de relatórios das atividades realizadas e os serviços prestados foram atestados por coordenadorias da Secretaria da Fazenda Municipal, não havendo como sustentar que não houve proveito para a Municipalidade.

Outro ponto que merece destaque é que, mesmo quando do enfrentamento do mérito, caso esta Corte conclua que os serviços em questão deveriam ter sido realizados por servidores fazendários municipais, por se tratarem de atividades privativas e indelegáveis pela Administração Pública, ainda assim, serviços já prestados e usufruídos pelo Poder Público acarretariam direitos em favor do prestador dos serviços, mais uma vez, ressalto, sob pena de enriquecimento ilícito. Eventual dano ao erário recairia no gestor que deu causa à contratação indevida, e não ao seu prestador, que legitimamente, prestou um serviço de sua expertise.

Diante de tudo isso, não vejo fundamento para a manutenção da medida cautelar deferida, que havia sido no sentido de que o gestor se abstinhasse de autorizar ou efetuar qualquer pagamento à empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.

Resta a ressalva, entretanto, no sentido de que qualquer pagamento a ser realizado em favor da empresa deverá, além de se ater ao pactuado, só ser realizado após a devida comprovação da prestação dos serviços, demonstrando-se o benefício ao Poder Público, estando regulares as etapas da despesa pública

conforme preconiza a legislação brasileira, em especial a Lei Federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, sendo toda essa verificação de responsabilidade do ente municipal, que, em caso de dúvidas, poderá se socorrer tanto do seu controle interno quanto da sua procuradoria jurídica.

Não está se querendo afirmar, neste momento, se há ou não responsabilidade da empresa agravante, mas sim, que há elementos para que seja revogada a medida cautelar que a atingiu (Decisão 5140/2012), em especial o transcurso de quase dez anos da decisão cautelar, bem como a coerência com o fundamentado na Decisão TC 230/2021 - 2ª Câmara (Processo TC 7040/2012).

Importante frisar, como feito na Decisão TC 230/2021 - 2ª Câmara, que qualquer pagamento a ser realizado em favor da empresa deverá, além de se ater ao pactuado, só será realizado após a devida comprovação da prestação dos serviços, demonstrando-se o benefício ao Poder Público, estando regulares as etapas da despesa pública conforme preconiza a legislação brasileira, em especial a Lei Federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, sendo toda essa verificação de responsabilidade do ente municipal, que, em caso de dúvidas, poderá se socorrer tanto do seu controle interno quanto da sua procuradoria jurídica.

Assim, divergindo do entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, penso que deva ser dado provimento ao Agravo a fim de reformar parcialmente a Decisão TC 5140/2012.

3. DO DISPOSITIVO:

Por todo o exposto, divergindo do posicionamento da área técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-960/2021 – PLENÁRIO

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. DAR PROVIMENTO ao recurso de agravo interposto pela empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda, a fim de reformar a Decisão TC 5140/2012, apenas no que toca à abstenção de se realizar pagamentos porventura pendentes à CMS Consultoria e Assessoria S/C Ltda;

1.2. DAR CIÊNCIA aos interessados, **APENSANDO-SE** os autos ao Processo TC nº 6579/2012, após o respectivo trânsito em julgado, na forma do parágrafo único¹, do artigo 420, do Regimento Interno - Resolução TC 261/2013.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que divergiu, acompanhando os pareceres técnico e ministerial.

3. Data da Sessão: 05/08/2021 - 40ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (vice-presidente no exercício da presidência), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e Sérgio Manoel Nader Borges.

4.2. Conselheira Substituta: Marcia Jaccoud Freitas (em substituição).

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Vice-presidente no exercício da presidência

¹ Art. 420. O agravo tramitará em autos próprios, não sendo apensado ao processo no qual foi prolatada a decisão agravada. Parágrafo único. O recurso de agravo após seu trânsito em julgado será apensado ao processo principal.

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões