

<b>PROCESSO:</b>	<b>TC 6579/2012</b>
<b>INTERESSADO:</b>	<b>CONTROLADORIA GERAL TÉCNICA - CGT</b>
<b>ASSUNTO:</b>	<b>REPRESENTAÇÃO</b>
<b>JURISDICIONADO:</b>	<b>PREFEITURA MUNICIPAL DE ARACRUZ</b>

Tratam os presentes autos de **REPRESENTAÇÃO** formulada pela Controladoria Geral Técnica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em face de:

- **Prefeitura Municipal de Aracruz**, sob responsabilidade dos Srs. **Ademar Coutinho Devéns**, Prefeito Municipal e **Durval Valentin do Nascimento Blank**, Secretário Municipal de Finanças; e
- **CMS Consultoria e Assessoria S/C Ltda**;

em razão de supostas irregularidades identificadas no curso de processo de fiscalização realizada pela 6ª Controladoria Técnica na Prefeitura Municipal de Aracruz, especialmente relacionados à execução de contrato firmado com a pessoa jurídica de direito privado CMS Consultoria e Assessoria S/C Ltda, com risco de prejuízos à Administração Pública e ao Erário Municipal em face dos fatos a seguir relatados:

Segundo consta no instrumento de Representação, aquela Prefeitura contratou a CMS Consultoria e Assessoria para levantamento e atualização de dados fiscais e recuperação de créditos tributários de forma continuada desde 2002.

Considerada como executora de serviço técnico especializado de natureza singular, a empresa foi contratada diretamente, em regime de inexigibilidade de licitação e firmou com a municipalidade o **Contrato nº 101/2002**, em 30/04/2002, com acréscimos de vigência até 2005, consubstanciado nos 1º, 2º e 3º Termos Aditivos, e com o seguinte objeto:

- 1 [...] recuperação de receita de Contribuintes do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, e do Imposto sobre Transmissão Inter Vivos, a qualquer Título, por ato oneroso de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de Direitos Reais sobre Imóveis, exceto os de Garantia, bem como de Cessão de Direitos à sua Aquisição – ITBI, inscritos ou não no Cadastro Fiscal do Município.
- 2 [...] levantamento de dados, junto aos documentos Fiscais e Contábeis dos Contribuintes ou de terceiros, visando apurar a base de cálculo real do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.
- 3 Atualização de dados das unidades imobiliárias, constantes dos Boletins de Cadastro Imobiliário – BCI, do Cadastro Fiscal Imobiliário do Município, visando apurar a base de cálculo real do Imposto sobre Transmissão Inter Vivos, a qualquer Título, por ato oneroso de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de Direitos Reais sobre Imóveis, exceto os de Garantia, bem como de Cessão de Direitos à sua Aquisição – ITBI.

Procedimentos outros, resultaram nos **Contratos nº 294/2007, 295/2007 e 242/2010**, este com objeto e forma de remuneração idênticos ao do **Contrato 101/2002** (doc. 32 da representação).

Além disso, após a contratação, os **Decretos Municipais de nºs 10.787 e 10.788**, ambos de **16/10/2002**, **delegaram** à contratada competência para executar as Leis Tributárias Municipais, **atribuindo-lhe funções de fiscalização de tributos, de elaboração de atos normativos procedimentais correlatos à fiscalização e de assessoramento nos julgamentos administrativos em matéria fiscal e tributária e designação de servidores, Fiscais de Rendas Municipais, para realizar ação fiscalizadora dirigida**, em flagrante **ofensa ao art. 7º do Código Tributário Nacional**, que prevê esta possibilidade apenas para delegação a pessoa jurídica de direito público (art. 7º do Código Tributário Nacional).

Desse modo, segundo consta da peça vestibular, a atuação de terceiros na fiscalização tributária municipal passou a ser rotineira, mantida, pela municipalidade, o mesmo quantitativo de fiscais no período de 2002 e 2012, com suas tarefas **realizadas sob orientação da CMS**.

Nesse quadro, com se era de esperar, identificou a Equipe Técnica indícios de irregularidades relacionadas a créditos tributários envolvendo grandes empresas

sediadas no Município de Aracruz, como: Petrobras S.A., Portocel – Terminal Especializado de Barra do Riacho S/A; Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA e Fibria Celulose S/A - antes Aracruz Celulose.

Feita a apresentação, a Equipe de Auditoria apresentou os indícios de irregularidades sistematizados nos seguintes tópicos:

**5.3.3.1 TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE INDELEGÁVEL TÍPICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Ofensa ao artigo 37 da Constituição Federal – Princípio da Legalidade e artigos 142, 194, 196, 197 e 198 da Lei 5.172/66 do Código Tributário Nacional.**

Segundo a Equipe Técnica, a execução atividade indelegável, específica de fiscal de tributos, coloca em risco a segurança do contribuinte, abrindo precedente para manobras de desvios de recursos públicos.

Caracterizado, no caso, pela contratação de pessoa jurídica de direito privado para fins de prestação de serviço exclusivo da administração pública com porcentagem de ganho sobre o montante arrecadado, tem como agravante o fato do Sr. Cláudio Múcio Salazar Pinto, sócio cotista, administrador da Empresa CMS Assessoria e Consultoria S/C Ltda, e responsável técnico pelo contrato de assessoria assinado com a Prefeitura Municipal de Aracruz, ser servidor público efetivo da Prefeitura Municipal de Vitória, contrariando o artigo 164 e inciso X do artigo 171 da Lei Municipal de Vitória nº 2.994/82 que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Vitória e, nessa condição, pressupõe a indução dos gestores públicos a contratarem serviços daquela empresa para executar serviços típicos de funcionário público efetivo, com o agravante de acesso a dados sigilosos dos contribuintes sem legitimidade para tanto.

A materialização da situação assim formada, é facilmente percebida quando verificado que o **Contrato nº 242/2010**, com objeto idêntico àquele firmado no longínquo ano de 2002, permitiu a apuração de honorários devidos à contratada,

levando-se em consideração somente o exercício de 2011, no equivalente a **R\$ 4.735.874,86**.

**5.3.3.2 CONTRATAÇÃO INDEVIDA: PAGAMENTO SUBORDINADO AO SUCESSO DOS SERVIÇOS – “contrato de risco” – Ofensa ao inciso I artigo 7º e § 2º, I, inciso IX do art. 6º, incisos I, III e V do artigo 55 da lei 8.666/93 e artigo 37 da Lei de Responsabilidade Fiscal 101/2000.**

Apurou a Equipe Técnica que o Município de Aracruz firmou contrato com a empresa com remuneração por porcentagem de ganho sobre o arrecadado, com execução de serviço indelegável, típico das atribuições dos fiscais de tributos municipais, remunerados para tanto.

Ademais, a fim de acobertar o recebimento de honorários referente a ações executadas em contratos firmados anteriormente, inseriu nos Termos Aditivos 1º e 2º ao Contrato 242/2010, cláusula que permite o aproveitamento de créditos originários em ações executadas em contratos anteriores e já findos.

Assim, afirma a Área Técnica:

Por ser um contrato de risco, os serviços contratados sob a vigência do contrato 101/2002 foram efetivados quando este já estava vencido. Sendo que já havia uma nova contratação, o Contrato 242/2010, que foi usado como ponte, para atualizar dados do contrato 101/2002 já vencido, que apesar de: com o pretexto de diminuir os honorários anteriormente contratados, serviu também, para revalidá-lo (validade precária) conforme a descrição de sua forma de pagamento, aditivada com o 1º Termo Aditivo, quando foi incluído o subitem 4.2.1.1 que trata de alteração de cláusulas do contrato 101/2002 vencido em abril de 2005 conforme segue:

**1º ADITIVO CONTRATUAL**

(...)

**Cláusula primeira**

Fica acrescido o subitem 4.2.1.1 no item 4.2 da cláusula quarta do contrato de prestação de serviços nº 242/2010, com a seguinte redação:

**4.2.1.1** – no caso dos lançamentos já efetuados sob orientação da contratada, referente aos contratos 294/2007 e 101/2002 em face das empresas FIBRIA Celulose S/A, Celulose Nipo Brasileira S/A CENIBRA e PORTOCEL – terminal especializado de barra do riacho S/A, os honorários devidos pela contratante a contratada, no caso de ISSQN, fica estabelecido na proporção de 0,71% da base de cálculo objeto do lançamento e 0,18% da base de cálculo objeto do lançamento no caso do IPTU.

**Cláusula Segunda**

No caso dos lançamentos já efetuados contra as empresas FIBRIA Celulose S/A, Celulose Nipo Brasileira S/A CENIBRA e PORTOCEL – terminal especializado de barra do riacho S/A, e havendo 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 4.2.1.1 da cláusula quarta do contrato de prestação de serviços 242/2010.

§ único – a correção no caso será apurada tendo por base o valor lançado e o valor efetivamente recolhido aos cofres do município

#### **Cláusula terceira**

O pagamento, no caso, será realizado, após o recebimento dos créditos por parte da contratante e dar-se-á até 5 dias após a apresentação da nota fiscal por parte da contratada. (grifo nosso)

Destaca-se que toda contratação com a Administração Pública deve ser precedida de licitação, sendo dispensável nos casos de inexigibilidade por impossibilidade de competição e notória especialização do contratado. E ainda, esta condição deve ser comprovada de acordo com os ditames da lei, e que mesmo assim terá que apresentar as justificativas de preço (inciso III do art. 26 da Lei 8.666/93). Neste caso em análise, apesar de não ser um serviço delegável a terceiros estranhos à Administração Pública, não ficou comprovada a impossibilidade de competição, assim como a notória especialização. Quanto ao preço, foi colocada uma porcentagem sobre uma possibilidade de infração por parte do contribuinte, sem nenhuma justificativa.

(...)

Vale lembrar que, na Administração Pública não pode haver riscos, o gestor público somente pode fazer o que a lei lhe permitir, portanto, tudo é pré-definido em lei e regulamentos. No caso em questão, os “tributos”, têm todos os seus trâmites rigorosamente regulados em lei, com uma tipificação precisa, taxativa e suficiente dos fatos necessários ao nascimento do tributo. Portanto, ocorrendo o fato gerador o imposto é líquido e certo. Nos casos de sonegação ou falta de entendimento da lei por parte do contribuinte, cabe às autoridades tributárias, que entendemos serem elas conhecedoras das leis e dos atos normativos, caso contrário não faria sentido sua autoridade, não se pode ter autoridade sobre um assunto do qual não se conhece, tomarem as medidas cabíveis, portanto, não há risco a ser negociado.

O alcance da distribuição de vantagens, decorrentes da atuação da contratada e fiscais tributários no Município de Aracruz, pode ser mensurada pelo alcance do Auto de Infração nº 017/2004, de responsabilidade da Petrobras S.A., no qual foi apurado o valor de **R\$ 246.103.995,50** (duzentos e quarenta e seis milhões, cento e três mil, novecentos e noventa e cinco reais e cinqüenta centavos) que resultaram no seguinte:

- 20%, ou seja, **R\$ 49.220.799,00** (quarenta e nove milhões, duzentos e vinte mil, setecentos e noventa e nove reais) seriam rateados entre os **cinco servidores fiscais**;

- 2%, ou seja, **R\$ 4.922.079,90** (quatro milhões, novecentos e vinte e dois mil, setenta e nove reais e noventa centavos) seria pago **ao Chefe da fiscalização**;
- 0,99%, ou seja, **R\$ 2.436.429,56**, como honorários da empresa privada **CMS Assessoria e Consultoria S/C**.

Além disso, noticiam os autos que informações colhidas no Sistema Informatizado de Suporte à Auditoria – SISAUD, permitem aferir o pagamento à CMS, no período de 2007 a 2012, do montante de R\$ 12.349.605,27, levando em conta outros Municípios com os quais a empresa mantém contrato nos mesmos moldes e que tiveram recebimento de créditos tributários, conforme tabela a seguir:

MUNICÍPIO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	TOTAL
Anchieta	-	-	370.454,73	29.507,87	-	-	399.962,60
Aracruz	-	-	27.873,66	-	3.690.005,22	1.723.864,44	5.441.743,32
Itapemirim	69.950,00	72.900,00	68.123,13	1.404.980,36	23.780,00	202.598,93	1.842.332,42
Linhares	359.913,27	3.102.366,80	-	172.967,36	762.957,06	-	4.398.204,49
Marataizes	-	-	66.640,00	158.347,52	42.374,92	-	267.362,44
<b>TOTAL</b>	<b>429.863,30</b>	<b>3.175.266,80</b>	<b>533.091,52</b>	<b>1.765.803,11</b>	<b>4.519.117,20</b>	<b>1.926.463,37</b>	<b>12.349.605,27</b>

### **5.3.3.3 DESPROPORCIONALIDADE E FALTA DE RAZOABILIDADE NO PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÕES MILIONÁRIAS AOS FISCAIS DE TRIBUTOS MUNICIPAIS – Ofensa ao artigo 37 da CF/88 – Princípio da Eficiência e da Moralidade.**

Segundo a Representação, a Prefeitura Municipal de Aracruz autoriza o pagamento aos servidores fiscais, de gratificação de produtividade, com porcentagem de até 25% sobre o valor arrecadado inclusive o valor do imposto, sem finalidade pública, causando prejuízo aos cofres públicos.

Desse modo, em 2003 foram identificados 1.110 (mil cento e dez) autos de infração, elaborados pela empresa CMS assessoria e Consultoria S/C Ltda contra as empresas Aracruz Celulose S/A, Cenibra e Portocel, por retenção e recolhimento a menor, como substituto tributário de centenas de empresas prestadoras de serviços, que não

estariam cumprindo os requisitos exigidos na lei para serem beneficiárias da redução de alíquota do ISSQN.

Esses autos de infração renderam à Prefeitura um crédito tributário de R\$ 33.283.602,96, que foi pago, no exercício de 2011, pelas empresas autuadas, e serviram de base para cálculo de gratificações de produtividade para os fiscais de tributos e seu coordenador no montante de R\$ 8.900.162,99 conforme demonstrado no quadro a seguir:

Descrição	Valor (R\$)	Porcentagem s/arrecadado
Valor imposto corrigido até 2011	27.270.136,29	<b>81,93%</b>
Valor multa c/desconto	2.863.487,67	<b>8,61%</b>
Valor juros c/desconto	3.149.979,00	<b>9,46%</b>
<b>Total Arrecadado</b>	<b>33.283.602,96</b>	<b>100%</b>
<b>Gratificações Fiscais</b>	<b>8.234.490,93</b>	<b>24,74%</b>
<b>Gratif. Coordenador dos Fiscais</b>	<b>665.672,06</b>	<b>2,00%</b>
<b>TOTAL DO ARRECADADO REPASSADO AOS FISCAIS E AO COORDENADOR</b>	<b>8.900.162,99</b>	<b>26,74%</b>

Esses números, por si só, permitem identificar que Município de Aracruz adota padrões de gratificação de produtividade que destoam do preceito constitucional inserto pela Emenda Constitucional 42/2003, que a teor de incluir o inciso XXII ao art. 37 da Constituição Federal, procurou priorizar a alocação de parte dos recursos arrecadados no aprimoramento do sistema de fiscalização, diferente do aplicado pela Prefeitura Municipal de Aracruz, com o oferecimento de gratificações milionárias aos seus fiscais de tributos.

Ao final, conclui a Equipe Técnica em sua Representação:

Portanto, encaminhamos os pedidos de sustação ora relatados, ante as atribuições institucionais do Tribunal de Contas, quanto à expedição de medidas cautelares que previnam a ocorrência de lesão ao erário, no momento em que se verifique o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, como no caso em comento, a fim que seja preservada a incolumidade

do erário. Para tanto, a fim que seja salvaguardado o interesse público, repisamos os pedidos contidos nesta representação, conforme a seguir:

- Suspensão cautelar do contrato nº 242/2010, e eventuais aditivos, caso ainda esteja em vigor, além de todo e qualquer pagamentos dele decorrente, referentes a empresa CMS Consultoria e Assessoria S/S Ltda, e ainda, a notificação para que os Municípios que tenham contratações similares informem ao TCEES e adotem imediatamente o mesmo procedimento com prazo assinado para atendimento.
- Suspensão cautelar do pagamento das gratificações vinculadas ao crédito tributário oriundo dos autos de infrações relacionados aos Termos de Confissão de Dívida 1, 2, 3, 4 e 7/2011, creditadas aos fiscais de tributos e aos seus respectivos coordenadores da Prefeitura Municipal de Aracruz.
- Que esta Corte de Contas conheça, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 2.137/1998 e da Lei nº 2.611/2003, ainda que revogadas, para fins da imediata cessação de seus efeitos.

## **É O RELATÓRIO. DECIDO.**

A nova Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, a Lei Complementar nº 621/2012, em seu art. 99, inciso VII, traz inovação ao prever a possibilidade das Unidades Técnicas Representarem quando confrontadas com eventos que demandem atuação imediata deste Tribunal, desse modo, recebo a presente representação pois que aferidos os requisitos de admissibilidade.

De todo o reportado pela 6ª Controladoria Técnica, evidencia-se que a pretexto de auferir créditos tributários de difícil realização, instalou-se na Prefeitura Municipal de Aracruz, modalidade de serviço altamente lesiva ao interesse público, mormente a possibilidade de dano ao erário.

Desde o ano de 2002, o sistema de fiscalização tributária do Município de Aracruz sofre a influência direta da ação de terceiros, consubstanciada em contratos firmados com a empresa **CMS Consultoria e Assessoria S/C Ltda**, detentora de contrato de risco firmado com o executivo daquele município e que na verdade se transformou no executor da política fiscal em Aracruz.



Os polpidos ganhos auferidos por aquela empresa, combinada com as gratificações concedidas aos fiscais municipais denotam a necessária atuação deste Tribunal.

A concessão de medidas cautelares coercitivas e introduzidas pela norma administrativa adjetiva em favor dos órgãos de contas no curso de um devido processo legal, em jurisdição administrativa de controle externo, visa adotar o poder estatal de mecanismos para exercício de preservação do erário.

A medida cautelar tem por finalidade assegurar o resultado efetivo e real dos processos cognitivo e executivo. Trata-se de medida de urgência de natureza instrumental, objetando, segundo a doutrina dominante, proteger a atividade jurisdicional. A urgência é elemento constante do processo cautelar, mesmo porque as questões de mérito ínsitas são o *periculum in mora* (perigo na demora), ao lado do *fumus boni iuris*.

Nos ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco,

A atividade cautelar foi preordenada para evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O proveimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*). (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Gerla do processo, 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 280.)

A Lei Orgânica do TCES preconiza, no título Da Natureza, Competência e Jurisdição, *in verbis*:

**Art. 1º** Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

**XIV** - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, bem como na hipótese de despesa ilegítima ou antieconômica, as sanções previstas em lei;

**XV** - expedir medidas cautelares previstas nesta Lei Complementar, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões;

**XVI** - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada qualquer ilegalidade;

Desse modo, considero presentes os requisitos essenciais à concessão da medida cautelar requerida pelo Representante e a fim de deter novas lesões ao erário do Município de Aracruz, **VOTO** no seguinte sentido de:

1. **CONCEDER** a medida cautelar *inaudita altera parte* pleiteada para **DETERMINAR** ao **Prefeito Municipal de Aracruz, Sr. Ademar Coutinho Devéns** e ao Secretário Municipal de Finanças Sr. **Durval Valentin do Nascimento Blank**, que se abstenham de realizar quaisquer **pagamentos** por ventura pendentes **CMS Consultoria e Assessoria S/C Ltda** e as **gratificações aos fiscais tributários municipais**, até decisão final de mérito nos presentes autos;
2. **DETERMINAR** a **NOTIFICAÇÃO** da Prefeitura Municipal de Aracruz, sob responsabilidade do Sr. **Ademar Coutinho Devéns**, para que remeta a esta Corte, no **prazo de 10 dias**, cópia do processo de contratação da empresa **CMS Consultoria e Assessoria S/C Ltda** e cópia da documentação referente a todos os pagamentos efetuados, com a respectiva comprovação da recuperação dos créditos, devendo ser encaminhada junto com o Termo de Notificação cópia da presente representação (fls. 01/37). Após, deverão os autos serem encaminhados à área técnica competente para análise, com a urgência que o caso requer;
3. **DETERMINAR** a **NOTIFICAÇÃO** da empresa **CMS Consultoria e Assessoria S/C Ltda**, na pessoa do seu representante legal, para que tome ciência da presente decisão, e querendo, se manifeste nos autos;
4. Em face da possibilidade de contratos de mesma natureza firmados por outros municípios com a contratada, **RECOMENDAR** aos Chefes dos Executivos Municipais de Anchieta, Itapemirim, Piúma, Marataízes, Guarapari e Linhares que se abstenham de realizar quaisquer pagamentos por ventura pendentes ao **CMS Consultoria e Assessoria S/C Ltda** até decisão final de mérito;

5. **DETERMINAR a NOTIFICAÇÃO** dos responsáveis pelos municípios de Anchieta, Itapemirim, Piúma, Marataízes, Guarapari e Linhares para que remetam a esta Corte, no **prazo de 10 dias**, cópia dos processos de contratação da **CMS Consultoria e Assessoria S/C Ltda** e cópia da documentação referente a todos os pagamentos efetuados ou de qualquer contrato de recuperação de créditos firmados pelo Município com quaisquer empresa.
6. Quanto aos documentos encaminhados a esta Corte em atendimento aos Termos de Notificação deverão ser autuados em autos apartados, por município, com cópia da presente representação em cada processo e, a seguir, encaminhados aos respectivos relatores para as providências que entenderem adequadas.
7. Quanto ao incidente de inconstitucionalidade da Lei nº 2137/1998 e da Lei nº 2611/2003, entendo que tal medida deverá ser apreciada quando no mérito.

**É como voto.**

Vitória, 18 de outubro de 2012.

**João Luiz Cotta Lovatti**  
**Auditor/Conselheiro Substituto**