



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

SENHOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO¹

Decisão recorrida: Acórdão TC 1420/2018 - Plenário
Processo de referência: TC 6603/2016
Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo
Terceiro interessado: Fórum Das Carreiras Típicas Do Estado Do Espírito Santo
Assunto: Prejulgado

O **Ministério Público de Contas**, no exercício de suas atribuições institucionais, com fundamento nos arts. 55, IV², 152, IV³, 157⁴, 159⁵ e 169⁶ da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – LOTCESS), no art. 38, III,⁷ e art. 415⁸, de seu Regimento Interno (RITCEES) e no artigo 3º, III, da Lei Complementar nº 451/2008⁹, exprimindo irresignação com os termos assentados na **decisão** consubstanciada no **Acórdão TC 1420/2018 – Plenário** (fl. 918/982)/**Processo TC 6603/2016**, vem propor o presente

-
- 1 Art. 395. O recurso deverá revestir-se das seguintes formalidades:
 [...]

Parágrafo único. **Os recursos serão encaminhados à Presidência do Tribunal**, que realizará sua autuação e distribuição ao Relator para manifestação quanto ao seu conhecimento.
 - 2 Art. 55. São etapas do processo:
 [...]

IV – os eventuais recursos;
 - 3 Art. 152. Cabem os seguintes recursos nos processos em tramitação no Tribunal de Contas:
 [...]

IV - agravo.
 - 4 Art. 157. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso.
 - 5 Art. 159. Cabe ao interessado demonstrar, na peça recursal, em preliminar, o seu interesse em intervir no processo.
 - 6 Art. 169. Das decisões interlocutórias e terminativas caberá agravo formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias contado da data da ciência da decisão, na forma estabelecida no Regimento Interno.
 - 7 Art. 38. Compete ao Ministério Público junto ao Tribunal, em sua missão de guarda da lei e fiscal de sua execução:
 [...]

III - interpor os recursos e requerer as revisões previstas em lei;
 - 8 Art. 415. Das decisões interlocutórias e terminativas caberá agravo formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias.
 § 1º O prazo referido no *caput* será contado da ciência da decisão pelo responsável ou interessado, na forma mais célere possível, dentre as hipóteses previstas no art. 64 da Lei Orgânica do Tribunal.
 § 2º O agravo será dirigido ao Relator do processo no qual a decisão é impugnada, ressalvada a hipótese de recurso em face de decisão terminativa, nos termos da parte final do art. 256 deste Regimento.
 - 9 Art. 3º Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:
 [...]

III – interpor os recursos e requerer as revisões previstas em lei;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

AGRAVO

Com pedido de **EFEITO SUSPENSIVO**, em vista das razões adiante aduzidas, requerendo, após o cumprimento das formalidades legais e regimentais, que seja o presente feito submetido à apreciação do egrégio Plenário, na forma do art. 9º, XIV, do RITCEES¹⁰.

1 CABIMENTO, LEGITIMIDADE E TEMPESTIVIDADE RECURSAL

Conforme parte dispositiva do **Acórdão TC 1420/2018** (fl. 918/982), no **Processo TC 6603/2016**, o Plenário deliberou acerca da “**possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando a recuperação de créditos**”. Tal decisão decorreu de suscitação de **Questão Incidentar de Prejulgado** a partir de determinação dada pela **Decisão Plenária TC 2144/2016** (fls. 04/05) no bojo da **Representação** constante do **Processo TC 7156/2012**, com fundamento nos artigos 348 a 355 do RITCEES¹¹.

10 Art. 9º Ao Plenário, órgão máximo de deliberação, dirigido pelo Presidente do Tribunal e composto por sete Conselheiros, compete:

[...]

XIV- deliberar sobre os agravos e os embargos de declaração interpostos contra suas próprias decisões;

11 Art. 348. Reconhecida, **preliminarmente**, a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral, o **Plenário poderá pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da Administração**. (grifo nosso)

§ 1º Possuem legitimidade para propor o incidente de prejudgado Conselheiro, Auditor ou Ministério Público junto ao Tribunal.

§ 2º Os requisitos de admissibilidade do incidente de prejudgado deverão ser submetidos à audiência do Ministério Público junto ao Tribunal, quando não for o proponente.

Art. 349. Não poderá atuar como Relator o Conselheiro que propuser o incidente de prejudgado, sendo sorteado, imediatamente após a proposição, outro Conselheiro para relatar a matéria.

Art. 350. Uma vez admitido pelo Plenário, o incidente de prejudgado será processado em autos apartados e encaminhado ao Relator, que poderá determinar a remessa do processo ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula para os fins do disposto no art. 445, inciso III, deste Regimento, e, após, à unidade técnica competente para manifestação, no prazo de quinze dias. Parágrafo único. O Relator remeterá ao Ministério Público junto ao Tribunal para manifestação, no prazo de quinze dias.

Art. 351. O Relator do incidente deverá apresentar seus fundamentos até a segunda sessão ordinária subsequente à devolução dos autos pelo Ministério Público junto ao Tribunal, salvo se a complexidade da matéria indicar a necessidade de dilação do prazo, que não poderá ultrapassar a quarta sessão ordinária.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Nos termos do artigo 169 da LOTCEES, bem como do artigo 415 do RITCEES, caberá recurso de **Agravo** em face das decisões **interlocutórias**:

Art. 169. **Das decisões interlocutórias** e terminativas **caberá agravo** formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias contado da data da ciência da decisão, na forma estabelecida no Regimento Interno.

Art. 415. **Das decisões interlocutórias** e terminativas **caberá agravo** formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias. (grifo nosso)

Como cediço, **decisão interlocutória** se reporta a qualquer pronunciamento de natureza decisória incidental proferida no curso do processo, nos moldes delineados pelo § 2º do artigo 427 do RITCEES e § 2º do artigo 142 da LOTCEES:

Art. 427. As decisões do Tribunal poderão ser preliminares, **interlocutórias**, definitivas ou terminativas. (grifo nosso)

[...]

§ 2º **Interlocutória** é a decisão pela qual o Relator ou o Tribunal **decide questão incidental**, adota medida cautelar antes de pronunciar-se quanto ao mérito, ou delibera 212 sobre as condutas descritas nos incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX e XIII e no § 2º do art. 135 da Lei Orgânica do Tribunal. (grifo nosso)

Art. 142. As decisões do Tribunal de Contas poderão ser preliminares, interlocutórias, definitivas ou terminativas.

[...]

§ 2º Interlocutória é a decisão pela qual o Relator ou o Tribunal de Contas decide questão incidental, antes de pronunciar-se quanto ao mérito.

No mesmo sentido, preleciona Nelson e Rosa Nery:

O pronunciamento do juiz só será sentença se a) contiver uma das matérias previstas no CPC 485 ou 487 (CPC 203 §1º) e, cumulativamente, b)

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

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

§ 2º Dirimida a questão, os respectivos autos serão apensados ao processo em que se originou o **incidente**. (grifo nosso)

Art. 353. O prejudgado poderá ser revogado ou reformado sempre que o Tribunal, pronunciando-se em tese, firmar nova interpretação, hipótese em que a decisão fará expressa remissão à reforma ou revogação.

Art. 354. Somente pela maioria absoluta dos Conselheiros poderá o Tribunal estabelecer, reformar ou revogar prejudgado.

§ 1º Os prejudgados serão numerados e estabelecidos por meio de acórdão, com publicação no órgão oficial e no sítio eletrônico do Tribunal, fazendo-se as remissões necessárias à identificação do processo em que se originou.

§ 2º A invocação do prejudgado será feita pelo seu número correspondente, com a indicação do processo que o originou.

§ 3º Compete à Secretaria Geral das Sessões numerar os prejudgados em sequência bem como fazer as remissões necessárias à identificação do processo em que se originou o prejudgado e mencionar, inclusive, o respectivo número do acórdão.

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

extinguir a fase cognitiva do processo comum ou a execução (CPC 203 §1^a), **porque se o pronunciamento de natureza decisória for proferido no curso do processo comum** ou de execução, isto é, sem que se lhe coloque termo, **deverá ser definido como decisão interlocutória**, impugnável, em regra, por agravo (CPC 1015).¹²

In casu, embora a decisão impugnada – **Acórdão TC 1420/2018; Processo TC 6603/2016** – versar sobre questão incidental formadora de prejulgado, sua natureza interlocutória se revela inquestionável, sendo, portanto, sujeita à espécie recursal **Agravo**.

A propósito, conquanto inexistir, tanto na LOTCEES quanto no RITCEES, qualquer regramento específico que defina os limites em um rol taxativo de decisões interlocutórias passíveis de sujeição ao recurso de Agravo, impõe-se, neste momento, compor uma breve digressão da importância da possibilidade e extrema pertinência em se impugnar o **Acórdão TC 1420/2018/Processo TC 6603/2016** (Questão Incidental manifestada junto à **Representação** objeto do **Processo TC 7156/2012**, por esta via recursal.

Registra-se que a referida decisão interlocutória impugnada – a respeito da possibilidade (ou não) de contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando a recuperação de créditos tributários – por força regimental, exercerá funções **exoprocessuais** (fora do processo), servindo de *ratio decidendi* para a formação de prejulgado cuja deliberação deverá ser aplicada ao demais casos idênticos submetidos a este Tribunal, bem como funções **endoprocessuais** (dentro do processo), pois se constitui em questão interlocutória prejudicial em relação ao julgamento final de mérito do **Processo TC 7156/2012**.

Por conseguinte, do julgamento do presente recurso de Agravo decorrerão igualmente, ambas as funções, haja vista que a formação de prejulgado é inerente e dependente do julgamento de questão incidental no processo originário, por meio de decisão interlocutória.

¹² NERY JÚNIOR, Nelson; MARIA DE ANDRADE NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 716.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Nesse diapasão, importante nos acautelarmos que qualquer redução da possibilidade de cabimento de Agravo sobre decisões interlocutórias específicas no caso concreto, no âmbito administrativo desse Tribunal de Contas, que conta com legislação processual própria (Lei Complementar nº. 621/2012 e respectivo Regimento Interno) se traduzirá, inexoravelmente, em flagrante **ilegalidade**, pois inexistente, como afirmado, qualquer enunciado que estabeleça um rol taxativo de decisões interlocutórias passíveis de recurso de Agravo.

Outrossim, calha apontar que no próprio dispositivo do **Acórdão TC 1420/2018 – Plenário se aventa a possibilidade de recurso ao presente caso**. Confira trecho:

4. ACÓRDÃO TC- 1420/2018 – PLENÁRIO:

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

1.1 Quanto ao item 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 Quanto ao item 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 Quanto ao item 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.

1.4 Em não havendo expediente recursal, **sejam os presentes autos arquivados.**

2. Por maioria, nos termos do voto-vista do conselheiro substituto Marco Antonio da Silva, proferido na 21ª Sessão Ordinária do Plenário de 2017, ocorrida no dia quatro de julho de 2017. Vencido o relator, conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que acompanhou a área técnica e o Ministério Público Especial de Contas.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

3. Data da Sessão: 16/10/2018 – 36ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator), Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Rodrigo Coelho do Carmo. (grifo nosso)

Ademais, a título meramente argumentativo, ainda que houvesse qualquer indicação de delimitação de decisões interlocutórias passíveis de recurso de Agravo, a exemplo do artigo 1.015¹³ do Código de Processo Civil, haveria, mesmo assim, possibilidade de extensão desse rol aparentemente taxativo, eis que a utilidade de seu cabimento encontra fundamento de validade junto aos princípios gerais do direito (segurança jurídica; duração razoável do processo; duplo grau de jurisdição; ampla defesa; etc.). Nesta vereda trilham os professores juristas Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha:

As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos.¹⁴

Em idêntica senda Luís Henrique Barbante Franzé:

“Em juízo apressado, o intérprete poderia concluir que estas hipóteses, tipificadas no art. 1.015 do CPC/2015, esgotariam as possibilidades de interposição de agravo de instrumento.

Porém existem situações não contempladas neste dispositivo que têm urgência na reforma e, por isso, não podem ficar sem recurso que permita rapidez na resposta do judiciário, sob pena de violação ao amplo acesso à justiça (CF/1988, art. 5º, inc. XXXV) e ao duplo grau de jurisdição. Como exemplos, podem ser mencionadas as decisões sobre:

13 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do [art. 373, § 1º](#);
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

14 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. ed. JusPodivm, 13ª edição, p. 209.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

- a) indeferimento de prova;
- b) indeferimento de incompetência relativa;
- c) admissão de litisconsorte.

Em outras palavras, estes três exemplos versam sobre interlocutórias cujo reexame é urgente e/ou relevante, que – de um lado – não estão inseridas no rol do 1.015, do CPC/2015, mas – de outro lado – não podem aguardar por futura apelação (...).

Cumulativamente, quando existe mecanismo suficiente previsto no próprio sistema (agravo de instrumento), é melhor ampliar as suas hipóteses de incidência do que tolerar o uso deturpado do mandado de segurança, inclusive porque emperrará ainda mais os trabalhos do judiciário, já que se trata de novo processo.

Com esta ordem de ideias, entendemos que deve ser dada interpretação conforme ao art. 1.015, do CPC/2015, para que seja cabível agravo de instrumento quando impugnar qualquer decisão interlocutória cujo reexame seja urgente e/ou relevante, independentemente de estar no rol do art. 1.015, do CPC/2015.¹⁵ (grifo nosso)

Por derradeiro, colocando-se dúvidas à margem, registra-se que tal entendimento – acerca da possibilidade de se impugnar quaisquer decisões interlocutórias em processos judiciais – fora objeto de julgamento nos **REsp 1.696.396**¹⁶ e **REsp 1.704.520**¹⁷, pelo rito de afetação de recursos repetitivos previsto no artigos 1.036¹⁸

15 FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Agravo e o novo código de processo civil**. 8ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 227-228.

16 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=+1.696.396&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 06 de dezembro 2018.

17 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.704.520&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 06 de dezembro 2018.

18 Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir este requerimento caberá agravo, nos termos do [art. 1.042](#).

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno. ([Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016](#))

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

e 1.037¹⁹ do CPC, e consolidado pelo Voto vencedor da Ministra **Nancy Andrichi**, cuja tese consagrou que:

O rol do artigo 1.015 do CPC/15 é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.
 20

Nos termos do Voto vencedor, *“Trata-se de reconhecer que o rol do 1.015 possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de*

- 19 Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do [art. 1.036](#), proferirá decisão de afetação, na qual:
- I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;
 - II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;
 - III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.
- § 1º Se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou pelo vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão referida no [art. 1.036, § 1º](#).
- ~~§ 2º É vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do [art. 1.040](#), questão não delimitada na decisão a que se refere o inciso I do caput. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)~~
- § 3º Havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão a que se refere o inciso I do caput.
- § 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.
- ~~§ 5º Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar da publicação da decisão de que trata o inciso I do caput, cessam automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)~~
- § 6º Ocorrendo a hipótese do § 5º, é permitido a outro relator do respectivo tribunal superior afetar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia na forma do [art. 1.036](#).
- § 7º Quando os recursos requisitados na forma do inciso III do caput contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo.
- § 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput.
- § 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.
- § 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:
- I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;
 - II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;
 - III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;
 - IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.
- § 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.
- § 12. Reconhecida a distinção no caso:
- I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo; II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do [art. 1.030, parágrafo único](#).
- § 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:
- I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;
 - II - agravo interno, se a decisão for de relator.
- 20 Trecho do julgamento disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17_MI292406_101048-STJ+E+possivel+agravo+contra+decisao+interlocutoria+nao+prevista+no. Acesso em 06 de dezembro 2018.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

*cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo”.*²¹

Destarte, pelas razões acima explanadas, revela-se perfeitamente cabível o recurso de Agravo ao presente processo.

De seu turno, o art. 157 da Lei Complementar nº. 621/2012 preceitua que “o *Ministério Público junto ao Tribunal de Contas* disporá de **prazo em dobro** para *interposição de recurso*”, o que eleva o prazo recursal total para **vinte dias**.

Denota-se **no verso da fl. 986 do Processo TC 6603/2016**, que os autos ingressaram na Secretaria do **Ministério Público de Contas** no dia **14 de novembro de 2018 (quarta-feira)**. Assim, considerando o feriado da Proclamação da República (15 de novembro – quinta-feira), o ponto facultativo de 16 de novembro²² (sexta-feira), além da suspensão de prazo no dia 28 do mesmo mês²³ (quarta-feira); a contagem do **prazo de 20 (vinte) dias** para a interposição do recurso de Agravo, com a exclusão do dia do início (art. 67²⁴ da Lei Complementar nº. 621/2012), iniciou-se em **19 de novembro de 2018 (segunda-feira)**, com previsão de encerramento no dia **10 de dezembro de 2018 (segunda-feira)**, primeiro dia útil subsequente ao término do prazo, dia **09 de dezembro de 2018 (domingo)**.

Perfaz-se, portanto, tempestivo o presente recurso.

Ademais, **o Ministério Público de Contas, ora agravante, é parte legítima**, possuindo inegável interesse recursal em modificar o ato processual guerreado,

21 Trecho do julgamento disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI292406,101048-STJ+E+possivel+agravo+contra+decisao+interlocutoria+nao+prevista+no>. Acesso em 06 de dezembro 2018.

22 Aprovado pela Decisão Plenária TC nº 20/2017.

23 Aprovada pela Decisão Plenária TC-12/2018.

24 **Art. 67.** Para efeito do disposto nesta Lei Complementar, os prazos serão contínuos, não se interrompendo nem se suspendendo nos finais de semana e feriados, e serão computados excluindo-se o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento, salvo disposição legal em contrário.

Parágrafo único. Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil subsequente, se o início ou o término coincidir com final de semana, feriado ou dia em que o Tribunal não esteja em funcionamento ou que tenha encerrado o expediente antes da hora normal.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

sendo o **Agravo** o instrumento necessário e adequado aos fins a que se propõe (art. 396, III, do Regimento Interno²⁵).

Feita a análise do cabimento, legitimidade e tempestividade, passa-se à exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que dão suporte a este **Agravo**.

2 DOS FATOS

Os autos processuais, **Processo TC 6603/2016**, objeto deste Recurso, versam sobre Incidente de Prejulgado suscitado pelo Conselheiro **Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun** no **Processo TC 7156/2012**, conforme **Decisão Plenária TC 2144/2016**, para a resolução das seguintes questões:

[...]

1. possibilidade de contratação de assessoria/consultorias para a recuperação de créditos e, em caso positivo, admissibilidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação;
2. possibilidade de a Administração Pública firmar contrato de êxito para a recuperação de créditos e, em caso positivo, admissibilidade da estipulação do pagamento em percentual da receita auferida, seja tributária ou não tributária;
3. eficácia geral da Orientação Técnica n. 1/1997 e, em caso afirmativo, necessidade de atualização de seu conteúdo.

Destaca-se, assim, como relatado no tópico anterior, que o julgamento decorrente do presente incidente, por meio do **Acórdão TC 1420/2018** (fl. 918/982), trata-se de **decisão interlocutória** que representa questão prejudicial à análise de mérito da Representação constante do **Processo TC 7156/2012**, a qual fora apresentada por Auditores de Controle Externo deste Tribunal, lotados na 5ª Secretaria de Controle Externo, objetivando a apuração de indícios de irregularidades nos procedimentos de contratação da empresa **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.** pelo Município de Marataízes, para a prestação de serviços de assessoria tributária e fiscal.

²⁵ **Art. 396.** Poderão interpor recurso:
 [...]
 III – o Ministério Público junto ao Tribunal.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Após autuação em apartado, o Incidente de Prejulgado foi encaminhado ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula que, por meio do **Estudo Técnico de Jurisprudência 04/2017** (fls. 32/41), listou a existência de outras possíveis deliberações deste Tribunal acerca dos temas objetos do incidente, o qual concluiu:

Pelo exposto anteriormente, conclui-se informando que foi certificada a **existência** de deliberações que abordam aspectos do tema objeto do prejulgado.

No tocante ao questionamento do **item 1**, este Tribunal possui entendimento firmando na **Orientação Técnica n. 01/1997**, aprovada pela **Decisão TC n. 1932/97**, que conclui, ainda que indiretamente, pela **possibilidade da contratação de assessorias/consultorias para a recuperação de créditos por meio da revisão de DOT**, objetivando o incremento da quota parte do ICMS destinada aos Municípios.

Ademais, vislumbra-se que esta possibilidade foi reconhecida no Acórdão TC 519/2016-Plenário, sob o fundamento de que os referidos serviços **não tratam de atividades próprias de servidores públicos, inexistindo terceirização indevida** do múnus indelegável da carreira de fiscalização e arrecadação.

Observa-se, ainda quanto ao questionamento do item 1, que **não foi certificada** a existência de deliberação acerca da admissibilidade ou não da contratação direta por inexigibilidade de licitação nestes casos. Vale dizer que no caso informado (Acórdão TC 519/2016-Plenário) houve a realização de licitação para concretização da referida contratação.

No que tange ao **item 2**, também há entendimento firmando na **Orientação Técnica n. 01/1997**, aprovada pela **Decisão TC n. 1932/97**, que admite a possibilidade de ser firmado contrato de êxito para a recuperação de créditos, inclusive com a estipulação do pagamento em percentual da receita auferida.

Vale dizer que esta possibilidade foi reconhecida nos **Acórdãos TC 028/2005, 1004/2004-Plenário e TC 519/2016-Plenário**.

Registra-se que a OT n. 01/1997 e os casos analisados pelo Plenário trataram da recuperação de **receita tributária**. Não foi certificada a existência de deliberação desta Corte em caso de receita não tributária.

No que tange ao questionamento suscitado no **item 3**, vislumbra-se que este Tribunal tem reconhecido a vigência da Orientação Técnica n. 1/1997, haja vista que esta foi utilizada com fundamento de decisão nos **Acórdãos TC 028/2005, 1004/2014-Plenário e TC 519/2016-Plenário**.

Em seguida, a Área Técnica analisou a matéria, registrando-a na **Instrução Técnica 28/2017** (fls. 44/80), cujo teor foi integralmente acolhido pelo **Ministério Público de Contas no Parecer 1544/2017** (fls. 83/84), concluindo nos seguintes termos:

1) quanto a **item 1**, pela impossibilidade de contratação de assessorias/consultorias de empresa privada para a recuperação administrativa ou judicial de créditos tributários, por constituir terceirização



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

de atividade típica e essencial da Administração Pública, a ser realizada por servidores efetivos, aprovados no respectivo concurso público, e em atenção à garantia constitucional do sigilo fiscal. Desta feita, entendemos por prejudicado o questionamento sobre a admissibilidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação;

2) em razão do posicionamento adotado no item 1, por restar prejudicado o quesito constante do **item 2**, qual seja, possibilidade de a Administração Pública firmar contrato de êxito para a recuperação de créditos e, em caso positivo, admissibilidade da estipulação do pagamento em percentual da receita auferida, seja tributária ou não tributária;

3) no que concerne ao **item 3**, que trata da eficácia geral da Orientação Técnica nº 01/1997 e, sendo essa aplicável, da necessidade de atualização de seu conteúdo, pela inviabilidade de aplicação da Orientação Técnica nº 01/1997, por carecer de validade jurídica, bem como pela possibilidade de reexame do tema no Incidente de Prejudicado em apreço.

Em 11 de maio de 2017, o **Fórum das Carreiras Típicas do Estado do Espírito Santo – FOCATES** protocolou pedido de seu ingresso nos autos como terceiro interessado, representante das carreiras de auditoria fiscal tributária (**Petição Intercorrente 36/2017**, às fls. 89/127), e que restou deferido mediante a **Decisão Monocrática 702/2017** (fls. 129/130).

Por ocasião da 19ª Sessão Ordinária do Plenário, o Relator, Conselheiro **Sebastião Carlos Ranna de Macedo**, apresentou o **Voto do Relator 3437/2017** (fls. 140/169) cuja deliberação deu-se em concordância com a **Instrução Técnica 28/2017** (fls. 44/80), corroborada pelo *Parquet* de Contas, no sentido da impossibilidade jurídica de terceirização da administração tributária. Confira:

3 DISPOSITIVO

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **corroborando** o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Excelentíssimo Procurador de Contas Heron Carlos Gomes de Oliveira, **VOTO:**

1.1.1 Quanto a item 1, pela impossibilidade de contratação de assessorias/consultorias de empresa privada para a recuperação administrativa ou judicial de créditos tributários, por constituir terceirização de atividade típica e essencial da Administração Pública, a ser realizada por servidores efetivos, aprovados no respectivo concurso público, e em atenção à garantia constitucional do sigilo fiscal. Desta feita, entendemos por prejudicado o questionamento sobre a admissibilidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação;

3.2.2 Em razão do posicionamento adotado no item 1, por restar prejudicado o quesito constante do **item 2**, qual seja, possibilidade de a Administração Pública firmar contrato de êxito para a recuperação de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

créditos e, em caso positivo, admissibilidade da estipulação do pagamento em percentual da receita auferida, seja tributária ou não tributária;

3.2.3 No que concerne ao **item 3**, que trata da eficácia geral da Orientação Técnica nº 01/1997, pela inviabilidade de aplicação da Orientação Técnica nº 01/1997, por carecer de validade jurídica, bem como pela possibilidade de reexame do tema no Incidente de Prejulgado em apreço.

Após pedido de vista, o Conselheiro Substituto **Marco Antonio da Silva**, em 04/07/2017, apresentou sua divergência por meio do **Voto Vista 00083/2017-9**, no sentido da possibilidade jurídica de terceirização da administração tributária. Confira trecho conclusivo:

4. DISPOSITIVO:

Por todo o exposto, divergindo da área técnica e do Eminent Relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, **VOTO** no sentido de que o Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas assim delibere:

4.1 Quanto ao item 1, pela possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando a 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;

4.2 Quanto ao item 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;

4.3 Quanto ao item 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.

VOTO, ainda, no sentido de que, após as comunicações devidas, em não havendo expediente recursal, **sejam os presentes autos arquivados.**

É como voto.

Vitória, 04 de julho de 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Ato seguinte, por ocasião da 25ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada em 01/08/2017, o **Ministério Público de Contas** requereu vistas dos autos, tendo apresentado posteriormente **Parecer Vista** (fls. 202/607) dividido nos documentos sob os números **4304/2017**, **4306/2017**, **4307/2017**, **4308/2017**, **4309/2017** e **Documentação Probatória 672/2017-7** (fl. 608/796). Confira trecho conclusivo da manifestação ministerial:

[...]

Conclusão

4.1 Preliminares

4.1.1 Das propostas de realização de audiência pública e de admissão do Fórum das Carreiras Típicas de Estado – FOCATES na qualidade de *amicus curiae*

CONSIDERANDO a natureza objetiva e abstrata do incidente de prejulgado, bem como o caráter normativo que assume no âmbito desta Corte de Contas, mediante o qual o TCE-ES define o **prejulgamento vinculante da tese jurídica** – mas não do caso concreto – por meio de **decisão normativa** aplicável a todos os jurisdicionados que possam ser alcançados pelo normativo criado, motivo pelo qual os prejulgados, assim como as resoluções emanadas por este Tribunal de Contas, são passíveis de controle concentrado de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), a exemplo da Resolução TC 238/2012, cuja constitucionalidade dos §§ 4º e 5º do art. 21 são objeto da [Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5691-ES](#)²⁶, na qual o Ministério Público de Contas protocolizou [Requerimento de admissão como *amicus curiae*](#)²⁷;

CONSIDERANDO que em processos de controle abstrato de normas e procedimentos, à semelhança do presente incidente de prejulgado e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), regulamentada pela [Lei Federal 9.868/1999](#)²⁸, normalmente não se admite a intervenção de terceiros, ressalvado o ingresso de órgãos ou entidades na condição de ***amicus curiae*** (amigo da corte), constituindo fator de pluralização e de legitimação social para as decisões judiciais e administrativas, consoante interpretação colhida da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁹ (STF);

26 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5168604>. Acesso em: 27 ago. 2017.

27 Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=645601601#19%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20\(24671/2017\)%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=645601601#19%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20(24671/2017)%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae). Acesso em: 27 ago. 2017.

28 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 25 ago. 2017.

29 "A intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade é regra excepcional prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, que visa a permitir 'que terceiros -- desde que investidos de representatividade adequada -- possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 -- que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

CONSIDERANDO que, mesmo em processos que não ostentam caráter objetivo, o STF tem admitido, em caráter excepcional, o ingresso de terceiros na qualidade de *amici curiae*³⁰;

CONSIDERANDO que a intervenção do *amicus curiae*, quando admitida, confere-lhe a faculdade de promover sustentação oral de suas razões³¹;

CONSIDERANDO que o insigne conselheiro relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, mediante Decisão Monocrática 702/2017, admitiu o ingresso do **Fórum das Carreiras Típicas de Estado – FOCATES** na qualidade de **terceiro interessado** no feito, tendo reconhecido expressamente *"a relevância da discussão acerca da possibilidade de contratação de assessorias para a recuperação de créditos, e o fato de que a decisão nos presentes autos pode ter efeitos sobre as atividades inerentes aos servidores públicos de carreira fazendária"*;

CONSIDERANDO que, à luz da referida decisão monocrática, os requisitos necessários à uma possível admissão do **FOCATES** como *amicus curiae* no presente incidente de prejudgado estariam preenchidos, tendo em vista a relevância da matéria já reconhecida nos autos pelo eminente conselheiro relator, bem como a inquestionável representatividade da referida associação de classes, a qual congrega a **Associação dos Auditores Fiscais de Tributos do Estado do Espírito Santo (AFITES)**, a **Associação dos Profissionais do Fisco Tributário do Município de Vitória (APROFISCOVIT)**, a **Associação dos Auditores Fiscais de Tributos do Município da Serra (SINDAFS)**, a **Associação dos Auditores de Controle Externo do Estado do Espírito Santo (ASCONTROL)**, a **Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Espírito Santo (ADEPOL)**, o **Sindicato dos Delegados (SINDEPES)** e a **Associação dos Oficiais Militares do Estado do Espírito Santo (ASSOMES)**;

CONSIDERANDO que, além da figura do *amicus curiae*, a Lei Federal 9.868/1999 prevê a possibilidade de realização de **audiência pública** em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos;

CONSIDERANDO que as referidas associações de classe, já devidamente representadas nestes autos pelo FOCATES, poderiam contribuir em muito para o aprofundamento das discussões acerca da possibilidade de terceirização das atividades inerentes à administração tributária,

amicus curiae -- tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.' (ADI 2.130-MC, rel. min. Celso de Mello, DJ 2-2-2001). Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade." (ADI 3.921, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 24-10-2007, DJ de 31-10-2007.) No mesmo sentido: ADI 4.010, rel. min. Rosa Weber, decisão monocrática, julgamento em 26-6-2012, DJE de 2-8-2012.

"a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito." (ADI 3.494, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 22-2-2006, DJ de 8-3-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.859, rel. min. Rosa Weber, decisão monocrática, julgamento em 28-2-2014, DJE de 13-3-2014.

30 "Cabe observar, preliminarmente, que esta Suprema Corte tem admitido o ingresso, na relação processual, do *amicus curiae*, mesmo que se trate, como ocorre na espécie, de recurso extraordinário interposto contra acórdão que consubstancie julgamento emanado de Tribunal local, proferido em processo de controle normativo abstrato." (RE 597.165, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 4-4-2011, DJE de 12-4-2011.) No mesmo sentido: RE 595.964, rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2010, DJE de 16-2-2011.

31 "a intervenção do *amicus curiae*, quando admitida, confere-lhe, dentre outras faculdades processuais, a de promover a sustentação oral de suas razões perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, conforme esta Corte teve o ensejo de proclamar por ocasião do julgamento de questão de ordem suscitada na ADI 2.777/SP, rel. min. Cezar Peluso (DJU de 15-12-03, p. 5)." (ADI 3.045, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 13-12-2004, DJ de 17-12-2004.) ADI 3.934, rel. min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 14-4-2009, DJE de 22-4-2009.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

enriquecendo os debates com a perspectiva de quem efetivamente executa as funções que se estuda transferir à iniciativa privada, conhecendo, por certo, os riscos e limites do modelo em análise neste Incidente de Prejudicado TC 6603/2016;

CONSIDERANDO que a realização de audiência pública contribuiria para a definição dos limites em que poderia se dar as contratações normatizadas pelo prejudicado, à luz do exemplo que vem do Município de Barra de São Francisco, onde a Prefeitura Municipal contratou a empresa **News Contabilidade e Assessoria S/S Eireli**, mediante inexigibilidade de licitação, para prestar serviços técnicos especializados de treinamento e capacitação em Auditoria e Revisão das Declarações de Operações Tributáveis para oito servidores municipais, durante cinco dias e ao custo fixo de R\$ 14.000,00³², conforme Resumo de Inexigibilidade publicado no Diário Oficial dos Poderes do Estado do Espírito Santo em 11/08/2017:

Barra de São Francisco

RESUMO - ATO DE INEXIGIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO Nº 0002/2017

A Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco - Estado do Espírito Santo, instituída pelo Decreto Municipal Nº 0206/2017 de 27 de março de 2017, com **fulcro no Art. 25, inciso II, c/c Art. 13, inciso VI** da Lei 8.666 de 21 de Junho de 1993, procede a **INEXIGIBILIDADE** de instauração de Procedimento Licitatório para Contratação de empresa para prestação de serviços técnicos especializados de treinamento e capacitação em Auditoria e Revisão das Declarações de Operações Tributáveis que servem de base para a composição do Índice de Participação dos Municípios no ICMS e Revisão Geral do ICMS (Características e legislação do ICMS), para 08 (oito) servidores desta municipalidade, através da empresa News Contabilidade e Assessoria S/S Eireli, CNPJ: 05.745.569/0001-

08, situado na Av. Prefeito Osmar Cunha, 183, Salas 913 E 915, Centro, Florianópolis - SC, CEP.: 88015-100, no valor de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), pelo período de 21 a 25 de agosto, conforme requerimento no processo 0009099/2017, nos termos do Parecer Administrativo Nº 0088/2017, confeccionado pela Gerente de Assuntos Jurídicos. Barra de São Francisco - ES, 10 de agosto de 2017.

Mirella Neves Ricardo
 Presidente da CPL

DESPACHO ADMINISTRATIVO

O Prefeito Municipal de Barra de São Francisco, Estado do Espírito Santo, no uso das atribuições de seu cargo e com fundamento no artigo 25, inciso II, c/c Art. 13, inciso VI da Lei Federal 8.666/93, **RATIFICA** o Ato de Inexigibilidade acima, para que produza seus efeitos jurídicos e legais.

Barra de São Francisco/ES, 10 de agosto de 2017.

Alencar Marim
 Prefeito Municipal
 Protocolo 335793

CONSIDERANDO que a ausência de previsão no Regimento Interno desta Corte de Contas acerca da designação de audiência pública não impediu que o ilustre conselheiro Rodrigo Chamoun propusesse, nos autos do Estudo de Caso TC 5617/2012, a abertura da Corte de Contas à sociedade

32 O Ministério Público de Conta não teve acesso aos termos do referido contrato.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

com o propósito de colher os diferentes pontos de vista sobre a matéria posta em debate naqueles autos (locação de ativos), conforme consignado no brilhante voto reproduzido em parte a seguir:

IV – DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA

A questão posta sob o pálio de apreciação deste Colegiado apresenta relevância do ponto de vista jurídico, tendo em conta que a decisão desta Corte poderá autorizar, ou não, a utilização do modelo de negócio denominado “locação de ativos precedida de direito real de uso das áreas” no âmbito da Administração Pública, reconhecendo-o, ou não, como um contrato submetido a regime de direito público.

À evidência, ainda, a repercussão social dessa decisão, pois ao dirimir o conflito sobre a viabilidade jurídica, ou não, do contrato de locação de ativos, estará por ensejar impacto sobre políticas públicas que objetivem o acesso da população a condições mais dignas quanto à necessária infraestrutura para a prestação de serviços essenciais aos cidadãos brasileiros.

Nesse passo, entendo ser necessária a realização de audiência pública por este Tribunal, para ouvir especialistas sobre a preservação, ou não, do interesse público e sobre as vantagens e/ou desvantagens na utilização da modelagem ora sob estudo.

Reforçando o que já manifestei em laudas anteriores, em que pese o judicioso parecer do Ministério Público de Contas ter adentrado na análise da contratação envolvendo o Sistema Autônomo de Água e Esgoto do Município de São Mateus, entendo que não cabe, neste processo TC 5617/2012, qualquer manifestação sobre as especificidades daquela municipalidade.

Entendo, ainda, que o presente Estudo de Caso Especial se aplica de forma abstrata a qualquer contrato de locação de ativos envolvendo obras de infraestrutura destinadas à prestação de serviços públicos, sob jurisdição deste Tribunal e não somente sobre o caso do SAAE de São Mateus, mesmo que tenha sido este procedimento, o que originou a análise por parte desta Corte.

Reforço esse entendimento, no art. 174, da LC 621/2012³³, pois estamos diante de um procedimento de “Prejulgado”, que como tal deverá ser tratado.

Quanto à audiência pública em processos sob nossa jurisdição, saliento que não há precedentes em nossa Corte de Contas e nem mesmo previsão normativa interna que dê suporte à sua realização e disponha sobre os procedimentos a serem adotados.

Entretanto, situação semelhante se encontrava o Supremo Tribunal Federal ao realizar a sua primeira audiência pública ainda no ano de 2007, sobre a possibilidade de utilização de material embrionário –

CAPÍTULO II

DOS PREJULGADOS E DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Seção I

Dos Prejulgados

Art. 174. Por iniciativa de Conselheiro, Auditor ou Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, poderá o Plenário, mediante decisão normativa, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da administração, reconhecida a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral, observada a forma estabelecida no Regimento Interno.

Parágrafo único. Não poderá atuar como Relator o Conselheiro ou Auditor que suscitar a matéria.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

células-tronco, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia. A carência normativa quanto aos procedimentos aplicáveis não impediu que o STF seguisse em frente.

Naquele ano, o Min. Carlos Ayres Britto, entendendo que a realização da audiência pública era mais um sinal de abertura do processo de controle de constitucionalidade, designou data para a sua realização e aplicou, diante da ausência de normativo próprio no STF sobre os procedimentos a serem adotados, naquilo que foi compatível, as disposições do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que trazia expressamente regras sobre o assunto. Ressalto pequeno trecho da decisão:

[...] 3. Diante dessa carência normativa, cumpre-me aceder a um parâmetro objetivo do procedimento de oitiva dos expertos sobre a matéria de fato da presente ação. E esse parâmetro não é outro senão o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no qual se encontram dispositivos que tratam da realização, justamente, de audiências públicas (arts. 255 usque 258 do RI/CD). Logo, são esses os textos normativos de que me valerei para presidir os trabalhos da audiência pública a que me propus. Audiência coletiva, realce-se, prestigiada pela própria Constituição Federal em mais de uma passagem, como verbi gratia, o inciso II do § 2º do art. 58 (...)

Atualmente, consta do Regimento Interno do STF a autorização expressa para a realização de audiência pública, conforme arts. 13 e 21 e o rito sob o qual será regida, estabelecido no parágrafo único do art. 154.

Mesmo com a carência normativa observada aqui nesta Corte de Contas quanto à possibilidade de realização de audiência pública em processos sob nossa jurisdição, valho-me das orientações oriundas da ATRICON, Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, expostas no Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas, já aprovado pelo Conselho Deliberativo, destacando o seguinte trecho:

“17. A critério dos Tribunais de Contas, considerada a importância da matéria, poderão ser realizadas Audiências Públicas, objetivando a abertura de debates sobre o objeto do processo.

O legislador, lucidamente, vem, a pouco e pouco, descortinando espaços cada vez largos para a Audiência Pública. Desnecessário citar, um a um, os vários dispositivos consagradores da Audiência Pública em todas as Agências Reguladoras, por exemplo. Basta ter presente que, em alguns casos, ela assume, junto com os direitos de defesa e dos direitos à prestação, o status de direito fundamental à participação, conferindo às pessoas a direito de ativa colaboração em certas deliberações de interesse público.

É o que se recolhe, apenas para ilustrar, da leitura do art. 68, da Lei 10.233, de acordo com a qual “as iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública”. Quer



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

dizer: mais que direito subjetivo público, há, aqui, “direito fundamental à participação”.²

Em boa hora, o art. 32 da Lei 9.784, ao lado da “consulta pública” (art. 31), previu a possibilidade, “antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, ...” de se promover “audiência pública para debater sobre a matéria do processo”. Até o Supremo Tribunal Federal, por obra da Lei 9.868, no § 1º, do art. 9º, permite-se, hoje, o socorro da Audiência Pública³. Mas não só. O Ministério Público (inciso IV, do único, do art. 27, da Lei 8.625), o Congresso Nacional (inciso II, do § 2º, do art. 58, da CF/88), o COMANA (§1º, do art. 11, da Resolução 006/86) e muitos outros órgãos e instituições se abriram às contribuições benfazejas e participativas da Audiência Pública.

O fato é que esse instrumento representa avanço inestimável, que aproxima da sociedade civil as instâncias de controle e decisão. Conquanto a lógica e a modelagem, seja do processo judicial, seja do processo administrativo, tenha se delineado mais como troca de argumentos jurídicos, a Audiência Pública propicia, de maneira arejada, que a inesgotável riqueza fática do mundo da vida ilumine e até surpreenda novos ângulos nos preceitos normativos.

Esse instrumento participativo amplia, ainda, os horizontes da interpretação, permitindo, em certa medida, que a cidadania, sem ferir a independência e o rigor técnico da autoridade competente, colabore na “descoberta e [na] obtenção do direito”³⁴.

Às vezes, as garantias constitucionais do processo são insuficientes, do ponto de vista da tutela jurídica, quando desacompanhadas de mecanismos mais francos e diretos de contato com a realidade. E a audiência pública, descendendo, em linha direta, dos valores democráticos e participativos, nutre-se da mesma opção constitucional que procura pacificar disputa, controvérsias e conflitos com o debate público, onde todos aprendem dando aos outros a igual chance dialética de se manifestar. Dar oportunidade para que as diferenças venham à tona não só é um direito fundamental, mas, também, um meio extremamente útil para enriquecer a consciência decisória das autoridades administrativas e jurisdicionais.

Mais que mera troca de argumentos escritos e jurídicos, a audiência pública permite, face a face, o melhor exame das consequências, em conexão com a realidade sob a qual incidem. Já que o escrutínio dos efeitos das deliberações (administrativas, judiciais ou “quase-judiciais”³⁵), será realizado, melhor que o seja às claras, de forma aberta, garantindo a palavra aos que os sofrerão as consequências e, por isso, podem esclarecer fatos e argumentos com muito mais detalhes.

³⁴ Vide Peter Häberle in Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 42. (nota de rodapé original)

³⁵ MS 23.550 – STF (nota de rodapé original)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Ademais, somente quando os interesses e as consequências (diretas e indiretas) são reconhecidos e existe o sincero esforço de levá-los em consideração, é que algo que se avizinha de uma decisão sustentável começa a ganhar existência³⁶.

[...]

Com a realização da audiência pública que ora proponho, entendo que esta Corte de Contas estará avançando de forma histórica no controle dos atos da Administração Pública, ao permitir que a sociedade civil organizada participe ativamente da definição de tema de tamanha relevância jurídica e repercussão social.

V – CONCLUSÃO:

Por tudo que foi exposto, voto para que o Colegiado adote a seguinte decisão:

1. Admitir o ingresso do Consórcio Águas do Cricaré como *amicus curiae*, mantendo acostados aos autos todas as manifestações e documentos oriundos desse Consórcio até o momento;
2. Confirmar a Relatoria deste Conselheiro no presente processo, reconhecendo a não incidência do parágrafo único, do art. 174, da LC 621/20102 no presente caso;
3. Determinar realização de audiência pública para ouvir os depoimentos de especialistas sobre a preservação, ou não, do interesse público e sobre as vantagens e/ou desvantagens na utilização da modelagem de contrato denominada Locação de Ativos, precedida de Concessão de Direito Real de Uso de área pública, na forma descrita neste voto;
4. Determinar à Secretaria Geral das Sessões que adote as providências administrativas necessárias à realização da audiência pública, inclusive quanto à elaboração e publicação do edital de convocação.

Dê-se ciência aos interessados.

Em 09 de abril de 2013.

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Conselheiro Relator

CONSIDERANDO que a referida proposta de realização de audiência pública foi acolhida pelo Plenário do TCE-ES por meio da Decisão 1647/2013, a qual admitiu, de forma atípica³⁷, o ingresso como *amicus curiae* do **Consórcio Águas do Cricaré**, vencedor da Concorrência Pública nº 2/2011 do Município de São Mateus e formado pelas empresas **Amafi Comercial e Construtora Ltda.** (CNPJ 02.899.027/0001-93) e **Construtora Guaíba Ltda.** (CNPJ 33.192.873/0001-00), ambas sediadas em Porto Alegre/RS, as quais, obviamente, não reuniam a representatividade exigida

³⁶ Vide Juarez Freitas in *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. (nota de rodapé original)

³⁷ "A ação direta de inconstitucionalidade é espécie de processo objetivo no qual se deflagra o controle abstrato de normas. Não cabe nesse procedimento especial a defesa de interesses ou direitos subjetivos. Não é por outra razão que o caput do art. 7º da Lei 9.868/99 veda, expressamente, 'a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade'." (ADI 4.140, rel. min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2008, DJE de 2-2-2009.)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

para a sua participação como amigas da corte, porquanto nutriam apenas interesses econômicos no feito, motivo pelo qual contrataram renomados especialistas para defender seus interesses privados perante esta Corte de Contas, conforme noticiado no portal do TCE-ES³⁸:

DECISÃO TC-1647/2013

PROCESSO - TC-5617/2012

ASSUNTO - ESTUDO DE CASOS ESPECIAIS

ESTUDO DE CASOS ESPECIAIS – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – REJEITAR PRELIMINARES – ADMITIR INGRESSO DO CONSÓRCIO ÁGUAS DO CRICARÉ – MANTER PEÇAS JÁ ACOSTADAS – CONFIRMAR RELATORIA – DETERMINAR REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA – DAR PUBLICIDADE.

Considerando o procedimento deflagrado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de São Mateus acerca de celebração de contrato de locação de ativos precedida de concessão do direito real de uso de área pública, e a representação oferecida pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo, constante no processo TC-7639/2011, que originou a Decisão TC-3121/2012, determinando a realização de Estudo de Caso Especial, em autos apartados, para aferir a possibilidade jurídica de a Administração Pública realizar a licitação visando à contratação de sociedades empreiteiras para locação de ativos, nos moldes pretendidos;

DECIDE o Plenário deste Tribunal de Contas, por unanimidade, em sua 21ª Sessão Ordinária, realizada no dia 09 de abril de 2013, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, que fundamenta esta Decisão:

38 Tribunal define expositores de audiência pública

Foram definidos durante Sessão Plenária desta terça-feira (04) os nomes dos expositores da audiência pública a ser realizada pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE-ES) na próxima segunda-feira (10). A audiência tem como objetivo discutir a preservação, ou não, do interesse público e as vantagens e/ou desvantagens na utilização da modelagem de contrato denominada Locação de Ativos, precedida de Concessão de Direito Real de Uso de área pública. Ao efetuar a inscrição, o interessado encaminhou currículo, destacando seu conhecimento sobre o tema a ser debatido, bem como qual a orientação pretendida para apresentação, se contrário ou a favor da tese. Ao analisar os dados dos inscritos, o relator, conselheiro Rodrigo Chamoun, deferiu cinco expositores favoráveis e um expositor contrário. A audiência será realizada às 14 horas no auditório do TCE.

Expositores favoráveis:

- **Jorge Ulisses Jacoby Fernandes** – Brasília. Advogado, mestre em Direito Público, professor de Direito Administrativo, escritor, consultor, conferencista e palestrante;
- **Oscar Dias Barbosa** – Rio de Janeiro. Formado em Direito, experiência em processos de fusões e aquisições de empresas, contratos e operações financeiras internacionais, consultor jurídico para a América Latina, atuou como procurador do Estado de São Paulo;
- **Márcio Cammarosano** – São Paulo Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, mestre em Direito Administrativo, doutor em Direito do Estado;
- **João Martinho Cleto Reis Junior** – Paraná. Engenheiro Civil, mestrando em Gestão Urbana, atual diretor de Investimentos da Companhia de Saneamento do Paraná;
- **Gesner Oliveira** – São Paulo. Doutor em Economia, professor do Departamento de Planejamento e Análise Econômica Aplicados à Administração da Fundação Getúlio Vargas (FGV), atuou como presidente da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo.

Expositor contrário:

- **Maurício Faria Dame Manzano** – Vitória-ES. Mestrando em Engenharia Ambiental, especialista em Direito Ambiental, graduado em Engenharia Civil com ênfase sanitária. Servidor do Tribunal de Contas do Espírito Santo.

Disponível em: <https://www.tce.es.gov.br/tribunal-define-expositores-de-audiencia-pblica/>. Acesso em 26 ago. 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

1. Rejeitar as preliminares suscitadas pelo Ministério Público Especial de Contas para:

1.1 Admitir o ingresso do Consórcio Águas do Cricaré como *amicus curiae*, mantendo acostados aos autos todas as manifestações e documentos oriundos da entidade até o momento;

2.1 Confirmar a Relatoria do Senhor Conselheiro nos autos, reconhecendo a não incidência do parágrafo único do artigo 174 da Lei Complementar nº. 621/2012 no presente caso;

2. Determinar a realização de audiência pública para ouvir os depoimentos de especialistas sobre a preservação, ou não, do interesse público e sobre as vantagens e/ou desvantagens na utilização da modelagem de contrato denominada Locação de Ativos, precedida de Concessão de Direito Real de Uso de área pública, na forma descrita no voto do Relator;

3. Determinar à Secretaria Geral das Sessões que adote as providências administrativas necessárias à realização da audiência pública, inclusive quanto à elaboração e publicação do edital de convocação.

DECIDE, ainda, dar ciência aos interessados.

Integra esta Decisão o voto do Relator.

Sala das Sessões, 09 de abril de 2013.

Conselheiro SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Vice-Presidente no exercício da Presidência

CONSIDERANDO que, mesmo neste momento processual, quando dois votos já foram proferidos, uma proposta de sobrestamento do julgamento para que seja realizada audiência pública não traria prejuízo algum para a apreciação da matéria³⁹. Muito pelo contrário: viria ao encontro da

39 À semelhança do acolhimento pelo colegiado de proposta de reabertura da instrução processual para realização de diligência complementar, apresentada, por exemplo, por ocasião de voto-vista, como ocorreu no Processo TC 184/1998, cuja análise por parte do MPC-ES se encontra disponível no APÊNDICE A da Representação que denunciou a formação de cartel, fraude e transferência irregular da concessão da Rodosol. *In verbis*:

A.3 Auditoria Ordinária TC 184/1998 (SEDU) – 15/12/1998: Plenário do TCEES Determina Sobrestamento do Feito para Realização de Auditoria Complementar Visando Quantificar o Dano ao Erário

Em 15/12/1998, por ocasião do julgamento da Auditoria Ordinária TC 184/1998, considerando superadas as fases do contraditório e da ampla defesa, do parecer conclusivo da área técnica do TCEES e do parecer do Ministério Público de Contas, circunstâncias que tornaram o acervo probatório suficientemente maduro para livre apreciação por parte dos ilustres magistrados de contas, acolhendo voto visto do conselheiro Erasto Aquino e Souza, o Plenário do TCEES deliberou pela **realização de nova auditoria**, desta vez com o objetivo específico de quantificar o dano ao erário já constatado e atribuir responsabilidade individual a cada um dos responsáveis **para fins de ressarcimento**.

[...]

Colaciona-se, a seguir, trechos do voto condutor do conselheiro Erasto Aquino de Souza:

Senhora Conselheira Presidente,

Senhores Conselheiros:

Solicitei "vista" dos presentes autos por entender que o cerne da questão, neste processo, foi desviado para a discussão de outros pontos que, embora de singular importância, não se constituem em causa, mas sim, em conseqüências de atos omissivos atribuídos ao **Ordenador de Despesa da SEDU**, no exercício de 1997.

[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

preservação do interesse público, conferindo legitimidade social à decisão a ser proferida sobre tema tão relevante para a sociedade (recuperação de receitas públicas) neste momento de importante crise financeira, uma vez que permitiria aos conselheiros que já proferiram voto ratificarem seus posicionamentos iniciais ou até mesmo evoluírem para entendimentos diversos a partir da ampliação da pluralidade dos debates com os diversos setores da sociedade alcançados pela possibilidade de terceirização da administração tributária do Estado e dos municípios, a exemplo dos setores

O **Relatório Técnico**, às fls. 03, considerou elevados os valores estimados pelo **DEO/SEDU** (que determinaram os valores dos convênios) e apontou um possível superfaturamento da ordem de 62% (sessenta e dois por cento) em favor da empresa **TERVAP**, no município de **Apiacá**.

[...]

O que se tem, na realidade, são indícios evidentes de licitações dirigidas, eivadas de irregularidades, especialmente no que concerne a exigências descabidas e improcedentes com o escopo de restringir o número de participantes, o que, em si só, constitui crime de ação pública, em tese, a ser submetido ao crivo do Ministério Público.

[...]

Ao depois, são indicados, ainda, sérios indícios de abuso de poder e desvio de finalidade, na constatação de que foram construídas quadras esportivas vinculadas a escolas **"... que sequer oferecem a disciplina Educação Física aos alunos que cursam o ensino fundamental ..."**, bem como a construção de quadras poliesportivas cobertas localizadas **"fora dos terrenos das referidas escolas, caracterizando-se como 'ginásios de esportes', destinados a atender a comunidade em geral"**.

[...]

É sempre preciso lembrar que não vale, apenas, afirmar a existência de superfaturamento, a ocorrência deve ser demonstrada por **"a + b"**, ou seja, que se especifique quem foi o responsável ou quem foram os responsáveis pelo dano, em que convênio ou obra ocorreu o dano e qual foi o **"quantum"** da lesão causada¹⁰⁵¹. Só assim se pode aplicar o direito na sua excelência, buscando criar, através da aplicação das sanções preestabelecidas em lei, um eficiente mecanismo de proteção que bloqueie aqueles que, por simples erro ou eventual dolo, desvirtuam as instituições, desviando recursos, infringindo leis e contribuindo para o enriquecimento sem causa de alguns e maior empobrecimento das massas menos favorecidas pela distribuição de rendas.

É fortalecido pela certeza de que em cada um dos Eminentes Conselheiros pulsa um sentimento de repúdio a tantos desmandos, a tanto lodo que vem maculando a função política, as instituições, as personalidades públicas, como é o caso do escândalo de **Viana**, com **Vereadores e Prefeitos** presos por corrupção, **sem que este Egrégio Tribunal de Contas tenha sido o primeiro a detectar tais absurdos**, e das notícias veiculadas na mídia internacional dando conta dos **"negócios"** da privatização da **"teles"**, envolvendo o próprio **Ministro das Comunicações**, que **faço um apelo, um pedido, uma exortação ao que existe de melhor em cada um, para que não se deixe passar "in albis" estas denúncias**. Para que não se abrande em demasia a pena estabelecida para tais condutas, a fim de que **não se venha estimular a malversação das verbas destinadas à educação**.

Não que as demais verbas, como as da saúde e as da segurança pública, do desenvolvimento deste ou daquele setor, que não o da educação, devam ou possam ser negligenciados; **mas que se tenha pelos recursos reservados para a educação, um carinho especial**. É a educação a única alavanca que ainda pode servir ao povo como meio de vencer as adversidades da vida, de melhor viver, de melhor sentir, de melhor escolher os seus governantes.

A preservação desta **Casa**, enquanto instituição, está intimamente ligada à educação, ao civismo, à democracia. Democracia esta que só se mantém pelo conhecimento e pela livre consciência. É preciso, antes de mais nada, preservar a educação pelo exercício efetivo do poder disciplinar que nos foi outorgado, mas não de forma tímida, vacilante, destituída de força e dignidade. É preciso ser pleno, é preciso empunhar as ferramentas com vigor e decisão, se realmente pretendemos reconstruir a fé do povo em suas autoridades constituídas.

POSTO ISTO, e por tudo mais que dos autos consta, voto pelo sobrestamento do julgamento a fim de que se baixem os autos em diligência interna para apuração e quantificação do prejuízo sofrido pelo erário em cada obra, com especificação do montante de cada lesão e individualização de responsabilidades por cada uma delas, notificando-se, após, cada um dos responsáveis para que fiquem cientes do valor do dano que lhes é imputado e, querendo, recomponham espontaneamente o erário, no prazo de **30 (trinta) dias**.

Vitória, 09 de dezembro de 1998.

ERASTO AQUINO E SOUZA¹⁰⁵²

Conselheiro

(Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/2016/10/ministerio-publico-de-contas-denuncia-cartel-fraude-e-transferencia-irregular-na-concessao-da-rodosol/>. Acesso em: 26 ago. 2017)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

empresarial – que reúne os principais contribuintes de tributos –, fiscal, entre outros;

CONSIDERANDO a fase em que se encontra o julgamento do **Incidente de Prejulgado TC 6603/2016**, com dois votos já proferidos, também não seria óbice para se **facultar** ao FOCATES, **na condição amicus curiae**, o direito de realizar sustentação oral neste incidente de prejulgado, porquanto até a proclamação do resultado do julgamento qualquer conselheiro pode reformar ou evoluir seu entendimento inicial, conforme faculta-lhes o art. 86, § 3º, do Regimento Interno do TCE-ES⁴⁰;

E CONSIDERANDO, por fim, a missão institucional do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo de ser **“reconhecido como instrumento de cidadania, gerando benefícios para a sociedade por meio do controle externo e do aperfeiçoamento da gestão dos recursos públicos”**⁴¹, à qual não deve furtar-se em momentos que exigem elevada responsabilidade social e estatura institucional dos órgãos de controle externo, o Ministério Público de Contas, no cumprimento do seu dever constitucional de defender os interesses da sociedade perante esta Corte de Contas, requer **preliminarmente** ao ilustre conselheiro relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo que, na qualidade de conselheiro relator:

- a) Submeta ao Plenário deste egrégio Tribunal a proposta deste Órgão Ministerial de **sobrestar o julgamento deste Incidente de Prejulgado TC 6603/2016 para que seja realizada audiência pública** com o objetivo de ampliar e pluralizar os debates sobre a possibilidade de terceirização das atividades afetas à administração tributária do Estado do Espírito Santo e dos municípios capixabas, discutida nestes autos, de modo a conferir legitimidade social à importante decisão que será tomada por este órgão guardião das finanças públicas;
- b) Considerando a representatividade do Fórum das Carreiras Típicas de Estado – FOCATES, já habilitado nos autos como terceiro interessado, e a relevância da matéria tratada nos autos, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), submeta ao Plenário a proposta deste *Parquet* de Contas de **notificar o FOCATES para que, na qualidade de amicus curiae, seja-lhe facultado o direito de sustentar oralmente suas razões em Plenário**, independentemente da apreciação ou do acolhimento da proposta de sobrestamento do feito para realização de audiência pública, contribuindo, desse modo, para a formação do convencimento do Ministério Público de Contas e dos magistrados de contras acerca do que seja melhor para a sociedade.

4.1.2 Da suspeição do conselheiro substituto Marco Antônio da Silva para atuar no Incidente de Prejulgado TC 6603/2016 e na Representação TC 6579/2012

40 Art. 86. Encerrada a discussão, o Presidente encaminhará a votação, colhendo os votos pela ordem decrescente de antiguidade dos Conselheiros.

[...]

§ 3º O Relator, os Conselheiros e os Auditores em substituição que já tenham proferido seus votos poderão modificá-los até a proclamação do resultado do julgamento ou da apreciação do processo, sendo facultado ao Presidente, de ofício ou a pedido, reabrir a discussão.

41 Disponível em: <https://www.tce.es.gov.br/institucional/identidade-organizacional/>. Acesso em: 26 ago. 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

CONSIDERANDO que, consoante se colhe da petição inicial do **Pedido de Reexame TC 9285/2016 (ANEXO I)**⁴², o conselheiro substituto **Marco Antônio da Silva** figura como réu na **Ação Civil Pública nº 0004804-29.2002.8.08.0006**, em trâmite perante o Poder Judiciário Estadual⁴³, acusado pelo Ministério Público Estadual de ter sido beneficiado “*por motivos políticos/pessoais*”⁴⁴ pelo então prefeito do Município de Aracruz **Luiz Carlos Cacá Gonçalves**, mediante formação de conluio com o propósito de viabilizar o pagamento indevido de precatório ao ilustre conselheiro, no valor total de **R\$ 243.575,16**;

42 Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/Protocolo-12040-2016-Pedido-de-reexame-denúncia-Prefeitura-de-Aracruz.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2017.

43 Seguem informações extraídas do portal do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo em 19/08/2017:

Processo: 0004804-29.2002.8.08.0006

Petição Inicial:
200500588983

Situação: Tramitando

Vara: ARACRUZ - FAZ. PÚBLICA EST., MUN., REG. PÚB. E MEIO AMBIENTE

Data da Distribuição: 25/05/2010 16:34

Motivo da Distribuição: Redistribuição Especial

Ação: Ação Civil Pública

Natureza: Cível

Data de Ajuizamento:
22/04/2002

Valor da Causa: R\$ 243.575,00

Escaninho Atual: AGUARDANDO/DIVERSOS / Mesa Escrivão/Chefe de Secretaria/Analista (desde 12/07/2017) Obs.: 02

Assunto principal: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Ministério Público

Partes do Processo

Requerente

MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO
 REPRESENTANTE LEGAL - 999992/ES

Requerido

CAMARA MUNICIPAL DE ARACRUZ
 JACYMAR DAFFINI DALCAMINI - 005287/ES

MARCO ANTONIO DA SILVA

ALECIO JOCIMAR FAVARO - 005522/ES
 ALECIO JOCIMAR FAVARO - 5522/ES

MUNICIPIO DE ARACRUZ-ES

Marcos Rogerio Ferreira Patricio - 005865/ES

44 Transcrevem-se trechos extraídos da petição inicial da Ação Civil Pública 0004804-29.2002.8.08.0006, promovida pela Promotoria de Justiça da Comarca de Aracruz:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, [...] vem perante esse Juízo propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ANULATÓRIA) EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO C/ PEDIDO ANTECIPATÓRIO DE TUTELA** em face de

1. PREFEITURA MUNICIPAL DE ARACRUZ [...]
2. CÂMARA MUNICIPAL DE ARACRUZ [...]
3. **MARCO ANTÔNIO DA SILVA**

[...]

Em data de 17 de agosto de 2001, o Prefeito Municipal, Sr. Luiz Carlos Cacá Gonçalves, bem como, os partícipes da relação jurídica e processual (segundo e terceiro requeridos) compuseram a forma de pagamento do mencionado precatório, cujo valor é de R\$ 243.575,16 (duzentos e quarenta e três mil, quinhentos e setenta e cinco reais e dezesseis centavos), conforme se verifica do Termo de Parcelamento em anexo.

[...]

Apesar de regularmente citado da fatídica Execução, o então Presidente do Legislativo Municipal não opôs Embargos, deixando o prazo transcorrer *in albis* sem qualquer manifestação; evidenciando, com tal atitude, verdadeira colusão com o terceiro requerido (esse conluio será objeto de apuração através de Inquérito Civil), que espertamente requisitou a formação do precatório, o qual foi devidamente registrado na Secretaria do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado sob o nº 200990000131 oriundo do Processo nº 2439/91, no valor de R\$ 180.294,82, tendo como Beneficiário MARCO ANTÔNIO DA SILVA, e devedora a CÂMARA MUNICIPAL DE ARACRUZ. Porém, por motivos políticos/pessoais, o Senhor Prefeito avocou o débito do Legislativo e convencionou um acordo com o terceiro requerido, cuja cópia segue em anexo, mesmo sabendo que este precatório fora formado mediante uma execução nula, via de consequência, os efeitos insanáveis irradiam-se ao título que dela se originou.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

CONSIDERANDO que o ex-prefeito do Município de Aracruz **Luiz Carlos Cacá Gonçalves** foi qualificado pela área técnica como **responsável na Representação TC 6579/2012**, instaurada com o propósito de apurar os indícios de irregularidades identificados pela 6ª Controladoria Técnica do TCE-ES na contratação da **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.** por parte do Município de Aracruz em 2002, os quais ensejaram a deflagração da Operação Derrama por parte do Núcleo de Repressão e Combate às Organizações Criminosas (NUROC);

CONSIDERANDO que o ex-prefeito do Município de Aracruz **Luiz Carlos Cacá Gonçalves** tornou-se **réu na Ação Penal 0043929-95.2012.8.08.0024**, acusado da prática do crime de apropriação e desvio de rendas públicas, previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967⁴⁵, conduta delituosa imputada em razão da contratação da **CMS Consultoria e Serviços Ltda.**, com base nas informações levantadas pela 6ª Controladoria Técnica do TCE-ES;

CONSIDERANDO que o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC), por meio da **Instrução Técnica Conclusiva ITC 1356/2016**, elaborada em 25/04/2016, confirmou a irregularidade dos atos de gestão praticados pelo senhor **Luiz Carlos Cacá Gonçalves na Representação TC 6579/2012**, consistentes na **terceirização indevida de atividades indelegáveis típicas da administração pública – recuperação de créditos tributários** (item 5.1, da ITC 1356/2016), por violação aos art. 37 *caput* (Princípio da Legalidade) e 167, inciso IV, ambos da Constituição Federal, bem como aos art. 7º, 142, parágrafo único, 194, 196, 197 e 198 da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional), reputando ilegal a contratação da **CMS Consultoria e Serviços Ltda.**;

CONSIDERANDO que o presente **Incidente de Prejudicado TC 6603/2016** tem por objetivo centralizar em um único feito a análise acerca da legalidade dos serviços prestados pela **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.** aos diversos municípios capixabas, atualmente examinados em diversas Representações, de modo que a decisão a ser proferida pelo Plenário do TCE-ES neste incidente **vinculará a área técnica em todos os demais processos** envolvendo não só a referida empresa, mas qualquer outra que tenha prestado o mesmo serviço, nos quais se inclui a **Representação TC 6579/2012**, cuja irregularidade dos atos de gestão praticados pelo senhor **Luiz Carlos Cacá Gonçalves** foi confirmada por meio da Instrução Técnica Conclusiva ITC 1356/2016;

CONSIDERANDO que o conselheiro substituto **Marco Antônio da Silva** proferiu voto-vista neste **Incidente de Prejudicado TC 6603/2016** na 25ª Sessão Ordinária, realizada em **04/07/2017**, dissentindo do posicionamento da área técnica, do Ministério Público de Contas e do conselheiro relator, e pugnando, em síntese, pela legalidade da contratação da **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.**, posicionamento que beneficia o senhor **Luiz Carlos Cacá Gonçalves na Representação TC 6579/2012** e na **Ação Penal 0043929-95.2012.8.08.0024**, processo criminal originado dos atos de gestão irregulares identificados pela 6ª Controladoria Técnica do TCE-ES na Prefeitura Municipal de Aracruz em 2002;

45 Art. 1º **São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais**, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
 I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;
 [...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

CONSIDERANDO que o Ministério Público de Contas pediu vista do feito após a apresentação do voto-vista do conselheiro Marco Antônio da Silva, sendo este parecer-vista a primeira oportunidade em que este *Parquet* de Contas se manifesta por escrito nos autos;

CONSIDERANDO não ser possível prever com antecedência se o conselheiro substituto Marco Antônio da Silva participaria do julgamento do **Incidente de Prejulgado TC 6603/2016**, tendo em vista a tendência de S. Ex.^a. de adotar comportamento não convencional quando o processo envolve interesses pessoais, como ocorreu no caso da **Denúncia TC 345/2003**, processo que investiga irregularidades no pagamento de precatório a ele próprio, no qual permaneceu como relator por quase dois anos (provavelmente até findar seu período de substituição), sem reconhecer seu impedimento para atuar no feito;

E CONSIDERANDO, por fim, que em função dos fatos apurados na **Denúncia TC 345/2003**, os quais foram detalhadamente analisados pelo MPC-ES no **Pedido de Reexame TC 9285/2016 (ANEXO I)**⁴⁶, **o ilustre conselheiro Marco Antônio da Silva não reúne as condições de imparcialidade necessárias para atuar como magistrado de contas na Representação TC 6579/2012 e neste Incidente de Prejulgado TC 6603/2016**, o Ministério Público de Contas requer a este Tribunal que, com fundamento no art. 1º, inciso XII, e art. 23 da Lei Complementar Estadual 621/2012⁴⁷, complementados pelo art. 145, inciso IV, do Código de Processo Civil⁴⁸, e nos art. 289 e 340 do Regimento Interno desta Corte de Contas⁴⁹, nos termos de petição protocolizada em separado, instruída com cópia deste parecer-vista e do **Pedido de Reexame TC 9285/2016**:

46 Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/Protocolo-12040-2016-Pedido-de-reexame-denuncia-Prefeitura-de-Aracruz.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2017.

47 Art. 2º Compete privativamente ao Tribunal de Contas:

[...]

XII - decidir sobre os casos de impedimento, suspeição ou incompatibilidade dos Conselheiros, Auditores, membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e dos seus servidores.

[...]

Art. 23. É vedado aos Conselheiros intervir no julgamento de processo que envolva interesses próprios ou de cônjuge, parente consanguíneo ou afim até o terceiro grau, aplicando-se-lhes os casos de suspeição e impedimento previstos no Código de Processo Civil.

48 Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

§ 2º Será ilegítima a alegação de suspeição quando:

I - houver sido provocada por quem a alega;

II - a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.

49 Art. 289. Aplicam-se aos Conselheiros, aos Auditores e aos Procuradores do Ministério Público junto ao Tribunal, no que couber, as hipóteses de impedimento e suspeição previstas na Lei Orgânica do Tribunal e no Código de Processo Civil.

Parágrafo único. O impedimento, de caráter objetivo, ocorrerá nas situações previstas no art. 134 do Código de Processo Civil e a suspeição, de caráter subjetivo, nas hipóteses do art. 135 do referido diploma legal.

[...]

Art. 340. O responsável, o interessado ou o Ministério Público junto ao Tribunal poderão suscitar, em petição fundamentada dirigida ao Relator do processo, na primeira oportunidade em que couber a manifestação nos autos, a suspeição e o impedimento.

§ 1º O Relator, mediante despacho, no prazo de cinco dias, deverá: *(Redação dada pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).*

Redação Anterior:

§ 1º O Relator poderá reconhecer, de plano, a sua suspeição ou impedimento.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

a) **Promova a instauração de incidente de suspeição do ilustre conselheiro substituto Marco Antônio da Silva** para atuar neste **Incidente de Prejudicado TC 6603/2016** e na **Representação TC 5679/2012**, instaurada a partir dos indícios de irregularidades apurados pela 6ª Controladoria Técnica no Município de Aracruz – e confirmados por meio da **Instrução Técnica Conclusiva ITC 1356/2016**, elaborada em 25/04/2016 pelo **Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC)** –, tendo em vista figurar como responsável na referida Representação o Sr. **Luiz Carlos Cacá Gonçalves**, ex-prefeito do Município de Aracruz, acusado pelo Ministério Público Estadual (Ação Civil Pública nº 0004804-29.2002.8.08.0006, em trâmite perante o Poder Judiciário Estadual⁵⁰) de beneficiar o Sr. Marco Antônio da Silva “por motivos políticos/pessoais”⁵¹, mediante formação de conluio com o propósito

I - reconhecer, de plano, a sua suspeição ou impedimento, hipótese em que o Processo será encaminhado ao Presidente para redistribuição, nos termos do art. 261 deste Regimento, ou; *(Inciso acrescido pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).*

II – não reconhecer a sua suspeição ou impedimento, hipótese em que a petição será encaminhada ao Presidente do Tribunal que imediatamente determinará a autuação do incidente em autos apartados e a sua distribuição por sorteio entre os demais Conselheiros. *(Inciso acrescido pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).*

§ 2º Na hipótese da suspeição ou impedimento suscitado referir-se a outro Conselheiro, Auditor, membro do Ministério Público junto ao Tribunal ou servidor do Tribunal, a relatoria do incidente será definida por sorteio e o novo Relator, no prazo de cinco dias, determinará a autuação deste em autos apartados. *(Redação dada pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).*

Redação Anterior:

§ 2º Havendo o reconhecimento pelo Relator, os autos serão encaminhados à redistribuição, nos termos do art. 261 deste Regimento.

§ 3º (Revogado pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

Redação Anterior:

§ 3º Não havendo o reconhecimento pelo Relator, ou na hipótese da suspeição ou impedimento suscitados referirem-se a outro Conselheiro, Auditor ou ao membro do Ministério Público junto ao Tribunal, serão os autos encaminhados ao Presidente que determinará a autuação do incidente em autos apartados.

50 Seguem informações extraídas do portal do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo em 19/08/2017:

Processo: 0004804-29.2002.8.08.0006

Petição Inicial:
200500588983

Situação: Tramitando

Vara: ARACRUZ - FAZ. PÚBLICA EST., MUN., REG. PÚB. E MEIO AMBIENTE

Data da Distribuição: 25/05/2010 16:34

Motivo da Distribuição: Redistribuição Especial

Ação: Ação Civil Pública

Natureza: Cível

Data de Ajuizamento:
22/04/2002

Valor da Causa: R\$ 243.575,00

Escaneamento Atual: AGUARDANDO/DIVERSOS / Mesa Escrivão/Chefe de Secretaria/Analista (desde 12/07/2017) Obs.: 02

Assunto principal: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Ministério Público

Partes do Processo

Requerente

MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO
REPRESENTANTE LEGAL - 999992/ES

Requerido

CAMARA MUNICIPAL DE ARACRUZ
JACYMAR DAFFINI DALCAMINI - 005287/ES

MARCO ANTONIO DA SILVA

ALECIO JOCIMAR FAVARO - 005522/ES

ALECIO JOCIMAR FAVARO - 5522/ES

MUNICIPIO DE ARACRUZ-ES

Marcos Rogerio Ferreira Patricio - 005865/ES

51 Transcrevem-se trechos extraídos da petição inicial da Ação Civil Pública 0004804-29.2002.8.08.0006, promovida pela Promotoria de Justiça da Comarca de Aracruz:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

de viabilizar o pagamento indevido de precatório no valor total de **R\$ 243.575,16**;

b) Como decorrência do acolhimento do pedido anterior, **torne insubsistente** o voto-vista proferido pelo eminente conselheiro substituto Marco Antônio da Silva neste Incidente de Prejudicado TC 6603/2016, **promovendo o seu desentranhamento** dos autos, à luz do que prescreve o parágrafo único do art. 345 do Regimento Interno do TCE-ES⁵²;

4.1.3 Da instauração de incidente de inconstitucionalidade por violação dos art. 5º, inciso XII, 37, incisos II e XXII, e 167, inciso IV, da Constituição Federal

CONSIDERANDO o disposto no art. 167, inciso IV, da Constituição Federal⁵³, segundo o qual é vedada a vinculação de **receita de impostos** a órgão, fundo ou **despesa**, **ressalvadas**: 1) a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158⁵⁴ e 159⁵⁵, 2) a

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, [...] vem perante esse Juízo propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ANULATÓRIA) EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO C/ PEDIDO ANTECIPATÓRIO DE TUTELA em face de

4. PREFEITURA MUNICIPAL DE ARACRUZ [...]

5. CÂMARA MUNICIPAL DE ARACRUZ [...]

6. **MARCO ANTÔNIO DA SILVA**

[...]

Em data de 17 de agosto de 2001, o Prefeito Municipal, Sr. Luiz Carlos Cacá Gonçalves, bem como, os partícipes da relação jurídica e processual (segundo e terceiro requeridos) compuseram a forma de pagamento do mencionado Precatório, cujo valor é de R\$ 243.575,16 (duzentos e quarenta e três mil, quinhentos e setenta e cinco reais e dezesseis centavos), conforme se verifica do Termo de Parcelamento em anexo.

[...]

Apesar de regularmente citado da fatídica Execução, o então Presidente do Legislativo Municipal não opôs Embargos, deixando o prazo transcorrer *in albis* sem qualquer manifestação; evidenciando, com tal atitude, verdadeira colusão com o terceiro requerido (esse conluio será objeto de apuração através de Inquérito Civil), que espertamente requisitou a formação do Precatório, o qual foi devidamente registrado na Secretaria do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado sob o nº 200990000131 oriundo do Processo nº 2439/91, no valor de R\$ 180.294,82, tendo como Beneficiário MARCO ANTÔNIO DA SILVA, e devedora a CÂMARA MUNICIPAL DE ARACRUZ. Porém, por motivos políticos/pessoais, o Senhor Prefeito avocou o débito do Legislativo e convencionou um acordo com o terceiro requerido, cuja cópia segue em anexo, mesmo sabendo que este Precatório fora formado mediante uma execução nula, via de consequência, os efeitos insanáveis irradiam-se ao título que dela se originou.

- 52 Art. 345. Reconhecida a suspeição ou o impedimento pelo Plenário, o processo será distribuído a novo Relator, substituído o Procurador do Ministério Público de Contas ou certificado nos autos a suspeição ou impedimento para atuar no processo principal de Conselheiro ou Auditor, conforme o caso, determinando-se o arquivamento do incidente mediante certidão nos autos. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

Redação Anterior:

Art. 345. Reconhecida a suspeição ou o impedimento pelo Plenário, o processo será distribuído a novo Relator ou substituído o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal, conforme o caso, para atuar no processo principal, determinando-se o arquivamento do incidente mediante certidão nos autos.

Parágrafo único. Reconhecida a suspeição ou o impedimento de servidor do Tribunal, eventual instrução produzida pelo suspeito ou impedido deverá ser desentranhada e substituída no processo, seguindo a instrução na forma Regimental. (Parágrafo acrescido pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

- 53 Art. 167. São vedados:

[...]

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

- 54 Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e 3) a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

CONSIDERANDO que a realização de despesas decorrentes de serviços de recuperação de receita de impostos (ISSQN, IPTU etc.), contratados mediante cláusula de êxito, gera a vinculação entre a receita recuperada e a despesa realizada com a prestação dos serviços, afronta o disposto no art. 167, inciso IV, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que, mesmo no caso específico do ICMS, conquanto o Valor Adicionado Fiscal (VAF) não guarde relação direta com a arrecadação de ICMS sob o ponto de vista do Estado, conforme se depreende do Parecer Normativo SEFAZ-ES 01/2007⁵⁶, sob o ponto de vista dos

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

55 Art. 159. A União entregará: (Vide Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 44, de 2004)

§ 1º Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I.

§ 2º A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

§ 4º Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

56

PARECER NORMATIVO 01/2007

ASSUNTO: ÓLEO BRUTO (PETRÓLEO) _ OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA - VALOR DA MERCADORIA – VALOR ADICIONADO E BASE DE CÁLCULO DO ICMS – FINALIDADES DISTINTAS



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

municípios o aumento do VAF corresponde necessariamente ao aumento do Índice de Participação dos Municípios (IPM), o qual, por sua vez, traduz-se no aumento da quota-parte do Município na arrecadação total do ICMS do Estado, gerando, desse modo, uma vinculação necessária entre o **VAF**, o **IPM** e a **quota-parte do ICMS**, por serem **grandezas diretamente proporcionais**, motivo pelo qual a contratação de assessoria ou consultoria para prestar serviço de revisão de DOTs, mediante cláusula de êxito, incide igualmente na vedação contida no art. 167, inciso IV, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que o voto-vista trazido pelo eminente conselheiro Marco Antônio da Silva inaugurou, neste autos, a tese de que seria **“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”**, proposta que não se harmoniza com o conteúdo normativo do art. 167, inciso IV, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que o voto-vista do eminente conselheiro Marco Antônio da Silva também se posicionou favorável à terceirização da administração tributária, na medida em que acenou pela **“possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando a 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”**, proposta que viola os art. 5º, inciso XII⁵⁷, e 37, incisos II e XXII, da Carta da

Este parecer visa firmar entendimento da Secretaria de Estado da Fazenda acerca dos conceitos relativos à base de cálculo do ICMS e ao Valor Adicionado Fiscal – VAF, este último utilizado como referencial para efeito de repasse aos municípios (Índice de Participação dos Municípios – IPM), nas operações com óleo bruto (petróleo).

A princípio cabe afirmar que se trata de conceitos estanques, com finalidades distintas, e que não se confundem nem se misturam, pois os seus objetivos e fundamentos são diferentes. Por este motivo não há permissão legal para utilização destes conceitos como fórmula de apuração para outra finalidade, o que consistiria em invasão de competência.

O Valor Adicionado Fiscal - VAF previsto pela Lei Complementar no. 63/1990 é formado pelo valor das operações de circulação de mercadorias, ainda que imunes ou amparadas por tratamento tributário especial como isenções, diferimento e outros, e sobre este montante incide o Índice de Participação dos Municípios.

[...]

(Disponível em:

<http://www.sefaz.es.gov.br/LegislacaoOnline/lpext.dll/Infobase/LegislacaoOnline/pareceres%20normativos/2007/parecer%20normativo%2001-2007.htm?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>. Acesso em: 28 ago. 2017.)

- 57 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

República⁵⁸, porquanto, além de violar o sigilo fiscal, direito fundamental dos contribuintes, transfere à iniciativa privada atividades que só podem ser exercidas por servidores de carreiras específicas, cujo ingresso se dá necessariamente por meio de aprovação em concurso público;

CONSIDERANDO que o voto-vista do nobre conselheiro Marco Antônio da Silva também se posicionou **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**, entendimento que desafia os art. 5º, inciso XII, 37, incisos II e XXII, e 167, inciso IV, da Constituição Federal, tendo em vista que a referida orientação técnica admite a contratação de empresa para prestar serviço de “revisão de DOTs”, mediante cláusula de êxito, conforme se extrai do seu inteiro teor:

58 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

[...]

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, **exercidas por servidores de carreiras específicas**, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuação de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

6579.12 gto
 TC 865
 FLS.

Tribunal de Contas
 do Estado do Espírito Santo

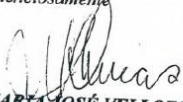
OF. GPTC. Nº 41/97 - Circular Vitória, 5 de setembro de 1997.

Senhor Prefeito

Sirvo-me do presente para encaminhar a Orientação Técnica nº 01/97, aprovada pelo Plenário deste Tribunal de Contas em sua Sessão Ordinária de 4 de setembro do corrente exercício.

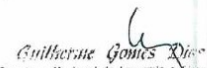
Esclareço que, concomitantemente, o Plenário tornou insubsistente o Parecer/Consulta nº TC-049/97, tendo em vista que a Instrução aprovada dá nova regulamentação à matéria.

Atenciosamente


MARIA JOSÉ VELLOZO LUCAS
 Conselheira Presidente

Excelentíssimo Senhor
LUIZ PAULO VELLOZO LUCAS
 Prefeito Municipal de Vitória

A SEMPA / SUBFT.
 Para ciência e
 providências que
 se couberem a
 fazer.
 E - 12/09/97


 Guilherme Gomes Dias
 Secretário Municipal de Economia e Finanças



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

 Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo NOR Núcleo de Orientação Técnica e Recursos	6579/12 FLS. 866 
---	--

ORIENTAÇÃO TÉCNICA

Assunto : Análise sobre a cláusula "Remuneração" constante da minuta do contrato de auditoria das Declarações de Operações Tributárias - DOT's - referente à Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim.

Em cumprimento à determinação da Exma. Sra. Presidente desta Egrégia Corte de Contas, por força do que ficou decidido em reunião realizada em 27/8/97, no Gabinete de Sua Excelência, estamos elaborando a presente Orientação Técnica, cujo objeto versa sobre o exame da cláusula que diz respeito à remuneração, constante da minuta do contrato de auditoria das DOT's da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim.

Com vistas a estabelecer critérios para a fixação do índice de participação de cada município, preceitua o inciso I, parágrafo único, art. 158 da Constituição Federal que, para tanto, três quartos, no mínimo na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias; e um quarto, de acordo com critério estabelecido em lei estadual.

Objetivando colher informações para efetuar o referido cálculo, foram criadas as DOT's - Declaração de Operações Tributárias. Estes documentos são enviados pelo Estado aos municípios para lá serem preenchidos pelos contribuintes. Após, são remetidos ao Órgão Estadual competente, servindo de base para se calcular a parcela referente a transferência de impostos (ICMS) do Estado para o Município.

NOR - Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
 Tel : (027)-325-2666 R: 289/290
 Fax : (027)-325-1638





ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

6579/12
TC
FLS. 867


NOR
 Núcleo de Orientação Técnica e Recursos

Tendo em vista a possibilidade de serem as DOT's preenchidas de forma incorreta, as Prefeituras passaram a contratar firmas de auditoria privada, para proceder a revisão de tais documentos.

No caso da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, consta da cláusula segunda constante da minuta do contrato, como critério de remuneração a *"proporção de 0,6% (seis décimos por cento) sobre os valores que forem apurados a maior no Valor Adicionado pela contratada"* (item 2.1).

Reza ainda que *"o valor a título da remuneração dos serviços (honorários) serão devidos se apurado aumento no Valor Adicionado Definitivo em relação ao Valor Adicionado Provisório do Município em função exclusiva dos trabalhos realizados"* (item 2.2)

E o item 2.3 prescreve que *"A remuneração será fixada sobre o incremento do valor adicionado apurado e não estará vinculada à arrecadação do ICMS..."*.

Conforme transcrição supra, o critério de remuneração ali utilizado tem como base de cálculo apenas a diferença entre o valor adicionado provisório e o valor adicionado definitivo, sobre a qual (diferença) incidirá a cifra de 0,6% (seis décimos por cento).

Não há, na espécie, é importante ressaltar, incidência do aludido percentual sobre a receita (ICMS) ou de sua incrementação.

Com efeito, o valor adicionado previsto no inciso I, Parágrafo único, art. 158 da Constituição Federal, utilizado como critério para cálculo do índice de participação dos municípios, não se confunde com receita (ICMS, no caso).

NOR - Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
 Tel : (027)-325-2566 R: 289/290
 Fax : (027)-325-1638

2




ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

6579/212

TC
 FLS. 868


NOR
 Núcleo de Orientação Técnica e Recursos

De acordo com o disposto no § 1º, art. 3º da Lei Complementar Federal 63/90, *“o valor adicionado corresponderá, para cada município, ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil”.*

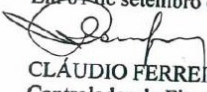
Em outras palavras, podemos dizer que, basicamente, o valor adicionado consiste no cálculo que é efetuado tendo como elemento ou componente o valor das operações referentes às entradas e saídas de mercadorias, bem como do valor das prestações de serviços, realizados por determinada empresa durante o ano civil.

Portanto, conforme posta a redação da referida cláusula, não há que se falar em vinculação de imposto (vedação do art. 167, inciso IV, Constituição Federal), quando fixa o critério de remuneração da pretensa contratada com base na incidência de 0,6% (seis décimos por cento) sobre a diferença entre o valor provisório e o definitivo.

Finalmente, quanto aos municípios que já celebraram contratos em desacordo com o entendimento aqui esposado, sugerimos que se adote o mesmo critério de remuneração constante da minuta do contrato em exame, utilizando-se a mesma redação da cláusula segunda.

É como entendemos.

Em 01 de setembro de 1997.


CLÁUDIO FERREIRA DE SOUZA
 Controlador de Finanças Públicas
 Matr. 202.567-61

NOR - Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
 Tel.: (027)-325-2666 R: 289/290
 Fax: (027)-325-1638

3

O Ministério Público de Contas, com fulcro na competência atribuída a esta Corte de Contas pelo art. 1º, inciso XXXV, da Lei Complementar Estadual 621/2012⁵⁹, e com amparo nos art. 176 a 179 desse mesmo diploma normativo⁶⁰, **pugna pela instauração de Incidente de Inconstitucionalidade** com objetivo de que seja aferida a

59 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:

[...]

XXXV - negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;

60 **DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Art. 176. O Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do poder público.

Parágrafo único. Verificada a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, na apreciação de qualquer feito, a matéria será apreciada pelo Plenário, em pronunciamento preliminar.

Art. 177. A decisão, contida no acórdão que deliberar sobre o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejudgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas.

Art. 178. A Câmara não submeterá a arguição de inconstitucionalidade ao Plenário, quando já houver o pronunciamento deste ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 179. Poderá o Plenário, por iniciativa do Presidente ou a requerimento de Conselheiro ou do representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, ato ou procedimento da administração.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

constitucionalidade dos posicionamentos apresentados nos itens 4.1, 4.2 e 4.3 do voto-vista do ilustre conselheiro substituto Marco Antônio da Silva, por violarem os art. 5º, inciso XII, 37, incisos II e XXII, e 167, inciso IV, da Constituição Federal, de modo a evitar que eventual prejulgado a ser emitido por esta Corte de Contas se torne seja questionado por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

4.2 Mérito

4.2.1 Da impossibilidade jurídica de terceirização de atividades típicas da administração tributária

No mérito, perfilhando o entendimento consolidado no voto do ilustre conselheiro relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, este *Parquet* de Contas **ratifica o parecer ministerial lançado às folhas 83 e 84**, por meio do qual este Órgão Ministerial anuiu à **Instrução Técnica IT 28/2017**, a qual concluiu⁶¹ pela impossibilidade de contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para a prestar serviço de recuperação administrativa ou judicial de créditos tributários, por constituir terceirização de atividade típica e essencial da Administração Pública, a qual deve ser realizada exclusivamente por servidores de carreiras específicas, aprovados no respectivo concurso público, consoante preconiza o art. 37, inciso XXII, da Constituição Federal⁶², bem como pela inviabilidade de aplicação da Orientação Técnica 1/1997, por considerar o seu teor igualmente incompatível com citado dispositivo da Carta da República.

4.3 Encaminhamentos

Por derradeiro, considerando que os fatos apurados pela Operação Derrama evidenciaram a existência de indícios da prática de atos de improbidade administrativa (art. 9º, 10 e 11 da [Lei 8.429/1992](#)⁶³) e de crimes

61 CONCLUSÃO

Nesse sentido, concluímos:

- 1) quanto a item 1, **pela impossibilidade de contratação de assessorias/consultorias de empresa privada para a recuperação administrativa ou judicial de créditos tributários**, por constituir terceirização de atividade típica e essencial da Administração Pública, a ser realizada por servidores efetivos, aprovados no respectivo concurso público, e em atenção à garantia constitucional do sigilo fiscal. Desta feita, entendemos por prejudicado o questionamento sobre a admissibilidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação;
 - 2) em razão do posicionamento adotado no item 1, **por restar prejudicado o quesito constante do item 2**, qual seja, possibilidade de a Administração Pública firmar contrato de êxito para a recuperação de créditos e, em caso positivo, admissibilidade da estipulação do pagamento em percentual da receita auferida, seja tributária ou não tributária;
 - 3) no que concerne ao item 3, que trata da eficácia geral da Orientação Técnica nº 01/1997 e, sendo essa aplicável, da necessidade de atualização de seu conteúdo, **pela inviabilidade de aplicação da Orientação Técnica nº 01/1997**, por carecer de validade jurídica, bem como **pela possibilidade de reexame do tema no Incidente de Prejulgado em apreço**.
- 62 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)
 [...]
- XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, **exercidas por servidores de carreiras específicas**, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)

63

CAPÍTULO II **Dos Atos de Improbidade Administrativa** **Seção I**

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

contra a ordem tributária (art. 1º, 2º e 3º c/c art. 11, 12 e 16 [Lei 8.137/1990](#)⁶⁴), sonegação fiscal (art. 1º c/c art. 6º e 7º da [Lei 4.729/1965](#)⁶⁵),

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

[...]

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

[...]

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

[...]

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

[...]

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

[...]

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; ([Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014](#)) ([Vigência](#))

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

[...]

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

[...]

Seção II-A

([Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016](#)) ([Produção de efeito](#))

Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o [caput](#) e o [§ 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003](#). ([Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016](#)) ([Produção de efeito](#))

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

[...]

64

CAPÍTULO I

Dos Crimes Contra a Ordem Tributária

Seção I

Dos crimes praticados por particulares

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: ([Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000](#))

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou devesse ser falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

apropriação e desvio de rendas públicas por parte de prefeitos municipais (art. 1º, inciso I, do [Decreto-Lei 201/1967](#)⁶⁶), prevaricação, organização

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: ([Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000](#))

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Seção II

Dos crimes praticados por funcionários públicos

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal \(Título XI, Capítulo I\)](#):

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

[...]

Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Parágrafo único. Quando a venda ao consumidor for efetuada por sistema de entrega ao consumo ou por intermédio de outro em que o preço ao consumidor é estabelecido ou sugerido pelo fabricante ou concedente, o ato por este praticado não alcança o distribuidor ou revendedor.

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções;

III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.

65 Art 1º Constitui crime de sonegação fiscal: ([Vide Decreto-Lei nº 1.060, de 1969](#))

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal. ([Incluído pela Lei nº 5.569, de 1969](#))

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

§ 1º Quando se tratar de criminoso primário, a pena será reduzida à multa de 10 (dez) vezes o valor do tributo.

§ 2º Se o agente cometer o crime prevalecendo-se do cargo público que exerce, a pena será aumentada da sexta parte.

§ 3º O funcionário público com atribuições de verificação, lançamento ou fiscalização de tributos, que concorrer para a prática do crime de sonegação fiscal, será punido com a pena deste artigo aumentada da terça parte, com a abertura obrigatória do competente processo administrativo.

[...]

Art. 6º Quando se trata de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.

Art. 7º As autoridades administrativas que tiverem conhecimento de crime previsto nesta Lei, inclusive em autos e papéis que conhecerem, sob pena de responsabilidade, remeterão ao Ministério Público os elementos comprobatórios da infração, para instrução do procedimento criminal cabível.

§ 1º Se os elementos comprobatórios forem suficientes, o Ministério Público oferecerá, desde logo, denúncia.

§ 2º Sendo necessários esclarecimentos, documentos ou diligências complementares, o Ministério Público os requisitará, na forma estabelecida no [Código de Processo Penal](#).

66 Art. 1º São crimes de responsabilidade dos **Prefeitos Municipais**, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

criminosa, advocacia administrativa e usurpação de função pública (art. 288, 319, 321 e 328 c/c art. 327 do [Código Penal](#)⁶⁷) envolvendo a empresa **Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS)** – e suas prestadoras de serviços⁶⁸, e que teriam dado um prejuízo de **R\$ 246.103.995,50** por

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

[...]

67

TÍTULO XI
DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
CAPÍTULO I

DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

[...]

Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: [\(Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013\) \(Vigência\)](#)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. [\(Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013\) \(Vigência\)](#)

[...]

Prevaricação

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

[...]

Advocacia administrativa

Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

[...]

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 1980)

CAPÍTULO II

DOS CRIMES PRATICADOS POR
PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Usurpação de função pública

Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se do fato o agente auferir vantagem:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

68 Apresenta-se, a seguir, **relação parcial** das empresas que prestaram serviços no Município de Aracruz e que não tiveram seus impostos devidamente recolhidos pela contratante PETROBRAS. Estas empresas foram citadas em certidões emitidas pelo prefeito do Município de Aracruz **Luiz Carlos Cacá Gonçalves**, a pedido da **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.** (fl. 1623 a 1649 da Representação TC 6579/2012), com propósito de atestar o êxito dos serviços de recuperação de créditos pela aludida empresa de consultoria:

- | | |
|---|------------------------|
| • PRIDE DO BRASIL SERVIÇOS DE PETRÓLEO LTDA.
78) | (CNPJ 04.336.088/0001- |
| • GEORESEARCH DO BRASIL LTDA.
87) | (CNPJ 37.223.230/0001- |
| • SCHLUMBERGER SERVIÇOS DE PETRÓLEO LTDA.
43) | (CNPJ 32.319.931/0001- |
| • UNAP – UNIÃO NACIONAL DE PERFURAÇÃO LTDA.
14) | (CNPJ 15.676.893/0009- |
| • HALLIBURTON SERVIÇOS LTDA.
87) | (CNPJ 29.504.214/0001- |
| • MARINE PRODUCTION SYSTEMS LTDA.
30) | (CNPJ 19.503.740/0001- |
| • SUBSEA7 DO BRASIL SERVIÇOS LTDA.
92) | (CNPJ 04.954.351/0001- |
| • M-I DRILLING FLUIDS DO BRASIL LTDA.
81) | (CNPJ 61.802.526/0111- |



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

prestações de serviços não declaradas ao fisco municipal⁶⁹ –, sociedade de economia mista sob o controle da União Federal, permitindo a quebra do sigilo fiscal e empresarial da segunda maior empresa de capital aberto do país⁷⁰ e a nona maior empresa de exploração de petróleo do mundo⁷¹, cópias deste parecer, e demais documentos, estão sendo encaminhadas por este *Parquet* de Contas aos Conselhos de Administração e Fiscal da PETROBRAS, à Controladoria Geral da União (CGU), ao Tribunal de Contas da União (TCU), ao Ministério Público de Contas junto ao TCU (MPC-TCU), à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), bem como ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPE-ES) e à Vara Criminal da Comarca do Município de Aracruz/ES, foro onde tramita a Ação Penal 0043929-95.2012.8.08.0024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Nesse diapasão, requereu-se, em suma:

• BAKER HUGHES DO BRASIL LTDA. 39)	(CNPJ 42.087.254/0001-
• BJ SERVICES DO BRASIL LTDA. 86)	(CNPJ 15.680.333/0001-
• WEATHERFORD INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. 23)	(CNPJ 93.189.694/0007-
• CHRISTENSEN RODER PRODUTOS E SERVIÇOS DE PETRÓLEO LTDA 00)	(CNPJ 56.690.050/0001-
• DRASDRIL SOCIEDADE DE PERFURAÇÃO LTDA. 97)	(CNPJ 42.101.311/0001-
• SETIN MANUTENÇÃO SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA. 10)	(CNPJ 39.235.312/0001-
• BRASITEST LTDA. 86)	(CNPJ 48.762.942/0004-
• STOLT OFFSHORE S.A. 08)	(CNPJ 42.153.155/0001-
• TRANSOCEAN BRASIL LTDA. 79)	(CNPJ 40.278.681/0001-
• EMPRESA CARIOCA DE PRODUTOS QUÍMICOS 35)	(CNPJ 33.346.586/0058-
• SOTEP SOCIEDADE TÉCNICA DE PERFURAÇÃO LTDA. 40)	(CNPJ 15.129.646/0001-
• ABB ÓLEO E GAS LTDA. 30)	(CNPJ 19.503.740/0001-
• PETROLEUM SERVICES DO BRASIL LTDA. 62)	(CNPJ 04.451.297/0001-
• SCHAHIN ENGENHARIA LTDA. 49)	(CNPJ 61.226.890/0001-
• BRASFLEX TUBOS FLEXÍVEIS LTDA. 47)	(CNPJ 29.505.864/0001-
• INTERNATIONAL LOGGING DO BRASIL LTDA. 87)	(CNPJ 29.504.214/0001-
• BJ COMPLETION SERV. DO BRASIL LTDA. 71)	(CNPJ 00.369.363/0001-

A relação completa das empresas que prestaram serviços à PETROBRAS, e que teriam dado um prejuízo de **R\$ 246.103.995,50** só ao Município de Aracruz, encontra-se também neste parecer.

69 Além de configurar sonegação fiscal, a ausência de declaração, às fazendas públicas, dos serviços prestados à PETROBRAS pode dificultar a identificação e o rastreamento de operações fraudulentas como as que estão sendo apuradas pela Operação Lava Jato.

70 Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/10/petrobras-volta-ser-2-maior-empresa-de-capital-aberto-do-pais.html>. Acesso em: 18 ago. 2017.

71 Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/as-10-maiores-petroleiras-do-mundo-petrobras-e-a-nona/>. Acesso em: 18 ago. 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

- a) o **sobrestamento do julgamento do Incidente de Prejudicado TC 6603/2016 com vistas à realização de audiência pública** com o objetivo de ampliar e pluralizar os debates sobre a possibilidade de terceirização das atividades afetas à administração tributária;
- b) a **notificação do FOCATES, facultando-lhe, na qualidade de *amicus curiae*, o direito de sustentar oralmente suas razões em Plenário;**
- c) a **instauração de incidente de suspeição do ilustre conselheiro substituto Marco Antônio da Silva** para atuar neste Incidente de Prejudicado TC 6603/2016 e na Representação TC 5679/2012, instaurada a partir dos indícios de irregularidades apurados pela 6ª Controladoria Técnica no Município de Aracruz – e confirmados por meio da Instrução Técnica Conclusiva ITC 1356/2016, elaborada em 25/04/2016 pelo Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC) – tendo em vista figurar como responsável na referida Representação o Sr. **Luiz Carlos Cacá Gonçalves**, ex-prefeito do Município de Aracruz, acusado pelo Ministério Público Estadual (Ação Civil Pública nº 0004804-29.2002.8.08.0006, em trâmite perante o Poder Judiciário Estadual⁷²) de beneficiar o Sr. Marco Antônio da Silva “por motivos

72 Seguem informações extraídas do portal do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo em 19/08/2017:

Processo: 0004804-29.2002.8.08.0006

Petição Inicial:
200500588983

Situação: Tramitando

Vara: ARACRUZ - FAZ. PÚBLICA EST., MUN., REG. PÚB. E MEIO AMBIENTE

Data da Distribuição: 25/05/2010 16:34

Motivo da Distribuição: Redistribuição Especial

Ação: Ação Civil Pública

Natureza: Cível

Data de Ajuizamento:
22/04/2002

Valor da Causa: R\$ 243.575,00

Escaneamento Atual: AGUARDANDO/DIVERSOS / Mesa Escrivão/Chefe de Secretaria/Analista (desde 12/07/2017) Obs.: 02

Assunto principal: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Ministério Público

Partes do Processo

Requerente

MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO
REPRESENTANTE LEGAL - 999992/ES

Requerido

CAMARA MUNICIPAL DE ARACRUZ
JACYMAR DAFFINI DALCAMINI - 005287/ES

MARCO ANTONIO DA SILVA

ALECIO JOCIMAR FAVARO - 005522/ES
ALECIO JOCIMAR FAVARO - 5522/ES

MUNICIPIO DE ARACRUZ-ES

Marcos Rogerio Ferreira Patricio - 005865/ES



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

*políticos/pessoais*⁷³, mediante formação de conluio com o propósito de viabilizar o pagamento indevido de precatório no valor total de **R\$ 243.575,16**, e;

d) Como decorrência do acolhimento do pedido anterior, que se **tornasse insubsistente** o Voto-Vista proferido pelo eminente conselheiro substituto Marco Antônio da Silva neste Incidente de Prejudicado TC 6603/2016, **promovendo o seu desentranhamento** dos autos, à luz do que prescreve o parágrafo único do art. 345 do Regimento Interno do TCE-ES⁷⁴;

Em 09/08/2018, no curso do *iter* processual, foi anexado aos presentes autos cópia do **Acórdão 586/2018 – Plenário**, por meio do documento intitulado **Anexo 1657/2018** (fls. 815/829), cuja decisão foi atinente ao não conhecimento por preclusão temporal do incidente de suspeição (**Processo TC nº. 6876/2017**) manejado pelo **Ministério Público Especial de Contas** em face do Conselheiro Substituto **Marco Antônio da Silva**:

73 Transcrevem-se trechos extraídos da petição inicial da Ação Civil Pública 0004804-29.2002.8.08.0006, promovida pela Promotoria de Justiça da Comarca de Aracruz:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, [...] vem perante esse Juízo propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ANULATÓRIA) EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO C/ PEDIDO ANTECIPATÓRIO DE TUTELA** em face de

7. PREFEITURA MUNICIPAL DE ARACRUZ [...]

8. CÂMARA MUNICIPAL DE ARACRUZ [...]

9. **MARCO ANTÔNIO DA SILVA**

[...]

Em data de 17 de agosto de 2001, o Prefeito Municipal, Sr. Luiz Carlos Cacá Gonçalves, bem como, os partícipes da relação jurídica e processual (segundo e terceiro requeridos) compuseram a forma de pagamento do mencionado Precatório, cujo valor é de R\$ 243.575,16 (duzentos e quarenta e três mil, quinhentos e setenta e cinco reais e dezesseis centavos), conforme se verifica do Termo de Parcelamento em anexo.

[...]

Apesar de regularmente citado da fatídica Execução, o então Presidente do Legislativo Municipal não opôs Embargos, deixando o prazo transcorrer *in albis* sem qualquer manifestação; evidenciando, com tal atitude, verdadeira colusão com o terceiro requerido (esse conluio será objeto de apuração através de Inquérito Civil), que espertamente requisitou a formação do Precatório, o qual foi devidamente registrado na Secretaria do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado sob o nº 200990000131 oriundo do Processo nº 2439/91, no valor de R\$ 180.294,82, tendo como Beneficiário MARCO ANTÔNIO DA SILVA, e devedora a CÂMARA MUNICIPAL DE ARACRUZ. Porém, por motivos políticos/pessoais, o Senhor Prefeito avocou o débito do Legislativo e convencionou um acordo com o terceiro requerido, cuja cópia segue em anexo, mesmo sabendo que este Precatório fora formado mediante uma execução nula, via de consequência, os efeitos insanáveis irradiam-se ao título que dela se originou.

74 Art. 345. Reconhecida a suspeição ou o impedimento pelo Plenário, o processo será distribuído a novo Relator, substituído o Procurador do Ministério Público de Contas ou certificado nos autos a suspeição ou impedimento para atuar no processo principal de Conselheiro ou Auditor, conforme o caso, determinando-se o arquivamento do incidente mediante certidão nos autos. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

Redação Anterior:

Art. 345. Reconhecida a suspeição ou o impedimento pelo Plenário, o processo será distribuído a novo Relator ou substituído o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal, conforme o caso, para atuar no processo principal, determinando-se o arquivamento do incidente mediante certidão nos autos.

Parágrafo único. Reconhecida a suspeição ou o impedimento de servidor do Tribunal, eventual instrução produzida pelo suspeito ou impedido deverá ser desentranhada e substituída no processo, seguindo a instrução na forma Regimental. (Parágrafo acrescido pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

1. ACÓRDÃO TC-586/2018

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo TC- 7580/2017, **ACORDAM** o Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em:

1.1 CONHECER, do recurso de Agravo interposto em face da Decisão Monocrática nº. 1.426/2017 na qual se determinou o recebimento, e processamento, de exceção de suspeição proposta pelo Ministério Público Especial de Contas, em face do ora agravante.

1.2 DAR PROVIMENTO, ao recurso de Agravo para reconhecer a intempestividade do incidente de suspeição manejado pelo Ministério Público Especial de Contas.

1.3 DETERMINAR o apensamento do Processo TC nº. 6876/2017 a este feito.

1.4 DETERMINAR o traslado da decisão proferida nestes autos para o Processo TC nº. 6876/2017.

1.5 DETERMINAR o prosseguimento do trâmite dos Processos TC nº. 6579/2012 e 6603/2016, na forma regimental.

1.6 DAR CIÊNCIA, aos interessados.

1.7 ARQUIVAR, após o trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto vogal do conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges. Vencidos o relator, conselheiro em substituição João Luiz Cotta Lovatti e o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que votaram por não conhecer do recurso.

3. Data da Sessão: 22/05/2018 - 15ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Sérgio Manoel Nader Borges.

4.2. Conselheiro em substituição: João Luiz Cotta Lovatti (relator).

Registra-se ainda que em 04/09/2017 o *Parquet* protocolou a **Petição Intercorrente 1345/2017** (fls. 833/901) “*em complemento à proposta de realização de audiência pública formulada*”, com pedido de convite, na condição de *amicus curiae*, dos órgãos e entidades que serão alcançados pelos reflexos de uma possível terceirização da administração tributária do Estado do Espírito Santo e dos municípios capixabas. Confira:

2 Requerimento

Isso posto, em complemento à proposta de realização de audiência pública formulada por meio do Parecer-Vista encartado ao Incidente de Prejudicado TC 6603/2016, o Ministério Público de Contas requer que, no caso de acolhimento da referida proposta, sejam oficialmente convidados a participar da referida audiência pública, na condição de *amicus curiae*, a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Receita Federal do Brasil e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, órgãos que participaram diretamente das investigações da **Operação Camaro**, bem como outros órgãos e entidades, além de empresas controladas pela União – a exemplo da Petróleo Brasileiro S.A. – **PETROBRAS (Operação Derrama)** –, alcançados pelos reflexos de uma possível terceirização da administração tributária do Estado do Espírito Santo e dos municípios capixabas, a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – órgão protetivo dos investidores do mercado de capitais, notadamente em razão dos riscos decorrentes da violação do sigilo das companhias que realizam oferta pública de ações –, mediante indicação prévia de seus respectivos expositores, bem como do posicionamento a ser defendido perante esta Corte de Contas por cada instituição convidada, isto é, **se contrário ou favorável à tese de terceirização da administração tributária**, à exemplo do procedimento adotado por ocasião da audiência pública realizada no **Estudo de Caso TC 5617/2012**, sob a relatoria do conselheiro Rodrigo Chamoun, conforme informações divulgadas à época pelo TCE-ES. (grifo nosso)

Após, os autos foram encaminhados ao Gabinete do Conselheiro Relator, **Sebastião Carlos Ranna de Macedo**, que submeteu os autos ao Plenário para a continuidade da votação, por meio da **Peça Complementar 18592/2018** (fls. 909/915).

Nesse diapasão, apreciação de mérito do incidente de prejulgado foi submetida ao Plenário, culminando no **não unânime Acórdão TC 1420/2018 – Plenário** (fls. 918/982), no qual, por maioria, **optou-se por considerar permitida a contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando a recuperação de créditos**. Confira:

1. ACÓRDÃO TC- 1420/2018 – PLENÁRIO:

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

1.1 Quanto ao item 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 Quanto ao item 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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

pagamento após comprovada a realização efetiva dos serviços contratados, qual seja, com o ingresso dos valores nos cofres públicos;

1.3 Quanto ao item 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.

1.4 Em não havendo expediente recursal, **sejam os presentes autos arquivados.**

2. Por maioria, nos termos do voto-vista do conselheiro substituto Marco Antonio da Silva, proferido na 21ª Sessão Ordinária do Plenário de 2017, ocorrida no dia quatro de julho de 2017. Vencido o relator, conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que acompanhou a área técnica e o Ministério Público Especial de Contas.

3. Data da Sessão: 16/10/2018 - 36ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator), Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Rodrigo Coelho do Carmo. (grifo nosso)

Esses são os fatos dignos de nota.

Passa-se à fundamentação.

3 DOS FUNDAMENTOS

Data venia o entendimento assentado pela maioria do Plenário, cumpre ao **Ministério Público de Contas** robustecer os elementos de convicção expostos no curso deste processo, **objetivando conduzir a Corte de Contas a um pronunciamento consonante com os princípios gerais da administração pública.**

Em deferência ao princípio da dialeticidade, e no desiderato de questionar logicamente as razões do julgado que se entende pela possibilidade de contratação de assessoria ou consultoria privada para a recuperação de créditos por



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

inexigibilidade de licitação, permite-se colacionar abaixo o trecho específico que bem resume a *ratio decidendi*⁷⁵ do **Acórdão TC 1420/2018 - Plenário** (fls. 918/982):

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

[...]

A área técnica, examinando a matéria quanto ao primeiro questionamento realizado nos presentes autos, entendeu que a competência tributária possui definição e limites traçados pela própria Constituição Federal, citando passagem da obra do professor Eduardo Sabbag (2013, p. 389), *verbis*:

[...]

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

(...)

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

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

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

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

Segundo destaca o corpo instrutivo, o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, atribuiu aos Estados e Distrito Federal a competência tributária para instituir o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de

⁷⁵ *Ratio decidendi* traduz-se nas razões determinantes da decisão, como defende Daniel Amorim Assumpção Neves que “a identificação da *ratio decidendi* como a razão jurídica que, se invertida, resultaria em julgamento diferente [...]” (Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** - Vol. Único - 9ª Ed. 2017. p. 1406)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, sendo pertencente aos Municípios, por meio da chamada repartição tributária, o percentual de 25% do produto da arrecadação do imposto (art. 158, IV, CF), tendo como fundamento a autonomia financeira, corolário do princípio federativo.

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

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

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

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

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

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

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

[...]

Art. 7º A competência tributária é indelegável, **salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária,**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição. – (g. n.).

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

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

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

[...]

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. – (g. n.).

De outro modo, não há vedação legal para delegação das demais funções atinentes a capacidade tributária ativa, sendo plenamente possível que ocorra a sua delegação mesmo que para as pessoas de direito privado e, ainda, que eventualmente tenha contato com dados sigilosos, obviamente está sujeito o contratado à cláusula de confidencialidade, não podendo sob nenhum aspecto divulgar tais informações.

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

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

[...]

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

1. Agravo regimental contra decisão que indeferiu liminarmente os embargos de divergência (art. 266, § 3º, do RISTJ) pelos quais a contribuinte objetiva o reconhecimento de seu direito a proceder ao recolhimento da contribuição de que trata o art. 64 da Lei 4.870/65.

2. A recorrente não logrou demonstrar o dissídio jurisprudencial necessário à admissão do recurso, na medida em que o acórdão recorrido assentou que, **embora parte da doutrina admita a delegação da capacidade ativa tributária para entes privados, é certo que tal delegação deve estar expressa na legislação.** Nesse sentido, explicou que, no caso da contribuição prevista no artigo 64 da Lei 4.870/65, a lei confere sujeição ativa ao IAA, sendo que a ora recorrente (Cooperativa) apenas se beneficia do produto da sua arrecadação. Explicitou que a transferência do poder de arrecadação, no caso concreto, ocorreu por meio de decisão do Conselho Deliberativo do IAA. **Entretanto, apesar de ser possível a delegação da atribuição de arrecadar a entes privados, tal delegação deve ser feita mediante previsão legal, o que não ocorreu, motivo pelo qual se entendeu que a legitimidade para a exigência da contribuição é da União, sucessora do IAA, o qual foi extinto em 1990.**

3. O julgado paradigma, por outro lado, tratou de questão diversa, ou seja, a legitimidade da recorrida (Federação dos Sindicatos dos Servidores Municipais do Rio Grande do Sul) para a impetração de mandado de segurança com o objetivo de exigir que o prefeito de determinado Município proceda ao desconto e recolhimento da contribuição sindical prevista no artigo 579 da CLT.

4. A diferença nas conclusões dos julgados em comparação deriva da análise de suportes fáticos distintos. Enquanto o acórdão embargado tratou de discussão acerca da delegação da capacidade ativa tributária, sem previsão legal, o aresto paradigma discutiu tão somente a questão da legitimidade para se impetrar mandado de segurança tendente a exigir que o efetivo responsável pela arrecadação das contribuições providencie seu recolhimento e o repasse legalmente previsto. Flagrante, pois, a falta de similitude fática dos acórdãos confrontados.

5. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg nos EREsp 655800 AL 2010/0055452-4) – (g. n.).

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

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

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

executados por particulares contratados, atendendo sempre ao interesse público e a economicidade.

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

quadro permanente da Administração Municipal, que a farão de forma complementar. – (g. n.).

Logo, comprovada a possibilidade da contratação de assessoria e/ou consultoria pela Administração Pública para a prestação dos serviços de recuperação de crédito, **passa-se ao exame quanto à admissibilidade de tal contratação ocorrer de forma direta, por inexigibilidade de licitação.**

Tanto a área técnica quanto o eminente Conselheiro Relator consideraram que a função de revisar DOT's não requer conhecimentos especializados, sendo disponibilizado, pela Secretaria da Fazenda do Estado do Espírito Santo, amplo acesso as normas e informações relativas ao Índice de Participação Municipal – IPM, razão pela qual não haveria legalidade na contratação.

Ademais, apresentou recomendação do Ministério Público Estadual no sentido da ilegalidade desse tipo de contratação pela administração.

Analisando a situação em abstrato, característica típica dessa espécie de processo, **não há como definir em caráter geral, uma prévia definição de qual atividade de assessoria e/ou consultoria a ser contratada apresenta ou não a notória especialização e a singularidade exigida para contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação.**

A verificação dos requisitos necessários para contratação por inexigibilidade **exige análise detida das situações concretas envolvidas na contratação para averiguação da natureza singular dos serviços, bem como da notória especialização da pessoa contratada, sob pena de se exigir que a contratação se realize observando o procedimento licitatório.**

Nesse sentido, o próprio TCU já se manifestou quanto à irregularidade na contratação por inexigibilidade para a contratação de serviços de assessoria e consultoria para a recuperação dos indêbitos de créditos tributários relacionados ao FINSOCIAL, pois no entendimento fixado pela Corte, com base no caso concreto, levou-se em consideração que **a questão já se encontrava pacificada no STF, não havendo razão para a contratação direta por inexigibilidade**, conforme o seguinte excerto, *verbis*:

[...]

9.2.1. **abstenha-se de realizar novas contratações, mediante inexigibilidade de licitação, para a prestação de serviços de assessoria e consultoria tributária para recuperação de créditos pagos a maior**, visto que nesses casos não se configura a natureza singular do serviço e, por isso, sua realização não exige que o executor detenha notória especialização, **de modo que sua contratação exige o procedimento licitatório**, consoante decidido por este Tribunal na Decisão nº 695/2001 - Plenário, proferida na Sessão 5/9/2001, inserta na Ata nº 37/2001; - (g. n.).

Vale destacar que o TCU não firmou entendimento pela inviabilidade de contratação desse tipo de serviço pela administração, conforme sustenta a área técnica.

De outro modo, apenas diante do caso concreto analisado, ponderou o TCU que **a situação não se enquadrava como serviço de natureza singular, que exigia notória especialização da contratada, já que o tema envolvido - recuperação dos indêbitos de créditos tributários**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

relacionados ao FINSOCIAL - era pacificado no STF, razão pela qual entendeu que a contratação somente poderia ocorrer de maneira comum, ou seja, deveria ser realizado o regular procedimento licitatório pela administração.

Por outro lado, o entendimento do TCU, firmado no mesmo acórdão acima referido, referente à contratação de assessoria e/ou consultoria para levantamento das contas inativas do FGTS, foi no sentido de que a contratação poderia ser realizada por meio de contratação direta por inexigibilidade, vez que os serviços prestados apresentavam singularidade e a contratada notória especialização, fixado no seguinte sentido, *verbis*:

[...]

7. Do ponto de vista jurídico, conforme enfatizou a unidade técnica, restou demonstrada a legalidade do contrato na parte referente ao levantamento das contas inativas do FGTS, visto que a documentação apresentada nas peças de defesa comprova a singularidade do serviço prestado e a notória especialização da contratada neste particular, o que justifica a inexigibilidade da licitação.

(...)

Sob o prisma da legalidade, ficou demonstrado, quanto ao serviço de levantamento de contas inativas do FGTS, que a contratação da Empresa J. Marinho teria amparo no art. 25, §1º, da Lei 8.666/93. As diversas cópias dos contratos e pareceres demonstraram, adequadamente, a singularidade do serviço e a notória especialização da empresa, o que estaria a justificar o juízo de inexigibilidade da licitação. – (g. n.).

Sendo assim, não há como emitir uma decisão final de forma prévia quanto à possibilidade ou não de contratação direta por inexigibilidade de licitação, pois **cada contratação apresenta peculiaridades próprias, que dependem da análise dos elementos fáticos e jurídicos que a cercam no momento da sua contratação,** para que, somente após tal análise, seja possível uma decisão segura quanto ao procedimento correto a ser adotado.

Contudo, vale ressaltar que não se discute quanto à possibilidade ou não da realização desse tipo de contratação, pois o próprio TCU, no julgado acima destacado, **assentou pela possibilidade jurídica de contratação de particular para prestação de serviços de assessoria ou consultoria para recuperação de créditos.**

De outro lado, o que se discute **é a possibilidade da contratação se realizar nos termos da via ordinária da licitação ou a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade, a depender da singularidade dos serviços contratados, situação que deverá ser feita com base nos elementos constantes dos autos no caso concreto,** cabendo a administração pública proceder com todos os estudos e planejamentos necessários para que possa embasar a realização da contratação pretendida.

Desse modo, diante dos argumentos apresentados e confrontados, discordando da área técnica e do Eminentíssimo Conselheiro Relator, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, entendo que **há possibilidade de contratação, por parte da Administração Pública, dos serviços de assessoria e/ou consultorias para fins de recuperação de crédito, podendo tal**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

contratação se realizar seguindo os termos regulares do procedimento licitatório ou pela contratação direta, por inexigibilidade, sendo que somente a análise do caso concreto poderá haver a a correta tomada de decisão.

3.2. POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FIRMAR CONTRATO DE ÊXITO PARA A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS E, EM CASO POSITIVO, ADMISSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO DO PAGAMENTO EM PERCENTUAL DA RECEITA AUFERIDA, SEJA TRIBUTÁRIA OU NÃO TRIBUTÁRIA:

A área técnica considerou prejudicada a análise quanto à possibilidade da Administração Pública firmar contrato de êxito, pois conforme análise realizada no item anterior, concluiu de que os serviços de recuperação de créditos não podem ser prestados por particulares, sendo de competência de servidores efetivos, aprovados no respectivo concurso público.

Cumprir destacar que em situações semelhantes à ora analisada, a área técnica já se posicionou de forma contrária a contratação de serviços com cláusula de êxito pela Administração Pública, **entendendo que tal contratação se põe contrária aos princípios orçamentários, pois o empenho não pode ser adiado para o momento da respectiva execução, bem como não há permissivo legal para celebração de contrato de risco com a administração.**

Cumprir destacar que a celebração de contrato de risco (*ad exitum*) com a Administração Pública não infringe os princípios orçamentários, pois **não se trata de pagamento por serviços não executados, e sim, de pagamento atrelado ao exaurimento do serviço contratado, fato esse que poderá ser verificado a partir do ingresso da receita aos cofres públicos,** conforme jurisprudência do Tribunal de Contas de Minas Gerais, *litteris*:

[...]

1 - contratação de honorários por êxito: **é possível esse tipo de ajuste, fixado em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, bem como por risco puro, mediante remuneração do advogado exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência, DEVENDO CONSTAR NO CONTRATO O VALOR ESTIMADO E A DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PRÓPRIA DE SERVIÇOS DE TERCEIROS. O pagamento deve estar condicionado ao EXAURIMENTO DO SERVIÇO, COM O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL OU INGRESSO EFETIVO DOS RECURSOS NOS COFRES PÚBLICOS, não se podendo considerar, para esse fim, a mera obtenção de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço. - Parecer da Consulta nº 873919, de 10/04/13;**

2 - **contratação de advogado por inexigibilidade de licitação: possibilidade, desde que comprovada a singularidade do serviço e a notória especialização do profissional,** conforme entendimento assentado no julgamento dos Processos Administrativos nos 743.539, de 24/08/10; 736.255, de 02/12/08; 691.931, de 30/10/07; 687.881, de 21/03/06 e do Relatório de Inspeção – Licitação nº 489.457, de 18/09/07, e no enunciado da Súmula nº 106, publicada no D.O.C. de 05/05/11; - (g. n.).

Assim sendo, o que se exige da Administração Pública nesse tipo de contratação é uma maior cautela quanto ao pagamento pelos serviços



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

prestados, pois esse deve ocorrer somente após o efetivo EXAURIMENTO DO SERVIÇO, que no caso de serviços de recuperação de crédito, ocorre no momento do ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos.

Desse modo, não se considera prestados os serviços de recuperação de crédito com a mera obtenção de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço.

O cuidado que se exige na realização desse tipo de contratação pela Administração Pública está na correta realização de estudos e planejamento para consubstanciar a celebração do contrato de risco, evitando-se, com isso, uma contratação com evidente desvantagem para o contratante.

Nesse sentido, com fundamento nos estudos e planejamentos realizados antes da celebração da contratação, a administração poderá dimensionar os valores e fixar o percentual referente à remuneração da contratada dentro dos padrões da razoabilidade e da proporcionalidade ao esforço e ao risco suportados pela contratada.

Assim, podemos concluir que o valor e a forma de pagamento devem ser proporcionais ao benefício econômico financeiro obtido com os serviços efetivamente prestados, ou seja, a partir dos levantamentos e demonstrações efetuados e no consequente recebimento dos valores apurados no direito à repetição de indébito reconhecida.

Por tais razões, não há como, em caráter geral, fixar de forma prévia o valor que se entende como sendo proporcional, pois tais valores devem guardar uma relação direta com os riscos suportados pela contratada e o proveito econômico obtido pelos serviços prestados, somente sendo possível de serem aferidos no caso concreto em análise, com fundamento no estudo do objeto a ser contratado.

O Tribunal de Contas da União – TCU já firmou entendimento pela possibilidade na contratação de consultorias privadas, não verificando qualquer irregularidade na delegação desse tipo de atividade, apenas exigindo obediência aos preceitos legais nos exatos termos que definidos na Lei nº 8.666/93, com destaque para prévia realização de projeto básico e a adequada estimativa dos custos, conforme se destaca em excerto do Acórdão 1465/2016, *verbis*:

[...] o acórdão recorrido não veda a contratação de consultorias privadas, mas a condiciona à realização prévia de projeto básico e à adequada estimativa dos custos, atividades de planejamento da fase interna da licitação, já à época exigidas pela Lei nº 8.666/1993; - (g. n.)

É preciso destacar que não há vedação constante na Lei nº 8.666/93 quanto à celebração de contrato de êxito por entidades da Administração Pública, pois nesse tipo de contratação o pagamento do preço ajustado somente ocorrerá com a efetiva vantagem obtida em decorrência da execução do contrato, configurando-se em verdadeira condição suspensiva, tendo a sua eficácia subordinada à ocorrência de um evento futuro e incerto.

Mais uma vez, vale destacar que não há qualquer infringência aos princípios orçamentários, pois não há qualquer pagamento realizado antes da efetiva execução dos serviços contratados, apenas estaria condicionando a realização do pagamento ao êxito alcançado pela contratada.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Ademais, tratando-se de serviços de consultoria e assessoramento envolvendo litígios judiciais, a contratação prevendo a remuneração por êxito é comum nesse tipo de serviço, não havendo qualquer questionamento quanto a sua validade, tanto que em excerto do Acórdão nº 1465/2016 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, constou passagem defendida pela área técnica daquela Corte de Contas nos seguintes termos, *verbis*:

[...]

b) desta forma, ainda que a Lei nº 8.666/1993 não cuide de forma específica da possibilidade de remuneração condicionada a evento futuro e incerto, ela determina que as contratações de serviços requerem elaboração de projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório. Projeto básico esse que envolve a elaboração de estudos técnicos preliminares, possibilitando a avaliação do custo, a definição dos métodos e do prazo de prestação dos serviços (art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/1993). Os gestores, ignorando este dispositivo legal e as normas da 'boa administração', optaram por tomar decisões sem dispor de informações fundamentais. Dessa forma, assumiram um risco desnecessário, de forma previsivelmente antieconômica; e

c) o Acórdão recorrido não condena a remuneração por êxito, mas exige que os riscos sejam dimensionados de forma razoável antes de serem distribuídos por meio da celebração de contrato.
 – (g. n.).

Nesse contexto, verifica-se de acórdão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, a legalidade na fixação de remuneração paga pelos serviços prestados na proporção de 10% sobre o êxito, sendo possível averiguar razoabilidade e proporcionalidade entre o serviço prestado e a remuneração paga pela Administração Pública, conforme se destaca, *litteris*:

[...]

CONSULTA – PREFEITURA MUNICIPAL – RESGATE DE CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS – A) TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – VEDAÇÃO – ATIVIDADE TÍPICA E CONTÍNUA DA ADMINISTRAÇÃO – B) CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – POSSIBILIDADE, EM CARÁTER EXCEPCIONAL E EXTRAORDINÁRIO – NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO E DE OBSERVÂNCIA DAS SEGUINTESS PREMISSAS: HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – INTEGRAM O PATRIMÔNIO DA ENTIDADE – CONTABILIZAÇÃO COMO FONTE DE RECEITA – REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO JURÍDICO – POSSIBILIDADE DE AJUSTE DE HONORÁRIOS POR ÊXITO, FIXADO EM PERCENTUAL SOBRE O VALOR AUFERIDO OU CONTRATO DE RISCO PURO, POR MEIO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – PREVISÃO NO CONTRATO DO VALOR ESTIMADO DOS HONORÁRIOS E DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA – CONDICIONAMENTO DO PAGAMENTO AO EXAURIMENTO DO SERVIÇO.

a) É vedada a terceirização dos serviços advocatícios que objetivem o resgate de créditos previdenciários, por consubstanciarem atividade típica e contínua da Administração, bem como por vincular-se à



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

administração tributária, devendo ser atribuída sua execução a servidores do quadro permanente de pessoal, por força do disposto nos incisos II e XXII do art. 37 da Constituição da República.

b) Não obstante, admite-se a contratação de advogados, em caráter excepcional e extraordinário, quando o volume do serviço não possa ser absorvido pelos procuradores municipais ou, ainda, na hipótese de inexistência de cargo de advogado nos quadros da Administração, até que o Poder Público organize sua estrutura de pessoal, observada, em todo caso, a adequada motivação, bem como as seguintes premissas:

b.1. a contratação de serviços de advocacia para resgate de créditos previdenciários indevidamente recolhidos com ajuste de honorários por êxito é possível, devendo a remuneração do profissional ser fixada, no instrumento contratual, em valor estimado, observando-se o princípio da razoabilidade, evitando-se o desembolso de valores exorbitantes;

b.2. os honorários de sucumbência, quando vencedor o ente público, pertencem à entidade, e não ao procurador ou representante judicial, devendo ser contabilizados como fonte de receita;

b.3. é possível a contratação de honorários por êxito, fixado em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, bem como por risco puro, mediante remuneração do advogado exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência, devendo constar no contrato o valor estimado dos honorários e a dotação orçamentária própria para o pagamento de serviços de terceiros;

b.4. o pagamento deve estar condicionado ao exaurimento do serviço, com o cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, não se podendo considerar, para esse fim, a mera obtenção de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço. (TCE/MG, Tribunal Pleno, Processo nº 873919, Consulta, Relator: Conselheiro em exercício Hamilton Coelho, Sessões: 11/07/2012, 25/07/2012 e 10/04/2013, Decisão unânime) – (g. n.).

No caso em apreço, foi aplicado o percentual de 10% sobre o resultado do proveito econômico relativamente ao êxito ocorrido, no que assentiu o Poder Judiciário ao julgar procedente o pedido de condenação em honorários fixados com base no êxito do proveito econômico respectivo.

Cumprir destacar, ainda, a título de exemplo, servindo como parâmetro para efeito de entendimento, que a Resolução nº 04/2012 do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Paraná, traz previsão de percentual médio de honorários advocatícios calculados proporcionalmente ao resultado obtido (calculado pelo êxito), pautado no princípio da modicidade e dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, conforme quadro abaixo:

CAPÍTULO XI – ADVOCACIA NA ÁREA FISCAL

	% Médio	Mínimo em R\$
1.2. Proporcional ao resultado – sobre o valor da economia obtida, em caso de resultado		



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

favorável total ou parcial, em seus valores atualizados monetariamente até à data do pagamento dos honorários, quando do julgamento definitivo da ação e, em caso de ter havido depósito judicial, compensável no que couber ao seu valor por ocasião do levantamento. Estes honorários serão devidos seja qual for o motivo determinante da economia obtida tais como leis que determinem a redução, extinção, perdão, anistia, etc. em relação à exigência que se trata.	10% e 20%	-
--	-----------	---

Nesse contexto, o percentual de êxito a ser fixado poderá sofrer variações a depender do serviço que será prestado e, ainda, **deverá ser motivado para que o quantum fixado possa atender ao princípio do interesse público, da moralidade, da finalidade e da modicidade.**

Assim, não se afasta a possibilidade de que a prestação de serviço dessa natureza **seja remunerada sobre o êxito obtido**, todavia, **esse percentual será calculado com base nos elementos do caso concreto**, situação em que deve estar acompanhado, de forma imprescindível, **de elementos capazes de suportar a motivação apta a justificar o percentual fixado.**

Em assim sendo, divirjo do posicionamento adotado pela **área técnica e pelo Eminentíssimo Conselheiro Relator**, entendendo que não persiste qualquer vedação legal, no sentido de impedir que a Administração Pública celebre contratação com base em remuneração calculada pelo êxito dos serviços executados, desde que respeitado **a modicidade, razoabilidade e proporcionalidade, e os pagamentos guardem a devida proporção ao benefício financeiro obtido com os serviços efetivamente prestados.**

3.3. EFICÁCIA GERAL DA ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 1/1997 E, EM CASO AFIRMATIVO, NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DE SEU CONTEÚDO:

Consta da Instrução Técnica informações apontando que a Orientação Técnica nº 1/1997 foi elaborada pelo Núcleo de Orientação Técnica e Recursos – NOR, existente à época, cujas atribuições, atualmente, são exercidas pela Secretaria de Controle Externo de Recursos – SecexRecursos.

Argumenta o corpo técnico que tal Orientação Técnica já conta com 20 (vinte) anos, desde sua elaboração, **cuja origem remonta uma reunião ocorrida no Gabinete da Presidência, situação que a distanciou do procedimento de elaboração de todos os atos normativos deste Tribunal sob a vigência da Lei Complementar 32/93.**

Ademais, além da sua elaboração anômala, argumenta, ainda, que tal orientação normativa partiu de uma apreciação de cláusula contratual de determinado contrato firmado pelo Município de Cachoeiro de Itapemirim, a fim de definir, por um instrumento normativo do Tribunal de Contas a sua legalidade.

Desse modo, o corpo instrutivo opina pela inviabilidade de aplicação da Orientação Técnica nº 1/1997, tendo em vista a forma anômala da sua elaboração, carecendo, portanto, de validade jurídica para sua regular existência.

Em que pese a posição final defendida pela área técnica, consta de sua instrução técnica que a própria Corte de Contas sempre emprestou o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

status de Consulta à Orientação Técnica nº 1/1997, de modo que tornou sem efeito o Parecer Consulta TC-049/1997.

No que diz respeito ao papel constitucional dos Tribunais de Contas, vale destacar que, **além da função fiscalizadora, os Tribunais de Contas desempenham papel muito importante na função normatizadora e orientadora, culminando na elaboração de informações e pareceres técnicos tendentes a suprir às necessidades das entidades jurisdicionais.**

Nesse sentido, mesmo que considerado a elaboração anômala da Orientação Técnica nº 1/1997, diante do regramento vigente à época (Lei Complementar 32/93), a própria Corte de Contas emprestou efeitos normativos de caráter geral ao instrumento, repercutindo diretamente na esfera dos seus jurisdicionados o posicionamento estampado na orientação técnica, **não havendo possibilidades de simplesmente afastar a sua aplicabilidade e generalidade para alcançar situações ocorridas durante a sua vigência, sob pena de infringência ao princípio da segurança jurídica e da confiança legítima.**

Desse modo, os tribunais superiores já firmaram entendimento no sentido de aplicação do princípio da segurança jurídica, em face do poder de autotutela do Estado, configurando-se em um dos fundamentos jurídicos do próprio Estado de Direito, conforme se destaca o seguinte excerto, *verbis*:

[...]

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS. DEPENDÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. JUROS DE MORA. PERCENTUAL. INÍCIO DO PROCESSO APÓS A EDIÇÃO DA MP Nº 2.180-35/2001. INCIDÊNCIA.

1. **Não pode o administrado ficar sujeito indefinidamente ao poder de autotutela do Estado, sob pena de desestabilizar um dos pilares mestres do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da segurança das relações jurídicas.** Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a prescribibilidade é a regra, e a imprescribibilidade exceção.

2. Na ausência de lei estadual específica, a Administração Pública Estadual poderá rever seus próprios atos, quando viciados, desde que observado o prazo decadencial de cinco anos. Aplicação analógica da Lei n. 9.784/99.

3. Os juros de mora devem ser fixados no percentual de 6% ao ano na hipótese de a ação ter sido proposta após a vigência da Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei n.º 9.494/97. Precedentes.

4. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 645.856/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2004, DJ 13/09/2004, p. 291) – (g. n.).

Ademais, em que pese a discussão entorno do procedimento adotado para elaboração da Orientação Técnica nº 1/1997, **resta configurado que a própria Corte de Contas utilizou de forma atípica da orientação como função orientadora aos seus jurisdicionados, não sendo lícito negar a sua eficácia aos jurisdicionados, conforme posição já defendida nesta**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Corte de Contas pelo Eminentíssimo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, que nos termos do Voto 00863/2016-1, assim se pronunciou, *verbis*:

[...]

Não se justifica negar a existência de uma orientação clara e direta emitida por este Tribunal a seus jurisdicionados, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica, sob os registros de que tal subsunção apenas se dará em relação à revisão de DOT's, objeto do primeiro termo aditivo, tema específico tratado em referida Orientação Técnica. – (g. n.).

Assim sendo, divergindo da área técnica e do eminentíssimo Conselheiro Relator, entendendo que **a Orientação Técnica nº 1/1997 permanece válida e aplicável até que manifestação posterior desta Corte de Contas supere o entendimento fixado, não cabendo na atual conjuntura negar eficácia ao entendimento fixado, sob pena de infringência aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da confiança legítima.**

4. DO DISPOSITIVO:

Por todo o exposto, divergindo da área técnica e do Eminentíssimo Relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, **VOTO** no sentido de que o Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas assim delibere:

4.1 Quanto ao item 1, pela possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando a 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;

4.2 Quanto ao item 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;

4.3 Quanto ao item 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.

VOTO, ainda, no sentido de que, após as comunicações devidas, em não havendo expediente recursal, **sejam os presentes autos arquivados.**

É como voto.

MARCO ANTONIO DA SILVA
 Conselheiro Relator em Substituição



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Observa-se na fundamentação do Voto citado que, embora sua conclusão tenha sido pela permissão genérica e ampla de contratação de ente privado para a prestação de serviços visando a recuperação de créditos, concentrou-se num exemplo prático e específico relacionado à revisão das **Declarações de Operações Tributáveis – DOT**, por meio da qual os Municípios a poderiam promover como “atividade de auxílio aos Estados”.

Melhor explicitando: entendeu-se que a revisão pelos Municípios das DOT's {documentos de entrega obrigatória pelos “*estabelecimentos inscritos no cadastro de contribuintes do imposto [ICMS]*” aos Estados e que servem de parâmetro para o cálculo do **Índice de Participação Municipal (IPM)**} não caracteriza atividade inerente de Estado, muito menos ao ramo direito tributário. Assim, não haveria impedimento para a contratação de empresa privada para assessorar os entes municipais nessa tarefa. Confira trechos elucidativos e esclarecedores do *decisum*:

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

[...]

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

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

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Ante essa constatação, imperiosa e necessária a reforma da conclusão do julgado, por dois motivos estruturais, **i)** a *ratio decidendi* do julgado, ao analisar o caso específico da revisão de DOT's, não se coaduna com a **formação de precedente genérico, amplo e irrestrito** “pela possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando a recuperação de créditos”; e **ii)** o julgado dessa questão prejudicial, no presente incidente de prejudicado, não se coaduna com o mérito da Representação constante do **Processo TC 7156/2012**, bastando conferir a infinidade de funções e atividades inerentes de Estado que foram contratadas pela Prefeitura Municipal de Marataízes junto à empresa **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.**, por meio do **Contrato nº 063/2009**, conforme se extrai da **Instrução Técnica Inicial ITI 572/2013**:

1.1 – 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.

1.2 – Monitoramento, consultoria e assessoramento das ações tributário-fiscais no sentido de promover o incremento e recuperação de receita municipal visando efetivar-se o recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, através da cobrança e efetivo recolhimento, compreendendo a execução dos seguintes serviços:

1.2.1 – Acompanhamento da fiscalização, incluindo o levantamento de dados através do exame dos documentos fiscais e contábeis dos contribuintes e/ou terceiros responsáveis, do ISSQN, que o prestem ou venham prestar serviços de pesquisa exploração, exploração, produção e distribuição de petróleo e gás natural nos limites territoriais do município, visando apurar o valor dos serviços prestados, determinando-se a base de cálculos dos tributos que deixou de ser tributada ou que possa vir a ser tributada para se proceder ao lançamento do tributo;

1.2.2 – Supervisão, consultoria, assessoria e acompanhamento de processos administrativos tributários fiscais até a inscrição do débito em dívida ativa, fornecendo informações e esclarecimentos, inclusive com emissão de relatórios e pareceres junto aos Fiscais de rendas, ao coordenador de fiscalização, aos órgãos julgadores do contencioso tributário municipal e ao Secretário Municipal da Fazenda, bem como na inscrição da dívida ativa dos débitos provenientes de lançamentos procedidos através de auto de infração lavrados sob orientação da Contratada de contribuintes do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, decorrente das atividades de pesquisa exploração, exploração, produção e distribuição de petróleo e gás natural nos limites territoriais do município, com elaboração e emissão da certidão de dívida ativa, visando se instaurar o devido processo de execução judicial.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

1.2.3 – Consultoria, assessoria e acompanhamento das medidas administrativas tributárias fiscais cabíveis previstas em disposições contidas na legislação Federal, Estadual e no Código Tributário Municipal e Normas Contemplares, sempre em conjunto com o pessoal do quadro da fazenda pública municipal, visando à apuração e recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, que deixou de ser recolhido ou que possa vir a ser recolhido, de contribuintes e/ou terceiros responsáveis inscritos ou não no Cadastro Mobiliário do Município, que prestem ou venham prestar serviços de pesquisa exploração, exploração, produção e distribuição de petróleo e gás natural nos limites territoriais do município.

1.3 – Recuperação do Valor Adicionado Fiscal - VAF efetuando a Revisão das DOT'S – Declaração de Operações Tributáveis que definirão o Índice de participação dos Municípios – IPM, na divisão do ICMS das empresas relacionadas com a exploração, produção, distribuição e transporte de petróleo e gás natural.

Neste sentido, a conclusão do Acórdão recorrido pela possibilidade irrestrita e ampla de *“contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando a recuperação de créditos”* merece imperiosa reforma, pois os elementos fáticos que acompanharam a razão de decidir tanto não são atinentes ao caso concreto quanto não representam com fidedignidade o enunciado construído como precedente normativo do prejulgado.

Em outras palavras, o julgamento dessa questão prejudicial resultando num enunciado genérico e, *data venia*, deficiente para transmitir exatamente as ideias debatidas pelo Plenário em sua formação, se traduzem em grave *error in procedendo*, haja vista inexistir o elemento de qualidade universalizável na decisão para a formação de prejulgado/precedente.

Outrossim, a permissão irrestrita do exercício de atividades típicas da administração por ente privado visando a recuperação de créditos tributários constitui grave *error in judicando*, pois fere os princípios da moralidade, da eficiência, do interesse público e do concurso público, insculpidos no inciso II e *caput* do art. 37, CF/88⁷⁶, bem como no inciso II e *caput* do artigo 32 da Constituição do Estado do Espírito Santo⁷⁷.

⁷⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Para ambos os casos, objetivando a reforma do julgado, deve-se atentar que as atividades administrativas de recuperação de crédito **não têm qualquer indicativo de demanda atípica**. A contratação de empresa privada para tais atividades sob remuneração com vínculo ao êxito dessas atividades típicas, assim, provoca, inelutavelmente, dano ao erário, além de insegurança jurídica aos contribuintes que sofrerão reflexos dessas atividades impositivas de recuperação de crédito fomentadas por agentes privados e com interesse econômico direto.

Por certo, não constituem atividade-meio, sendo indelegáveis a profissionais que mantêm vínculo temporário com a Administração Pública, seja diretamente ou por meio de pessoa jurídica – como é o caso sob análise – **salvo para atender à necessidade temporária, imprevista e inevitável**, conforme disposto no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal⁷⁸, **exceção não configurada *in casu***.

No que tange especificamente ao **Contrato nº 063/2009** entabulado entre a empresa **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda** e a Prefeitura Municipal de Marataízes, a Equipe Técnica do Tribunal havia identificado, por meio do **Relatório de Diligência Externa RD-E 3/2013**, acostado às fls. 1795/1805 do **Processo TC 7156/2012**, as ações judiciais e os procedimentos administrativos nascidos a partir das atividades de assessoria da referida empresa. Vide trecho:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

77 Art. 32. As administrações públicas direta e indireta de quaisquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e motivação, e também aos seguintes:

[...]
 II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexibilidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

78 Art. 37 [...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

5.5 – Identificação e cópias das Ações judiciais, decorrentes da suposta prestação de serviços, e a fase em que se encontram.

Em resposta à solicitação da equipe de auditoria, foi informada a existência dos seguintes processos judiciais, decorrentes da atividade fiscalizatória do município sob a assessoria prestada pela empresa CMS – Consultoria e Assessoria S/C Ltda:

Relação das Ações Judiciais originadas da prestação de serviços da CMS

Processo Judicial	Natureza	Certidão Dívida Ativa	Auto de Infração	Requerente	Requerida
069.110.039.695	Execução Fiscal	7116/2011	056/2010	Município de Marataízes	Anadarko Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural Ltda
069.120.000.364	Mandado de Segurança	35904/2011(Proc Adm. 12.656/2011)	055/2011	Anadarko Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural Ltda	Município de Marataízes



TC 7156/2012
 fls. 2649

203.549

069.120.007.674	Execução Fiscal	6592/2012	055/2011	Município de Marataízes	Anadarko Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural Ltda
0016353-89.2012.8.08.0069	Execução Fiscal	8357/2012	037/2010	Município de Marataízes	Petróleo Brasileiro S/A PETROBRAS

Fonte: Página de Consulta Processual do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo na Internet.

Das ações judiciais existentes, a de nº 0016353-89.2012.08.0069, ajuizada em desfavor da empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, teve por parte desta um pedido de suspensão processual em virtude dos eventos noticiados na mídia e que envolviam a atuação da empresa CMS – Consultoria e Assessoria S/C Ltda, que de acordo com a afirmativa do causídico da Petrobras, as autuações eram executadas pelo Sr. Cláudio Múcio Salazar Pinto e os autos de infração assinados pelos fiscais municipais para conferir legitimidade àqueles documentos. Houve decisão no sentido da suspensão processual, mas o fato motivador foi uma ação anulatória que tramita no Município de Macaé e também tem por parte litigante o Município de Marataízes.

5.6 – Identificação e cópias dos Procedimentos Administrativos Fiscais para cobrança e/ou autuação de empresas, decorrentes da suposta prestação de serviços (inclusive de autos de infrações);

Foram fornecidas cópias que se encontram em arquivo magnético, sendo os seguintes autos de infração:

- 037/2010 – Petróleo Brasileiro S/A
- 143/2009 – Petróleo Brasileiro S/A
- 055/2011 – Anadarko Petróleo e Produção de Petróleo e Gás Natural Ltda,
- 056/2010 - Anadarko Petróleo e Produção de Petróleo e Gás Natural Ltda,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

5.1.6.a – Verificar a ocorrência de pagamentos, integrais ou parcelados, ou a inscrição em dívida ativa, inclusive medidas administrativas para o seu recebimento ou os estágios de sua execução, se houver.

- Certidão de Dívida Ativa nº 8.357/12 – Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás
- Certidão de Dívida Ativa nº 6.592/12 – Anadarko Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural Ltda

5.1.6.b – Verificar, identificar e fotocopiar eventuais minutas de autos de infrações elaboradas pela empresa contratada.

Atendendo a esse item, a equipe recebeu cópia de dois conjuntos: notificação e auto de infração, semipreenchidos; e um desses conjuntos está rubricado pelo sócio da CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda., Sr. Cláudio Múcio Salazar Pinto, o que denota terem sido por ele elaborados.

5.9 – Obtenção de outros elementos ou informações que possam subsidiar a análise sobre os indícios de irregularidades, objeto das representações.

A equipe recebeu cópia dos seguintes autos de infrações:

- a) Auto de Infração nº 55/2011, de 18/04/2011, contra Anadarko Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural Ltda;
- b) Auto de Infração nº 37/2010, de 09/03/2010, contra Petróleo Brasileiro – Petrobrás;
- c) Auto de Infração nº 143/2009, de 28/10/2009, contra Petróleo Brasileiro – Petrobrás;
- d) CD – com arquivos digitalizados de auto de Infração e Ações Judiciais

Evidente, em um olhar ainda superficial, que os reflexos das atividades da empresa não se coadunaram com a fundamentação do Acórdão objurgado, pois não se tratou de mera “revisão de DOT’s”. As atividades da empresa tiveram cunho fiscalizatório e de polícia, portanto, com a expedição, inclusive, de “*autos de infração assinados pelos fiscais municipais para conferir legitimidade àqueles documentos*”.

Tal substituição de servidores por empresas privadas representa, além do ferimento ao princípio do concurso público, um artil **modo de se imiscuir nos ganhos tributários dos entes**, transformando-os em verdadeiros sócios da arrecadação tributária a cargo do poder público e de titularidade de toda a sociedade.

De igual modo, o ímpeto particular na obtenção de êxitos a qualquer custo contamina a imparcialidade que o serviço público deve ostentar. O serviço público não deve se caracterizar como um meio para benefício de poucos em detrimento da coletividade, **ainda mais se tratando de serviços sem qualquer viés de transitoriedade ou de excepcionalidade, características que corroboram a tese firmada pelo Corpo Técnico de terceirização ilícita, os quais deveriam ser cometidos tão somente a servidores concursados.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Nessa direção, Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona:

A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar de concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido 'temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.⁷⁹

No que tange à excepcionalidade do interesse público, o qual decorre da sua natureza singular, a Lei Federal 8.745/93, no art. 2º⁸⁰, elenca situações que

79

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 270.

80 Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

- I - assistência a situações de calamidade pública;
- II - combate a surtos endêmicos;
- II - assistência a emergências em saúde pública; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 483, de 2010](#));
- II - assistência a emergências em saúde pública; ([Redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010](#))
- III - realização de recenseamentos;
- III - realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; ([Redação dada pela Lei nº 9.849, de 1999](#)).
- IV - admissão de professor substituto e professor visitante;
- V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;
- VI - atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender a área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia;
- VI - atividades: ([Redação dada pela Lei nº 9.849, de 1999](#)).
- a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia; ([Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999](#)). - ([Vide Medida Provisória nº 341, de 2006](#)).
- b) de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI; ([Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999](#));
- b) de identificação e demarcação territorial; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 431, de 2008](#));
- b) de identificação e demarcação territorial; ([Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008](#))
- c) de análise e registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI; ([Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999](#)). ([Revogado pela Lei nº 10.667, de 2003](#))
- d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas; ([Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999](#)). - ([Vide Medida Provisória nº 341, de 2006](#)). ([Prorrogação de prazo](#)). ([Prorrogação de prazo pela Lei nº 11.784, de 2008](#))
- e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações - CEPESC; ([Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999](#)).
- f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana; ([Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999](#)). - ([Vide Medida Provisória nº 341, de 2006](#)).
- g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia - SIPAM. ([Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999](#)).
- h) técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública. ([Incluído pela Lei nº 10.667, de 2003](#)). - ([Vide Medida Provisória nº 341, de 2006](#)).
- i) técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho, que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990; ([Incluído pela Medida Provisória nº 431, de 2008](#)). - ([Vide Decreto nº 6.479, de 2008](#))
- j) técnicas especializadas de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, não alcançadas pela alínea "i" e que não se caracterizem como atividades permanentes do órgão ou entidade; ([Incluído pela Medida Provisória nº 431, de 2008](#)). - ([Vide Decreto nº 6.479, de 2008](#))
- l) didático-pedagógicas em escolas de governo; e ([Incluído pela Medida Provisória nº 431, de 2008](#)). - ([Vide Decreto nº 6.479, de 2008](#))



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

exemplificam esse requisito, tais como calamidade pública, emergências em saúde pública, emergências ambientais, pesquisas estatísticas, admissão de professores visitantes etc.

Logo, a possibilidade jurídica dessa modalidade de contratação envolvendo terceirização – legal em excepcionais situações – em verdade, **já pode representar uma alternativa (válvula de escape)** à não realização de concurso público, de modo a possibilitar que o gestor escolha, ao seu alvedrio, entre contratar empresas mediante licitação e inexigibilidade ou realizar concurso público para suprir **demanda permanente e ordinária**.

Ademais, convém ressaltar que a própria teleologia dos artigos 13⁸¹ e 25⁸² da Lei 8.666/93, usados na fundamentação do Acórdão recorrido para legitimar esse tipo

-
- m) de assistência à saúde junto a comunidades indígenas; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 431, de 2008\)](#);
- i) técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do [art. 74 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990](#); [\(Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008\)](#)
- j) técnicas especializadas de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, não alcançadas pela alínea i e que não se caracterizem como atividades permanentes do órgão ou entidade; [\(Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008\)](#)
- l) didático-pedagógicas em escolas de governo; e [\(Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008\)](#)
- m) de assistência à saúde para comunidades indígenas; e [\(Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008\)](#)
- VII - admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação. [\(Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004\)](#)
- VIII – admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 431, de 2008\)](#);
- VIII – admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa; e [\(Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008\)](#)
- VIII - admissão de pesquisador, de técnico com formação em área tecnológica de nível intermediário ou de tecnólogo, nacionais ou estrangeiros, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa, ao desenvolvimento e à inovação; [\(Redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016\)](#)
- IX – combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 431, de 2008\)](#);
- IX - combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica. [\(Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008\)](#)
- X – admissão de professor para suprir demandas decorrentes da expansão das instituições federais de ensino, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 525, de 2011\)](#)
- X - admissão de professor para suprir demandas decorrentes da expansão das instituições federais de ensino, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação. [\(Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011\)](#)
- XI – admissão de professor para suprir demandas excepcionais decorrentes de programas e projetos de aperfeiçoamento de médicos na área de atenção básica em saúde em regiões prioritárias para o Sistema Único de Saúde – SUS, mediante integração ensino-serviço, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde e da Educação. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 621, de 2013\)](#);
- XI - admissão de professor para suprir demandas excepcionais decorrentes de programas e projetos de aperfeiçoamento de médicos na área de Atenção Básica em saúde em regiões prioritárias para o Sistema Único de Saúde (SUS), mediante integração ensino-serviço, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde e da Educação. [\(Incluído pela Lei nº 12.871, de 2013\)](#)
- 81 **Art. 13.** Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

de contratação, exigem não apenas um sujeito titular de notória especialização, mas também um **serviço técnico profissional especializado**, e ainda a existência de **objeto singular**, sobre o qual repousa a conjugação de dois elementos: **(i) excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita; e (ii) ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão**⁸³.

Assim, ao contrário do concluído no Acórdão TC 1420/2018, inviável extrair qualquer singularidade nos serviços intitulados genericamente por **“contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando a recuperação de créditos”**. Do mesmo modo, ausente qualquer singularidade quando se analisa o objeto do **Contrato nº 063/2009** entabulado com a empresa **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda**.

A propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento do eminente Conselheiro Relator **Sebastião Carlos Ranna de Macedo** sobre o caso, em seu **Voto 3437/2017** que corroborou *ipsis litteris* com a **Instrução Técnica 28/2017**, cujos termos se adota em complemento no presente Recurso:

DO MÉRITO

Inicialmente, cumpre trazer à baila os dispositivos que tratam do Incidente de Prejudicado nos instrumentos normativos desta Corte.

Assim, dispõe o artigo 174, da Lei Complementar 621/2012:

Art. 174. Por iniciativa de Conselheiro, Auditor ou Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, poderá o Plenário, mediante decisão normativa, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da administração, reconhecida a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral, observada a forma estabelecida no Regimento Interno.

Parágrafo único. Não poderá atuar como Relator o Conselheiro ou Auditor que suscitar a matéria.

Da mesma forma, estabelecem os artigos 348 a 355, do Regimento Interno deste Tribunal:

-
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))
 - IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
 - V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
 - VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
 - VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

82 **Art. 25.** É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

- II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

83 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. p. 369.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Art. 348. Reconhecida, preliminarmente, a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral, o Plenário poderá pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da Administração.

§ 1º Possuem legitimidade para propor o incidente de prejudgado Conselheiro, Auditor ou Ministério Público junto ao Tribunal.

§ 2º Os requisitos de admissibilidade do incidente de prejudgado deverão ser submetidos à audiência do Ministério Público junto ao Tribunal, quando não for o proponente.

Art. 349. Não poderá atuar como Relator o Conselheiro que propuser o incidente de prejudgado, sendo sorteado, imediatamente após a proposição, outro Conselheiro para relatar a matéria.

Art. 350. Uma vez admitido pelo Plenário, o incidente de prejudgado será processado em autos apartados e encaminhado ao Relator, que poderá determinar a remessa do processo ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula para os fins do disposto no art. 445, inciso III, deste Regimento, e, após, à unidade técnica competente para manifestação, no prazo de quinze dias.

Parágrafo único. O Relator remeterá ao Ministério Público junto ao Tribunal para manifestação, no prazo de quinze dias.

Art. 351. O Relator do incidente deverá apresentar seus fundamentos até a segunda sessão ordinária subsequente à devolução dos autos pelo Ministério Público junto ao Tribunal, salvo se a complexidade da matéria indicar a necessidade de dilação do prazo, que não poderá ultrapassar a quarta sessão ordinária.

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

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

§ 2º Dirimida a questão, os respectivos autos serão apensados ao processo em que se originou o incidente.

Art. 353. O prejudgado poderá ser revogado ou reformado sempre que o Tribunal, pronunciando-se em tese, firmar nova interpretação, hipótese em que a decisão fará expressa remissão à reforma ou revogação.

Art. 354. Somente pela maioria absoluta dos Conselheiros poderá o Tribunal estabelecer, reformar ou revogar prejudgado.

§ 1º Os prejudgados serão numerados e estabelecidos por meio de acórdão, com publicação no órgão oficial e no sítio eletrônico do Tribunal, fazendo-se as remissões necessárias à identificação do processo em que se originou.

§ 2º A invocação do prejudgado será feita pelo seu número correspondente, com a indicação do processo que o originou.

§ 3º Compete à Secretaria Geral das Sessões numerar os prejudgados em sequência bem como fazer as remissões necessárias



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

à identificação do processo em que se originou o prejulgado e mencionar, inclusive, o respectivo número do acórdão.

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

Busca-se, portanto, com tal incidente processual, definir o sentido e o alcance de determinada norma jurídica ou procedimento administrativo de aplicabilidade geral, de relevância reconhecida, a fim de constituir normativo vinculante para outras situações equivalentes apreciadas pela Corte, nas quais seja invocado.

No caso em apreço, a matéria envolve questionamentos sobre a regularidade do contrato de risco para a recuperação de créditos, do pagamento fixado em percentual do incremento da receita, da terceirização da atividade tributária e da contratação direta por inexigibilidade de licitação, nos termos do Voto do Conselheiro suscitante.

Tais questões foram levantadas incidentalmente no bojo de Representação subscrita pelos auditores de controle externo da 5ª SCE desta Corte de Contas, com vistas a apurar indícios de irregularidades nos procedimentos de contratação de empresa privada para a prestação de serviços de assessoria tributária e fiscal.

Nessa esteira, deverão ser respondidas as seguintes indagações:

- 2. possibilidade de contratação de assessorias/consultorias para a recuperação de créditos e, em caso positivo, admissibilidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação;**
- 3. possibilidade de a Administração Pública firmar contrato de êxito para a recuperação de créditos e, em caso positivo, admissibilidade da estipulação do pagamento em percentual da receita auferida, seja tributária ou não tributária;**
- 4. eficácia geral da Orientação Técnica n. 1/1997 e, em caso afirmativo, necessidade de atualização de seu conteúdo.**

De plano, torna-se necessário um breve introito a partir do viés constitucional do tema proposto.

A Constituição Federal estabelece as normas gerais de Direito Tributário, definindo a competência de cada ente estatal para a instituição e fiscalização de tributos.

Pode-se dizer, então, que “a competência tributária é a habilidade privativa e constitucionalmente atribuída ao ente político para que este, com base na lei, proceda à instituição da exação tributária”⁸⁴.

Ou, ainda, no dizer de Roque Antônio Carrazza⁸⁵, “a possibilidade de criar, in abstrato, tributos, descrevendo, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas”.

Acrescenta Eduardo Sabbag⁸⁶ que:

84 SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013; p. 389.

85 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 28ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012; p. 567.

86 *Opus cit.*; p. 391.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

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

(...)

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

A distinção feita por boa parte da doutrina entre competência tributária e capacidade tributária ativa se justifica pelo disposto no artigo 7º, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

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

§ 1º A **atribuição** compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir.

§ 2º A atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido.

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

Vê-se, portanto, que a transferência ou o compartilhamento das funções de arrecadar e fiscalizar tributos a outra pessoa jurídica de direito público não constitui delegação da competência tributária para sua instituição, esta sim indelegável.

Mas tais atribuições, é bom frisar, devem ser cometidas a outra pessoa política, igualmente submetida às normas e princípios do Direito Administrativo e norteadas pelo interesse público, não a particulares. E, nesse ponto, embora uma primeira leitura possa levar a entendimento contrário, o § 3º não é uma exceção.

Com efeito, adverte Hugo de Brito Machado que o enunciado do § 3º constitui “simples função de caixa, que hoje é atribuída aos estabelecimentos bancários”, não se confundindo com a função arrecadatória propriamente dita, que consiste na exigência do crédito tributário.

No mesmo sentido, preleciona Kiyoshi Harada⁸⁷:

Nem se argumente com o § 3º desse artigo que exclui a função de arrecadar tributos do conceito de delegação de competência, pois, está claro que essa norma está se referindo à arrecadação de tributo pago **voluntariamente** nas redes bancárias, que funcionam como extensão dos cofres públicos.

A propósito, decidiu o Tribunal de Contas da União:

DECISÃO Nº 1.704/2002 TCU - Plenário

⁸⁷ In *Terceirização de serviço de cobrança da dívida ativa*. Disponível em: <http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Diversos/296.pdf>



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

1. Processo TC 016.084/2001-0
2. Classe de Assunto: III - Consulta
3. Interessado: Aécio Neves (Presidente)
4. Órgão: Câmara dos Deputados
5. Relator: MINISTRO UBIRATAN AGUIAR
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Semag e 3ª Secex
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. conhecer da presente consulta, com fundamento no art. 1º, XVII, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 216 do Regimento Interno do TCU;
 - 8.2. responder à Presidência da Câmara dos Deputados que:
 - a) conforme pesquisa na jurisprudência dos Tribunais Superiores e do TCU, o tema “terceirização de cobrança de tributos” ainda não foi submetido ao crivo desses órgãos;
 - b) não se impõe a realização de licitação para o cometimento a instituições bancárias das funções de arrecadação (função de caixa);
 - c) a contratação de serviços técnicos de informática para desenvolvimento de software, regra geral, sujeita-se ao regime de licitação, sendo admitida, excepcionalmente, a inexigibilidade de licitação, somente se as peculiaridades e a natureza do serviço conferirem-lhe uma singularidade que requeira a contratação de empresa ou profissional específico, inviabilizando, assim, a competição para sua aquisição;
 - d) delegar cobrança de créditos tributários não pagos a pessoa de direito privado vai de encontro ao disposto no art. 7º do Código Tributário Nacional, que prevê a delegação desta função exclusivamente à pessoa de direito público, destinando ao particular unicamente a atribuição de arrecadar;**

[...]

Percebe-se, do exposto, que a atividade tributária constitui serviço típico e essencial da Administração Pública, ensejando funções próprias de Estado, não atribuíveis aos particulares, vez que resultantes da competência constitucionalmente deferida somente aos entes políticos, e que, portanto, deve ser exercida por servidores efetivos, aprovados no respectivo concurso público para compor o quadro permanente do órgão fiscalizador.

Sentencia tal entendimento o disposto no artigo 37, inciso XXII, da Constituição Federal, que segue:

Art. 37. (...)

(...)

XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais do funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (grifos da IT)

A exigência do concurso público constitui garantia constitucional de isonomia e impessoalidade no acesso aos cargos e empregos da Administração, por meio da aferição imparcial dos conhecimentos técnicos necessários ao exercício das respectivas funções.

Busca a composição de um quadro permanente de profissionais aptos a realizarem as atividades próprias do órgão ao qual se vinculam e que, por integrarem a estrutura organizacional do ente público, não devem ser realizadas por terceiros alheios à máquina administrativa.

No mesmo sentido, pronuncia-se o Supremo Tribunal Federal:

Tal situação não abrange aqueles serviços permanentes que estão ao cargo do Estado nem aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração pública deve alocar, de forma planejada, os cargos públicos para isso suficientes, a serem providos pela forma regular do concurso público, sob pena de desídia e ineficiência administrativa. (ADI 890/DF, Min. Relator Maurício Corrêa, julgamento em 11/09/2003, DJ de 06/02/2004)

E acentua também o Tribunal de Contas da União:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DA OUVIDORIA. CRA/PR. IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. SUSPEITA DE DESVIO DE RECURSOS PARA CAMPANHAS POLÍTICAS. NÃO APRESENTAÇÃO DE ELEMENTOS RELATIVOS À SEGUNDA IRREGULARIDADE NOTICIADA. INSPEÇÃO. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ADVOCACIA. INDÍCIOS DE FAVORECIMENTO DO ADVOGADO CONTRATADO EM LICITAÇÃO PROMOVIDA. TERCEIRIZAÇÃO INDEVIDA DOS SERVIÇOS. AUDIÊNCIA DOS GESTORES. OITIVA DO ADVOGADO CONTRATADO. REJEIÇÃO PARCIAL DAS JUSTIFICATIVAS. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA A UM DOS GESTORES. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

[...]

28. A última questão debatida nestes autos refere-se à terceirização indevida de atividades essenciais, permanentes e contínuas do Conselho mediante a contratação de prestação de serviços advocatícios.

29. Os responsáveis contestaram o questionamento afirmando que as atividades desempenhadas pelo advogado contratado tinham caráter acessório, não se caracterizando como atividade-fim do conselho, ou seja, fiscalização do exercício da profissão.

30. Já a Secex/PR entendeu que as atividades constantes do contrato firmado com o Sr. Heitor Wolff Júnior identificavam-se com aquelas exercidas por advogado integrante do quadro. Consequentemente, foi proposto fixar-se o prazo de 30 dias para que o CRA/PR adotasse providências para a realização de concurso público.

31. Diante dos argumentos reunidos, penso que assiste razão à unidade técnica.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

32. No rol das atribuições do advogado contratado pelo CRA/PR, constam atividades de cunho estratégico como o acompanhamento das reuniões do Conselho (vide precedente no Acórdão 712/2007-Plenário), bem como atribuições precipuamente vinculadas à atividade-fim, como a atuação junto ao setor de fiscalização. Igualmente, as atividades de cobrança de anuidades e de sanções impostas estão indissolúvelmente ligadas ao exercício e à eficácia da missão institucional do conselho.

33. Ademais, a abrangência das atividades jurídicas contratadas, que compreendem serviços na esfera judicial, instauração, acompanhamento e recursos em processos administrativos em geral, participação em reuniões e respostas a consultas informais, indica que não se tratam de serviços excepcionais ou eventuais, mas serviços intrinsecamente ligados ao dia-a-dia das atividades do CRA/PR.

34. Por considerar que as atividades objeto do contrato não se caracterizam como acessórias, acolho a proposta de determinar ao CRA/PR que adote as providências cabíveis para realização de concurso público para provimento do quadro. Contudo, proponho a fixação do prazo de 90 dias, tendo em vista que as tratativas para a realização deste tipo de certame envolve uma série de medidas complexas, incluindo o levantamento de vagas necessárias, bem assim a licitação e a contratação da entidade promotora do evento.

35. Quanto às alegações de teor econômico esboçadas pelos responsáveis, faço remissão à análise desenvolvida pela unidade técnica, que concluiu pela viabilidade econômica da contratação de advogado mediante concurso público (itens II.21/22 do relatório supra).

36. Feitas as ponderações pertinentes, cumpre a esta Corte considerar esta representação, no mérito, parcialmente procedente.

Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 8419/2011 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo TC-012.243/2010-8.

2. Grupo I – Classe VI – Assunto: Representação.

3. Responsáveis: Gilberto Serpa Griebeler, Presidente do CRA/PR nos períodos 14/01/2005 a 14/01/2007 e a partir de 15/01/2009 (CPF 112.297.649-68); Sérgio Pereira Lobo, Presidente do CRA/PR no período de 15/01/2007 a 14/01/2009 (CPF 111.371.429-87).

3.1. Interessado: Heitor Wolff Júnior, advogado contratado pelo CRA/PR (CPF 171.816.239-15).

4. Unidade: Conselho Regional de Administração do Paraná (CRA/PR).

5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade: Secex/PR.

8. Advogados constituídos nos autos: Flávio Ribeiro Bettega (OAB/PR



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

20.657); Guilherme Moreira Rodrigues (OAB/PR 10.208).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela Secex/PR com base em manifestação da Ouvidoria relatando possíveis irregularidades na contratação de advogado para representar o Conselho Regional de Administração do Paraná (CRA/PR) e a suspeita de desvio de recursos para campanhas políticas;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 1ª Câmara, em:

[...]

9.4. com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/92, determinar ao Conselho Regional de Administração do Paraná (CRA/PR) que:

9.4.1. adote, no prazo 90 dias contados a partir da ciência desta deliberação, as medidas necessárias ao exato cumprimento do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, promovendo a realização de concurso público para o provimento de cargo efetivo para exercer as funções de advogado junto ao CRA/PR;

[...]

Assim, sendo a atividade tributária, em seus vários desdobramentos, inerente ao Poder Público e absolutamente imprescindível à “sobrevivência” do ente político, deve ser exercida por seus próprios agentes, sobre quem, inclusive, detém comando hierárquico e disciplinar.

A respeito do cometimento desenfreado a particulares de funções próprias de Estado, bem adverte Harada⁸⁸:

A febre da terceirização, ultimamente, tomou conta do país em nome da redução de custos operacionais das empresas, atingidas por um prolongado quadro recessivo, sem perspectivas de reversão a curto e a médio prazos. [...]

O pior é que essa mania está invadindo o setor público, por incompetência ou má vontade do administrador na condução correta e eficiente do serviço público. **Administradores incautos, atraídos pelo mito da agilidade e da informalidade do setor privado, vêm abrindo mão de prerrogativas próprias do Estado, ao arrepio de normas constitucionais em vigor.** [...]

É bastante preocupante a tendência de nossos governantes de procurar responder às deficiências e às falhas no serviço público com reformas, mudanças, modificações sem se preocupar em analisar as suas causas e sem vontade de trabalhar e produzir com o que já existe, investindo e melhorando a estrutura de órgãos públicos tradicionais. [...]

Recentemente, a imprensa registrou as tratativas que o Município de São Paulo estaria fazendo para retirar de seu órgão institucional, a Procuradoria Geral do Município, a incumbência de promover a

⁸⁸ *Opus cit.*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

cobrança da dívida ativa, entregando esse serviço de cobrança aos escritórios particulares. [...] **Pergunta-se, por que desprezar a longa experiência do Departamento Fiscal da PGM? Por que não dotar aquele departamento com os recursos materiais à altura das necessidades atuais, para melhor aproveitamento da capacidade profissional dos procuradores especializados?** [...]

Feitos esses esclarecimentos preliminares cumpre enfocar a matéria sob o ponto de vista jurídico, demonstrando a total impossibilidade de ser terceirizado o serviço público pretendido.

[...]

Cabe à Procuradoria Geral do Município, instituição permanente, na forma do art. 87 da LOMSP, promover privativamente a inscrição e cobrança da dívida ativa. Ainda que a inscrição da dívida ativa pudesse, mediante modificação do dispositivo da LOMSP, ser atribuída a outro órgão municipal (nunca à entidade privada) a sua cobrança não poderia prescindir de atuação da PGM por meios de seus procuradores, que são os legítimos representantes judiciais do Município.

[...]

Terceirizar o serviço de cobrança da dívida ativa no Município de São Paulo, portanto, seria incorrer em inconstitucionalidade por implicar afronta ao art. 12, II do CPC, único dispositivo legal aplicável à espécie, com automático afastamento de toda e qualquer legislação local em contrário. Outrossim, essa terceirização violaria, também, o princípio da indelegabilidade do serviço público essencial, regulado pelo art. 7º e parágrafos do CTN. [...] **Claríssimo está a perda de eficiência e o risco a que fica exposto o Poder Público, como decorrência da sujeição do serviço público essencial e permanente às vicissitudes das atividades desenvolvidas por profissionais da iniciativa privada, sobre os quais a Administração não detém o poder de controle funcional e hierárquico.**

Vale destacar que este Tribunal já partilhou do mesmo entendimento, no Acórdão TC 1122/2015, acolhendo Voto do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Relator do feito, consistente em Tomada de Contas Especial convertida de Representação ofertada pela Juíza da Vara de Feitos da Fazenda Pública, também do Município de Marataízes, em que foram apurados indícios de irregularidades referentes à contratação de empresa privada para a prestação de serviços de levantamento e recuperação de créditos relativos ao PASEP e a contribuições pagas ao INSS (TC 8010/2013), a partir dos seguintes argumentos:

Quanto a esse fato, os gestores alegaram que, embora a questão tivesse sido regulamentada, ainda assim havia óbices à compensação tributária. **No entanto, o corpo técnico bem asseverou que não foi demonstrada qualquer tentativa prévia administrativa ou judicial, frustrada ou não, tida por parte da Municipalidade no sentido de buscar a restituição ou a compensação de valores antes de realizar a licitação.**

Inicialmente, cumpre-me esclarecer que, por meio dos serviços contratados, a Prefeitura de Marataízes pretendeu a compensação de créditos tributários decorrentes do pagamento de contribuição previdenciária recolhida ao INSS sobre a remuneração dos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

exercentes de mandato eletivo não vinculados a regime próprio de previdência social.

Tal cobrança teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário 351.717-1–Paraná, ensejando a suspensão pelo Senado Federal da execução da alínea h, do inciso I, do art. 12, da Lei Federal 8.212/91, que previa a incidência do tributo (Resolução 26/2005).

Diante desse fato, o Ministério da Previdência Social expediu a Portaria MPS 133/2006, determinando o cancelamento e a retificação dos débitos oriundos da dita contribuição (art. 2º), bem como autorizando a compensação / restituição mediante a retificação de Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social, observando-se o prazo prescricional previsto em lei (art. 4º).

Chamo a atenção para o fato de que, em nenhum momento, o Órgão Previdenciário condicionou a devolução ou a compensação de valores à interposição de ação judicial ou, mesmo administrativamente, à representação por advogado ou mesmo, não houve qualquer tentativa prévia e infrutífera da municipalidade em reaver os valores por seus próprios meios.

[...]

Insta, também, esclarecer que a Municipalidade, ainda que não contasse com servidores efetivos nos quadros de sua Procuradoria como aduziu a tese de defesa, dispunha de assessoria jurídica formada sob o vínculo comissionado, além de contar com setor administrativo/financeiro que poderia conferir o suporte necessário à empreitada e apurar, nos registros e em folhas de pagamento passadas, o montante recolhido a título de contribuição previdenciária dos exercentes de mandato eletivo municipal.

Assim, corroboro os termos da manifestação técnica, pois, ainda que a defesa tenha pretendido demonstrar que os serviços contratados denotavam especialização ou complexidade, não teve êxito em fazê-lo, **em especial por que remanesceu aos gestores justificar a incapacidade ou incompetência do seu quadro próprio de pessoal para atender ao claro e sucinto procedimento proposto pela Portaria MPS 133/2006.**

[...]

No mesmo sentido se manifestou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no julgado abaixo:

A C Ó R D ã O (Publicado em 12/04/2013)

TC-000105/014/09 – Recurso ordinário.

Recorrente: Paulo César Neme (Prefeito do Município de Lorena).

Assunto: Contrato entre a Prefeitura Municipal de Lorena e FINBANK Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., objetivando a prestação de serviços técnicos jurídicos de consultoria e assessoria jurídica e administrativa com a finalidade de propor medidas judiciais/administrativas consistentes em levantamento de dados e documentos, apuração e recuperação administrativa ou judicial de pagamentos a maior ou indevidos, efetuados ao INSS.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Responsável: Paulo César Neme (Prefeito à época).

Em Julgamento: Recurso Ordinário interposto contra o acórdão da e. Primeira Câmara, que julgou irregulares a inexigibilidade licitatória e o contrato, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, aplicando ao responsável, pena de multa no valor equivalente a 300 UFESP's, nos termos do artigo 104, inciso II, da mencionada Lei. Acórdão publicado no D.O.E. de 08-12-12.

Ementa: Recurso Ordinário. Inexigibilidade de licitação. Contratação de serviços de assessoria administrativa e jurídica para recuperação de créditos. Infração ao inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. Sanção pecuniária suficientemente fundamentada. Conhecido e não provido.

Voto

TC-000105/014/09

Em que pese o esforço despendido pelo recorrente, as razões recursais não merecem prosperar.

O objeto do contrato em exame não é o simples patrocínio de causas judiciais, que tem sido considerado legítimo por decisões desta Corte, **mas de assessoria para recuperação de créditos, atividade que deve ser desenvolvida rotineiramente pelo próprio corpo de servidores municipais, e não transferida a terceiros através de contrato administrativo.**

Não há escusas para a administração pública se socorrer do mercado para a contratação de serviços de alçada da própria administração, como o de recuperação de créditos.

Inclusive, conforme já destacado na decisão recorrida, pode-se aplicar, por analogia, o entendimento contido na Súmula nº 13 deste Tribunal, que condena a contratação de terceiros, pelas Prefeituras, para revisão das Declarações para o Índice de Participação dos Municípios, uma vez que esta deve ser feita pelos servidores públicos locais.

Nesse sentido, bastante esclarecedor o voto já citado pela SDG à fl. 319 dos autos, proferido no TC-31.627/026/10 pelo e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues em sede de exame prévio de edital e acolhido pelo Tribunal Pleno na sessão de 8/12/10, cujo trecho de interesse segue transcrito:

“Igualmente inaceitável a pretensão de se transferir a particulares (...) atividades inerentes à Administração Pública, a serem desenvolvidas direta e rotineiramente por servidores municipais.

Pretende a Administração de Laranjal Paulista (...) o „recolhimento de ISSQN das instituições financeiras que prestam serviços no Município (...) e o levantamento e qualificação de valores junto às instituições financeiras e prestadoras de serviços, a título de restituição administrativa e judicial do ISSQN devido”.

A rotineira apuração e posterior arrecadação de créditos fiscais (ISSQN), nas esferas administrativa e judicial, devem ser habitual e permanentemente realizadas pela Administração municipal, que deverá valer-se, para tanto, de seu quadro de servidores.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Do mesmo modo a atividade descrita no Anexo IV, pleiteando o „levantamento revisional das retenções efetuadas pelo INSS na cota do FPM do município visando à cessação da retenção de tais valores efetuados pelo INSS bem com a devolução dos valores retidos indevidamente a tal título”.

Este caso assemelha-se à contratação de terceiros para revisão das DIPAMS (...), há tempos recusada por esta Corte e responsável pela edição da Súmula 13, determinando que a referida revisão seja feita por servidores públicos locais, valendo-se do auxílio da Secretaria Estadual da Fazenda.”

Há que se considerar, ademais, o dever de sigilo a que se sujeitam todos os agentes que manejam documentos fiscais, consoante o artigo 198, do Código Tributário Nacional:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, **é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.**

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

Nesse diapasão, ensina Ricardo Alexandre⁸⁹:

Consoante analisado, **as autoridades fiscais, no exercício de suas elevadas atribuições, têm acesso a informações privilegiadas sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.**

A contrapartida ao conhecimento das informações é o dever de mantê-las em sigilo, sob pena de responsabilização administrativa, cível e criminal. (grifos da IT)

Porém, mais do que um dever do agente, o sigilo fiscal encerra uma garantia constitucional, sobre a qual se perderá totalmente o controle e o

89 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. – 7 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; 2013; p. 512.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

respeito, se se permitir que terceiros, completamente estranhos à Administração, e movidos por interesses particulares, quase sempre econômicos, tenham acesso a esses dados.

Especificamente no que concerne às Declarações de Operações Tributáveis (DOT's), que constituem o cerne da Orientação Técnica nº 01/1997 deste Tribunal, temos a acrescentar:

Consoante o artigo 155, inciso II, da Carta Magna, cabe aos Estados e ao Distrito Federal a instituição do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.

Conquanto detenha a titularidade sobre o referido tributo, em razão do modelo constitucional adotado em nosso ordenamento, parte da receita do ICMS auferida pelo Estado deve ser destinada aos Municípios, nos termos do artigo 158, inciso IV, abaixo transcrito:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

(...)

IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

É a chamada repartição tributária, pela qual os entes federados “maiores” entregam parcela da receita arrecadada aos entes “menores”, no intuito de tornar realizável a autonomia financeira apregoada constitucionalmente e essencial ao Federalismo.

Esclarece Ricardo Alexandre⁹⁰ sobre a matéria que:

Para atingir a autonomia financeira necessária à efetividade do poder de auto-organização e normatização, autogoverno e autoadministração, o legislador constituinte brasileiro se utilizou de duas técnicas de repartição de renda: a atribuição de competência tributária própria (discriminação por fonte) e a participação dos entes menores na receita arrecadada pelos entes maiores (discriminação por produto).

No caso do ICMS, a apuração desse quantum devido aos Municípios, cujo cálculo compõe o chamado Índice de Participação Municipal (IPM), se dá segundo os critérios definidos, de forma geral, nos artigos 158, parágrafo único, incisos I e II, e 161, da CF/88, in verbis:

Art. 158. (...)

(...)

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

⁹⁰ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. – 7 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; 2013; p. 638.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

.....
Art. 161. Cabe à lei complementar:

I – definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I;

A Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, alterada pelas Leis Complementares nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e nº 157, de 29 de dezembro de 2016, que define os critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, estatui, em seu artigo 3º, que:

Art. 3º. (...)

(...)

§ 1º. O valor adicionado corresponderá, para cada Município:

I – ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido do valor das mercadorias entradas, em cada ano civil;

II – nas hipóteses de tributação simplificada a que se refere o parágrafo único do art. 146 da Constituição Federal, e, em outras situações, em que se dispensem os controles de entrada, considerar-se-á como valor adicionado o percentual de 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta.

§ 1º-A. Na hipótese de pessoa jurídica promover saídas de mercadorias por estabelecimento diverso daquele no qual as transações comerciais são realizadas, excluídas as transações comerciais não presenciais, o valor adicionado deverá ser computado em favor do Município onde ocorreu a transação comercial, desde que ambos os estabelecimentos estejam localizados no mesmo Estado ou no Distrito Federal.

§ 1º-B. No caso do disposto no § 1º-A deste artigo, deverá constar no documento fiscal correspondente a identificação do estabelecimento no qual a transação comercial foi realizada.

§ 2º Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:

I - as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais;

II - as operações imunes do imposto, conforme as [alíneas a e b do inciso X do § 2º do art. 155](#), e a [alínea d do inciso VI do art. 150, da Constituição Federal](#).

§ 3º O Estado apurará a relação percentual entre o valor adicionado em cada Município e o valor total do Estado, devendo este índice ser aplicado para a entrega das parcelas dos Municípios a partir do primeiro dia do ano imediatamente seguinte ao da apuração.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

§ 4º O índice referido no parágrafo anterior corresponderá à média dos índices apurados nos dois anos civis imediatamente anteriores ao da apuração.

§ 5º Os Prefeitos Municipais, as associações de Municípios e seus representantes terão livre acesso às informações e documentos utilizados pelos Estados no cálculo do valor adicionado, sendo vedado, a estes, omitir quaisquer dados ou critérios, ou dificultar ou impedir aqueles no acompanhamento dos cálculos.

§ 6º Para efeito de entrega das parcelas de um determinado ano, o Estado fará publicar, no seu órgão oficial, até o dia 30 de junho do ano da apuração, o valor adicionado em cada Município, além dos índices percentuais referidos nos §§ 3º e 4º deste artigo.

§ 7º Os Prefeitos Municipais e as associações de Municípios, ou seus representantes, poderão impugnar, no prazo de 30 (trinta) dias corridos contados da sua publicação, os dados e os índices de que trata o parágrafo anterior, sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis.

§ 8º No prazo de 60 (sessenta) dias corridos, contados da data da primeira publicação, os Estados deverão julgar e publicar as impugnações mencionadas no parágrafo anterior, bem como os índices definidos de cada Município.

(...)

No Estado do Espírito Santo, a matéria vem disciplinada na Lei nº 4.288, de 29 de novembro de 1989, com as alterações promovidas pelas Leis nºs 4.495/90, 5.344/96, 5.399/97 e 8.099/2005, da seguinte forma:

Art. 1º - o índice de participação de cada Município na parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do imposto do Estado, sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS reservado aos Municípios, consoante o estabelecimento no inciso IV do art. 158 da Constituição Federal, será obtido na forma prevista nos incisos I e II do parágrafo único do referido artigo, obedecidos os seguintes critérios:

I – três quartos, com base na relação percentual, entre o valor adicionado nas apurações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços realizados em cada Município e o valor total adicionado no Estado, apurados segundo o disposto na Lei Complementar Federal nº 63, de 12 de janeiro de 1990;

II – um quarto, com base na relação percentual entre:

a) a área do Município e do Estado, em quilômetros quadrados, no último dia do ano civil a que se refere a apuração, informadas pelo Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Espírito Santo - IDAF, vinculado à Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca - SEAG, com peso de 4,9 (quatro vírgula nove);

b) o número de propriedades rurais cadastradas no Município e o das cadastradas no Estado no último dia do ano civil a que se refere à apuração informada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, com peso 6,8 (seis vírgula oito);

c) a participação de cada Município na comercialização de produtos agrícolas e hortigranjeiros e o somatório dessa participação, com



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

base no biênio imediatamente anterior ao ano da apuração, informados pela Gerência de Arrecadação e Informática - GEARI, da Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ, com peso 5,8 (cinco vírgula oito);

d) Divisão proporcional em relação ao Valor Adicionado Fiscal (VAF) definitivo publicado no Diário Oficial, com peso 07 (sete), na seguinte forma:

1 - Meio por cento dividido igualmente entre os 10 (dez) maiores classificados pelo Valor Adicional Fiscal (VAF) que estejam enquadrados na condição de gestão mais avançada do Sistema Municipal de Saúde, de acordo com a norma operacional básica do Sistema Único de Saúde - SUS, vigente no período de apuração, informada pela Secretaria de Estado da Saúde - SESA, com base no primeiro semestre do ano em curso da apuração.

2 - Seis e meio por cento divididos entre os demais Municípios, conforme os seguintes critérios:

2.1 - Dois e meio por cento igualmente entre os Municípios que estejam enquadrados na condição de gestão mais avançada do Sistema Municipal de Saúde, de acordo com a norma operacional básica do SUS, vigente no período da apuração, informada pela Secretaria de Estado da Saúde, com base no primeiro semestre do ano em curso da apuração;

2.2 - Três por cento com base na relação percentual entre o gasto com saúde pública e saneamento básico no gasto total do Município, e o somatório dessa participação com base no balanço do Município referente ao último exercício financeiro, informado pelo Tribunal de Contas do Estado;

2.3 - Um por cento igualmente entre os Municípios participantes do consórcio para prestação de serviços de saúde, referendados pela Comissão Intergestora Bipartite do Estado e publicados através de resolução no Diário Oficial, com base no primeiro semestre do ano em curso da apuração.

O cálculo do IPM, portanto, envolve a apuração de vários indicadores, sendo o mais relevante o Valor Adicionado Fiscal, que representa 75% da composição desse índice.

Entram no cômputo do VAF o percentual de 32% da receita bruta das empresas optantes pelo Simples Nacional, bem como o Valor Adicionado das demais empresas contribuintes, apurado a partir das informações constantes da Declaração de Operações Tributáveis – DOT.

O Valor Adicionado, sob o ponto de vista econômico, representa a riqueza gerada por uma empresa, a partir da diferença entre as entradas e saídas de mercadorias e serviços, em cada ano civil.

Tal movimentação é registrada na Declaração de Operações Tributáveis – DOT, que constitui documento de informação econômico-fiscal, de apresentação obrigatória pelos estabelecimentos inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS, que não sejam optantes pelo Simples Nacional, indicando os totais de entradas e saídas de mercadorias e serviços por exercício, e o valor adicionado, com vistas à definição, juntamente com os demais indicadores já referidos, do IPM relativo àquele imposto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Nos termos do artigo 762 do Regulamento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação no Estado do Espírito Santo (Decreto nº 1.090-R, de 25 de outubro de 2002, com as alterações posteriores), “os estabelecimentos inscritos no cadastro de contribuintes do imposto ficam obrigados a entregar a Declaração de Operações Tributáveis – DOT –, até o último dia do mês de maio do ano subsequente”.

E acrescenta, ainda, o artigo 763, caput, e § 1º, da mesma norma que:

Art. 763. As informações sobre as operações e prestações deverão compreender o período entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de cada ano.

§ 1º. A DOT deverá ser entregue pelo contabilista responsável pela escrituração fiscal do estabelecimento e é devida, mesmo nos períodos de apuração em que não tenham sido realizadas quaisquer operações ou prestações.

Sendo o ICMS um imposto de competência do Estado, sua fiscalização cabe à Secretaria Estadual da Fazenda (SEFAZ-ES), cujas atribuições estão descritas no artigo 1º, da Lei Complementar nº 225, de 08 de janeiro de 2002, in verbis:

Art. 1º. A Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ, de natureza instrumental, é o órgão central do sistema fazendário, em seus aspectos financeiro, contábil e tributário, e tem como âmbito de ação a avaliação permanente da economia do Estado visando a formulação e execução das políticas econômica, tributária, fiscal, financeira e contábil do Estado; **a arrecadação dos tributos e o controle dos créditos tributários**; a inscrição e controle da dívida ativa e a promoção de sua cobrança através do órgão estadual competente; a orientação aos contribuintes nas suas relações com o Estado; a promoção de programas de conscientização do cidadão do papel social dos tributos; a contabilidade geral e a administração financeira relativamente às Secretarias de Estado, órgãos de mesmo nível hierárquico e às entidades autárquicas, nos limites de sua competência; a auditoria financeira-contábil; a análise da conveniência da criação e extinção dos fundos especiais; a defesa dos capitais do Estado e a custódia das ações e títulos de propriedade e posse do Governo; a execução do Orçamento Geral do Estado pelo desembolso programado dos recursos financeiros alocados aos órgãos governamentais, divulgação de atos de interesse do Estado; o controle de investimentos, da dívida pública e da capacidade de endividamento e o controle e a orientação aos órgãos e entidades vinculados à Pasta na forma da legislação em vigor. (grifamos)

No mesmo sentido, preceituam os artigos 799 a 803 do RICMS (Decreto nº 1.090-R/2002):

Art. 799. A fiscalização do imposto compete, **privativamente**, aos Agentes de Tributos Estaduais que, no exercício de suas atribuições, **deverão exhibir, ao sujeito passivo, documento de identidade funcional fornecido pela SEFAZ.**

Parágrafo único. A SEFAZ e seus Agentes de Tributos Estaduais, dentro de sua área de competência e jurisdição, terão precedência sobre os demais setores da Administração Pública.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Art. 800. A fiscalização será exercida sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, que estiverem obrigadas ao cumprimento de disposições da legislação de regência do imposto e sobre as que gozarem de imunidade ou de isenção.

§ 1.º As pessoas referidas neste artigo exibirão e entregarão aos agentes fiscalizadores, sempre que exigidos, os produtos, os livros das escritas, fiscal e geral, e todos os documentos, em uso ou já arquivados, que forem julgados necessários à fiscalização, e lhes franquearão os seus estabelecimentos, depósitos, dependências e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

§ 2.º A entrada dos agentes fiscalizadores nos estabelecimentos a que se refere o § 1.º e o acesso às suas dependências internas não estarão sujeitos a formalidade diversa da pura, simples e imediata identificação do agente, pela apresentação de sua identidade funcional aos encarregados diretos e presentes ao local de entrada.

Art. 801. O contribuinte entregará ao Fisco, quando exigidos, no prazo de três dias úteis, contados da data da exigência, livros, documentos, arquivos, papéis e efeitos comerciais e fiscais.

Art. 802. Dos exames da escrita e das diligências a que procederem, os agentes fiscalizadores lavrarão, além do auto de infração e da notificação de débito, se couber, termo circunstanciado, em que consignarão, inclusive, o período fiscalizado, os livros e os documentos examinados e quaisquer outras informações de interesse da fiscalização.

Art. 803. Quando vítima de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando seja necessária a efetivação de medida acautelatória de interesse do Fisco, ainda que não se configure fato definido em lei como crime de sonegação fiscal ou contra a ordem tributária, os Agentes de Tributos Estaduais, diretamente ou por intermédio da repartição a que pertencerem, poderão requisitar o auxílio da força pública estadual.

Ademais, a Lei Complementar nº 737, de 27 de dezembro de 2013, alterada pela Lei Complementar nº 807, de 03 de setembro de 2015, que dispõe sobre a organização da carreira de Auditor Fiscal da Receita Estadual, assim estabelece:

Art. 5º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor Fiscal da Receita Estadual, no exercício da sua competência, observado o disposto no artigo 6º:

I - em caráter privativo:

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e o crédito decorrente de receita não tributária proveniente da exploração de recursos hídricos e minerais, inclusive petróleo e gás natural;

b) fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias e não tributárias;

c) elaborar parecer e proferir, na forma da legislação aplicável:

1. decisão em processo administrativo-fiscal no julgamento de primeira instância; e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

2. decisão em processos de restituição de tributos e de reconhecimento de benefícios fiscais, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

d) orientar o sujeito passivo no tocante à aplicação da legislação tributária e não tributária, por intermédio de atos normativos e solução de consultas;

e) requisitar informações relacionadas a bens, direitos, negócios ou atividades de pessoas e entidades legalmente obrigadas;

f) coordenar, orientar e controlar as atividades dos agentes arrecadadores de receita estadual;

g) atuar como perito em processo administrativo-fiscal e como assistente técnico em perícia judicial relativa à receita estadual tributária e não tributária;

h) executar atividades de inteligência fiscal;

i) representar a Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ em atividades no âmbito da Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS; e

j) exercer o controle interno e auditar as atividades de tributação, arrecadação e fiscalização;

II - em caráter não privativo:

a) administrar o cadastro e a arrecadação das receitas estaduais;

b) administrar as atividades de tecnologia da informação em todas as suas áreas de atuação, inclusive as relativas ao desenvolvimento de sistemas, infraestrutura e operações, comunicação, prospecção tecnológica, gestão de projetos, bem como, segurança da informação;

c) planejar, elaborar, executar e administrar projetos no âmbito da Administração Tributária;

d) realizar estudos e desenvolver projetos de pesquisas;

e) analisar o comportamento das receitas tributárias e não tributárias, objetivando subsidiar as ações fiscais;

f) elaborar e proferir, na forma da legislação aplicável, decisão em processo administrativo-fiscal no julgamento de segunda instância;

g) assessorar o Secretário de Estado da Fazenda e o Subsecretário de Estado da Receita;

h) elaborar textos de atos normativos relativos à receita estadual tributária e não tributária; e

i) as demais atividades inerentes à competência da Subsecretaria de Estado da Receita.

Parágrafo único. O disposto no inciso I, "c", 2, deste artigo, na parte que se refere a processos de restituição de tributos, não se aplica às taxas cobradas em razão do exercício regular do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, por órgãos da administração direta, autárquica ou fundacional deste Estado.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Art. 6º Compete ao Auditor Fiscal da Receita Estadual:

- I - Nível AFRE, as atribuições previstas no artigo 5º, I, “a” a “f” e II;
- II - Nível AFRE-I, as atribuições previstas no artigo 5º, I, “a” a “h” e II;
- III - Nível AFRE-II, as atribuições previstas no artigo 5º, I, “a” a “i” e II;
e
- IV - Nível AFRE-III, as atribuições previstas no artigo 5º, I, “a” a “j” e II.

Art. 7º A Carreira de Auditor Fiscal da Receita Estadual inicia-se no nível AFRE seguindo até o nível AFRE-III.

Em razão da repercussão que uma eficiente arrecadação do ICMS causa na “saúde” financeira dos Municípios, permite a Carta Constitucional que os referidos entes públicos acompanhem o cálculo realizado pelos agentes fiscalizadores estaduais para a definição do IPM, senão vejamos:

Art. 161. Cabe à lei complementar:

(...)

III – dispor sobre o acompanhamento, pelos beneficiários, do cálculo das quotas e da liberação das participações previstas nos arts. 157, 158 e 159.

Nesse sentido, preceitua também o artigo 6º, da Lei Complementar nº 63/90:

Art. 6º Os Municípios poderão verificar os documentos fiscais que, nos termos da lei federal ou estadual, devam acompanhar as mercadorias, em operações de que participem produtores, indústrias e comerciantes estabelecidos em seus territórios; apurada qualquer irregularidade, **os agentes municipais** deverão comunicá-la à repartição estadual incumbida do cálculo do índice de que tratam os §§ 3º e 4º do art. 3º desta Lei Complementar, assim como à autoridade competente.

§ 1º Sem prejuízo do cumprimento de outras obrigações a que estiverem sujeitos por lei federal ou estadual, os produtores serão obrigados, quando solicitados, a informar, **às autoridades municipais**, o valor e o destino das mercadorias que tiverem produzido.

§ 2º Fica vedado aos Municípios apreender mercadorias ou documentos, impor penalidade ou cobrar quaisquer taxas ou emolumentos em razão da verificação de que trata este artigo.

§ 3º Sempre que solicitado pelos Municípios, ficam os Estados obrigados a autorizá-lo a promover a verificação de que tratam o caput e o § 1º deste artigo, em estabelecimentos situados fora de seus territórios.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não prejudica a celebração, entre os Estados e seus Municípios e entre estes, de convênios para assistência mútua na fiscalização dos tributos e permuta de informações. (grifos da IT)

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

integrantes do quadro permanente da Administração Municipal, que a farão de forma complementar.

Até porque esse trabalho acarreta a provocação do órgão fiscalizador estadual sobre algum equívoco ou lapso na sua função primária de fiscalizar o tributo. E permitir que o particular, alheio às responsabilidades próprias do exercício da função pública e sem nenhum comprometimento com o interesse da sociedade, realize esse serviço, pretendendo conduzir o modus operandi de outro ente da Federação, é arruinar de vez o sistema organizacional previsto na Carta Constitucional.

Por todo o exposto, não encontra amparo legal o cometimento da função de revisar as DOT's a terceiros, não ocupantes de cargos efetivos na Administração Municipal.

Apenas para reforçar o entendimento já construído, reproduzimos a Súmula nº 13 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que, cuidando do tema, assim estatuiu:

SÚMULA Nº 13 - Não é lícita a contratação pelas Prefeituras Municipais de terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, para Revisão das Declarações para o Índice de Participação dos Municípios - DIPAMS, a qual deve ser feita por servidores públicos locais, valendo-se do auxílio da Secretaria Estadual da Fazenda.

Ressalte-se, por fim, que a função de revisar as DOT's não requer conhecimentos especializados a ponto de não poder ser realizada por servidores, se não capacitados em razão da própria seleção pública, capacitados posteriormente por meio de cursos e orientação.

Merece menção, aqui, que a SEFAZ-ES disponibiliza, em seu site, amplo acesso às normas e informações relativas ao cálculo do IPM, além de mecanismos de consulta e saneamento de dúvidas, à disposição dos Municípios, conforme notícia a seguir reproduzida:

Acompanhamento mais fácil

A partir da publicação do IPM provisório para 2012, o acompanhamento da apuração do IPM ficará mais fácil para as 78 prefeituras do Espírito Santo. A Sefaz passa a disponibilizar em seu site - www.sefaz.es.gov.br - as informações relativas ao cálculo do índice - a consulta deve ser feita na área Arrecadação.

(...)

A novidade se torna possível graças ao esforço concentrado da Área de Apuração de IPM da Gerência de Arrecadação e Cadastro e dos desenvolvedores de sistemas da Gerência de Tecnologia da Informação da Sefaz. No site, as prefeituras poderão acessar os relatórios relativos ao IPM que antes eram impressos e retirados no prédio central da Fazenda, em Vitória.

Esses relatórios têm grande importância para as prefeituras na avaliação de seus índices e, caso necessário, serão utilizados na solicitação de revisão à Sefaz.

Na internet, também passarão a ser disponibilizadas informações sobre os recursos municipais, valor adicionado fiscal (VAF) referente a ação fiscal e operações de transporte prestadas por transportadores autônomos e empresas transportadoras de outros Estados, bem como relação de empresas usuárias de Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) cujas operações de aquisição de produção rural são



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

inseridas pela Sefaz no Sistema e Controle das Operações de Produtor Rural (Sicop) para compor o VAF agrícola dos municípios.

A disponibilização das informações na internet vem acompanhada de toda a legislação federal e estadual pertinente ao IPM, com ênfase à Portaria 11-R, publicada no Diário Oficial no dia 19 de agosto deste ano. A portaria define as normas para apuração do IPM, assim como as regras para preenchimento e transmissão da Declaração de Operações Tributáveis (DOT) e para operacionalização do Sistema de Controle das Operações de Produtor Rural (Sicop).

(...) **"O que mudou é que agora elas estão disponíveis para consulta no site da Sefaz. Dessa forma, o acesso fica mais fácil e ágil para os servidores das Secretarias de Finanças dos municípios e o processo fica mais claro às prefeituras".**

No dia 4 de julho, a novidade foi apresentada a secretários de Finanças e técnicos das prefeituras municipais, em evento realizado pela Sefaz no auditório do Banestes. Na ocasião, eles puderam tirar dúvidas a respeito da apuração do IPM e sugerir modificações na portaria.

Além de todo esse aparato, vários eventos de capacitação e orientação sobre o tema vêm sendo realizados pela SEFAZ-ES, inclusive nas dependências desta Corte de Contas, conforme se depreende das veiculações abaixo:

Fazenda orienta municípios a receber maior repasse de ICMS

20/08/2013- Palavras-chave: ipm; icms; receita estadual

Todos os anos, o Estado reparte entre os 78 municípios capixabas 25% da arrecadação de ICMS, imposto que em muitos casos representa a maior receita das prefeituras. Tendo em vista a importância desse repasse, a Secretaria de Estado da Fazenda (Sefaz) promove nesta quarta-feira (21) um encontro com prefeitos e secretários de Finanças de todo o Estado, a fim de orientá-los sobre como aumentar a participação na divisão do imposto.

O evento está marcado para as 14 horas no Tribunal de Contas do Estado, na Enseada do Suá. (...) Foram convidados prefeitos e secretários dos 78 municípios.

(...) serão abordados assuntos como mecanismos para os municípios aumentarem o Valor Adicionado Fiscal (VAF), uma das bases para o cálculo da divisão do ICMS; **como é feita a conferência das Declarações de Operações Tributáveis (DOT)**; e o incentivo à apresentação correta da documentação junto aos contribuintes e à formalização das empresas. (<http://internet.sefaz.es.gov.br/informacoes/noticias.php?id=1574>)

Receita Estadual faz palestras sobre IPM

15/04/2014- Palavras-chave: IPM; Receita Estadual

A Receita Estadual vem realizando uma série de palestras a fim de orientar os municípios capixabas sobre como atuar junto aos contribuintes com vistas à apuração do IPM. Nesta quarta-feira (16), auditores da Gerência de Arrecadação e Cadastro (Gearc) da



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Secretaria de Estado da Fazenda (Sefaz) irão falar para representantes de 14 municípios da Região Metropolitana e arredores a partir das 8h30, no auditório da Subgerência Fiscal Metropolitana (Sufis-M), na Glória, em Vila Velha. Os encontros já foram realizados este mês em Colatina, Linhares e Cachoeiro, abrangendo as cidades das regiões Noroeste, Nordeste e Sul.

O Estado divide com as 78 prefeituras um quarto do total de ICMS arrecadado, conforme o Índice de Participação dos Municípios (IPM). (...)

“É muito importante que as prefeituras enviem seus representantes. Nesses encontros, abordamos temas úteis para o desenvolvimento de ações que irão favorecer o alcance de um maior índice de participação, como os mecanismos para verificação do Valor Adicionado Fiscal (VAF), **como deve ser feita a conferência das Declarações de Operações Tributáveis (DOTs)** e o incentivo à prestação correta da documentação junto aos contribuintes e a importância da formalização das empresas. **Essas palestras de orientação estão sendo realizadas desde o ano passado e a intenção da Secretaria da Fazenda é que os municípios vejam resultados já na apuração deste ano, cujo índice será aplicado em 2015**”.

(<http://internet.sefaz.es.gov.br/informacoes/noticias.php?id=1681>)

Ademais, há uma Recomendação (nº 001/2013 - Procedimento Preparatório nº 024.12.13.127096-5) do Ministério Público Estadual, dirigida ao Município de Vitória, e consubstanciada, inclusive, em manifestação técnica desta Corte de Contas sobre o Município da Serra, entendendo pela **ilegalidade** da contratação de empresa terceirizada para revisar as DOT's, senão vejamos:

CONSIDERANDO que os Municípios, ao exercerem seu poder acompanhamento e fiscalização das receitas tributárias, deverão fazê-lo através de servidores públicos, nos termos do artigo 6º da Lei Complementar Federal nº 63/90;

CONSIDERANDO que a competência para proceder à revisão das Declarações de Operações Tributáveis (DOT's) é da autoridade administrativa, segundo artigo 149 do CTN;

CONSIDERANDO que a Prefeitura Municipal de Vitória/ES publicou o edital de Tomada de Preços n. 01/2013, do tipo Técnica e Preço, visando a “contratação de empresa especializada em prestação de serviços de auditoria fiscal/tributária para análise das declarações de obrigações tributárias (DOT's), necessárias à apuração do índice de participação do Município de Vitória/ES, no produto da arrecadação do ICMS para o exercício de 2014, além da preparação das DOT's dos contribuintes omissos e demais serviços pertinentes”;

(...)

CONSIDERANDO que o comando constitucional contido no art. 37, inciso II, CF/88, somente permite à Administração Pública a terceirização lícita de atividades que não envolvam serviços essenciais do Órgão ou Entidade, sendo ilícito qualquer outro tipo de terceirização que fuja ao escopo desta prerrogativa;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

CONSIDERANDO as orientações unânimes do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Acórdão 71/2003 – Plenário), TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (Súmula nº 13) e do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (item 5.2 do RELATÓRIO DE AUDITORIA Nº RA-O 75/2012) sobre o tema;

(...)

RECOMENDA:

(...)

1 – a imediata atuação, dentro de suas esferas de competência, com vista a obstar/anular os efeitos do **Edital de Tomada de Preços n. 001/2013**, em razão de fortíssimos indícios de sua ilegalidade.

No que concerne à economicidade, in abstrato, a alegação de que a contratação de empresas de consultoria/assessoria pelos Municípios no trabalho de revisar as DOT's eleva a fatia daqueles no IPM não é suficiente para justificar o cometimento dessa função, essencial e própria da Administração, ao particular, por todos os motivos já expostos.

A se pensar assim, justificar-se-ia a ingerência de particulares, contratados pelos entes federados beneficiários, em todos os casos de repartição tributária, direta ou por fundo participativo (IR, IPVA, IPI, etc.), com o pretexto de elevar a arrecadação, o que não possui qualquer sintonia com o ordenamento pátrio.

Aliás, o mesmo raciocínio pode ser aplicado em qualquer caso de terceirização de atividades próprias de Estado e finalísticas do ente: não se pode abrir mão das suas funções primordiais com a justificativa de que são melhor exercidas pelo particular.

Basta imaginar a União contratando empresas privadas para “revisar” as declarações de imposto de renda prestadas pelos contribuintes, com o objetivo de otimizar a identificação de possíveis equívocos ou sonegação e, com isso, aumentar a arrecadação, devassando a vida financeira de todos os cidadãos. Ou, ainda, os Tribunais de Contas “dividindo” a realização das suas auditorias com a Deloitte ou a PricewaterhouseCoopers, por exemplo, a fim de ampliar o número de fiscalizados e, dessa forma, ser mais eficiente. Tudo isso no lugar de incentivar e valorizar os seus próprios servidores e aparelhar melhor a sua estrutura. Seria a derrocada de todos os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, especialmente o da continuidade do serviço público.

Do exposto, temos a responder, quanto a **item 1** deste Incidente de Prejudicado, pela impossibilidade de contratação de assessorias/consultorias de empresa privada para a recuperação administrativa ou judicial de créditos tributários, por constituir terceirização de atividade típica e essencial da Administração Pública, a ser realizada por servidores efetivos, aprovados no respectivo concurso público, e em atenção à garantia constitucional do sigilo fiscal. Nesse sentido, entendemos por prejudicado o questionamento sobre a admissibilidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação.

Da mesma forma, em razão do posicionamento adotado no item 1, resta prejudicado o quesito constante do **item 2**, qual seja, possibilidade de a Administração Pública firmar contrato de êxito para



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

a recuperação de créditos e, em caso positivo, admissibilidade da estipulação do pagamento em percentual da receita auferida, seja tributária ou não tributária.

No que concerne ao **item 3**, que trata da eficácia geral da Orientação Técnica nº 01/1997 e, sendo essa aplicável, da necessidade de atualização de seu conteúdo, temos a esclarecer:

A OT nº 01/97 foi elaborada pelo NOR (Núcleo de Orientação Técnica e Recursos), existente à época, cujas atribuições, atualmente, são exercidas por esta Secretaria.

O referido instrumento teve por objeto “o exame da cláusula que diz respeito à remuneração, constante da minuta do contrato de auditoria das DOT's da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim”, e consistiu no seguinte:

ORIENTAÇÃO TÉCNICA

Assunto: **Análise sobre a cláusula “Remuneração” constante da minuta do contrato de auditoria das Declarações de Operações Tributárias – DOT's – referente à Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim.**

Em cumprimento à determinação da Exma. Sra. Presidente desta Egrégia Corte de Contas, por força do que ficou decidido em reunião realizada em 27/8/97, no Gabinete de Sua Excelência, estamos elaborando a presente Orientação Técnica, cujo objeto versa sobre o exame da cláusula que diz respeito à remuneração, constante da minuta do contrato de auditoria das DOT's da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim.

Com vistas a estabelecer critérios para a fixação do índice de participação de cada município, preceitua o inciso I, parágrafo único, art. 158 da Constituição Federal que, para tanto, três quartos, no mínimo na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias; e um quarto, de acordo com critério estabelecido em lei estadual.

Objetivando colher informações para efetuar o referido cálculo, foram criadas as DOT's – Declaração de Operações Tributárias. Estes documentos são enviados pelo Estado aos municípios para lá serem preenchidos pelos contribuintes. Após, são remetidos ao Órgão Estadual competente, servindo de base para se calcular a parcela referente a transferência de impostos (ICMS) do Estado para o Município.

Tendo em vista a possibilidade de serem as DOT's preenchidas de forma incorreta, as Prefeituras passaram a contratar firmas de auditoria privada, para proceder a revisão de tais documentos.

No caso da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, consta da cláusula segunda constante da minuta do contrato, como critério de remuneração a “proporção de 0,6% (seis décimos por cento) sobre os valores que forem apurados a maior no Valor Adicionado pela contratada” (item 2.1).

Reza ainda que “o valor a título da remuneração dos serviços (honorários) serão devidos se apurado aumento no Valor Adicionado Definitivo em relação ao Valor Adicionado Provisório do Município em função exclusiva dos trabalhos realizados” (item 2.2)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

E o item 2.3 prescreve que “A remuneração será fixada sobre o incremento do valor adicionado apurado e não estará vinculada à arrecadação do ICMS...”.

Conforme transcrição supra, o critério de remuneração ali utilizado tem como base de cálculo apenas a diferença entre o valor adicionado provisório e o valor adicionado definitivo, sobre a qual (diferença) incidirá a cifra de 0,6% (seis décimos por cento).

Não há, na espécie, é importante ressaltar, incidência do aludido percentual sobre a receita (ICMS) ou de sua incrementação.

Com efeito, o valor adicionado previsto no inciso I, Parágrafo único, art. 158 da Constituição Federal, utilizado como critério para cálculo do índice de participação dos municípios, não se confunde com receita (ICMS, no caso).

De acordo com o disposto no § 1º, art. 3º da Lei Complementar Federal 63/90, “o valor adicionado corresponderá, para cada município, ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil”.

Em outras palavras, podemos dizer que, basicamente, o valor adicionado consiste no cálculo que é efetuado tendo como elemento ou componente o valor das operações referentes às entradas e saídas de mercadorias, bem como do valor das prestações de serviços, realizados por determinada empresa durante o ano civil.

Portanto, conforme posta a redação da referida cláusula, não há que se falar em vinculação de imposto (vedação do art. 167, inciso IV, Constituição Federal), quando fixa o critério de remuneração da pretensa contratada com base na incidência de 0,6% (seis décimos por cento) sobre a diferença entre o valor provisório e o definitivo.

Finalmente, quanto aos municípios que já celebraram contratos em desacordo com o entendimento aqui esposado, sugerimos que se adote o mesmo critério de remuneração constante da minuta do contrato em exame, utilizando-se a mesma redação da cláusula segunda.

De plano, é preciso registrar que a OT nº 01/97 já conta com **20 anos** da sua elaboração e, como se depreende do seu próprio conteúdo, não só foi deflagrada de uma forma anômala em relação aos procedimentos desta Corte (a partir de uma “reunião” no Gabinete da Presidência), como se distanciou de todos os atos provenientes deste Tribunal, tanto à época, sob a vigência da Lei Complementar 32/93, quanto atualmente.

Com efeito, prestar orientação técnica, em nenhum momento, seja em 1997 ou agora, em 2017, pode significar apreciar **cláusula** de um determinado contrato firmado por um Município, a fim de definir, por um instrumento normativo do Tribunal, a sua legalidade. Isso se aproxima da consultoria. Menos ainda se valer desse mesmo instrumento para determinar como deve ser a **redação** de cláusula equivalente (no caso, sobre a remuneração) nos contratos celebrados por outros Municípios.

Vale lembrar que a OT nº 01/97 foi tratada por esta Corte com status de Consulta. De fato, nos termos da Decisão TC 1932/97, adiante reproduzida, a aprovação da referida orientação técnica tornou sem efeito o Parecer/Consulta TC-049/97:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

DECISÃO TC-Nº 1932/97

PROCESSO: TC-2658/97

INTERESSADO: PREFEITURA MUNICIPAL DA SERRA

ASSUNTO: CONSULTA

CONSULTA – PREFEITURA MUNICIPAL DA SERRA – TORNAR INSUBSISTENTE O PARECER/CONSULTA TC-049/97.

DECIDE O PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, por unanimidade, em sua 65ª sessão ordinária, **tornar sem efeito o Parecer/Consulta TC-049/97, tendo em vista a aprovação da Orientação Técnica nº 01/97, que regulamenta a matéria.**

Curioso é que o Parecer/Consulta TC-049/97 tinha por ementa:

O empenho, que deve ser por estimativa, será feito no exercício de 1997, correspondendo ao ano que irá ser celebrado o contrato, e desde que haja dotação orçamentária.

Preceituava a LC 32/93, em seu artigo 1º, inciso XVII, que também competia ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo:

XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada pelos titulares dos Três Poderes, ou por outras autoridades, na forma estabelecida no Regimento Interno, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, sendo a resposta à consulta de caráter normativo, e constituindo prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto;

Ora, responder a dúvida sobre a aplicação de dispositivo legal ou regulamentar não é o mesmo que analisar cláusula contratual por instrumento de caráter normativo. Se assim o fosse, o Tribunal desvirtuaria completamente a sua missão de órgão fiscalizador de controle **externo**.

Ademais, como já dito antes, a matéria relativa à contratação de empresa privada para a realização de revisão das Declarações de Operações Tributáveis – DOT's é objeto de Consulta formulada a esta Corte pelo Município de Cariacica no **TC 4007/2013**, que, submetida a esta Secretaria, foi assim concluída:

Por todo o exposto, opina-se, no **mérito**, pela impossibilidade de contratação, pelos Municípios, de consultoria/assessoria de empresa para realizar o serviço de revisão, ou qualquer outro desdobramento da atividade tributária, relativo às Declarações de Operações Tributáveis – DOT's, por constituir terceirização de atividade típica e essencial da Administração Pública, a ser realizada por servidores efetivos, aprovados no respectivo concurso público, e em atenção à garantia constitucional do sigilo fiscal.

A referida Consulta, cuja manifestação desta Secretaria se deu em 2014, ainda não foi apreciada pelo Plenário deste Tribunal, embora já tenha Parecer do Ministério Público de Contas. Vale ressaltar que, dada a identidade com o tema proposto neste Incidente de Prejudicado, foram aqui reproduzidos os argumentos despendidos naquele processo.

Assim, entendemos ser a apreciação da presente peça uma oportunidade para que o Tribunal possa reexaminar a matéria e se valer, nas decisões que porventura venha a tomar nos diversos processos a ela relacionados,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

de um instrumento muito mais atualizado e condizente com os procedimentos desta Corte.

Do exposto, concluímos, quanto ao **item 3**, pela inviabilidade de aplicação da Orientação Técnica nº 01/1997, por carecer de validade jurídica, bem como pela possibilidade de reexame do tema no Incidente de Prejulgado em apelo. (grifo nosso)

Destarte, devido à natureza essencial das funções afetas à estrutura orgânica permanente da Administração Pública, os profissionais responsáveis pela *"prestação de serviços visando a recuperação de créditos"* deveriam ser integrantes do quadro permanente de servidores públicos do Poder Executivo municipal.

Nesse diapasão, registra-se que a relevância de certas atividades públicas não admite que sua prestação esteja sujeita a descontinuidades ou intercorrências. Por isso, impõe-se a criação de cargos de provimento efetivo para albergá-las, preenchidos mediante realização de concurso público de provas, ou de provas e títulos, na forma prevista no inciso II do art. 37 da Carta da República⁹¹.

Escudado nesse sólido embasamento, colacionam-se arestos nos quais o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo reconheceu, à larga, a franca ilegalidade da contratação de serviços de assessoria, com a consequente aplicação de multa aos responsáveis:

ACÓRDÃO	TC-714/2004	
PROCESSO	TC-1410/2004	(APENSOS: TC-355/2004 E TC-908/2004)
INTERESSADO	CÂMARA MUNICIPAL DE BREJETUBA	
ASSUNTO	PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2003	
PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2003 - PRESIDENTE: JOSÉ ADEMIR DE SOUZA - CONTAS IRREGULARES - MULTA.		

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-1410/2004, em que são analisadas as contas da Câmara Municipal de Brejetuba, referentes ao exercício de 2003, de responsabilidade do Presidente, Sr. José Ademir de Souza.

⁹¹ **Art. 37. [...]**

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Considerando a decisão prolatada na ADIN Nr. 1964 (STF) e a deliberação do Plenário desta Corte de Contas, em sessão ordinária de 09/07/2002, lavrada na Ata nº 49/02;

Considerando que a 4ª Controladoria Técnica concluiu pela irregularidade das contas;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia dezessete de agosto de dois mil e quatro, por unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Enivaldo Euzébio dos Anjos, julgar irregulares as contas apresentadas, com base no artigo 59, inciso III, alínea "a", da Lei Complementar nº 32/93, apenando o Sr. José Ademir de Souza com **multa** no valor correspondente a 1500 (mil e quinhentos) VRTE's, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista os seguintes procedimentos:**

1. Gastos com pessoal acima do limite legal - infringência ao artigo 71 da Lei Complementar 101/00;

2. Contratação de Assessoria Jurídica sem proceder a certame licitatório - infração ao artigo 2º da Lei nº 8.666/93;

3. **Contratação de Assistência Jurídica - inobservância ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal;**

4. Contratação de Assessoria Contábil - descumprimento do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, e aos preceitos da Lei nº 4.320/64.

Dispõe o Sr. José Ademir de Souza do prazo de trinta dias, contados na forma estabelecida pela Lei Orgânica deste Tribunal, para interposição de recurso ou recolhimento espontâneo da importância devida, comprovando, neste caso, o procedimento perante este Tribunal.

Acompanham este Acórdão, integrando-o, a Instrução Técnica Conclusiva nº 137/04, da 4ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 3290/04, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o voto do Relator.

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Valci José Ferreira de Souza, Presidente, Enivaldo Euzébio dos Anjos, Relator, Mário Alves Moreira, Dailson Laranja, Marcos Miranda Madureira e Elcy de Souza. Presente, ainda, o Dr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador-Chefe do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 17 de agosto de 2004.

ACÓRDÃO TC-873/2004

PROCESSO TC-909/2004

INTERESSADO PREFEITURA MUNICIPAL DE BREJETUBA

ASSUNTO RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2003

RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2003 - PREFEITO: OLANDINO BELISÁRIO CÔCO - ATOS IRREGULARES - MULTA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-909/2004, que cuida do Relatório de Auditoria, realizada na Prefeitura Municipal de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Brejetuba, referente ao exercício de 2003, de responsabilidade do Prefeito, Sr. Olandino Belisário Côco.

Considerando que é da competência deste Tribunal realizar inspeções e auditorias nos órgãos desta natureza e aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa, as sanções previstas em lei, conforme o disposto no artigo 71, incisos V e IX, da Constituição Estadual;

Considerando que a 4ª Controladoria Técnica concluiu pela irregularidade dos atos de gestão;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia cinco de outubro de dois mil e quatro, por unanimidade, acolhendo o voto do relator, Conselheiro Enivaldo Euzébio dos Anjos, julgar irregulares os atos praticados pelo Sr. Olandino Belisário Côco, frente ao Executivo Municipal, com base no artigo 59, inciso III, da Lei Complementar nº 32/93, apenando-o com **multa** no valor correspondente a 2000 (dois mil) VRTE's, de acordo com o artigo 62 da Lei Complementar nº 32/93, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista os seguintes procedimentos:**

1. Contratação de Assessoria Jurídica e Contábil, por meio de licitação, para desempenho de atividades rotineiras, com descumprimento do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal;

2. Concessão de suprimento de fundos com afronta aos artigos 6º e 11 da Lei Municipal nº 041/1997 e ao artigo 60 da Lei Federal nº 4.320/1964;

3. Despesas com Pessoal acima do limite legal, com violação ao artigo 71 da Lei de Responsabilidade Fiscal;

4. Convênio celebrado pela Prefeitura e a APAE, visando execução dos Programas de Agentes Comunitários da Saúde (PACS) e Programa de Saúde da Família (PSF), caracterizando terceirização de atividade-fim.

Dispõe o Sr. Olandino Belisário Côco do prazo de trinta dias, contados na forma estabelecida pela Lei Orgânica deste Tribunal, para interposição de recurso ou recolhimento espontâneo da importância devida, comprovando, neste caso, o procedimento perante este Tribunal.

Acompanham este Acórdão, integrando-o, a Instrução Técnica Conclusiva nº 147/04, da 4ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 3722/04, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o voto do Relator.

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Elcy de Souza, Vice-Presidente no exercício da Presidência, Enivaldo Euzébio dos Anjos, Relator, Umberto Messias de Souza, Dailson Laranja e Márcia Jaccoud Freitas. Presente, ainda, o Dr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador-Chefe do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 05 de outubro de 2004.

ACÓRDÃO TC-899/2004

PROCESSO TC-2655/2004

INTERESSADO PREFEITURA MUNICIPAL DE GUAÇUI

ASSUNTO RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2003



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

**RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2003 - PREFEITO:
 LUCIANO MANOEL MACHADO - ATOS IRREGULARES - MULTA.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-2655/2004, que cuida do Relatório de Auditoria, realizada na Prefeitura Municipal de Guaçuí, referente ao exercício de 2003, de responsabilidade do Prefeito, Sr. Luciano Manoel Machado.

Considerando que é da competência deste Tribunal realizar inspeções e auditorias nos órgãos desta natureza e aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa, as sanções previstas em lei, conforme o disposto no artigo 71, incisos V e IX, da Constituição Estadual;

Considerando que a 4ª Controladoria Técnica concluiu pela irregularidade dos atos de gestão;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia quatorze de outubro de dois mil e quatro, por unanimidade, acolhendo o voto do relator, Conselheiro Umberto Messias de Souza, julgar irregulares os atos praticados pelo Sr. Luciano Manoel Machado, frente ao Executivo Municipal, com base no artigo 59, inciso III, alínea "a", da Lei Complementar nº 32/93, apenando-o com multa no valor correspondente a 2000 (dois mil) VRTE's, de acordo com o artigo 62 da Lei Complementar nº 32/93, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista os seguintes procedimentos:**

1. Desvio de finalidade na utilização dos recursos do FUNDEF - infringência ao artigo 71, inciso VI, da Lei nº 9394/96;

2. Gastos com ações e serviços públicos de saúde; aplicação deficitária da ordem de R\$ 18.756,12 (dezoito mil, setecentos e cinquenta e seis reais e doze centavos) - não cumprimento da Emenda Constitucional nº 29;

3. Contratação de assessoria jurídica e contábil - inobservância do artigo 37, inciso II da Constituição Federal, o qual exige concurso público para o exercício de atribuições rotineiras;

4. Ausência de licitação na aquisição de passagens aéreas, materiais elétricos, serviços gráficos e aquisição de ração para animais da EMEF Eugênio de Souza Paixão - violação ao artigo 2º da Lei nº 8666/93;

5. Utilização irregular do regime de adiantamento - inobservância da Lei Municipal nº 2415/96 e Resolução 142/97 do TCEES;

6. Prestações de contas bimestrais - descumprimento à Resolução TC-174/2002 - Anexo A, alterada pelo artigo 9º da Resolução TC-181/2002;

7. Improriedade na destinação de recursos públicos ao setor privado - violação do artigo 26 da Lei Complementar 101/00.

Dispõe o Sr. Luciano Manoel Machado do prazo de trinta dias, contados na forma estabelecida pela Lei Orgânica deste Tribunal, para interposição de recurso ou recolhimento espontâneo da importância devida, comprovando, neste caso, o procedimento perante este Tribunal.

Acompanham este Acórdão, integrando-o, a Instrução Técnica Conclusiva nº 158/04, da 4ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 3717/2004, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o voto do Relator.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Valci José Ferreira de Souza, Presidente, Umberto Messias de Souza, Relator, Mário Alves Moreira, Dailson Laranja, Enivaldo Euzébio dos Anjos, Elcy de Souza e Márcia Jaccoud Freitas. Presente, ainda, o Dr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador-Chefe do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 14 de outubro de 2004.

ACÓRDÃO TC-939/2004

PROCESSO TC-1870/2004 (APENSOS: TC-910/2004 E TC-361/2004)

INTERESSADO CÂMARA MUNICIPAL DE GOVERNADOR LINDENBERG

ASSUNTO PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2003

PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2003 - PRESIDENTE: FRANCISCO MAURO FORNACIARI - CONTAS IRREGULARES - MULTA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-1870/2004, em que são analisadas as contas da Câmara Municipal de Governador Lindenberg, referentes ao exercício de 2003, de responsabilidade do Presidente, Sr. Francisco Mauro Fornaciari.

Considerando a decisão prolatada na ADIN Nr. 1964 (STF) e a deliberação do Plenário desta Corte de Contas, em sessão ordinária de 09/07/2002, lavrada na Ata nº 49/02;

Considerando que a 4ª Controladoria Técnica concluiu pela irregularidade das contas;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e um de outubro de dois mil e quatro, por unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Umberto Messias de Souza, julgar irregulares as contas apresentadas, com base no artigo 59, inciso III, alínea "a", da Lei Complementar nº 32/93, apenando o Sr. Francisco Mauro Fornaciari com multa no valor correspondente a 1.000 (mil) VRTE's, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, tendo em vista a contratação de Assessoria Jurídica e Contábil: exigência de concurso público para o exercício de atribuições rotineiras - inobservância do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, bem como, descumprimento da Lei Municipal nº 45/2001.

Dispõe o Sr. Francisco Mauro Fornaciari do prazo de trinta dias, contados na forma estabelecida pela Lei Orgânica deste Tribunal, para interposição de recurso ou recolhimento espontâneo da importância devida, comprovando, neste caso, o procedimento perante este Tribunal.

Acompanham este Acórdão, integrando-o, o Relatório de Análise da Prestação de Contas nº 73/04 e a Instrução Técnica Conclusiva nº 121/04, ambos da 4ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 3056/04, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o voto do Relator.

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Valci José Ferreira de Souza, Presidente, Umberto Messias de Souza, Relator, Mário



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Alves Moreira, Dailson Laranja, Enivaldo Euzébio dos Anjos, Elcy de Souza e Márcia Jaccoud Freitas. Presente, ainda, o Dr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador-Chefe do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 21 de outubro de 2004.

ACÓRDÃO TC-014/2005

PROCESSO TC-3479/2004 (APENSO: TC-4200/2003)
INTERESSADO PREFEITURA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO
ASSUNTO RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2003

RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2003 - PREFEITO: FRANCISCO SAULO BELISÁRIO - ATOS IRREGULARES - MULTA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-3479/2004, que cuida do Relatório de Auditoria, realizada na Prefeitura Municipal de Conceição do Castelo, referente ao exercício de 2003, de responsabilidade do Prefeito, Sr. Francisco Saulo Belisário.

Considerando que é da competência deste Tribunal realizar inspeções e auditorias nos órgãos desta natureza e aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa, as sanções previstas em lei, conforme o disposto no artigo 71, incisos V e IX, da Constituição Estadual;

Considerando que a 6ª Controladoria Técnica concluiu pela irregularidade dos atos de gestão;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia seis de janeiro de dois mil e cinco, por unanimidade, acolhendo o voto do relator, Conselheiro Dailson Laranja, julgar irregulares os atos praticados pelo Sr. Francisco Saulo Belisário, frente ao Executivo Municipal, com base no artigo 59, inciso III, alínea "a", da Lei Complementar nº 32/93, apenando-o com multa no valor correspondente a 3000 (três mil) VRTE's, de acordo com o artigo 62 da Lei Complementar nº 32/93, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista os seguintes procedimentos:**

DO RELATÓRIO DE ADITORIA (PROCESSO TC-3479/2004)

1. Aquisição de combustíveis e lubrificantes para abastecimento e manutenção dos veículos, máquinas e equipamentos da Prefeitura, através da Tomada de Preços nº 01/03 - infringência ao artigo 43, §6º, da Lei 8.666/93;
2. Insuficiência de publicidade em relação às Tomadas de Preço realizadas pela Prefeitura - infringência ao artigo 21, incisos II e III c/c §4º, da Lei 8.666/93;
3. Fracionamento de contratações - infringência ao artigo 2º, da Lei 8.666/93 e ao artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal;
4. Processo de inexigibilidade insuficientemente documentado - infringência ao artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei 8.666/93;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

5. Inobservância de prazo e formalidade em Dispensa de licitação - infringência ao artigo 26, *caput* e parágrafo único, incisos II e III, da Lei 8.666/93;

6. Consultoria e Assessoria Contábil e Jurídica para o desempenho de funções típicas da Administração Pública e constantes de Plano de Cargos e Salários - infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal;

7. Contratação da COOPANESTE/ES para a execução de serviço próprio do Município - infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal e ao artigo 90, inciso II, da Lei Orgânica Municipal;

8. Contratação irregular de médico veterinário - infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal e ao artigo 90, inciso II, da Lei Orgânica Municipal;

DA DENÚNCIA (PROCESSO TC-4200/2003)

9. COOPE - Cooperativa de Transporte Escolar de Conceição do Castelo - concessão de uso de bem público para a realização de empreendimento particular, com desrespeito aos Princípios da Impessoalidade e da Finalidade Pública - infringência ao artigo 37 da Constituição Federal;

10. Utilização de máquinas e caminhões da Prefeitura para execução de serviços particulares - infringência ao artigo 16, inciso VII, da Lei Orgânica Municipal;

11. Desvio de função de servidores públicos - infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal;

Dispõe o Sr. Francisco Saulo Belisário do prazo de trinta dias, contados na forma estabelecida pela Lei Orgânica deste Tribunal, para interposição de recurso ou recolhimento espontâneo da importância devida, comprovando, neste caso, o procedimento perante este Tribunal.

Acompanham este Acórdão, integrando-o, a Instrução Técnica Conclusiva nº 156/2004, da 6ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 4873/04, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o voto do Relator.

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Elcy de Souza, Vice-Presidente no exercício da Presidência, Dailson Laranja, Relator, Mário Alves Moreira, Umberto Messias de Souza e João Luiz Cotta Lovatti. Presente, ainda, o Dr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador-Chefe do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 06 de janeiro de 2005.

ACÓRDÃO TC-039/2005

PROCESSO TC-2766/2004

INTERESSADO PREFEITURA MUNICIPAL DE JERÔNIMO MONTEIRO

ASSUNTO RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2003

RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2003 - PREFEITO: LUIZ GONZAGA RIBEIRO - ATOS IRREGULARES - RESSARCIMENTO - MULTA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-2766/2004, que cuida do Relatório de Auditoria, realizada na Prefeitura



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Municipal de Jerônimo Monteiro, referente ao exercício de 2003, de responsabilidade do Prefeito, Sr. Luiz Gonzaga Ribeiro.

Considerando que é da competência deste Tribunal realizar inspeções e auditorias nos órgãos desta natureza e aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa, as sanções previstas em lei, conforme o disposto no artigo 71, incisos V e IX, da Constituição Estadual;

Considerando que a 6ª Controladoria Técnica concluiu pela irregularidade dos atos de gestão;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia treze de janeiro de dois mil e cinco, por unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Elcy de Souza, julgar irregulares os atos praticados pelo Sr. Luiz Gonzaga Ribeiro, frente ao Executivo Municipal, com base no artigo 59, inciso III, alíneas "a" e "b", da Lei Complementar nº 32/93, apenando-o com **multa** no valor correspondente a 1000 (mil) VRTE's, de acordo com o artigo 62 da Lei Complementar nº 32/93, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista os seguintes procedimentos:**

1. Destinação de recursos públicos ao setor privado, no montante de 50.087,95 VRTE's (cinquenta mil e oitenta e sete VRTE's e noventa e cinco centésimos) - infringência ao artigo 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal e ao artigo 16 da Lei nº 4.320/64;

2. Contratação irregular de empresa para prestar serviços de assessoria jurídica, em substituição a servidores, contrariando o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, bem como os Princípios da Economicidade, Moralidade e Impessoalidade.

ACORDAM, ainda, os Srs. Conselheiros deste Tribunal, na mesma sessão, em condenar o Sr. Luiz Gonzaga Ribeiro a **ressarcir** ao **erário municipal** a importância correspondente a 50.087,95 VRTE's (cinquenta mil e oitenta e sete VRTE's e noventa e cinco centésimos), referente ao item 1, acima descrito.

Dispõe o Sr. Luiz Gonzaga Ribeiro do prazo de trinta dias, contados na forma estabelecida pela Lei Orgânica deste Tribunal, para interposição de recurso ou recolhimento espontâneo da importância devida, comprovando, neste caso, o procedimento perante este Tribunal.

Acompanham este Acórdão, integrando-o, a Instrução Técnica Conclusiva nº 141/04, da 6ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 4609/2004, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o voto do Relator.

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Mário Alves Moreira, no exercício da Presidência, Elcy de Souza, Relator, Umberto Messias de Souza, Dailson Laranja, Marcos Miranda Madureira e João Luiz Cotta Lovatti. Presente, ainda, o Dr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador-Chefe do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 13 de janeiro de 2005.

ACÓRDÃO	TC-635/2005
PROCESSO	TC-1776/2004 (APENSO: TC-3103/2004)
INTERESSADO	CÂMARA MUNICIPAL DE JOÃO NEIVA



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

ASSUNTO PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2003

PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2003 - PRESIDENTE: LUIZ MAZOLINI - CONTAS IRREGULARES - MULTA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-1776/2004, em que são analisadas as contas da Câmara Municipal de João Neiva, referentes ao exercício de 2003, de responsabilidade do Presidente, Sr. Luiz Mazolini.

Considerando a decisão prolatada na ADIN Nr. 1964 (STF) e a deliberação do Plenário desta Corte de Contas, em sessão ordinária de 09/07/2002, lavrada na Ata nº 49/02;

Considerando que a 5ª Controladoria Técnica concluiu pela irregularidade das contas;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia quatro de agosto de dois mil e cinco, por unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Marcos Miranda Madureira, julgar irregulares as contas apresentadas, com base no artigo 59, inciso III, alínea "a", da Lei Complementar nº 32/93, apenando o Sr. Luiz Mazolini com multa no valor correspondente a 500 (quinhentos) VRTE's, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista os seguintes procedimentos:**

1. Ausência de procedimento licitatório para a contratação da empresa E & L Produções de Software Ltda., no valor de R\$ 11.700,00 - violação ao artigo 2º da Lei nº 8666/93;

2. Contratação de assessoria jurídica para execução de atividades rotineiras da Administração Pública, que devem ser exercidas por servidor público ocupante de cargo efetivo ou comissionado - infringência ao artigo 37, "caput" e inciso II, da Constituição Federal.

Dispõe o Sr. Luiz Mazolini do prazo de trinta dias, contados na forma estabelecida pela Lei Orgânica deste Tribunal, para interposição de recurso ou recolhimento espontâneo da importância devida, comprovando, neste caso, o procedimento perante este Tribunal.

Acompanham este Acórdão, integrando-o, a Análise Contábil Conclusiva nº 012/2005 e a Instrução Técnica Conclusiva nº 095/2005, ambas da 5ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 2985/05, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o voto do Relator.

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Mário Alves Moreira, no exercício da Presidência, Marcos Miranda Madureira, Relator, Umberto Messias de Souza, Dailson Laranja e Enivaldo Euzébio dos Anjos. Presente, ainda, o Dr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador-Chefe do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 04 de agosto de 2005.

ACÓRDÃO TC-152/2007

PROCESSO TC-2536/2005 (APENSO: TC-2738/2005)

INTERESSADO JAIME SANTOS OLIVEIRA JÚNIOR

ASSUNTO DENÚNCIA



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

DENÚNCIA - DENUNCIANTE: JAIME SANTOS OLIVEIRA JÚNIOR (PREFEITO MUNICIPAL DE PONTO BELO - EXERCÍCIO DE 2005) - DENUNCIADO: JOSÉ DA ROCHA SALES (PREFEITO MUNICIPAL DE PONTO BELO - EXERCÍCIO DE 2004) - PROCEDÊNCIA - RESSARCIMENTO - MULTA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-2536/2005, em que o Prefeito Municipal de Ponto Belo, no exercício de 2005, Sr. Jaime Santos Oliveira Júnior, apresenta denúncia contra o Prefeito Municipal de Ponto Belo, no exercício de 2004, Sr. José da Rocha Sales, tendo em vista possíveis irregularidades quanto aos processos de pagamentos, procedimentos licitatórios e saldos da conta Restos a Pagar.

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada, conforme artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar nº 32/93;

Considerando que a 4ª Controladoria Técnica concluiu pela procedência da denúncia;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM, os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e dois de fevereiro de dois mil e sete, por unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Enivaldo Euzébio dos Anjos, preliminarmente, conhecer da denúncia para, no mérito, julgá-la procedente, apenando o Sr. José da Rocha Sales com multa no valor correspondente a 3000 (três mil) VRTE's, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, tendo em vista os seguintes procedimentos:

1. Aluguel de ambulâncias:

1.1. Ausência de retenção de contribuição para a Previdência Social - INSS e Imposto de Renda, no valor de R\$ 1.235,05, equivalente a 829,67 VRTE's - infringência ao artigo 4º da Lei nº 10666/03, ao artigo 71, § 2º, da Lei nº 8666/93, c/c artigo 93, *caput*, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/05;

1.2. Falta de controle acerca do itinerário, número de viagens realizadas, bem como demonstração dos critérios utilizados para a realização dos pagamentos relativos ao aluguel da ambulância - infringência aos artigos 62, §2º, c/c 55 da Lei nº 8666/93;

1.3. Ausência de formalização de contrato - infringência ao artigo 62 da Lei nº 8666/93;

2. Contratação temporária de profissionais:

2.1. Ausência de retenção de contribuição para a Previdência Social - infringência ao artigo 40, §13, da Constituição Federal;

2.2. Ausência de liquidação de despesas, no montante de R\$ 1.464,00, equivalente a 983,47 VRTE's - infringência ao artigo 63 da Lei nº 4320/64;

2.3. Ausência de concurso público - infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal;

3. Aquisição de combustível sem licitação - infringência ao artigo 2º da Lei nº 8666/93;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

4. Ausência de formalização de contrato - infringência aos artigos 55 e 62 da Lei nº 8666/93;
5. Ausência de controle no consumo de combustíveis - infringência aos Princípios da Eficiência e da Moralidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal);
6. Posto Blumenau: pagamento antecipado de despesa; ausência de assinatura na requisição de combustível; e ausência de data na nota fiscal - infringência aos artigos 62 e 63, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4320/64;
7. Aquisição de óleo diesel para frota movida à gasolina, no montante de R\$ 9.277,16, equivalente a 6.232,14 VRTE's - infringência aos Princípios da Moralidade; do Interesse Público e da Impessoalidade (finalidade) (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal);
8. Aquisição de medicamentos:
 - 8.1. Aquisição de medicamento sem procedimento licitatório - infringência ao artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8666/93;
 - 8.2. Documentação fiscal comprobatória de despesa emitida por pessoa diversa do credor, no montante de R\$ 1.610,00, equivalente a 1.081,55 VRTE's - infringência ao artigo 63, inciso III, da Lei nº 4320/64;
 - 8.3. Pagamento a maior em procedimento de aquisição de medicamento, no montante de R\$ 329,00, equivalente a 221,01 VRTE's;
9. Prestação de serviços de transporte escolar (Convites nºs 02 e 03/2004):
 - 9.1. Fracionamento de modalidade de licitação (Convites nºs 02 e 03/2004) - infringência ao artigo 23, § 5º, da Lei nº 8666/93;
 - 9.2. Ausência de instrumento contratual - infringência ao artigo 62 da Lei nº 8666/93;
 - 9.3. Duplicidade de pagamento de despesa, no montante de R\$ 500,00, equivalente a 335,89 VRTE's (Processo nº 1418/04);
10. Ausência de licitação: locação de veículos e serviços de coleta de lixo - infringência ao artigo 2º da Lei nº 8666/93;
11. Realização de exames laboratoriais:
 - 11.1. Realização de exames laboratoriais sem licitação - infringência ao artigo 2º da Lei nº 8666/93;
 - 11.2. Nota fiscal emitida por pessoa diversa do credor, no montante de R\$ 7.647,14, equivalente a 5.137,13 VRTE's - infringência ao artigo 63, inciso III, da Lei nº 4320/64;
 - 11.3. Ausência de liquidação de despesa, no montante de R\$ 6.147,14, equivalente a 4.129,47 VRTE's;
 - 11.4. Ausência de retenção de IRRF, no valor de R\$ 251,05, equivalente a 168,65 VRTE's - infringência ao artigo 4º da Lei nº 10666/03, ao artigo 71, § 2º, da Lei nº 8666/93, c/c artigo 93, *caput*, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/05;
12. Realização de exames de ultra-sonografia:
 - 12.1. Realização de exames de ultra-sonografia sem licitação: liquidação irregular de despesa no montante de R\$ 24.490,00, equivalente a 16.451,69 VRTE's - infringência ao artigo 2º da Lei nº 8666/93;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

12.2. Ausência de retenção de IRRF: ausência de retenção de contribuição para a Previdência Social - INSS e Imposto de Renda, no valor de R\$ 367,35, equivalente a 246,78 VRTE's - infringência ao artigo 4º da Lei nº 10666/03, ao artigo 71, § 2º, da Lei nº 8666/93, c/c artigo 93, *caput*, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/05;

13. Liquidação inadequada de despesa, no montante de R\$ 7.746,20, equivalente a 5.203,68 VRTE's - infringência ao artigo 63 da Lei nº 4320/64;

14. Aquisição de material tipográfico e de expediente sem licitação: liquidação irregular de despesa no montante de R\$ 10.201,00, equivalente a 6.852,74 VRTE's - infringência ao artigo 2º da Lei nº 8666/93 e aos artigos 62 e 63 da Lei nº 4320/64;

15. Aquisição de peças e serviços de manutenção de veículos:

15.1. Aquisição de peças e serviços de manutenção de veículos sem licitação - infringência ao artigo 2º da Lei nº 8666/93;

15.2. Pagamento de despesa em duplicidade e liquidação inadequada de despesa no montante de R\$ 6.162,00, equivalente a 4.139,45 VRTE's;

16. Aquisição de material de construção sem licitação e ausência de liquidação de despesa, no montante de R\$ 1.025,00, equivalente a 658,56 VRTE's; - infringência ao artigo 2º da Lei nº 8666/93;

17. Pagamento efetuado a maior em serviços de manutenção na rede elétrica, no montante de R\$ 564,20, equivalente a 379,01 VRTE's;

18. Serviços de divulgação e publicidade: irregular liquidação de despesa no montante de R\$ 2.000,00, equivalente a 1.343,54 VRTE's - infringência aos artigos 62 e 63 da Lei nº 4320/64;

19. Prestação de serviço de limpeza de veículos sem licitação - infringência ao artigo 2º da Lei nº 8666/93;

20. Aquisição e doação de óculos, aparelhos auditivos e urnas mortuárias: inadequada liquidação de despesas no montante de R\$ 9.845,00, equivalente a 6.613,59 VRTE's - infringência aos artigos 62 e 63 da Lei nº 4320/64;

21. Contratação de assessoria jurídica:

21.1. Ausência de concurso público - infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal;

21.2. Renúncia da receita no montante de R\$ 1.578,00, equivalente a 1.060,06 VRTE's.

ACORDAM, ainda, os Srs. Conselheiros deste Tribunal, na mesma sessão, em condenar o Sr. José da Rocha Sales a **ressarcir ao erário** a quantia equivalente a 62.098,13 VRTE's (sessenta e dois mil e noventa e oito VRTE's e treze centésimos), referente aos itens **1.1, 2.2, 7., 8.2, 8.3, 9.3, 11.2, 11.3, 11.4, 12.1, 12.2, 13, 14, 15.2, 16, 17, 18, 20 e 21.2**, acima descritos.

Dispõe o Sr. José da Rocha Sales do prazo de trinta dias, contados na forma estabelecida pela Lei Orgânica deste Tribunal, para interposição de recurso ou recolhimento espontâneo da importância devida, comprovando, neste caso, o procedimento perante este Tribunal.

Acompanham este Acórdão, integrando-o, a Instrução Técnica Conclusiva nº 053/2006, da 4ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 4635/2006, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o voto do Relator.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Elcy de Souza, Vice-Presidente no exercício da Presidência, Enivaldo Euzébio dos Anjos, Relator, Mário Alves Moreira, Umberto Messias de Souza, Dailson Laranja e Marcos Miranda Madureira. Presente, ainda, a Dr^a Jucelia Marchiori, Promotora de Justiça em substituição de Procurador do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 22 de fevereiro de 2007.

ACÓRDÃO TC-259/2007

PROCESSO TC-986/2005 (APENSO: TC-2766/2004)

INTERESSADO LUIZ GONZAGA RIBEIRO

ASSUNTO RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO

LUIZ GONZAGA RIBEIRO - PREFEITO MUNICIPAL DE JERÔNIMO MONTEIRO - RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2003 - ATOS IRREGULARES - RESSARCIMENTO - MULTA - RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO - PROVIMENTO PARCIAL - EXCLUIR RESSARCIMENTO - REDUZIR MULTA - REFORMULAR ACÓRDÃO TC-039/2005.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-986/2005, em que o Sr. Luiz Gonzaga Ribeiro, Prefeito Municipal de Jerônimo Monteiro, no exercício de 2003, inconformado com o *Decisum* deste Tribunal, consubstanciado no Acórdão TC-039/2005, interpõe Recurso de Reconsideração, visando reformá-lo.

Considerando que é da competência deste Tribunal julgar os recursos interpostos de suas decisões, conforme artigo 1º, inciso XXII, da Lei Complementar nº 32/93;

Considerando que consoante o mencionado Acórdão, foi o Recorrente condenado a ressarcir ao **erário municipal** a importância equivalente a 50.087,95 VRTE's, bem como apenado com **multa** no valor correspondente a 1000 VRTE's, **tendo em vista os seguintes procedimentos:**

1. Destinação de recursos públicos ao setor privado, no montante de 50.087,95 VRTE's (cinquenta mil e oitenta e sete VRTE's e noventa e cinco centésimos) - infringência ao artigo 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal e ao artigo 16 da Lei nº 4.320/64;

2. Contratação irregular de empresa para prestar serviços de assessoria jurídica, em substituição a servidores, contrariando o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, bem como os Princípios da Economicidade, Moralidade e Impessoalidade.

Considerando que a 8ª Controladoria Técnica concluiu pelo provimento parcial do recurso;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia doze de abril de dois mil e sete, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Elcy de Souza, por unanimidade, preliminarmente, conhecer do Recurso, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, reformulando o Acórdão TC-039/2005, excluindo da condenação a irregularidade descrita no item 1, bem como o **ressarcimento ao erário municipal**, reduzindo-se a **multa** para o valor correspondente a 500 (quinhentos) VRTE's, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Estadual, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, mantendo-se, ainda, os demais termos do V. Acórdão atacado.

Acompanham este Acórdão, integrando-o, a Instrução Técnica nº 034/2006, da 8ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 1034/2006, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o voto do Relator.

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Valci José Ferreira de Souza, Presidente, Elcy de Souza, Relator, Mário Alves Moreira, Umberto Messias de Souza, Dailson Laranja, Enivaldo Euzébio dos Anjos e Marcos Miranda Madureira. Presente, ainda, o Dr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador-Chefe do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 12 de abril de 2007.

ACÓRDÃO	TC-195/2009
PROCESSO	TC-2819/2007 (APENSO: TC-1156/2007)
INTERESSADO	CÂMARA MUNICIPAL DE JERÔNIMO MONTEIRO
ASSUNTO	PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2006

PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2006 - PRESIDENTE: WANDERLEY DA SILVA SANTOS - 1) CONTAS IRREGULARES - MULTA - 2) RECOMENDAÇÃO AO GESTOR .

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2819/2007, em que são analisadas as contas da Câmara Municipal de Jerônimo Monteiro, referentes ao exercício de 2006, sob a responsabilidade do Presidente, Sr. Wanderley da Silva Santos.

Considerando a decisão prolatada na ADIN Nr. 1964 (STF) e a deliberação do Plenário desta Corte de Contas, em sessão ordinária de 09/07/2002, lavrada na Ata nº 49/02;

Considerando que, consoante a Decisão TC-1775/2009, decidiu o Plenário desta Corte de Contas pela instauração de Tomada de Contas, no prazo de 90 dias, a fim de apurar a irregularidade constante do item 2.1 da Instrução Técnica Conclusiva nº 5259/2008 - Falta de liquidação de despesa - em virtude de possível dano ao erário no valor correspondente a 36.292,27 VRTE;

Considerando que a 6ª Controladoria Técnica concluiu pela irregularidade das contas;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e oito de abril de dois mil e nove, por unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Enivaldo Euzébio dos Anjos:

1. Julgar **irregulares** as contas analisadas, sob a responsabilidade do Sr. Wanderley da Silva Santos, Presidente da Câmara Municipal de Jerônimo Monteiro no exercício de 2006, com base no artigo 59, inciso III, alínea "a", da Lei Complementar nº 32/93, apenando-o com **multa** no valor correspondente a 1.500 (mil e quinhentos) VRTE, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista os seguintes procedimentos:**

1.1. Divergência entre listagem de processos licitatórios e informações do SISAUD - infringência ao artigo 40, § 1º da Lei Complementar nº 32/93;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

1.2. Ausência de parecer da Procuradoria Jurídica da Administração nos processos licitatórios analisados - infringência ao artigo 38, VI e parágrafo único da Lei nº 8.666/93;

1.3. Prorrogação irregular de mandato dos membros da Comissão Permanente de Licitação - infringência ao artigo 51, § 4º da Lei nº 8.666/93;

1.4. Acolhimento de certificado de empresa contratada para fornecimento de combustível com validade vencida - infringência ao item 3.2, letra "f", do edital de licitação, c/c artigo 30, § 4º da Lei nº 8.666/93;

1.5. Contratação de empresa de ramo diverso do objeto - infringência ao artigo 22, § 3º da Lei nº 8.666/93;

1.6. Contratação de assessoria jurídica e contábil sem concurso público - infringência ao artigo 37, caput, e inciso II, da Constituição Federal;

1.7. Material permanente: Ausência de registro de entrada e saída do almoxarifado e de registro e plaquetas de controle de um item do patrimônio - infringência ao artigo 94 da Lei nº 4.320/64;

1.8. Material de consumo: Ausência de controle de registro de entrada e saída de material de consumo prejudicando a efetiva destinação dos bens consumíveis - infringência ao artigo 96 da Lei nº 4.320/64;

1.9. Pessoal e Encargos: Nomeação irregular de servidor ocupante de cargo comissionado para exercício de cargo de provimento efetivo sem realização de concurso público - infringência ao artigo 37, II da Constituição Federal;

1.10. Previdência: Ausência de repasse das contribuições referentes aos meses de janeiro a julho e de agosto a setembro ao Regime Próprio de Previdência - infringência ao artigo 40 da Constituição Federal e ao artigo 96, caput, e § 1º da Lei Municipal nº 024/2005.

2. Recomendar ao gestor:

2.1. Que utilize a conta Decréscimo Patrimonial no caso de Insubstituição ativa ou Superveniência Passiva, fatos estes que são classificados como extra-orçamentários e que ocorrendo, novamente, a não classificação contábil de despesa dentro do exercício, que esta seja realizada na conta orçamentária "despesa de exercícios anteriores", conforme exigência contida no artigo 37 da Lei nº 4.320/64;

2.2. Que regularize a situação dos servidores que vem ocupando cargo de provimento efetivo sem a realização de concurso público.

Dispõe o Sr. Wanderley da Silva Santos do prazo de trinta dias, contados na forma estabelecida pela Lei Orgânica deste Tribunal, para interposição de recurso ou recolhimento espontâneo da importância devida, comprovando, neste caso, o procedimento perante este Tribunal.

Acompanha este Acórdão, integrando-o, o voto do Relator.

Seguem, em anexo, o Relatório Técnico Contábil nº 224/2007 e a Instrução Técnica Conclusiva nº 5259/2008, ambos da 6ª Controladoria Técnica, e o Parecer nº 8408/2008, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas.

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Marcos Miranda Madureira, Presidente, Enivaldo Euzébio dos Anjos, Relator, Umberto Messias de Souza, Dailson Laranja, Elcy de Souza e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Ananias



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Ribeiro de Oliveira, Procurador-Chefe do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 28 de abril de 2009.

Destaca-se que, além da cominação de multa pela contratação ilegal de assessorias contábil e jurídica, esta Corte de Contas tem recomendado ao gestor que promova a realização de concurso público para investir servidores nas funções diretamente relacionadas à atividade-fim da Administração Pública, a exemplo do seguinte julgado:

ACÓRDÃO TC-353/2010

PROCESSO TC-2007/2009 (APENSO: TC-2874/2009)

INTERESSADO CÂMARA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY

ASSUNTO PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2008

PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2008 - PRESIDENTE: GELSON FERNANDES FIRMO - 1) CONTAS IRREGULARES - MULTA - 2) RECOMENDAÇÕES AO GESTOR.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2007/2009, em que são analisadas as contas da Câmara Municipal de Presidente Kennedy, referentes ao exercício de 2008, sob a responsabilidade do então Presidente, Sr. Gelson Fernandes Firmo.

Considerando que é da competência deste Tribunal apreciar e julgar as contas dos órgãos desta natureza, conforme o disposto no artigo 71, inciso II, da Constituição Estadual, alterado pela Emenda Constitucional nº 63/2009, publicada no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo em 02 de dezembro de 2009.

Considerando que a 5ª Controladoria Técnica concluiu pela irregularidade das contas analisadas;

Considerando que a Procuradoria de Justiça de Contas opinou no mesmo sentido, divergindo apenas pela manutenção da irregularidade referente à contratação de serviços de assessoria contábil, nos mesmos moldes da relativa aos serviços jurídicos, relevada pela 5ª Controladoria Técnica;

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e seis de outubro de dois mil e dez, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Julgar irregulares as contas analisadas, sob a responsabilidade do Sr. Gelson Fernandes Firmo, Presidente da Câmara Municipal de Presidente Kennedy no exercício de 2008, com base no artigo 59, inciso III, alínea "a", da Lei Complementar nº 32/93, apenando-o com **multa** no valor correspondente a 500 (quinhentos) VRTE, com base no artigo 62 da referida lei, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista a contratação de assessoria contábil jurídica para a realização de atividades típicas, permanentes e essenciais da Administração Pública, contrariando a regra do concurso público; e a ausência de**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

motivação para as referidas contratações, em infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal e aos artigos 3º e 5º da Resolução nº 005/2005 da Câmara Municipal de Presidente Kennedy.

2. Recomendar ao atual gestor que:

2.1. Promova a realização de concurso público, na forma do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, visando investir servidores para a consecução de atividades-fim do órgão, abstendo-se, em especial, de terceirizar serviços advocatícios e contábeis, exceto para situações excepcionais, devidamente justificadas e autorizadas pela lei;

2.2. Adote as providências necessárias à implantação do órgão de controle interno, no prazo máximo de 2 (dois) exercícios financeiros.

2.3. Observe o artigo 42 da Lei Federal nº 4320/64, que prevê o Decreto Executivo como instrumento para abertura de créditos adicionais suplementares e especiais;

2.4. Encaminhe junto à Prestação de Contas Anual, nos próximos exercícios, cópia do instrumento normativo fixador dos subsídios dos vereadores e possíveis alterações, conforme determina o artigo 105, inciso XV e § 2º, da Resolução TC nº 182/2002 e alterações posteriores.

Dispõe o Sr. Gelson Fernandes Firmo do prazo de trinta dias, contados na forma estabelecida pela Lei Orgânica deste Tribunal, para interposição de recurso ou recolhimento espontâneo da importância devida, comprovando, neste caso, o procedimento perante este Tribunal.

Acompanha este Acórdão, integrando-o, o voto do Relator.

Seguem, em anexo, o Relatório Técnico Contábil nº 279/2009, a Instrução Técnica Conclusiva nº 14/2010, a Manifestação Técnica de Chefia de fls. 136 e 137, e a Instrução Técnica Conclusiva Complementar nº 3142/2010, todos da 5ª Controladoria Técnica, o Parecer nº 1392/2010, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o Parecer nº 5023/2010, da ilustrada Procuradoria Especial de Contas.

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Umberto Messias de Souza, Presidente, **Sérgio Aboudib Ferreira Pinto**, Relator, Marcos Miranda Madureira, Elcy de Souza, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, **José Antônio Almeida Pimentel e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva**. Presente, ainda, o Dr. Domingos Augusto Taufner, Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 26 de outubro de 2010.

Dessa forma, mesmo quando a estrutura do órgão ou entidade não contemple cargos específicos para o exercício de suas atividades finalísticas, deve o gestor público envidar esforços para criá-los e provê-los, seja por meio da apresentação de projeto de lei propondo sua criação, ou por intermédio da realização de concurso público com o intuito de preencher os já existentes, sob pena de a omissão configurar ato de improbidade administrativa, consoante dispõe o inciso II do art. 11



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

da Lei 8.429/1992⁹². Agindo assim, poderá ele comprovar que adotou todas as medidas que estavam ao seu alcance e, desse modo, demonstrar que não se quedou inerte ante à irregularidade.

Ademais, cumpre ressaltar que a ausência quantitativa e/ou qualitativa de servidores, além da inexistência de concurso público nos últimos anos, em verdade, **são consequências da falta de planejamento de gestores públicos**, por vezes incapazes de conceber a administração à luz do princípio da continuidade, **e não circunstâncias excepcionais capazes de surpreender o administrador atento**.

Ora, a realização de concurso público para os cargos de Auditores Fiscais, Contadores, Controladores Internos e Procuradores Municipais, por exemplo, proporcionam um nível de **independência, impessoalidade, eficiência e segurança** muito próximo ao ideal. Na mesma trilha, passa-se a ter a real possibilidade de avaliação de desempenho dos agentes e de controle de resultados, evitando-se, com isso, gastos exorbitantes com a contratação ilegal de assessoria privada.

Ressalta-se, por imperioso, que a contratação de empresa privada objetivando o desempenho de atribuições precípuas de servidores da Administração Municipal evidencia flagrante violação ao **princípio da economicidade** – causa preponderante para a racionalidade na aplicação de recursos públicos – **ante a assunção de despesas decorrentes da ausência de capacidade de planejamento/gerenciamento**.

Diante do exposto, requer-se o **PROVIMENTO** do presente recurso, para reformar o **Acórdão TC 1420/2018**, alterando-se as respostas do Incidente de Prejulgado, agora em consonância à conclusão presente na **Instrução Técnica 28/2017 (Processo TC 6603/2016)**, **Parecer Ministerial 1544/2017** e **Voto 3437/2017 de lavra do eminente Conselheiro Relator**, como segue:

⁹² **Art. 11.** Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
 II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

CONCLUSÃO

Nesse sentido, concluímos:

- 1) quanto a **item 1**, pela impossibilidade de contratação de assessorias/consultorias de empresa privada para a recuperação administrativa ou judicial de créditos tributários, por constituir terceirização de atividade típica e essencial da Administração Pública, a ser realizada por servidores efetivos, aprovados no respectivo concurso público, e em atenção à garantia constitucional do sigilo fiscal. Desta feita, entendemos por prejudicado o questionamento sobre a admissibilidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação;
- 2) em razão do posicionamento adotado no item 1, por restar prejudicado o quesito constante do **item 2**, qual seja, possibilidade de a Administração Pública firmar contrato de êxito para a recuperação de créditos e, em caso positivo, admissibilidade da estipulação do pagamento em percentual da receita auferida, seja tributária ou não tributária;
- 3) no que concerne ao **item 3**, que trata da eficácia geral da Orientação Técnica nº 01/1997 e, sendo essa aplicável, da necessidade de atualização de seu conteúdo, pela inviabilidade de aplicação da Orientação Técnica nº 01/1997, por carecer de validade jurídica, bem como pela possibilidade de reexame do tema no Incidente de Prejudicado em apelo.

4 DO EFEITO SUSPENSIVO

Base legal: artigo 170, §1º, da Lei Complementar 621/2012⁹³ e artigo 416⁹⁴ do RITCEES.

Em consonância à LOTCEES e ao seu RITCEES, fácil é constatar a possibilidade de suspensão dos efeitos da decisão recorrida.

Em amparo à tutela do interesse público, na dicção do artigo 170, § 1º, da Lei Complementar 621/2012, ***“Nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, poderá ser conferido efeito suspensivo ao agravo [...]”***.

⁹³ Art. 170. A petição de agravo será dirigida diretamente ao Relator e conterá a exposição do fato e do direito, as razões de reforma da decisão e cópia da decisão agravada.

§ 1º Nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, poderá ser conferido efeito suspensivo ao agravo pelo Relator, ou pelo Presidente do Tribunal de Contas na hipótese do artigo 127 desta Lei Complementar, ad referendum da Câmara ou do Plenário, na primeira sessão subsequente, observada a competência originária.

⁹⁴ Art. 416. Nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, poderá ser conferido, a pedido, efeito suspensivo ao agravo pelo Relator, ad referendum do colegiado, na primeira sessão subsequente, observada a competência originária.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

Desse dispositivo extrai-se que é cabível atribuir efeito suspensivo ao Agravo quando a decisão da Corte mostrar aptidão para proporcionar ao erário grave lesão ou lesão de difícil reparação.

Conforme noticiado na mídia jornalística, ações penais decorrentes da **Operação Derrama**, em que se investiga irregularidades na Prefeitura de Aracruz em relação a contratações da empresa **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.**, poderão sofrer impacto direto pelas deliberações do presente Incidente de Prejudicado.

Na referida reportagem, abaixo colacionada, o **Fórum das Carreiras Típicas de Estado – Focates**, inclusive, nos informa que o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas do Espírito Santo *“incentiva gastos desnecessários por parte do poder público e ameaça que o trabalho da Derrama corra ‘grande risco de ser jogado no lixo’*”. Confira:

Tribunal de Contas libera modelo de contratação alvo da Derrama

Decisão revê análise de contratos entre prefeituras e empresas que recuperam créditos

▲ VINÍCIUS VALFRÉ
 vperreira@redlegazeta.com.br

O plenário do Tribunal de Contas do Estado (TCES), por maioria de votos, entendeu haver possibilidade jurídica de municípios e Estado contratarem empresas para prestação de serviço de recuperação de créditos tributários. Também considerou que essa contratação, em alguns casos, pode se dar até mesmo sem licitação.

O novo consenso se contrapõe ao atual. E foi a contratação de uma empresa de consultoria por prefeitura, para recuperação de tributos, que foi taxada de irregular em auditoria da área técnica do TCES e que levou à Operação Derrama, em 2012 e 2013.

A decisão do tribunal, na terça-feira, se deu no julgamento de um incidente de

prejudicado instaurado ainda em 2016. O conselheiro Rodrigo Chamoun pediu para que os demais conselheiros analisassem, em tese, como a Corte deveria proceder diante de processos relacionados ao tema.

O entendimento do plenário contrariou as opiniões da área técnica do tribunal e do Ministério Público de Contas. Ambos entendem que a recuperação de tributos e outros créditos, como de royalties de petróleo, envolve dados sigilosos, deve ser realizada por servidores concursados e não pode ser terceirizada.

Ainda em junho de 2017, o relator do processo, conselheiro Carlos Ranna, votou acompanhando a área técnica e o MP de Contas. No mês seguinte, o conselheiro substituto Marco Antônio da Silva divergiu de Ranna e votou pela possibilidade da terceirização. “Tais serviços não se encontram dentro



Tribunal de Contas: conselheiros têm novo consenso

das competências exclusivas da administração pública”, afirmou, no voto.

Na última terça, o processo voltou à pauta e os demais conselheiros acompanharam Marco Antônio. O acórdão da decisão ainda não foi publicado.

A decisão no incidente de prejudicado não é capaz de

enviar automaticamente para o arquivo os processos relacionados à contratação de empresas para recuperação de créditos que tramitam no Tribunal de Contas. A aplicação do novo entendimento se dará caso a caso. Mesmo assim, segundo fontes ouvidas pela reportagem, criou-se o ambiente para

que sejam, uma a uma.

Desde que a questão foi levantada por Rodrigo Chamoun, casos relacionados ao assunto estão sobrestados (suspensos) no tribunal.

O novo entendimento também não afeta automaticamente ações penais oferecidas à Justiça pelo Ministério Público Estadual. Isso porque, embora determinado tipo de contratação seja lícito, pode ter havido outros crimes na celebração do contrato, como direcionamento ou superfaturamento, por exemplo. No entanto, de acordo com fontes interessadas em alguns desses processos, é possível que a nova opinião do TCES reforce argumentos pró-investigados ou acusados.

Procurador, o Ministério Público Estadual não se manifestou ontem.

OPERAÇÃO

A Operação Derrama ocorreu após uma auditoria da área técnica do TCES

apontar irregularidades na forma como a Prefeitura de Aracruz contratou a empresa CMS para consultoria na recuperação de créditos.

Oito municípios foram alvo da operação deflagrada pela Polícia Civil. Apenas em Aracruz as investigações renderam uma ação penal na Justiça. Nos demais, foram arquivadas.

O advogado dos responsáveis pela empresa CMS, Davi Pascoal Miranda, afirmou que ainda não conhece a decisão do TCES e, por isso, não comentaria.

O Fórum das Carreiras Típicas de Estado (Focates) foi admitido no processo do incidente, no TCES, como parte interessada. No início da tramitação, Marcos Fardim presidia a entidade. Ele avalia que o novo entendimento fere a Constituição, incentivando gastos desnecessários por parte do poder público e ameaça que o trabalho da Derrama corra “grande risco de ser jogado no lixo”.

Deveras, caso o **Acórdão TC 1420/2018 – Plenário** comece a gerar efeitos imediatos antes de seu trânsito em julgado, haverá grande possibilidade de provocar **graves lesões ao erário, com difícil probabilidade de reparação** àqueles entes



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

públicos que passem a contratar, *contra legem*, assessoria privada para a recuperação de créditos tributários, prejudicando, inclusive, o trâmite das ações penais decorrentes da **Operação Derrama**.

Ante o exposto sobre o mérito discutido nestes autos – matéria de grande relevância e repercussão social, haja vista sua capacidade de formação de precedente normativo por meio de Incidente de Prejulgado – e por estarem presentes os requisitos autorizadores, requer o *Parquet* de Contas a **CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO** ao presente Recurso de Agravo até posterior reforma integral do **Acórdão TC 1420/2018**.

5 DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** requer:

5.1 o conhecimento, o recebimento e o processamento do presente recurso de Agravo, sem prejuízo, subsidiariamente, de seu conhecimento como pedido de reconsideração ou como qualquer outro recurso entendido como cabível pelo princípio da fungibilidade recursal;

5.2 a **CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO** ao Recurso, nos termos do artigo 416⁹⁵ do RITCEES e artigo 170, §1º, da Lei Complementar 621/2012⁹⁶;

5.3 que o Relator submeta ao Plenário deste egrégio Tribunal a proposta deste Órgão Ministerial de **sobrestar o julgamento deste Incidente de Prejulgado TC 6603/2016 para que seja realizada Audiência Pública**, independente da apreciação do pedido anterior de concessão do efeito suspensivo, com o objetivo de

95 Art. 416. Nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, poderá ser conferido, a pedido, efeito suspensivo ao agravo pelo Relator, ad referendum do colegiado, na primeira sessão subsequente, observada a competência originária.

96 Art. 170. A petição de agravo será dirigida diretamente ao Relator e conterà a exposição do fato e do direito, as razões de reforma da decisão e cópia da decisão agravada.

§ 1º Nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, poderá ser conferido efeito suspensivo ao agravo pelo Relator, ou pelo Presidente do Tribunal de Contas na hipótese do artigo 127 desta Lei Complementar, ad referendum da Câmara ou do Plenário, na primeira sessão subsequente, observada a competência originária.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

ampliar e pluralizar os debates sobre a possibilidade de terceirização das atividades afetas à administração tributária do Estado do Espírito Santo e dos municípios capixabas, discutida nestes autos, de modo a conferir legitimidade social à importante decisão que será tomada por este órgão guardião das finanças públicas;

5.4 em complemento à proposta de realização de Audiência Pública e notificação do FOCATES, requer também, sejam oficialmente convidados a participar da referida Audiência Pública, na condição de *amicus curiae*, a Receita Federal do Brasil e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, órgãos que participaram diretamente das investigações da Operação Camaro, bem como outros órgãos e entidades, além de empresas controladas pela União – a exemplo da Petróleo Brasileiro S.A. –PETROBRAS (Operação Derrama) –, alcançados pelos reflexos de uma possível terceirização da administração tributária do Estado do Espírito Santo e dos municípios capixabas, a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – órgão protetivo dos investidores do mercado de capitais, notadamente em razão dos riscos decorrentes da violação do sigilo das companhias que realizam oferta pública de ações – mediante indicação prévia de seus respectivos expositores, bem como do posicionamento a ser defendido perante esta Corte de Contas por cada instituição convidada, isto é, se contrário ou favorável à tese de terceirização da administração tributária, à exemplo do procedimento adotado por ocasião da audiência pública realizada no Estudo de Caso TC 5617/2012, sob a relatoria do Conselheiro Rodrigo Chamoun, conforme informações divulgadas à época pelo TCE-ES.

5.5 o PROVIMENTO do presente recurso, para reformar o Acórdão TC 1420/2018, alterando-se as respostas do Incidente de Prejulgado, de acordo com a conclusão presente na Instrução Técnica 28/2017 (Processo TC 6603/2016):

CONCLUSÃO

Nesse sentido, concluímos:

4) quanto a **item 1**, pela impossibilidade de contratação de assessorias/consultorias de empresa privada para a recuperação administrativa ou judicial de créditos tributários, por constituir terceirização de atividade típica e essencial da Administração Pública, a ser realizada por servidores efetivos, aprovados no respectivo concurso público, e em



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
 Procuradoria Especial de Contas

atenção à garantia constitucional do sigilo fiscal. Desta feita, entendemos por prejudicado o questionamento sobre a admissibilidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação;

5) em razão do posicionamento adotado no item 1, por restar prejudicado o quesito constante do **item 2**, qual seja, possibilidade de a Administração Pública firmar contrato de êxito para a recuperação de créditos e, em caso positivo, admissibilidade da estipulação do pagamento em percentual da receita auferida, seja tributária ou não tributária;

6) no que concerne ao **item 3**, que trata da eficácia geral da Orientação Técnica nº 01/1997 e, sendo essa aplicável, da necessidade de atualização de seu conteúdo, pela inviabilidade de aplicação da Orientação Técnica nº 01/1997, por carecer de validade jurídica, bem como pela possibilidade de reexame do tema no Incidente de Prejulgado em apreço.

5.6 considerando a representatividade do **Fórum das Carreiras Típicas de Estado – FOCATES**, já habilitado nos autos como terceiro interessado, e a relevância da matéria aqui tratada, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que seja **notificado o FOCATES para que, na qualidade de *amicus curiae*, seja-lhe facultado o direito de se manifestar sobre o presente recurso, bem como sustentar oralmente suas razões em Plenário**, independentemente da apreciação ou do acolhimento da proposta de sobrestamento do feito para realização de audiência pública, contribuindo, desse modo, para a formação do convencimento de todos os membros acerca do que seja melhor para a sociedade;

Por derradeiro, com fulcro no inc. III⁹⁷ do art. 41 da Lei 8.625/93, bem como no parágrafo único⁹⁸ do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica.

Nesses termos, pede deferimento.

Vitória, 10 de dezembro de 2018

⁹⁷ **Art. 41.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

⁹⁸ **Art. 53.** São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
Procuradoria Especial de Contas

HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA
Procurador Especial de Contas

DOCUMENTAÇÃO ANEXA – PROCESSO TC 6603/2016 INTEGRAL