



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

PPJC 4999/2015

Processo: TC-6579/2012
Interessado: PREFEITURA DE ARACRUZ
Assunto: REPRESENTAÇÃO

Egrégio Tribunal,
Eminentes Conselheiros,

Em razão de pedido de vista aduzido na Sessão Plenária realizada em 15.09.2015, vieram os presentes autos, relativos à Representação apresentada por Auditores de Controle Externo lotados na 6ª SCE, que narram indícios de irregularidades em procedimentos de contratação da empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. no Município de Aracruz.

Votou o eminente Conselheiro Relator, pela revogação da medida cautelar, nos seguintes termos:

[...]

Vejo, ainda, conforme se vê do bojo processual constante destes autos, que a medida cautelar então concedida tem por fundamento, essencialmente, **o exercício de atividade de fiscalização por empresa de direito privado**, *in casu* a Empresa CMS, tal qual se extrai dos termos do item 1 - **TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES INDELEGÁVEIS TÍPICAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS**, sendo que o item 2 - **TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES TÍPICAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - REVISÃO DE DECLARAÇÕES DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS - DOT's** guarda relação de pertinência com o mesmo, tendo o Relator se posicionado da seguinte maneira:

[...]

Assim sendo, verifico que o requisito autorizador para concessão da medida acautelatória, *fumus bonis iuris*, examinados pelo Relator anterior, se resumiram basicamente na premissa de **impossibilidade de delegação de atividade de fiscalização à pessoa jurídica de direito privado**, o que não se mostra de todo justificado, posto que pessoa jurídica de direito privado pode receber a delegação, **desde que componha a Administração Indireta**, a teor do art. 7º do CTN.

No caso dos autos, trata-se de pessoa jurídica de direito privado contratada pelo Poder Público para prestar Assessoria e Consultoria inerente à atividade Tributária que, na forma do art. 3º do CTN constitui Atividade Administrativa plenamente vinculada, ou seja, deve ser desenvolvida nos termos da lei de regência.

Assim, **claro está que a atividade de fiscalização pode ser atribuída a pessoa jurídica de direito privado que componha a Administração Pública**, no caso dos autos, **vejo que não foram juntados autos de infração, termo de abertura ou encerramento de ação fiscal que constitua ato isolado de representante da Empresa CMS, o que faria incidir os termos do art. 7º do CTN, que veda a**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

delegação da atividade tributária de fiscalização a pessoa jurídica de direito privado.

[...]

No que se refere ao item 3 – **CONTRATAÇÃO INDEVIDA: PAGAMENTO SUBORDINADO AO SUCESSO DOS SERVIÇOS – “CONTRATO DE RISCO”**, entendo que não perseveram os requisitos *periculum in mora e fumus bonis iuris*, visto que este diz respeito à execução contratual, devendo ser analisado no mérito a moderação da fixação dos honorários, e, em sede de análise perfunctória, vislumbra-se a possibilidade de contratação, inclusive mediante inexigibilidade, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas de Minas gerais, *litteris*:

[...]

Já no que se refere ao item 4 – **DESpropORCIONALIDADE E FALTA DE RAZOABILIDADE NO PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÕES MILIONÁRIAS AOS FISCAIS DE TRIBUTOS MUNICIPAIS**, entendo que há o teto constitucionalmente estabelecido para efeito de percepção de remuneração e, no caso, não pode o servidor perceber mais que o Prefeito, razão pela qual não se mostra assente o requisito *periculum in mora*.

[...]

Por fim, no que se refere ao item 5 - **RENÚNCIA IRREGULAR DE RECEITA TRIBUTÁRIA**, esta constitui matéria de ampla cognição exauriente, não sendo possível esgotá-la em sede de juízo cognitivo sumário, motivo pelo qual deve ser melhor analisada após regular instrução exauriente, **afinal a Lei de Responsabilidade Fiscal não extingue a renúncia de receitas, apenas estabelece condições para o seu exercício, não havendo confronto entre o previsto no art. 14 da Lei Complementar nº 101/00 e no art. 150, § 6º da CF/88**, apenas determinação constitucional de sua concessão por meio de lei específica, deverá o administrador, ao fazer uso de subsídios, isenções, anistias, dentre outros, obedecer aos requisitos da LRF, demonstrando a ocorrência de medidas compensatórias.

Por todo o exposto, **VOTO** no sentido de que o Colegiado do Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas assim delibere:

1) REVOGUE a medida cautelar concedida, nos termos da Decisão TC nº 5140/2012, em razão de não estarem presentes o *fumus bonis iuris*, bem como o *periculum in mora*, devendo os autos serem encaminhados à Secretaria Geral de Controle Externo para instrução, observado o rito ordinário; [...]

Pois bem. Com as vênias de estilo, dissentimos desse posicionamento.

A priori, cumpre destacar que a Decisão TC-5140/2012, acompanhando o voto do Conselheiro Substituto João Luiz Cotta Lovatti, concedeu a medida cautelar ora questionada, **a fim de prevenir a ocorrência de grave lesão ao erário**, fundamentada em indícios robustos de irregularidades, nos seguintes termos:

[...]

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

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 polpudos 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 provimento 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;

[...]

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; [...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Ora, cotejando as premissas para o deferimento da cautelar indicadas no voto condutor da Decisão TC-5140/2012, conclui-se indubitavelmente que continuam vigendo, notadamente porque, caso revogado o provimento cautelar, a empresa contratada CMS Consultoria e Assessoria S/C Ltda., de forma automática, receberá a quantia não atualizada de **R\$ 1.530.412,74 (um milhão, quinhentos e trinta mil, quatrocentos e doze reais e setenta e quatro centavos)**, bem assim os servidores auferirão, retroativamente, gratificações milionárias, não sendo relevante, para tanto, se serão pagas acima ou dentro do teto, já que o âmago da questão é a total ilegalidade das suas concessões.

Portanto, os pressupostos da cautelar identificados na Decisão TC-5140/2012 continuam aptos à sua manutenção.

Porém, devido à relevância da discussão em tela e à notoriedade do procedimento ora analisado, há necessidade de celeridade processual, preservando-se a tramitação pelo rito sumário.

Isto posto, considerando que os autos encontram-se completamente instruídos, pugna o **Ministério Público de Contas** pela sua imediata remessa ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas, fixando-se o prazo máximo de 30 (trinta) dias para elaboração da Instrução Técnica Conclusiva, sob pena de revogação do provimento cautelar.

Vitória, 24 de setembro de 2015.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas