



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

SENHOR CONSELHEIRO RELATOR,

Processo TC: 3938/2013
Assunto: Representação
Unidade Gestora: PMJ – Prefeitura Municipal de Jaguaré (Norte)
Responsáveis: Rogério Feitani
Wanderley Antônio Croscopp
Claudina Antonia Fardin Sossai
Solimarcos Gaigher
José Alberto de Jesus
Michelle Pagotto
Interessado: CMS Consultoria e Serviços S/C Ltda.

O **Ministério Público de Contas**, por meio da 3ª Procuradoria Especial de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, em sede de pedido de vista, manifesta-se nos seguintes termos.

PARECER-VISTA

1 Relatório

Trata-se de Representação oferecida em por auditores de controle externo do TCE-ES em razão de indicativos de irregularidade na contratação da empresa **CMS Consultoria e Serviços S/C Ltda.** pelo município de Jaguaré para prestação de serviço de recuperação de créditos tributários por meio dos **Contratos 067/2006 e 092/2006**.

Mediante **Instrução Técnica Inicial 764/2013**, elaborada em **30/09/2013**, a 3ª Secretaria de Controle Externo propôs a citação de Rogério Feitani, Prefeito do Município de Jaguaré, Wanderley Antônio Croscopp, Secretário Municipal de Administração e Finanças, Claudina Antonia Fardin Sossai, Secretária Municipal de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação, Solimarcos Gaigher, Procurador Municipal, José Alberto de Jesus, Presidente da Comissão Permanente de Licitação (CPL), e Michelle Pagotto, Membro da CPL.

A referida peça técnica atribuiu aos responsáveis as seguintes irregularidades:

3 - DAS IRREGULARIDADES E RESPONSABILIZAÇÕES

3.1 — TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES E COMPETÊNCIAS TÍPICAS E INDELEGÁVEIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Recuperação de Créditos Tributários e Revisão de Declarações de Operações Tributáveis (DOT)

Base Legal: *Infringência: inciso II, art. 37 da Constituição Federal, c/c Princípio da Legalidade e da Eficiência disposto no caput do mesmo artigo constitucional, assim como art. 7º, 142;*

Responsáveis:

Identificação: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

Conduta/nexo: Assinar o contrato nº 067/2006 e termos aditivos com terceiro, sem vínculo com a Administração, para execução de atividade pública indelegável, específica de fiscal de tributos, pondo em risco a segurança do contribuinte.

Identificação: Wanderley Antônio Croscopp – Secretário Municipal de Administração e Finanças
Conduta/nexo: Solicitar à Administração do município a contratação de terceiros para execução de atividade pública típica e indelegável, específica de fiscal de tributos, colocando em risco a segurança do contribuinte.

Identificação: Claudina Antonia Fardin Sossai – Secretária Municipal de Gabinete

Conduta/nexo: Sugerir a contratação da Empresa CMS para execução de atividade pública típica e indelegável, específica de fiscal de tributos, colocando em risco a segurança do contribuinte.

Identificação: Solimarcos Gaigher - Procurador Municipal

Conduta/nexo: Emitir parecer favorável à contratação da CMS, afirmando que a empresa possuía notória especialização, não obstante a patente irregularidade da contratação de empresa privada para execução de atividade pública indelegável, específica de fiscal de tributos, o que colocou em risco a segurança do contribuinte.

[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

3.2 Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação sem os requisitos legais autorizativos

Infringência: Art. 37, caput e inciso XXI, CF/88 c/c arts. 2º, 3º, 13, 25, 26 caput e incisos II e III, todos da Lei 8.666/93;

Responsáveis:

Identificação: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

Conduta/nexo: Ratificar a decisão da Comissão Permanente de Licitação e contratar diretamente a empresa CMS, por inexigibilidade de licitação, sem os requisitos legais autorizativos desta forma de contratação: comprovação da circunstância excepcional de inviabilidade da competição (singularidade do serviço), realização de pesquisa de mercado e justificativa do preço.

Identificação: José Alberto de Jesus – Presidente da Comissão Permanente de Licitação

Conduta/nexo: Proferir e assinar despacho recomendando a contratação direta da empresa CMS, por inexigibilidade de licitação, sem os requisitos legais autorizativos desta forma de contratação: comprovação da circunstância excepcional de inviabilidade da competição (singularidade do serviço), realização de pesquisa de mercado e justificativa do preço.

Identificação: Claudina Antonia Fardin Sossai – Secretária da Comissão Permanente de Licitação

Conduta/nexo: Proferir e assinar despacho recomendando a contratação direta da empresa CMS, por inexigibilidade de licitação, sem os requisitos legais autorizativos desta forma de contratação: comprovação da circunstância excepcional de inviabilidade da competição (singularidade do serviço), realização de pesquisa de mercado e justificativa do preço.

[...]

3.3 Efetivação de contrato vinculado à obtenção de êxito (Contrato de Risco).

Base Legal: *Infringência:* Art. 167, da CF/88, art. 54, § 1º e 55, da Lei 8.666/93 c/c *Princípios Orçamentários*.

Responsáveis:

Identificação: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

Conduta/nexo: Contratar a empresa CMS, por meio de instrumento que previu a remuneração da empresa de forma vinculada à obtenção de êxito.

Identificação: Solimarcos Gaigher - Procurador Municipal

Conduta/nexo: Assinar contrato com a empresa CMS, com previsão de remuneração dos serviços de forma vinculada à obtenção de êxito.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Após contraditório, sobreveio a **Instrução Técnica Conclusiva 9846/2014**, emitida em **28/11/2014**, cuja proposta de encaminhamento confirmou as irregularidades inicialmente apontadas:

4. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

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

Base Legal: *Infringência: inciso II, art. 37 da Constituição Federal, c/c Princípio da Legalidade e da Eficiência disposto no caput do mesmo artigo constitucional, assim como art. 7º, 142;*

Responsáveis: Rogério Feitani – Ex-Prefeito Municipal

Wanderley Antônio Croscopp – Secretário Municipal de Administração e Finanças

Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária Municipal de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação

Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal

4.1.2. Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação sem os requisitos legais autorizativos

Base Legal: *art. 37, caput, da Constituição Federal, c/c art. 2º, 3º, 13, 25, 26, caput e incisos II e III, todos da Lei 8.666/93.*

Responsáveis: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

Wanderley Antônio Croscopp – Secretário Municipal de Administração e Finanças e Membro da Comissão Permanente de Licitação

Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária Municipal de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação

Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal

José Alberto de Jesus – Presidente da Comissão Permanente de Licitação

Michelle Pagotto – Membro da Comissão Permanente de Licitação



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

4.1.3. Da Contratação com Previsão de Remuneração Vinculada à Obtenção de Êxito - Contrato de Risco

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

Responsável: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

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

4.2.1 Preliminarmente, declarar a prescrição da pretensão punitiva deste TCEES e declarar extinta a punibilidade dos responsáveis

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

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

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

- Considerando que existe o ajuizamento de ação de execução fiscal proposta pelo Município de Jaguaré/ES em face da empresa Petrobrás Petróleo Brasileiro, CNPJ: 33.453.598/0001-23, tombada sob o nº 0000705-23.2008.8.08.006 (065.08.000705-0), na qual objetiva-se o recebimento de valores decorrentes de ISSQN (Certidão de Dívida nº 001/2008 - fls. 178), que ainda se encontra em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Jaguaré/ES, conforme documentos de fls. 170/181 dos autos;

DETERMINE ao atual Prefeito de Jaguaré que **promova imediatamente à anulação do citado contrato administrativo nº 067/2006** (fls. 659/664), **cujos efeitos deverão retroagir ao tempo da celebração dos mesmos, ex vi art. 59, caput, da Lei nº 8.666/93, abstendo-se de realizar qualquer pagamento futuro à Contratada.**

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

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

Por sua vez, em **18/12/2014**, mediante **Parecer PPCJ 5945/2014**, o Ministério Público de Contas pronunciou-se anuindo aos termos da Instrução Técnica Conclusiva 9846/2014.

Submetido o feito a julgamento em **25/03/2015**, a 1ª Câmara do TCE-ES deliberou pela reabertura da instrução processual visando à elaboração de instrução técnica inicial complementar para citação da empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda., lavrando-se a **Decisão TC 1684/2015**.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Após citação da empresa, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC emitiu em **13/07/2015** a **Instrução Técnica Conclusiva Complementar ITC 3519/2015**, afastando a responsabilidade da CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. e rejeitando a aplicação da Orientação Técnica 01/1997 do TCE-ES:

3 – CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1 Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre **Representação** tendo como órgão jurisdicionado a **Prefeitura Municipal de Jaguaré**, relativa a contratos firmados com a empresa CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda., com base no inciso II, do artigo 95, da Lei Complementar Estadual 621/2012 e artigo 99, §2º, da Lei Complementar Estadual 621/2012, e **após a análise da defesa da empresa supracitada, nos moldes determinados pelo Exmo. Conselheiro Relator**, sugere-se que seja reconhecida a **PROCEDÊNCIA** da presente representação, **nos moldes já lançados na ITC 9846/2014**, tendo em vista o reconhecimento e a manutenção das seguintes irregularidades:

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

Base Legal: *Infringência: inciso II, art. 37 da Constituição Federal, c/c Princípio da Legalidade e da Eficiência disposto no caput do mesmo artigo constitucional, assim como art. 7º, 142;*

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

3.1.2. Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação sem os requisitos legais autorizativos

Base Legal: *art. 37, caput, da Constituição Federal, c/c art. 2º, 3º, 13, 25, 26, caput e incisos II e III, todos da Lei 8.666/93.*

Responsáveis: Rogério Feitani – Prefeito Municipal
Wanderley Antônio Croscopp – Secretário Municipal de Administração e Finanças e Membro da Comissão Permanente de Licitação
Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária Municipal de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal José
Alberto de Jesus – Presidente da Comissão
Permanente de Licitação

Michelle Pagotto – Membro da Comissão Permanente
de Licitação

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

Responsável: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

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

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

3.2.2. Afastar a responsabilidade da empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda, em relação aos itens 1.1, 1.2 e 1.3 da presente Instrução Técnica Conclusiva, pelas razões e fundamentos acima explicitados.

3.2.3. Não acolher a arguição de impedimento de atuação desta Corte em razão do pronunciamento anterior do MP-ES e do Judiciário, nos termos desta ITC.

3.2.4. Rejeitar a aplicação da Orientação Técnica 01/1997 deste E. TCE/ES, aprovada nos autos do Processo TC-2658/97, ao presente feito, nos termos do subitem 1.3 desta ITC.

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

- Considerando a comprovação de irregularidade atinente à terceirização Inconstitucional e destituída de interesse público de competências e atividades típicas, rotineiras e finalísticas da Administração Pública, afetas as atribuições corriqueiras de servidores públicos efetivos lotados nos setores jurídico, de contabilidade, finanças e fiscalização tributária municipal, em infringência ao art. 37, da Constituição da República de 1988 c/c art. 7º, art. 142, art. 196 e art. 198, todos do Código Tributário Nacional, **fato jurídico que implica na nulidade absoluta** dos respectivos Contratos de nº 067/2006 (fls. 659/664) e nº 092/2006 (fls. 111/115);
- Considerando a comprovação de irregularidade referente à contratação direta por inexigibilidade de licitação da empresa CMS Consultoria e Serviços S/C Ltda. em manifesta infringência ao art. 37,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

caput, e inc. XXI, da Constituição da República de 1988 c/c art. 2º, art. 3º, art. 13 e art. 25, todos da Lei nº 8.666/93, **fato processual que implica na nulidade absoluta** do Contrato nº 067/2006 (fls. 659/664);

- Considerando a constatação de irregularidade referente à contratação de empresa privada com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito (contrato de risco), em infringência ao art. 167, inc. IV, da Constituição da República de 1988 c/c art. 37, inc. IV, da Lei Complementar nº 101/2000 c/c art. 54, § 1º e art. 55, ambos da Lei nº 8.666/93 e ainda aos princípios orçamentários, **fato processual que implica na nulidade absoluta** do Contrato nº 067/2006 (fls. 659/664);
- Considerando os **efeitos financeiros com obrigações por prazo indeterminado para o Município de Jaguaré/ES** previstas na Cláusula 3.1.2; Cláusula 3.1.3; Cláusula 3.1.5 e Cláusula 3.2, todas do Contrato Administrativo nº 067/2006 (fls. 659/664);
- Considerando que existe o ajuizamento de ação de execução fiscal proposta pelo Município de Jaguaré/ES em face da empresa Petrobrás Petróleo Brasileiro, CNPJ: 33.453.598/0001-23, tombada sob o nº 0000705-23.2008.8.08.006 (065.08.000705-0), na qual objetiva-se o recebimento de valores decorrentes de ISSQN (Certidão de Dívida nº 001/2008 - fls. 178), que ainda se encontra em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Jaguaré/ES, conforme documentos de fls. 170/181 dos autos;

DETERMINE ao atual Prefeito de Jaguaré que **promova imediatamente à anulação do citado contrato administrativo nº 067/2006 (fls. 659/664), cujos efeitos deverão retroagir ao tempo da celebração dos mesmos, ex vi art. 59, caput, da Lei nº 8.666/93, abstendo-se de realizar qualquer pagamento futuro à Contratada.**

DETERMINE ainda, com fundamento no art. 1º, inc. XVI c/c art. 57, inc. III, ambos da Lei Complementar nº 621/2012, ao atual Prefeito de Jaguaré/ES **que se abstenha se celebrar contratos com remuneração vinculada à obtenção de êxito (ad exitum)**, por ausência de previsão legal, ou com remuneração vinculada a percentual de receita de impostos, por expressa vedação constitucional (art. 167, IV).

3.4. Por fim, sugere-se que seja dada **CIÊNCIA** aos interessados do teor da decisão final a ser proferida por este Egrégio TCEES, conforme preconiza o art. 307, § 7º, da Res. TC 261/2013.

Perfilhando o entendimento contido na Instrução Técnica Conclusiva Complementar 3519/2015, o Ministério Público de Contas emitiu o **Parecer PPJC 4316/2015**, datado de **19/08/2015**.

Submetido o feito novamente a julgamento, o eminente conselheiro relator Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun apresentou o **Voto 863/2016-5**, pela procedência



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

parcial da Representação, afastando as irregularidades atinentes à contratação direta por inexigibilidade de licitação e à terceirização de atividade e competências típicas e indelegáveis da Administração Pública, **mantendo, no entanto, a irregularidade relativa à efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito – contrato de risco.**

Reproduz-se, a seguir, os argumentos trazidos pelo conselheiro relator para a manutenção da irregularidade alusiva à efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito – contrato de risco:

PROCESSO Nº: TC 3938/2013
ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO
JURISDICIONADO: MUNICÍPIO DE JAGUARÉ
INTERESSADO: 5ª CONTROLADORIA TÉCNICA

[...]

II - FUNDAMENTAÇÃO

[...]

II.4 – ITEM 3.3.3 DA ITC - DA CONTRATAÇÃO COM PREVISÃO DE REMUNERAÇÃO VINCULADA À OBTENÇÃO DE ÊXITO - CONTRATO DE RISCO

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

Responsável: Rogério Feitani – Prefeito Municipal
Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal

Constatações da Área Técnica:

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

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

Ponderou que o instituto do contrato de risco está previsto na legislação civil e é até comum no regime de direito privado, entretanto, a sua aplicação no



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

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

É que a contratada estaria sendo remunerada com receita do próprio município, alterando as previsões orçamentárias já estabelecidas, resultantes da atividade conjunta dos poderes legislativo e executivo municipais.

Afirma que a administração não teria como estimar os custos com a execução do contrato, o que é essencial a todo contrato público. De acordo com a legislação financeira, o empenho não pode ser adiado para o momento da respectiva execução, (art. 60 da Lei 4.320/64).

Invoca, ainda, as disposições do art. 54, §1º, da Lei nº 8.666/93, e a jurisprudência dos Tribunais de Contas, que considera irregular tal tipo de contratação de risco, conforme excertos que colaciona.

Alegações de Defesa:

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

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

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

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

A defesa afirma ainda que a legislação orçamentária, em especial a Lei 4.320/64, dispõe sobre a possibilidade de se fazer empenho por estimativa, ou seja, quando ainda não houver condições de se apurar o valor correto da despesa, o que foi efetivado pela Administração.

Conclui afirmando que o empenho por estimativa é feito através de um estudo de previsão quando não se conhece o valor exato da despesa a ser empenhada e geralmente, o valor estimado não é o valor exato quando do estágio da liquidação de despesa, não havendo que se falar em irregularidade.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

A empresa CMS afirma em suas razões que a ITI 764/2013 e ITI complementar 432/2015 demonstram flagrante equívoco ao não considerar o entendimento do próprio TCEES, espreitado na OT 01/97, através da qual entendeu que não há vinculação de receita na espécie de contrato que contenha cláusula de remuneração vinculada à obtenção de êxito.

VOTO:

Inicialmente, se mostra imperiosa a transcrição da cláusula terceira do contrato 067/2006, em que restou estabelecida a remuneração pelos serviços prestados:

CLÁUSULA TERCEIRA – DO VALOR E FORMA DE PAGAMENTO

3.1 – No caso do ISSQN:

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

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

3.1.3 – Caso o CONTRATANTE receba em dação de pagamento, os créditos decorrentes da recuperação da base de cálculo do ISSQN, pagará de imediato à CONTRATADA os honorários na forma do item 3.1.1 desta cláusula;

3.1.4 – No caso de parcelamento para quitação da dívida, os honorários serão devolvidos do mesmo modo;

3.1.5 – No caso de ganhos contínuos percebidos pelo CONTRATANTE, por tempo indeterminado, sobre atividades de pesquisa, exploração e produção de petróleo e gás natural em razão do êxito das medidas sob assessoria da CONTRATADA, na forma de acordo, convênio ou qualquer outra modalidade de ajuste, os honorários a que se refere o item 3.1.1 desta cláusula, serão devidos enquanto durar o recebimento da respectiva vantagem, até o limite máximo de 24 (vinte e quatro) meses, a contar do encerramento do processo e/ou da solução no âmbito administrativo, ou da data do primeiro recebimento;

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

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

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

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

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

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

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

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

Trata-se, portanto, de remuneração por êxito na ordem de 0,99% da base de cálculo de lançamento do ISS (cláusula 3.1.1 c/c 3.1.2) e também uma remuneração de 20% sobre a recuperação de royalties e participação especial (3.2, ou seja, só haverá pagamento se houver o efetivo recebimento de royalties ou participação especial “não repassados”).

Relembro que ainda não houve qualquer pagamento relativamente a esse contrato, conforme observação constante da ITC. Entretanto, percebe-se da cláusula suso transcrita que há obrigações futuras de pagamento à Contratada em caso de êxito na demanda ainda pendente.

Pois bem.

Há que se rechaçar, de plano, a tese de defesa apresentada pelos responsáveis, Rogério Feitani – Prefeito Municipal e Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal, pois é totalmente inadequada ao presente caso concreto.

Causa estranheza os defendentes pretenderem caracterizar os serviços de assessoria fiscal/tributária descritos no objeto como serviços de natureza essencialmente jurídica, uma vez que a empresa CMS sequer é escritório de advocacia, o que contrariaria as disposições da Lei 8.906/94.

Por outro lado, em que pese nenhum dos argumentos apresentados quanto à garantia de honorários advocatícios apresente-se como válido, considerando, por óbvio, que não se trata de contrato de serviços advocatícios, pouca diferença faz essa particularidade, ao se analisar o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

caso sob o prisma do princípio da vedação da vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa.

Sobre a celebração de contratos de risco **vinculados à obtenção de êxito na recuperação de RECEITA ADVINDA DE IMPOSTOS**, cumpre esclarecer que a jurisprudência pátria tem posicionamento unânime sobre o tema, não admitindo tal tipo de vinculação, ante a sua flagrante inconstitucionalidade.

Nestes termos, impende destacar a irregularidade cristalina quanto à forma de remuneração dos serviços contratados, já que esse tipo de pagamento – percentual sobre a receita de impostos auferida pelo Município em decorrência de atividades exitosas executadas pelo Contratado, encontra óbice nas disposições do art. 167, inciso IV, da Constituição da República, a seguir transcrito:

“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 e para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, e 212, 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;”
(grifei)

No tocante ao tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em reiteradas oportunidades, pela inconstitucionalidade da vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Precedentes: REx 18.3906, Rel. Min. Marco Aurélio DJ 30.04.1998; ADI 2.355-MC, Re. Min. Celso de Mello, DJ 19.06.2002; ADI 1.689, Re. Min. Sydney Sanches, DJ 02.05.2003; ADI 2.722, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 19.12.2006.

Em todas essas oportunidades, o STF considerou inconstitucionais, leis que pretenderam vincular a receita de impostos a uma despesa específica, independentemente se a destinação ocorrer antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos.

Com efeito, a par das reiteradas manifestações do STF, não há que se discutir acerca da irregularidade perpetrada pela Prefeitura de Jaguaré, sendo evidente a inconstitucionalidade da cláusula terceira do contrato 067/2006, padecendo de nulidade, consoante será abordado em tópico específico neste voto.

Da mesma forma, uma breve pesquisa na jurisprudência dos Tribunais de Contas demonstraria aos responsáveis por esta contratação, quão inadequada é a forma de pagamento avençada com a empresa CMS.

A título de exemplo, o Tribunal de Contas de Santa Catarina se manifestou contrariamente a ajuste semelhante, conforme Processo COM – 0303065230/Decisão 2762/2003, data da sessão 18.08.2003, Prejulgado 1427. Note que a jurisprudência é anterior à data da contratação.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

No mesmo sentido, decidiu o Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, conforme Resolução nº 0446/2011, e reiterado posteriormente na Resolução nº 214/2012 – TCE/TO – Pleno, processo nº 06370/2011, *verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 214/2012 – TCE/TO – Pleno

1. Processo nº: 06370/2011
2. Classe de Assunto: Consulta de Gestor Estadual
3. Entidade de origem: IGEPREV – Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Tocantins
4. Responsável: Gustavo Furtado Silbernagel – Presidente
5. Relator originário: Conselheiro Herbert Carvalho de Almeida
6. Relator/Voto Divergente: Conselheira Doris de Miranda Coutinho
7. Representante do MP: Procurador de Contas José Roberto Torres Gomes
8. Advogado constituído nos autos: Não há

EMENTA: Consulta. Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Tocantins.

Questionamentos: 1) viabilidade jurídica de contratação direta (dispensa/inexigibilidade) ou por licitação, de serviços técnicos especializados de assessoria e consultoria jurídica e para gestão Administrativa Financeira para **levantamento de dados e valores devidos pelo INSS** e demais regimes próprios de previdência, para fins de compensação de créditos previdenciários pelo sistema COMPREV (implementação, execução, operacionalização do programa de compensação previdenciária); e 2) possibilidade de definição do valor do contrato sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas.

No mérito, **responder ao consulente que como regra geral a representação judicial, extrajudicial e assessoramento de entes públicos devem ser feitos por Procurador Público e Assessoria Própria. Contratação de serviços de assessorias ou consultoria técnicas particulares – excepcionalidade condicionada à Lei de Licitações. A licitação poderá ser dispensada, caso sejam atendidos os requisitos insertos, respectivamente, no inciso II e IV do art. 24 da Lei Federal nº 8.666/93. Sendo substitutivo de pessoal computar-se-á no limite de despesa com pessoal previsto na LRF e limite de despesas administrativas previstas no art. 15 da Portaria MPS nº402/08. Impossibilidade de vinculação do valor dos honorários sobre as receitas auferidas, salvo em contrato de risco integral com previsão de remuneração de sucumbência fixada pelo juízo na sentença condenatória.**

Conhecimento da consulta. Ciência à autoridade consulente. Publicação. Arquivamento. Grifei

Superada essa questão entendo imperioso salientar a minha discordância da Área Técnica e do MPEC no tocante à vedação de ser celebrado contrato de risco pela Administração Pública.

O caso concreto revela que contratações como esta em exame podem, de fato, ser efetivadas pelos entes públicos, o que não fere o art. 55, III, da Lei



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

8666/93 e nem mesmo os arts. 2º e 3º da Lei 4.320/64, quando há previsão contratual da forma de pagamento, em **um valor fixo adequado e proporcional** à complexidade dos serviços executados, **sendo inviável a previsão de pagamento em percentual sobre a receita de imposto** auferido mediante ações administrativas ou judiciais exitosas efetivadas pela Contratada.

No caso desse tipo de ajuste, haverá de prever o contrato, ainda, que a quitação do serviço apenas se dará mediante a satisfação definitiva da demanda, harmonizando a contratação ao que estabelece o art. 63, §2º, III, da Lei 4.320/64.

Cito como precedentes o processo TC 10141/2011, Res. TC0001/2013, do TCE da Paraíba, além da Consulta 873.919, do TCE de Minas Gerais, aos quais me alio, nos termos da fundamentação deste voto.

Por fim, em homenagem ao esforço da Contratada em apresentar argumentos que fundamentem a forma de remuneração ajustada, entendo necessário ressaltar que, **à exceção da particularidade já tratada no item II.2 deste voto**, não se aplica em favor dos defendentes, a Orientação Técnica 01/97, oriunda do extinto NOR – Núcleo de Orientação Técnica e Recursos deste Tribunal de Contas, pois que expedida em um caso específico em que a remuneração do serviço era auferida sobre os valores que fossem apurados a maior no Valor Adicionado, pela Contratada, **mediante revisão de DOT's** - Declarações de Operações Tributáveis, o que em nada se assemelha com os serviços destacados nestes autos.

Diante do exposto, **rejeito as alegações de defesa apresentadas e mantenho a irregularidade**, deixando, contudo, de aplicar penalidade aos responsáveis, tendo em vista que a pretensão punitiva desta Corte está fulminada pela prescrição.

[...]

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), divirjo do posicionamento consignado pela Área Técnica e pelo MPEC e profiro o seguinte **VOTO**:

[...]

5. REJEITAR as razões de justificativas apresentadas pelo **Sr. Rogério Feitani** – Ex-Prefeito de Jaguaré, pela irregularidade constante no item 3.3.3 da ITC: **contratação com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito**, deixando de aplicar penalidades em face da decretação da prescrição;

6. DETERMINAR ao atual Prefeito de Jaguaré que **promova, no prazo de 60 dias, a anulação da cláusula terceira do contrato 067/2006, determinando, ainda, a adequação da cláusula remuneratória do contrato nº 067/2006, cabendo ser estipulado valor fixo compatível com a complexidade dos serviços contratados, observando-se os registros feitos na fundamentação deste voto quanto à liquidação de despesa, se houver, devendo comprovar o cumprimento destas determinações a este TCEES.**

Dê-se ciência aos interessados e, após o trânsito em julgado, archive-se.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Em 16 de fevereiro de 2016.

RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN
Conselheiro Relator

Seguiram-se o **Voto 1097/2016-4**, proferido pelo conselheiro substituto Marco Antônio da Silva, o **Voto 1407/2016-2**, oferecido pelo conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, e o **Voto Vista 2/2016-7** (complementar), proposto pelo conselheiro substituto Marco Antônio da Silva.

Na ocasião, em sede de pedido de vista, este órgão ministerial emitiu o **Parecer do Ministério Público de Contas 359/2016-5**, reiterando os termos do parecer anterior.

Por sua vez, nos autos do **Processo TC 7156/2012**, após vista concedida ao conselheiro José Antônio Almeida Pimentel¹, o conselheiro relator Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun apresentou novo **Voto do Relator 2259/2016-6**, por meio do qual reformulou seu posicionamento, desconsiderando os argumentos lançados em seu voto anterior e suscitando a instauração de incidente de prejudgado por entender que a jurisprudência de outros Tribunais de Contas se mostra diversificada e que seria necessário pacificar o entendimento desta Corte de Contas, conquanto não tenha sido apresentada a divergência jurisprudencial a ser pacificada.

Transcrevem-se, a seguir, os fundamentos apresentados pelo conselheiro relator para a instauração do incidente de prejudgado:

Voto do Relator 02259/2016-2

Processo: 07156/2012-1

Origem: GAC - Rodrigo Chamoun - Gabinete do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Criação: 31/08/2016 13:22

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

Jurisdicionado: Prefeitura de Marataízes

Representantes: Auditores de Controle Externo (5ª Secretaria de Controle Externo)

¹ O Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel não apresentou voto escrito ou teceu qualquer argumentação verbal reduzida a termo no referido **Processo TC 7156/2012**.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Responsáveis: Jander Nunes Vidal (Prefeito)
Mauro Roberto Ferreira de Souza (Procurador do Município)

Interessada: CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. (Contratada)

[...]

Impende ressaltar que vários processos tramitam neste Tribunal (Plenário e Câmaras), com objeto semelhante ao dos presentes autos, envolvendo 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.

Desse modo, considerando que a jurisprudência de outros tribunais de contas também se mostra diversificada quanto ao tema e tendo em vista que a matéria será objeto de discussão em diversos processos, **considero necessário pacificar o entendimento desta Corte.**

Diante do exposto, considerando a relevância da matéria e sua aplicabilidade de forma geral, proponho a este Plenário, nos termos do art. 174 da Lei Orgânica e art. 348 e seguintes do Regimento Interno do Tribunal, a instauração de um **Incidente de Prejulgado** para que o Plenário decida, em caráter normativo, sobre as seguintes questões:

1. possibilidade de contratação de assessorias/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.

Desse modo, segue o presente processo para as formalidades legais.

Vitória, 30 de agosto de 2016.

RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN
Conselheiro Relator

O quadro comparativo a seguir demonstra a mudança de entendimento do conselheiro relator no que tange à irregularidade referente à celebração de contrato com previsão de remuneração vinculada à receita tributária:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

PROCESSO TC 3938/2013	PROCESSO TC 7156/2012
Voto do Relator 863/2016-5 (Sessão realizada em 02/03/2016) Reconhece o posicionamento uníssono dos tribunais sobre a inconstitucionalidade da vinculação de receita tributária à obtenção de êxito	Voto do Relator 2259/2016-6 (Sessão realizada em 02/08/2016) Deixa de reconhecer o posicionamento uníssono dos tribunais sobre a inconstitucionalidade da vinculação de receita tributária à obtenção de êxito
Há que se rechaçar, de plano, a tese de defesa apresentada pelos responsáveis, Rogério Feitani – Prefeito Municipal e Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal, pois é totalmente inadequada ao presente caso concreto. Causa estranheza os defendentes pretenderem caracterizar os serviços de assessoria fiscal/tributária descritos no objeto como serviços de natureza essencialmente jurídica, uma vez que a empresa CMS sequer é escritório de advocacia, o que contrariaria as disposições da Lei 8.906/94. Por outro lado, em que pese nenhum dos argumentos apresentados quanto à garantia de honorários advocatícios apresente-se como válido, considerando, por óbvio, que não se trata de contrato de serviços advocatícios, pouca diferença faz essa particularidade, ao se analisar o caso sob o prisma do princípio da vedação da vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Sobre a celebração de contratos de risco vinculados à obtenção de êxito na recuperação de RECEITA ADVINDA DE IMPOSTOS, cumpre esclarecer que a jurisprudência pátria tem posicionamento uníssono sobre o tema, não admitindo tal tipo de vinculação, ante a sua flagrante inconstitucionalidade. Nestes termos, impende destacar a irregularidade cristalina quanto à forma de remuneração dos serviços contratados, já que esse tipo de pagamento – percentual sobre a <u>receita de impostos</u> auferida pelo Município em decorrência de atividades exitosas executadas pelo Contratado, encontra óbice nas disposições do art. 167, inciso IV, da Constituição da República, a seguir transcrito: <i>“Art. 167. São vedados:</i> <i>[...]</i> <i>“IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a</i>	Impende ressaltar que vários processos tramitam neste Tribunal (Plenário e Câmaras), com objeto semelhante ao dos presentes autos, envolvendo 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. Desse modo, considerando que a jurisprudência de outros tribunais de contas também se mostra diversificada quanto ao tema e tendo em vista que a matéria será objeto de discussão em diversos processos, considero necessário pacificar o entendimento desta Corte.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

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 e para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, e 212, 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;" (grifei)

No tocante ao tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em reiteradas oportunidades, pela inconstitucionalidade da vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Precedentes: REx 18.3906, Rel. Min. Marco Aurélio DJ 30.04.1998; ADI 2.355-MC, Re. Min. Celso de Mello, DJ 19.06.2002; ADI 1.689, Re. Min. Sydney Sanches, DJ 02.05.2003; ADI 2.722, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 19.12.2006.

Em todas essas oportunidades, o STF considerou inconstitucionais, leis que pretenderam vincular a receita de impostos a uma despesa específica, independentemente se a destinação ocorrer antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos.

Com efeito, a par das reiteradas manifestações do STF, não há que se discutir acerca da irregularidade perpetrada pela Prefeitura de Jaguaré, sendo evidente a inconstitucionalidade da cláusula terceira do contrato 067/2006, padecendo de nulidade, consoante será abordado em tópico específico neste voto.

Da mesma forma, uma breve pesquisa na jurisprudência dos Tribunais de Contas demonstraria aos responsáveis por esta contratação, quão inadequada é a forma de pagamento avençada com a empresa CMS.

A título de exemplo, o Tribunal de Contas de Santa Catarina se manifestou contrariamente a ajuste semelhante, conforme Processo COM – 0303065230/Decisão 2762/2003, data da sessão 18.08.2003, Prejulgado 1427. Note que a jurisprudência é anterior à data da contratação.

No mesmo sentido, decidiu o Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, conforme Resolução nº 0446/2011, e reiterado posteriormente na Resolução nº 214/2012 – TCE/TO – Pleno, processo nº 06370/2011, *verbis*:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

RESOLUÇÃO Nº 214/2012 – TCE/TO – Pleno

9. Processo nº: 06370/2011
10. Classe de Assunto: Consulta de Gestor Estadual
11. Entidade de origem: IGEPREV – Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Tocantins
12. Responsável: Gustavo Furtado Silbernagel – Presidente
13. Relator originário: Conselheiro Herbert Carvalho de Almeida
14. Relator/Voto Divergente: Conselheira Doris de Miranda Coutinho
15. Representante do MP: Procurador de Contas José Roberto Torres Gomes
16. Advogado constituído nos autos: Não há

EMENTA: Consulta. Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Tocantins.

Questionamentos: 1) viabilidade jurídica de contratação direta (dispensa/inexigibilidade) ou por licitação, de serviços técnicos especializados de assessoria e consultoria jurídica e para gestão Administrativa Financeira para levantamento de dados e valores devidos pelo INSS e demais regimes próprios de previdência, para fins de compensação de créditos previdenciários pelo sistema COMPREV (implementação, execução, operacionalização do programa de compensação previdenciária); e 2) possibilidade de definição do valor do contrato sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas.

No mérito, responder ao consulente que como regra geral a representação judicial, extrajudicial e assessoramento de entes públicos devem ser feitos por Procurador Público e Assessoria Própria. Contratação de serviços de assessorias ou consultoria técnicas particulares – excepcionalidade condicionada à Lei de Licitações. A licitação poderá ser dispensada, caso sejam atendidos os requisitos insertos, respectivamente, no inciso II e IV do art. 24 da Lei Federal nº 8.666/93. Sendo substitutivo de pessoal computar-se-á no limite de despesa com pessoal previsto na LRF e limite de despesas administrativas previstas no art. 15 da Portaria MPS nº402/08. **Impossibilidade de vinculação do valor dos honorários sobre**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

as receitas auferidas, salvo em contrato de risco integral com previsão de remuneração de sucumbência fixada pelo juízo na sentença condenatória.

Conhecimento da consulta. Ciência à autoridade consultante. Publicação. Arquivamento. Grifei

Superada essa questão entendo imperioso salientar a minha discordância da Área Técnica e do MPEC no tocante à vedação de ser celebrado contrato de risco pela Administração Pública.

O caso concreto revela que contratações como esta em exame podem, de fato, ser efetivadas pelos entes públicos, o que não fere o art. 55, III, da Lei 8666/93 e nem mesmo os arts. 2º e 3º da Lei 4.320/64, quando há previsão contratual da forma de pagamento, em **um valor fixo adequado e proporcional** à complexidade dos serviços executados, **sendo inviável a previsão de pagamento em percentual sobre a receita de imposto** auferido mediante ações administrativas ou judiciais exitosas efetivadas pela Contratada.

No caso desse tipo de ajuste, haverá de prever o contrato, ainda, que a quitação do serviço apenas se dará mediante a satisfação definitiva da demanda, harmonizando a contratação ao que estabelece o art. 63, §2º, III, da Lei 4.320/64.

Cito como precedentes o processo TC 10141/2011, Res. TC0001/2013, do TCE da Paraíba, além da Consulta 873.919, do TCE de Minas Gerais, aos quais me alio, nos termos da fundamentação deste voto.

Por fim, em homenagem ao esforço da Contratada em apresentar argumentos que fundamentem a forma de remuneração ajustada, entendo necessário ressaltar que, **à exceção da particularidade já tratada no item II.2 deste voto**, não se aplica em favor dos defendentes, a Orientação Técnica 01/97, oriunda do extinto NOR – Núcleo de Orientação Técnica e Recursos deste Tribunal de Contas, pois que expedida em um caso específico em que a remuneração do serviço era auferida sobre os valores que fossem apurados a maior no Valor Adicionado, pela Contratada, **mediante revisão de DOT's** - Declarações de Operações Tributáveis, o que em nada se assemelha com os serviços destacados nestes autos.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Diante do exposto, **rejeito as alegações de defesa** apresentadas e **mantenho a irregularidade**, deixando, contudo, de aplicar penalidade aos responsáveis, tendo em vista que a pretensão punitiva desta Corte está fulminada pela prescrição.

Na sequência, em **31/08/2016**, a 1ª Câmara do TCE-ES, por meio da **Decisão 2591/2016 – 1ª Câmara**, decidiu sobrestar o feito “até decisão final do processo TC-6603/2016-4, que trata de Incidente de Prejulgado instaurado nos termos da Decisão – Plenário 02144/2016, prolatada no processo TC-7156/2012”.

Em **16/10/2018**, portanto dois anos após o sobrestamento do feito, o Plenário do TCE-ES, por meio do **Acórdão TC 1420/2018 – Plenário**, decidiu sobre o Incidente de Prejulgado, originando o **Prejulgado nº 43**, cujo teor colaciona-se a seguir:

Prejulgado nº 43

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

1.1 Pela possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando à recuperação de créditos, vez que tais serviços não se encontram dentro das competências exclusivas da Administração Pública, cabendo a elaboração de estudos e pesquisas de maneira prévia à realização da contratação, para que, com fundamentos em tais elementos, possa ser verificada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade ou a necessidade de seguir o regular procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93;

1.2 Considerar plenamente possível a contratação pela Administração Pública com a remuneração paga pelos serviços efetivamente prestados sobre o êxito alcançado, devendo os valores serem fixados em percentual proporcional ao esforço e ao risco suportado pela empresa contratada, respeitando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e modicidade, somente sendo possível a realização do pagamento após comprovada a realização efetiva dos serviços contratados, qual seja, com o ingresso dos valores nos cofres públicos;

1.3 Pela aplicabilidade, com eficácia geral, da Orientação Técnica nº 01/1997, com fundamento no princípio da segurança jurídica e da confiança legítima, vez que a própria Corte de Contas emprestou eficácia normativa geral ao entendimento fixado pela orientação técnica, não sendo lícito negar eficácia aos seus preceitos, a fim de penalizar os jurisdicionados que agiram conforme os preceitos fixados por este instrumento normativo.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

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

Por sua vez, em **05/06/2019**, a empresa **CMS Consultoria e Serviços Ltda.** peticionou requerendo “*o prosseguimento do feito, com a aplicação do Prejulgado nº 043 ao presente processo*”. O requerimento da empresa foi recebido como **Protocolo nº 7532/2019-9**. *In verbis*:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR SÉRGIO MANOEL NADER BORGESDO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – TCEES.

Processo TC-3938/2013

CMS CONSULTORIA E SERVIÇOS S/S LTDA, devidamente qualificada nos autos do processo em epígrafe, por intermédio de seu representante legal abaixo assinado, vem, tempestivamente, a presença de Vossa Excelência, expor e ao final requerer o que segue.

Tendo em vista a conclusão do julgamento do Processo TC-06603/2016-4 (Prejulgado) por esta Corte de Contas, conforme certidão de trânsito em julgado nº 00562/2019-7, que culminou na elaboração do Prejulgado nº 043.

Considerando que o Prejulgado em tela pacificou, definitivamente, as questões nele suscitadas, haja vista que busca decidir não apenas o caso concreto posto em análise, mas fundamentalmente, confere repercussão geral ao tema debatido, de modo que o acórdão lavrado possui eficácia vinculante às decisões da Corte de Contas que versem sobre o mesmo objeto, cujo resumo segue abaixo:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - ASSESSORIA -RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS

1.1 Pela possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando à recuperação de créditos, vez que tais serviços não se encontram dentro das competências exclusivas da Administração Pública, cabendo a elaboração de estudos e pesquisas de maneira prévia à realização da contratação, para que, com fundamentos em tais elementos, possa ser verificada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade ou a necessidade de seguir o regular procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93;

1.2 Considerar plenamente possível a contratação pela Administração Pública com a remuneração paga pelos serviços efetivamente prestados sobre o êxito alcançado, devendo os valores serem fixados em percentual proporcional ao esforço e ao risco suportado pela empresa contratada, respeitando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e modicidade, somente sendo possível a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

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

1.3 Pela aplicabilidade, com eficácia geral, da Orientação Técnica nº 01/1997, com fundamento no princípio da segurança jurídica e da confiança legítima, vez que a própria Corte de Contas emprestou eficácia normativa geral ao entendimento fixado pela orientação técnica, não sendo lícito negar eficácia aos seus preceitos, a fim de penalizar os jurisdicionados que agiram conforme os preceitos fixados por este instrumento normativo.

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

Considerando, por fim, que o julgamento do **Processo TC-3938/2013** estava aguardando a conclusão do Prejulgado citado e, tendo sido concluído o julgamento, o incidente de prejulgado soluciona em definitivo a questão, constituindo norma vinculante para os demais casos submetidos ao Tribunal, cabendo a parte interessada, consoante determina o art. 355 do Regimento Interno, invocar a sua aplicação no exame processual.

Em razão dos fatos expostos e considerando que o presente processo data de 2013 e ainda não houve decisão final de mérito, **vimos por meio da presente manifestação Requerer o prosseguimento do feito, com a aplicação do Prejulgado nº 043 ao presente processo**, consoante determina o art. 355 do RITCEES, para que seja então julgado em definitivo.

Nestes termos,
espera deferimento.

Vitória/ES, 05 de junho de 2019.

CMS Consultoria e Serviços Ltda.
Cláudio Mucio Salazar Pinto
Representante Legal

No entanto, por meio da **Decisão em Protocolo 215/2019-4**, proferida em **12/06/2019**, o conselheiro relator interpretou o requerimento de prosseguimento do feito como sendo um pedido de juntada de documentos, indeferindo o pleito da empresa:

Decisão em Protocolo 00215/2019-4

Protocolo(s): 07532/2019-9

Assunto: Requerimento / Solicitação

Descrição complementar: indeferir juntada

Criação: 12/06/2019 11:39



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Origem: GAC - Rodrigo Chamoun - Gabinete do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Interessado(s): CLAUDIO MUCIO SALAZAR PINTO

Trata-se do protocolo 07532/2019-9 de 06/06/2019 interposto pela empresa CMSCONSULTORIA E SERVIÇOS S/S LTDA **requerendo a juntada de documento aos autos do TC 3938/2013-6** que trata de Representação de iniciativa da 5ª Secretaria de Controle Externo deste Tribunal de Contas, em razão de irregularidades detectadas nos contratos 067/2006 e n.º 092/2006 do Município de Jaguaré, que tiveram por objeto contratações de serviços de recuperação de créditos tributários, firmados com a empresa CMS Consultoria e Serviços S/C Ltda.

Ocorre que, na presente etapa processual não cabe à juntada do referido documento, pois o presente feito a que se refere – TC 3938/2013-6 carece de julgamento e se encontra com a instrução processual encerrada.

Logo, tem lugar à vedação contida no artigo 321, § 2º da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), a saber:

Art. 321. **Considera-se terminada a etapa de instrução do processo no momento em que a unidade técnica emitir a instrução técnica conclusiva.**

§ 1º Após o seu encerramento, a instrução processual só poderá ser reaberta por despacho fundamentado do Relator ou por deliberação do colegiado, de ofício ou a pedido das partes ou do Ministério Público junto ao Tribunal, para a realização de diligências.

§ 2º **Encerrada a instrução, somente será admitida a juntada de documentos na forma do artigo 61 da Lei Complementar Estadual 621/2012 e artigo 328 deste regimento.** [g.n.]

Portanto, já tendo sido abastecido o Processo TC 3938/2013-6 com a Instrução Técnica Conclusiva 03519/2015-3, Parecer Ministerial 04316/2015-6, impõe-se observar o rito definido pela legislação pertinente, **estando vedada a juntada irrestrita e extemporânea de documentos, em homenagem aos preceitos do devido processo legal.**

No entanto, **cabe registrar que o art. 61 da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES) e o art. 328 do Regimento Interno do TCEES, oportunizam às partes a apresentação de novos documentos por ocasião da sustentação oral.**

Por todo exposto e com fulcro nas competências outorgadas pelo art. 288, inciso II, III e VII do RITCEES, **INDEFIRO o requerimento formulado pelo interessado, dando-lhe CIÊNCIA.**

Por fim, publique-se no Diário Oficial Eletrônico do TCEES, nos moldes do art. 62 da Lei Orgânica do TCEES e dos artigos 359, inc. III e 360 do RITCEES, trasladando-se cópia desta Decisão para o TC 3938/2013-6.

Vitória/ES, 12 de junho de 2019.

RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN
Conselheiro relator



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Decorridos 27 dias do indeferimento do requerimento da empresa para prosseguimento do feito, o gabinete do ilustre conselheiro relator solicitou a inclusão em pauta do aludido processo na Sessão Ordinária da Primeira Câmara do TCE-ES marcada para o dia **24/07/2019**.

Por ocasião da referida sessão, o conselheiro relator apresenta o **Voto do Relator 4392/2019-1**, cuja íntegra transcreve-se a seguir:

Voto do Relator 04392/2019-1

Processo: 03938/2013-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização – Representação

Setor: GAC - Rodrigo Chamoun - Gabinete do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Criação: 09/09/2019 10:51

UG: PMJ - Prefeitura Municipal de Jaguaré

Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Representante: 5A CONTROLADORIA TÉCNICA

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

FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE JAGUARÉ – EXERCÍCIO 2006 – PREJUDICIAL DE MÉRITO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PARECERISTA JURÍDICO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA OU CONSULTORIA DE EMPRESA PRIVADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VISANDO À RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIO – APLICABILIDADE NOS TERMOS DISPOSTOS NO INCIDENTE DE PREJULGADO 43 EMITIDO POR ESTE TRIBUNAL – IMPROCEDÊNCIA – CIÊNCIA – ARQUIVAR.

O CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:

I RELATÓRIO

Trata-se de representação de iniciativa da então 6ª Secretaria de Controle Externo deste Tribunal de Contas, em razão de irregularidades detectadas nos contratos 067/2006 e 092/2006 do Município de Jaguaré, que tiveram por objeto contratações de serviços de recuperação de créditos tributários, firmados com a empresa CMS Consultoria e Serviços S/C Ltda.

Da documentação acostada aos autos, a área técnica constatou que as contratações realizadas entre o município de Jaguaré e a empresa CMS



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

tiveram por origem dois processos administrativos, dos quais resultaram os contratos nº 067/2006 e nº 092/2006.

Analisando os processos administrativos correspondentes a essas duas contratações, a área técnica verificou a necessidade de citação dos responsáveis para apresentação de razões de justificativa quanto a possíveis irregularidades descritas na Instrução Técnica Inicial ITI nº 764/2013, datada de 30.09.2013 e acostada às fls. 602/625 dos autos, na qual foi sugerida a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

“5 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em face destes apontamentos, submetemos à consideração superior, com fulcro no art. 316 da Resolução TC nº. 261/2013, c/c o art. 56, II e III, da Lei Complementar nº 621/2012, bem como na legislação vigente, a seguinte proposta de encaminhamento:

5.1 – CITAÇÃO, COM FUNDAMENTO NO ART. 56, INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR 621/2012, PARA APRESENTAR RAZÕES DE JUSTIFICATIVA.

Levando-se em consideração as análises e indícios de irregularidades apontados nesta Instrução Técnica Inicial, se faz necessário o chamamento aos autos dos responsáveis abaixo identificados, alertando-os quanto à possibilidade de aplicação de multa, na forma regimental e, na forma do artigo 139 da Lei Complementar nº 621/2012, no caso de pessoas físicas, pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, por prazo de até cinco anos e, para pessoa jurídica, na forma do inciso II, do artigo 141, da mesma Lei, proibição de contratação, pelo Poder Público estadual ou municipal, por até cinco anos.

<i>Responsáveis</i>	<i>Subitens</i>
<i>ROGÉRIO FEITANI</i>	<i>3.1, 3.2 e 3.3</i>
<i>WANDERLEY ANTÔNIO CROSCOPP</i>	<i>3.1 e 3.2</i>
<i>CLAUDINA ANTONIA FARDIN SOSSAI</i>	<i>3.1 e 3.2</i>
<i>SOLIMARCOS GAIGHER</i>	<i>3.1, 3.2 e 3.3</i>
<i>JOSÉ ALBERTO DE JESUS</i>	<i>3.2</i>
<i>MICHELLE PAGOTTO</i>	<i>3.2</i>

[...]

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Colacionadas aos autos as defesas, todo o processado foi remetido ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva - ITC 9846/2014-1 (fls. 4645/4696), conforme determina o artigo 47, inc. III, alínea “d” c/c art. 319, ambos do Regimento Interno do TCEES aprovado pela Resolução TC 261 de 4 junho de 2013/2013, cujo trecho destaco:

[...]

4. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

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

Base Legal: *Infringência: inciso II, art. 37 da Constituição Federal, c/c Princípio da Legalidade e da Eficiência disposto no caput do mesmo artigo constitucional, assim como art. 7º, 142;*

Responsáveis: Rogério Feitani – Ex-Prefeito Municipal

Wanderley Antônio Croscopp – Secretário Municipal de Administração e Finanças

Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária Municipal de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação

Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal

4.1.2. Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação sem os requisitos legais autorizativos

Base Legal: *art. 37, caput, da Constituição Federal, c/c art. 2º, 3º, 13, 25, 26, caput e incisos II e III, todos da Lei 8.666/93.*

Responsável: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

Wanderley Antônio Croscopp – Secretário Municipal de Administração e Finanças e Membro da Comissão Permanente de Licitação

Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária Municipal de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação

Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal José Alberto de Jesus – Presidente da Comissão Permanente de Licitação

Michelle Pagotto – Membro da Comissão Permanente de Licitação



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

4.1.3. Da Contratação com Previsão de Remuneração Vinculada à Obtenção de Êxito - Contrato de Risco

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

Responsável: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

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

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

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

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

- Considerando os **efeitos financeiros com obrigações por prazo indeterminado para o Município de Jaguaré/ES** previstas na Cláusula 3.1.2; Cláusula 3.1.3; Cláusula 3.1.5 e Cláusula 3.2, todas do Contrato Administrativo nº 067/2006 (fls. 659/664);
- Considerando que existe o ajuizamento de ação de execução fiscal proposta pelo Município de Jaguaré/ES em face da empresa Petrobrás Petróleo Brasileiro, CNPJ: 33.453.598/0001-23, tombada sob o nº 0000705-23.2008.8.08.006 (065.08.000705-0), na qual objetiva-se o recebimento de valores decorrentes de ISSQN (Certidão de Dívida nº 001/2008 - fls. 178), que ainda se encontra em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Jaguaré/ES, conforme documentos de fls. 170/181 dos autos;

DETERMINE ao atual Prefeito de Jaguaré que **promova imediatamente à anulação do citado contrato administrativo nº 067/2006 (fls. 659/664), cujos efeitos deverão retroagir ao tempo da celebração dos mesmos, ex vi art. 59, caput, da Lei nº 8.666/93, abstendo-se de realizar qualquer pagamento futuro à Contratada.**

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

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

[...]

O Ministério Público Especial de Contas emitiu o competente Parecer - PPJC nº 4316/2015-6 (fls. 4699/4702), da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, corroborando integralmente as conclusões do Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Nesse passo, diante da proposta de encaminhamento da área técnica, pela declaração de nulidade do contrato, se fez necessária a citação da empresa CMS Consultoria e Serviços S/C Ltda., a qual apresentou as razões de defesa colacionadas às fls. 4728/4782. Os autos foram novamente à apreciação do NEC e do Parquet de Contas, os quais mantiveram suas conclusões pela manutenção das irregularidades apontadas na Instrução Técnica Conclusiva – ITC 9846/2014-1 (fls. 4645/4696), conforme dispõe a Instrução técnica Conclusiva – ITC 3519/2015-3 (fls. 5165/5215).

O Ministério Público de Contas anuiu os termos da ITC 3519/2015-3, na forma do Parecer da PJC 04316/2015-6 (fls. 4699/4702).

Em seguida, os autos vieram a este Gabinete, onde proferi o voto (Voto do Relator 00863/2016-5 - fls. 5.230/5.258 do Volume XXI), divergindo parcialmente do posicionamento técnico e ministerial.

Ressalta-se que consta nos autos o Voto Vista 01097/2016-4 (fls. 5260/5274) do conselheiro substituto Marco Antônio da Silva e o Voto Vista 01407/2016-2 do conselheiro Sebastião Carlo Ranna e Macedo (fls. 5281/5314). Em seguida, o conselheiro substituto Marco Antônio da Silva apresentou complementação de voto (fls. 5315/5336).

Todavia, impende ressaltar que vários processos tramitavam neste Tribunal (Plenário e Câmaras), com objeto semelhante ao dos presentes autos, envolvendo questionamentos sobre a regularidade do contrato de risco para a recuperação de créditos tributários, do pagamento fixado em percentual do incremento da receita, da terceirização da atividade tributária e da contratação direta por inexigibilidade de licitação.

Assim sendo, e considerando a necessidade de pacificar o entendimento desta Corte, bem como a relevância da matéria, este Tribunal, decidiu pela instauração de Incidente de Prejudicado, a fim de que determinadas questões fossem decididas pelo Plenário, nos termos da Decisão Plenária 2144/2016-7 acostada ao processo 7156/2012-1, disposta adiante:

Considerando que o relator, conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, suscitou incidente de Prejudicado na 27ª sessão ordinária do Plenário do corrente, nos termos da manifestação de fls. 2791/2794, para que o colegiado decida, em caráter normativo, em autos apartados, a serem distribuídos ao conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, por sorteio realizado na mesma sessão, sobre as seguintes questões:

1. possibilidade de contratação de assessorias/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.

DECIDE o Plenário deste Tribunal de Contas, à unanimidade, na mesma 27ª sessão ordinária, encaminhar os autos do Prejudicado ao



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Ministério Público Especial de Contas para manifestação, nos termos do artigo 348, §2º, do RITCEES.

Nesse sentido, tendo em vista que o assunto do presente processo possui pertinência com o Incidente de Prejudicado que tramita nesta Corte de Contas (Processo TC 6603/2016 – Relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo) suscitado por mim no bojo de Representação constante do TC 7156/2012, conforme Decisão Plenária TC-2144/2016 acima citada, esta Corte de Contas decidiu sobrestar os presentes autos até a decisão final do processo TC 6603/2016-4, na forma da Decisão - Primeira Câmara 02591/2016-2 (peça 14), a saber:

Considerando que compete a este Tribunal decidir sobre representação que lhe seja encaminhada, conforme o disposto no artigo 1º, inciso XXV, da Lei Complementar nº. 621/2012 c/c o artigo o 1º, inciso XXIV, do Regimento Interno desta Corte;

DECIDE a Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, à unanimidade, em sua 31ª sessão ordinária, nos termos das notas taquigráficas que fundamentam esta Decisão, sobrestar os presentes autos até a decisão final do processo TC-6603/2016-4, que trata de Incidente de Prejudicado instaurado nos termos da Decisão –Plenário 02144/2016, prolatada no processo TC-7156/2012.

Deste modo, o Incidente de Prejudicado foi apreciado na 36ª sessão ordinária do Plenário, realizada em 16/10/2018, conforme Acórdão TC 1420/2018 – Plenário proferido no processo TC 6603/82016, com trânsito em julgado em 03.12.2018, nos termos da Certidão 01356/2019-8 (peça 17) da Secretaria das Sessões - SGS.

Encerrado o sobrestamento em abril de 2019, vieram os autos a este gabinete para prosseguimento do julgamento.

II FUNDAMENTAÇÃO

II.1 PREJUDICIAL DE MÉRITO – RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA JURÍDICO

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

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

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

2786/2015 – julgado em 21/02/2017) e Acórdão TC-542/2016-Plenário (Processo TC 6719/2014 - julgado em 24/05/2016).

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

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

Sendo assim, existindo nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo parecerista e a irregularidade identificada – ainda que indiciariamente – presentes estão os elementos da responsabilidade, de tal sorte que cabe ao momento do aprofundamento de mérito analisar eventuais excludentes e circunstâncias atenuantes, se existentes.

Nesse viés, considerando que a argumentação formulada em torno da ilegitimidade do parecerista jurídico se confunde com o mérito da própria irregularidade apontada, acompanho o entendimento técnico para rejeitar, em sede de prejudicial de mérito, a ilegitimidade suscitada pelo senhor Solimarcos Gaigher

II.2 PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

Tendo em vista que os fatos narrados na denúncia remontam ao exercício de 2006 e que a citação somente foi efetivada em 2013, os responsáveis alegaram a prescrição da pretensão punitiva desta Corte, nos termos do art. 71, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES).

A preliminar foi acolhida pela área técnica na ITC 09846/2014-1 que esclareceu, ainda, que “*em momento algum foi descrito de forma clara e objetiva, eventual injustificado dano ao erário.*” (fls. 4650, ITC 9846/2014). Por seu turno, a área técnica na ITC 03519/2015-3 ratificou esse entendimento.

Pois bem, analisando a norma e os documentos acostados no presente processo, verifico que os fatos analisados nestes autos decorrem do exercício de 2006, nos termos do Contrato 67/2006 firmado em 04.05.2006 (fls. 659/2664) e o Contrato 092/2006 firmado em 29.06.2006 (fls. 111/115), o qual tratava, especificamente, da recuperação de crédito tributário. Portanto, no dia 04.05.2011 estaria implementada a prescrição da pretensão punitiva do TCEES.

Seguindo o curso processual, verifico também que o Relatório de Diligência 12/2013 (fls. 10/18 – Volume I) datado de 03/04/2013 por parte da equipe técnica. A diligência prevista no Plano n.º 012/2013, que consta às fls. 10/18, teve início em 11.03.2013.

Na mesma linha, observo que a citação dos responsáveis Rogério Feitani – Ex-Prefeito Municipal (Termo de Citação 2160/2013, fls. 697, Volume III), Wanderley Antônio Croscopp – Secretário de Administração e Finanças (Termo de Citação 2161/2013, fls. 698, Volume III), Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária de Gabinete e Secretária da Comissão Permanente de Licitação (Termo de Citação 2162/2013, fls. 699, Volume III), Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal (Termo de Citação 2163/2013, fls. 700, Volume III), José Alberto de Jesus – Presidente da CPL (Termo de Citação 2164/2013, fls. 701, Volume III) e Michelle Pagotto – Membro da CPL



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

(Termo de Citação 2165/2013, fls.702, Volume III), ocorreu no exercício de 2013, tendo sido cumpridos os termos de citação nos meses de outubro e novembro de 2013, conforme folhas 703/706 dos autos físicos (volume III).

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

Em manifestação, a área técnica e o Ministério Público de Contas opinaram pela incidência de prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, face a expiração do prazo legal (ITC 9846/2014-1 e ITC 3519/2015-3), sendo que a ocorrência da consumação da prescrição da pretensão punitiva ocorreu em 2011 e a ocorrência do primeiro marco processual de suspensão do prescricional ocorreu em 11.03.2013 (Plano de Diligência 012/2013 que teve início em 11.03.2013).

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

Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

[...]

§ 2º Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:

I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de processos de prestação e tomada de contas, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;

II - da ocorrência do fato, nos demais casos.

§ 3º Suspende a prescrição a determinação de diligência no processo, até o seu total cumprimento.

§ 4º Interrompem a prescrição:

I - a citação válida do responsável;

II - o julgamento do processo pelo Colegiado competente;

III - a interposição de recurso.

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

Assim sendo, acompanho a área técnica e acolho a prejudicial suscitada pelos responsáveis, decretando a prescrição da pretensão punitiva deste TCEES, de forma a declarar extinta a punibilidade dos responsáveis citados nos presentes autos.

II.2 MÉRITO

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

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

II.2.1 Terceirização de atividades e competências típicas e indelegáveis da Administração Pública – Recuperação de Créditos Tributário e Revisão de Declarações de Operações Tributárias (DOT) (item 3.3.1 da ITC 9846/2014, item 1.1 da ITC 3519/2015 e item II.2 do Voto do Relator 00863/2016-5)

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

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

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

Em linhas gerais invoca a área técnica, o Código Tributário Nacional, regulado pela Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, o art. 37 da CRFB/88 e a Lei Orgânica do Município, para enquadrar a presente terceirização como ilícita. O NEC conclui, inclusive, a despeito de os lançamentos contábeis terem sido feitos por servidores efetivos, que *“qualquer atividade desenvolvida no sentido de implementar, sob qualquer aspecto a constituição e/ou cobrança do ISSQN no âmbito do Município de Jaguaré/ES é, inexoravelmente, afeta às atividades privativas, rotineiras e finalísticas da Administração Pública Municipal sem qualquer sombra de dúvidas, independentemente da natureza dos “serviços/atividades” a serem realizadas.”*

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

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

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Esclarecem que a contratação da empresa encontra respaldo no que disposto no art. 13, III, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações) e que coube à empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda o subsídio no levantamento de dados relativos à recuperação de receitas fiscais e, consequentemente, no combate à sonegação, sendo tal levantamento utilizado para balizar e dar suporte à atuação dos fiscais de tributos, que não possuíam informação técnica necessária para a realização de um trabalho eficiente.

Invocam, em sua defesa, as disposições do Decreto Municipal nº 056/2006, que dispõe sobre a autoridade administrativa competente para o lançamento fiscal, finalizando com a afirmação de que não houve burla aos art. 7º e 142, do CTN, pois não foram executadas pela CMS atividades típicas, mas apenas atividade auxiliar, acessória e de suporte à atividade fiscal.

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

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

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

Assim como disposto no voto por mim proferido às fls. 5.230/5.258 do Volume XI (Voto do Relator 00863/2016-5), em nenhum momento restou demonstrado nos autos que a CMS promoveu a inscrição de créditos provenientes do ISS ou mesmo IPTU em dívida ativa, não tendo sido detectado usurpação de atribuição dos cargos de fiscal auditor e fiscal de rendas.

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

Deste modo, e relativamente aos serviços acrescidos por meio de termo aditivo - atividades de realização de recuperação de receita de Contribuintes do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU e revisão de Declarações de Operações Tributáveis (DOTs), entendi por bem, acolher as razões de justificativas apresentadas pela empresa CMS Consultoria e Serviços Ltda., em face do que dispõe a Orientação Técnica 01/97, emitida por esta Corte de Contas no ano de 1997 e ainda não revogada, pelas razões já expostas naquele Voto.

Entendi que não se justifica negar a existência de uma orientação clara e direta emitida por este Tribunal a seus jurisdicionados, sob pena de violação



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

do princípio da segurança jurídica, sob os registros de que tal subsunção apenas se dará em relação à revisão de DOTs, objeto do primeiro termo aditivo, tema específico tratado em referida Orientação Técnica.

Nessa vertente, e diante das razões apresentadas, manifestei-me, nos termos do voto proferido às fls. 5.230/5.258 do Volume XXI (Voto do Relator 00863/2016-5), pelo afastamento desta irregularidade.

II.2.1 Contratação direta por inexigibilidade de licitação (item 3.3.2 da ITC 9846/2014, item 1.2 da ITC 3519/2015 e item II.3 do Voto do Relator 00863/2016-5)

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

Responsáveis: Rogério Feitani – Prefeito Municipal
Wanderley Antônio Croscopp – Secretário Municipal de Administração e Finanças e Membro da CPL
Claudina Antônia Fardin Sossai – Secretária Municipal de Gabinete e Secretária da CPL
Solimarcos Gaigher – Procurador Municipal
José Alberto de Jesus – Presidente da CPL
Michelle Pagotto – Membro da CPL
CMS Consultoria Serviços S/S Ltda

Em linhas gerais, restou constatado pela área técnica que as atribuições de arrecadar ou fiscalizar tributos, de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, não poderiam ser delegadas a particulares, já que tal atribuição caberia ser realizada por servidor público concursado. Logo, restaria ausente um dos requisitos necessários à contratação direta, notadamente por entender que o serviço típico de servidor público não pode ser considerado singular, já que serviço comum e rotineiro.

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

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

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

Os defendentes apresentaram defesas idênticas neste tópico. Afirmam que no caso em análise, o legislador, atento à complexidade e especificidade das questões tributárias e, de forma absolutamente cristalina, permitiu ao administrador efetuar a “contratação de assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias”, atribuindo a seção IV, dos serviços técnicos profissionais e especializados, art. 13, da Lei 8.666/93.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

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

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

Continuam em sua defesa afirmando que não procede a alegação de que os serviços prestados pela empresa CMS não seriam de natureza singular, pois não se tratam de serviços comuns ou rotineiros da administração. Em seguida, aduzem os defendentes que também estão presentes as justificativas para a situação de inexigibilidade de licitação.

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

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

Pois bem, em uma primeira análise, proferi meu entendimento (Voto do Relator 00863/2016-5, proferido às fls. 5.230/5.258 do Volume XXI), no sentido de que assiste razão aos defendentes, tendo em vista que as atividades descritas no objeto do contrato 67/2006 se enquadram no conceito de serviço especializado, conforme disposições do artigo 13 do Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos e, portanto, são passíveis de terceirização.

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

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

Tal como registrado no voto de minha autoria proferido às fls. 5.230/5.258 do Volume XXI (Voto do Relator 00863/2016-5), os diversos documentos apresentados demonstram, a meu ver, a singularidade do serviço e a especialização da empresa, o que justifica a contratação direta levada a efeito pela municipalidade.

Assim, naquela oportunidade, manifestei meu entendimento no sentido de que o caso em análise não se tratava, simplesmente, de uma cobrança de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

créditos tributários já constituídos, inscritos em dívida ativa, mas sim, de levantamento de dados junto aos documentos fiscais e contábeis dos contribuintes ou de terceiros, visando apurar a base de cálculo real do ISSQN e, por consequência, a constituição de um crédito em favor do Município.

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

Feitas essas considerações, e nos termos do voto por mim proferido às fls. 5.230/5.258 do Volume XXI (Voto do Relator 00863/2016-5), manifestei-me pelo afastamento da irregularidade, pois entendi que pelo conjunto de defesas ora em exame, que os serviços prestados pela Contratada demonstraram a experiência e a notória especialização da empresa CMS.

II.2.3 Efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito – contrato de risco (item 3.3.3 da ITC 9846/2014, item 1.3 da ITC 3519/2015 e item II.4 do Voto do Relator 01208/2016)

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

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

Em relação à forma de pagamento estipulada para os serviços prestados pela CMS Consultoria e Serviços Ltda., restou identificado nos autos que a remuneração seria vinculada à obtenção de êxito resultante do incremento da arrecadação pretendida, na forma do **Contrato 067/2006**:

CLÁUSULA TERCEIRA – DO VALOR E FORMA DE PAGAMENTO

3.1 – No caso do ISSQN:

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

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

3.1.3 – Caso o CONTRATANTE receba em **dação de pagamento**, os créditos decorrentes da recuperação da base de cálculo do ISSQN,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

pagará de imediato à CONTRATADA os honorários na forma do item 3.1.1 desta cláusula;

3.1.4 – No caso de parcelamento para quitação da dívida, os honorários serão devolvidos do mesmo modo;

3.1.5 – No caso de ganhos contínuos percebidos pelo CONTRATANTE, por tempo indeterminado, sobre atividades de pesquisa, exploração e produção de petróleo e gás natural em razão do êxito das medidas sob assessoria da CONTRATADA, na forma de acordo, convênio ou qualquer outra modalidade de ajuste, os honorários a que se refere o item 3.1.1 desta cláusula, serão devidos enquanto durar o recebimento da respectiva vantagem, até o limite máximo de 24 (vinte e quatro) meses, a contar do encerramento do processo e/ou da solução no âmbito administrativo, ou da data do primeiro recebimento;

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

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

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

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

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

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

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

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

Afirma a área técnica que o contrato 067/2006 firmado entre o município de Jaguaré e a empresa CMS previa como forma de remuneração, o risco, ou seja, só haveria pagamento pela prestação dos serviços se houvesse aumento da base de cálculo de lançamento do imposto sobre serviços



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

referente a atividades de pesquisa, exploração produção e distribuição de petróleo e gás natural, e devido na proporção de 0,99 por cento do aumento conseguido (cláusula 3.1.1 c/c 3.1.2).

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

Sendo assim, o corpo técnico ponderou que o instituto do contrato de risco até está previsto na legislação civil, sendo comum no regime de direito privado. Entretanto, sua aplicação no direito público encontra vedações na medida em que contraria princípios orçamentários, inclusive a norma Constitucional estabelecida no art. 167.

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

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

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

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

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

Em face das justificativas, o NEC asseverou que este tópico descreve duas condutas violadoras de preceitos constitucionais e infraconstitucionais distintos. A primeira, diz respeito à vedação disposta no art. 167, inc. IV, da Constituição da República de 1988, que materializa o denominado princípio da não-afetação tributária (impostos). A segunda concerne à vedação da celebração, pela Administração Pública, dos denominados contratos de risco, dada sua incompatibilidade com o disposto no art. 54, § 1º, c/c. art. 55, III, ambos da Lei 8.666/93 e com princípios orçamentários.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

De posse dos autos, manifestei-me (Voto do Relator 00863/2016-5, proferido às fls. 5.230/5.258 do Volume XXI) pela manutenção da irregularidade, nos termos dispostos pelo NEC.

Todavia, ciente da existência de vários processos que tramitavam no Plenário e Câmaras do TCEES com objetos semelhantes aos dos presentes autos, este Tribunal decidiu pela instauração de Incidente de Prejulgado, nos termos da Decisão 00912/2016-5, proferido às fls. 5.230/5.258 do Volume XXI no processo TC 7153/2012, a fim de pacificar o tema.

II.3 Aplicação do Incidente de Prejulgado (Processo 6603/2016-4)

Tal como disposto na parte final do item II.2.3, tendo em vista a necessidade de pacificação dos entendimentos relativos aos itens dispostos neste processo, bem como de outros processos em tramitação neste Tribunal de Contas, o Plenário desta corte decidiu pela formação do Incidente de Prejulgado, culminando na instauração do processo TC 6603/2016-4.

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

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

Ementa do Acórdão TC 1420/2018 – Plenário:

INCIDENTE DE PREJULGADO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA OU CONSULTORIA DE EMPRESA PRIVADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VISANDO À RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS – POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS SOBRE O ÊXITO ALCANÇADO, DEVENDO OS VALORES SEREM FIXADOS EM PERCENTUAL PROPORCIONAL AO ESFORÇO E AO RISCO SUPORTADO PELA EMPRESA CONTRATADA-APLICABILIDADE, COM EFICÁCIA GERAL, DA ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 01/1997, DESTE TRIBUNAL – ARQUIVAR

Prejulgado 43:

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

1.1 Pela possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando à recuperação de créditos, vez que tais serviços não se encontram dentro das competências exclusivas da Administração Pública, cabendo a elaboração de estudos e pesquisas de maneira prévia à realização da contratação, para que, com fundamentos em tais



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

elementos, possa ser verificada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade ou a necessidade de seguir o regular procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93;

1.2 Considerar plenamente possível a contratação pela Administração Pública com a remuneração paga pelos serviços efetivamente prestados sobre o êxito alcançado, devendo os valores serem fixados em percentual proporcional ao esforço e ao risco suportado pela empresa contratada, respeitando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e modicidade, somente sendo possível a realização do pagamento após comprovada a realização efetiva dos serviços contratados, qual seja, com o ingresso dos valores nos cofres públicos;

1.3 Pela aplicabilidade, com eficácia geral, da Orientação Técnica nº 01/1997, com fundamento no princípio da segurança jurídica e da confiança legítima, vez que a própria Corte de Contas emprestou eficácia normativa geral ao entendimento fixado pela orientação técnica, não sendo lícito negar eficácia aos seus preceitos, a fim de penalizar os jurisdicionados que agiram conforme os preceitos fixados por este instrumento normativo.

Órgão Colegiado: Plenário

Processo: TC-06603/2016-4

Assunto: Prejudicado

Autuação: 01.09.2016

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

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

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

Deste modo, e nos termos dispostos nos autos do Incidente de Prejudicado 6603/2016-4, **este Tribunal**, divergindo da área técnica e do Relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, **entendeu pela possibilidade da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando à recuperação de créditos tributários e de remuneração pelos serviços efetivamente prestados, sobre o êxito alcançado, nos moldes e condições descritas acima**, razão pela qual afastou os indícios de irregularidade dispostos nos itens II.2.1, II.2.2 e II.2.3 destes autos.

Por fim, cito como precedente desta Corte de Contas, o Acórdão 1092/2019-6 - Plenário prolatado nos autos do TC 07383/2012-4 de relatoria do conselheiro Domingos Augusto Taufner que afastou a seguintes irregularidade, tendo em vista a aplicação do Prejudicado nº 43:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

3.1. Contratação de Pessoa Jurídica para executar serviços cuja competência e atribuição é de servidor público (item 3.1 ITC 00605/2014-6)

3.2. Efetivação de Contrato vinculado à obtenção de êxito - Contrato de Risco (item II.2 da ITI 422/2013)

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

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

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

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

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

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), divergindo do entendimento técnico e do Ministério Público Especial de Conta, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun
Conselheiro relator

ACÓRDÃO

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

III.1 PRELIMINARMENTE:

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

III.1.2 **RECONHECER** a **PRESCRIÇÃO** da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas em face dos indícios de irregularidade descritos nos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

itens II.2.1, II.2.2 e II.2.3, nos termos do artigo 70 c/c 71, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c o art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil;

III.2 Considerar **IMPROCEDENTE** a Representação, nos termos do artigo art. 178, I, c/c o art. 182, parágrafo único, nos termos do prejulgado 43 exarado por esta Corte de Contas.

III. 3 Dar **CIÊNCIA** aos interessados e representante do teor desta Decisão, conforme disposto no artigo 307, § 7º, da Resolução TC 261/2016;

III.4 Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR**.

Por fim, este órgão ministerial pediu vista dos autos com o objetivo de conhecer melhor as razões que conduziram o conselheiro relator a deixar de encaminhar o feito à área técnica para reexame da matéria à luz da superveniência do Prejulgado nº 43.

2 Análise

2.1 Da necessidade de reabertura da instrução processual para reexame técnico das irregularidades à luz do Prejulgado nº 43

No âmbito desta Corte de Contas, a elaboração de instrução técnica conclusiva constitui formalidade essencial do processo de controle externo, devendo conter opinamento conclusivo sobre a matéria em exame por meio da análise fundamentada das questões de fato **e de direito**, com a indicação dos fundamentos fáticos **e jurídicos**, **bem como do entendimento do Tribunal sobre o assunto**. Nesse sentido, preceituam os art. 313, incisos IV, V e § 3º, e 319, parágrafo único, incisos III e IV, do RITCEES:

Art. 313. Os processos que tramitam no Tribunal serão devidamente instruídos pelas unidades competentes, observando-se, entre outros, os seguintes critérios:

I - descrição precisa do conteúdo do processo;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

II - identificação de todos os elementos que sirvam de base ao exame da matéria;

III - realização dos cálculos dos débitos apurados nos processos de contas;

IV - **opinamento conclusivo, com a indicação dos fundamentos fáticos e jurídicos.**

V - **indicação de entendimento adotado pelo Plenário ou pelas Câmaras,** bem como de súmula de jurisprudência, que tratem da matéria em exame. (Inciso acrescido pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

[...]

§ 3º **Caberá à chefia da unidade técnica verificar o cumprimento do inciso V deste artigo, podendo em sua manifestação suprir a falta de indicação do entendimento adotado pelo Plenário ou pelas Câmaras.** (Parágrafo acrescido pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

[...]

Art. 319. **Na fase final da instrução dos processos, constitui formalidade essencial, além do exame da unidade competente, a elaboração da instrução técnica conclusiva.**

Parágrafo único. **A instrução técnica conclusiva conterá, necessariamente:** (Parágrafo retificado pela Emenda Regimental nº 001, de 27.8.2013).

I - a narrativa dos fatos;

II - os indícios de irregularidades, se existentes, apontados no relatório e na instrução técnica inicial;

III - **a análise devidamente fundamentada, com o exame das questões de fato e de direito;**

IV - **a conclusão, com a proposta de encaminhamento.**

A essencialidade do posicionamento conclusivo do corpo técnico decorre da própria natureza eminentemente técnica desta Corte de Contas, composta por servidores de carreira que desenvolvem atividades exclusivas de Estado, consoante se extrai da dicção dos art. 5º e 6º da Lei Complementar Estadual 622/2012, cabendo-lhes, entre outras, a prerrogativa de elaborar instruções técnicas de apoio às decisões do TCE-ES:

Art. 5º As funções de execução do controle externo da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios que incumbem ao Tribunal de Contas **serão exercidas exclusivamente pelo Auditor de Controle Externo.**

§ 1º **Os Auditores de Controle Externo,** responsáveis pela execução de atividades aqui descritas, e em razão das funções de fiscalização que executam, **desenvolvem atividades exclusivas de Estado.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

§ 2º Incumbe, ainda, ao Auditor de Controle Externo a prestação de apoio técnico e a execução dos serviços administrativos do próprio Tribunal.

Art. 6º Compete exclusivamente ao Auditor de Controle Externo, no âmbito da atuação do Tribunal de Contas, em controle de recursos e bens públicos:

I - programar e planejar a realização de atividades de controle externo nas entidades jurisdicionadas;

II - realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional nas entidades jurisdicionadas, elaborando os relatórios técnicos de análise da aplicação e da gestão dos recursos públicos de responsabilidade destas entidades;

III - elaborar relatórios de auditoria e instruções técnicas de apoio às decisões dos relatores e do Plenário do Tribunal de Contas;

IV - analisar e elaborar parecer técnico nas prestações de contas das entidades jurisdicionadas que irão à apreciação e julgamento pelo Plenário da Casa;

V - realizar diligências, vistorias e análises de legislação específica necessárias à complementação de informações e esclarecimentos para instrução e emissão de parecer nos processos que envolvam atos de gestão ou prestação de contas;

VI - analisar prestações de contas de ordenadores de despesas e almoxarifes relativamente a recursos públicos alocados a convênios e suprimimento de fundos;

VII - emitir parecer e manifestar-se nas denúncias ou representações feitas sobre possíveis irregularidades na aplicação de recursos públicos;

VIII - analisar e emitir parecer sobre licitação, dispensa e inexigibilidade de licitação na contratação de fornecimento de bens, serviços ou obras, na celebração de convênios ou instrumento congêneres, concessão, permissão, autorização públicas e parcerias público-privadas;

IX - analisar e instruir recursos interpostos contra decisões do TCEES;

X - orientar as entidades jurisdicionadas na gestão de recursos públicos, emitindo instruções técnicas sobre matéria submetida ao controle do TCEES, em resposta a consultas ou como orientação preventiva;

XI - analisar e instruir os atos e procedimentos relativos à fiscalização da gestão fiscal.

XII - analisar e instruir os procedimentos de fiscalização de arrecadação, gestão e destinação das receitas públicas;

XIII - analisar e instruir os procedimentos de fiscalização relativos à concessão e administração de benefícios fiscais ou financeiros, bem como aqueles relativos à renúncia de receita;

XIV - analisar e instruir os procedimentos de fiscalização de despesa ou de alienação de bens.

Por sua vez, os art. 174 e 177 da Lei Complementar Estadual 621/2012, complementados pelos art. 352, § 1º, e 355 do RITCEES, atestam o caráter



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

normativo e vinculante dos prejulgados emanados por esta Corte de Contas, os quais são formados mediante decisão normativa do Plenário:

Lei Complementar Estadual 621/2012

[...]

**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.

[...]

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 prejulgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas.

Regimento Interno do TCE-ES

Art. 352. Proferido o julgamento do incidente pelo Plenário, observado o quórum 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 prejulgado vinculante aos demais casos submetidos ao Tribunal.

[...]

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

Conforme assinalado pelo voto do ilustre conselheiro relator, o Prejulgado nº 43 se originou do Acórdão TC 1420/2018, proferido pelo Plenário em **23/10/2018** nos autos do Processo TC 6603/2016, sendo disponibilizado no Diário Oficial Eletrônico do TCE-ES em **29/10/2018**.

Por ocasião da prolação do referido acórdão (**23/10/2018**), o presente feito já se encontrava com a instrução processual concluída há três anos, isto é, desde



13/07/2015, tendo sido sobrestado por força da Decisão 2591/2016 – 1ª Câmara, proferida em **31/08/2016**.

O cotejo entre as aludidas datas revela que o corpo técnico do TCE-ES não teve oportunidade de se manifestar conclusivamente sobre a incidência do Prejulgado nº 43 aos fatos submetidos ao conhecimento desta Corte de Contas por meio da presente Representação, porquanto à época da elaboração da Instrução Técnica Conclusiva Complementar ITC 3519/2015 o incidente de prejulgado sequer havia sido suscitado.

Por esse motivo, o posicionamento conclusivo da área técnica não considerou o Prejulgado nº 43 em sua análise, tornando imperiosa, neste momento processual, a reabertura da instrução para que seja promovido o reexame técnico conclusivo dos fatos à luz do novo precedente normativo criado por esta Corte de Contas, sob pena de se configurar **supressão de instância técnica**, hipótese que se verifica quando, por exemplo, os magistrados de contas, em sede de cognição exauriente, adotam como razão de decidir premissa jurídica inexistente à época da análise conclusiva realizada pelo corpo técnico do Tribunal de Contas, como é o caso do Prejulgado nº 43.

Sem análise prévia da matéria por parte do seu corpo técnico, as decisões proferidas pelas Cortes de Contas careceriam de legitimidade, uma vez que as questões de cunho estritamente técnico seriam submetidas exclusivamente ao arbítrio de seus julgadores, suprimindo as prerrogativas funcionais dos auditores de controle externo.

Conforme já assinalado, a instrução técnica conclusiva deve analisar, de forma fundamentada, as questões de fato **e de direito, no que se inclui as decisões normativas do TCE-ES**, constituindo, portanto, formalidade essencial do processo de controle externo, motivo pelo qual não pode ser dispensada.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Importante ressaltar que o raciocínio jurídico aplicado aos processos de controle externo se desenvolve mediante subsunção dos fatos às normas, os quais, naturalmente, devem ser os mesmos para todos os sujeitos processuais. Assim, no âmbito dos Tribunais de Contas, o direito aplicável pelos órgãos julgadores não pode ser distinto do direito considerado pela área técnica, pelo Ministério Público de Contas ou pelos responsáveis. Por esse motivo, todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, nos exatos moldes do preconiza o art. 6º do Código de Processo Civil:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Em outras palavras, todos os sujeitos processuais, inclusive responsáveis, corpo técnico e Ministério Público de Contas devem ter a oportunidade de se manifestar sobre a superveniência de decisão normativa vinculante passível de ser aplicada ao caso concreto, em homenagem ao **princípio da vedação às decisões-surpresa**, positivado no ordenamento jurídico por meio do art. 10 do Código de Processo Civil:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Conquanto o precedente normativo inaugurado por meio do Prejulgado nº 43 possua natureza vinculante, não é possível afirmar, de forma prévia e categórica, que sua aplicação seja automática e irrestrita a todos os casos tratados nos diversos processo que foram sobrestados. Tal conclusão decorre do fato de que o incidente de prejulgado tem por objetivo definir a **interpretação** que deve ser atribuída a uma norma jurídica ou a um procedimento adotado pela Administração Pública, não alcançando, por óbvio, a singularidade dos casos concretos submetidos a julgamento perante esta Corte de Contas.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Dito de outra forma, o Prejulgado nº 43 não versa sobre questões de fato, mas apenas de direito, de modo que sua aplicabilidade aos casos concretos demanda uma análise específica dos fatos delineados em cada processo, mormente em razão dos diversos temas por ele tratados.

Alterando-se a interpretação vinculativa sobre o direito vigente, impõe-se ao feito retroceder sua marcha processual para que o corpo técnico do TCE-ES e o Ministérios Público de Contas possam se manifestar sobre a incidência o Prejulgado nº 43 aos fatos constantes no presente processo.

Como exemplo da necessidade de reanálise conclusiva da matéria por parte da área técnica do TCE-ES em razão da superveniência do Prejulgado nº 43, colaciona-se o **Despacho 44205/2019-1**, datado de **03/09/2019**, emitido por ordem do eminente conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, por meio do qual, nos autos da **Representação TC 6579/2012 (Prefeitura Municipal de Aracruz)**, processo de conteúdo análogo ao do presente feito, o ilustre relator determinou a reabertura da instrução processual para que **“seja analisado se a decisão constante do Prejulgado nº 43/2019, altera ou não os termos da Instrução Técnica Conclusiva nº 01356/2016-3”**:

Despacho 44205/2019-1

Processo: 06579/2012-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização – Representação

Criação: 03/09/2019 15:45

Origem: GAC - Luiz Carlos Ciciliotti - Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

De Ordem do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha,

À Secretaria Geral de Controle Externo - SEGEX,

Tendo em vista que os autos retomaram a este gabinete, em 09/08/2019, com a Manifestação do Ministério Público de Contas nº 00332/2019-1, sugerindo a reabertura da instrução processual, **encaminho os presentes para manifestação, no sentido de que seja analisado se a decisão constante do Prejulgado nº 43/2019, altera ou não os termos da Instrução Técnica Conclusiva nº 01356/2016-3.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Vitória/ES, 3 de setembro de 2019.

Ludmila Maria Potratz Depes
Chefe de Gabinete

A reabertura da instrução processual também foi determinada pelo conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha em relação à **Representação TC 7040/2012 (Prefeitura Municipal de Anchieta)**, consoante se depreende do **Despacho 30676/2019-4**, datado de **26/06/2019**:

Despacho 30676/2019-4

Processo: 07040/2012-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização – Representação

Criação: 25/06/2019 15:27

Origem: GAC - Luiz Carlos - Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

De ordem do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha,

À Secretaria Geral de Controle Externo - SEGEX,

Encaminho os presentes para manifestação, no sentido de que seja analisado se a decisão constante do Prejulgado nº 43/2019, altera ou não os termos da Instrução Técnica Conclusiva nº 843/2014.

Vitória, 25 de junho de 2019.

Ludmila Maria Potratz Depes
Chefe de Gabinete

O mesmo posicionamento jurídico foi adotado pelo insigne conselheiro relator Sérgio Manoel Nader Borges, nos autos da **Representação TC 6895/2012-9 (Prefeitura Municipal de Itapemirim)**, que, mediante **Despacho 16783/2019-6**, datado de **09/04/2019**, determinou a reabertura da instrução processual **“para verificação se o referido prejulgado tem o condão de alterar o opinamento veiculado na Instrução Técnica Conclusiva - ITC 2625/2015-6”**:

Despacho 16783/2019-6

Processos: 06895/2012-9, 03658/2013-5



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Classificação: Controle Externo - Fiscalização – Representação

Criação: 09/04/2019 12:48

Origem: GAC - Sérgio Borges - Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

À Secretaria Geral de Controle Externo - SEGEX,

Tendo-se em vista a Certidão 1440/2019-1 emitida pela Secretaria Geral das Sessões, informando a formação do Prejulgado nº 43 oriundo do Plenário desta Corte de Contas, cuja elaboração gerou o sobrestamento do feito, **encaminho os autos para verificação se o referido prejulgado tem o condão de alterar o opinamento veiculado na Instrução Técnica Conclusiva - ITC 2625/2015-6.**

Sérgio Manoel Nader Borges
Conselheiro Relator

Registre-se, por oportuno, que todas as análises realizadas pelo corpo técnico do TCE-ES e pelo Ministério Público de Contas nos presentes autos não consideraram a existência do Prejulgado nº 43, não tendo havido, portanto, a oportunidade de manifestação quanto à aplicabilidade da decisão normativa ao caso concreto.

No intuito de comprovar a necessidade do reexame dos fatos à luz do Prejulgado nº 43, transcreve-se a íntegra da análise técnica empreendida pelo Núcleo de Controle Externo de Normatização e Fiscalização – NNF nos autos da **Representação TC 6895/2012 (Prefeitura Municipal de Itapemirim)**, consignada na **Manifestação Técnica 5420/2019**, emitida em **07/05/2019**, por meio da qual a área técnica do TCE-ES concluiu que o enunciado do Prejulgado nº 43 **não se aplica a todas as irregularidades constatadas**, razão pela qual alterou apenas em parte o entendimento contido na instrução técnica conclusiva anterior:

Manifestação Técnica 05420/2019-1

Processos: 06895/2012-9, 03658/2013-5

Classificação: Controle Externo - Fiscalização – Representação

Sector: NNF - Núcleo de Controle Externo de Normatização da Fiscalização

Criação: 07/05/2019 18:15

UG: PMI - Prefeitura Municipal de Itapemirim

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Responsável: NORMA AYUB ALVES, PAULO JOSE AZEVEDO BRANCO, EDER BOTELHODA FONSECA

[...]

1. Análise Técnica

A presente análise foi demandada pelo Conselheiro Relator em face da publicação do Prejulgado 43 desta Corte de Contas, exarado no bojo do Processo TC 6603/2016-4. Como relatado, o presente feito foi sobrestado com o intuito de aguardar julgamento sobre matéria correlata, visando pronunciamento desta Corte de Contas sobre a interpretação de norma jurídica ou procedimento da Administração, nos termos do art. 174 da Lei Complementar Estadual 621/2012, que restou decidida com o Prejulgado 43.

Assim, através do Despacho 16783/2019-6 determinou-se a “**verificação se o referido prejulgado tem o condão de alterar o opinamento veiculado Instrução Técnica Conclusiva – ITC 2615/2015-6**”.

Nos termos do Acórdão 1420/2018-4 do Processo TC 6603/2016-4, o intuito do prejulgado foi responder as seguintes indagações:

1. possibilidade de contratação de assessorias/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.

O referido acórdão trouxe as seguintes manifestações conclusivas com o intuito de responder os questionamentos:

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

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.

Por fim, culminou-se na redação do Prejulgado 43, com quase idêntica redação do Acórdão TC 1420/2018 – Plenário:

PREJULGADO Nº 043

1.1 Pela possibilidade jurídica da contratação de assessoria ou consultoria de empresa privada para prestação de serviços visando à recuperação de créditos, vez que tais serviços não se encontram dentro das competências exclusivas da Administração Pública, cabendo a elaboração de estudos e pesquisas de maneira prévia à realização da contratação, para que, com fundamentos em tais elementos, possa ser verificada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade ou a necessidade de seguir o regular procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93;

1.2 Considerar plenamente possível a contratação pela Administração Pública com a remuneração paga pelos serviços efetivamente prestados sobre o êxito alcançado, devendo os valores serem fixados em percentual proporcional ao esforço e ao risco suportado pela empresa contratada, respeitando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e modicidade, somente sendo possível a realização do pagamento após comprovada a realização efetiva dos serviços contratados, qual seja, com o ingresso dos valores nos cofres públicos;

1.3 Pela aplicabilidade, com eficácia geral, da Orientação Técnica nº 01/1997, com fundamento no princípio da segurança jurídica e da confiança legítima, vez que a própria Corte de Contas emprestou eficácia normativa geral ao entendimento fixado pela orientação técnica, não sendo lícito negar eficácia aos seus preceitos, a fim de penalizar os jurisdicionados que agiram conforme os preceitos fixados por este instrumento normativo.

Cabe verificar se as conclusões do prejulgado impactam na análise perpetuada pela Instrução Técnica Conclusiva – ITC 2615/2015, a fim de alterar o entendimento anteriormente exposto. Da referida peça técnica, nota-se a manutenção das seguintes irregularidades:

7. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7.1 Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre Representação tendo como órgão jurisdicionado a Prefeitura Municipal de Itapemirim, relativa a contrato firmado com a empresa CMS – Consultoria e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Serviços S/S Ltda., sugere-se a manutenção das seguintes irregularidades:

7.1.1 – Terceirização De Atividades E Competências Típicas E Indelegáveis Da Administração Pública (item 5.1, desta ITC)

Base legal: art. 37 da Constituição da República, princípio da legalidade e arts. 7º c/c 142, 196, 197 e 198 da lei 5.172/66 – Código Tributário Nacional

Responsável: Norma Ayub Alves – Prefeita Municipal

Ressarcimento: 1.043.755,10 VRTE

7.1.2 – Inexigibilidade De Licitação Indevida (Contrato Nº 135/2009) (item 5.4 desta ITC)

Base legal: Art. 37, caput e inciso XXI da CF/88 c/c art. 2º, 3º e art. 13 c/c 25, II da Lei 8666/93

Responsáveis: Éder Botelho da Fonseca – Secretário de Finanças

Paulo José Azevedo Branco – Parecerista

Norma Ayub Alves – Prefeita Municipal

Interessado: Município de Itapemirim

7.1.3 – Efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito - contrato de risco (item 5.5 desta ITC)

Base legal: Art. 167, IV da CF/88 c/c Princípios Orçamentários e art. 55 da Lei 8666/93

Responsáveis: Éder Botelho da Fonseca – Secretário de Finanças

Norma Ayub Alves – Prefeita Municipal

CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. – Contratada

Ressarcimento: 1.043.755,10 VRTE (em solidariedade)

Interessado: Município de Itapemirim

Logo, duas irregularidades guardam pertinência com o Prejulgado 43, indo de encontro ao entendimento exposto na ITC. O item 5.1 que trata dos “Terceirização de Atividades e Competências Típicas e Indelegáveis da Administração Pública” diz respeito ao item 1 do Prejulgado 43. Já o item 5.5 que trata sobre a efetivação de contrato vinculado à obtenção de êxito guarda pertinência com item 2 e 3 do Prejulgado 43.

Assim, enquanto a ITC considerou ilegal a formalização de contrato de risco e pagamento vinculado ao aumento do VAF (Valor Adicional Fiscal) definitivo em relação ao provisório, o prejulgado permite essa modalidade de contrato e de vinculação remuneratória pela Administração Pública. Em contraposição também, a ITC considerou ilegal a contratação de terceiro para o exercício de atividades típicas de servidor público, e o prejulgado entendeu que as atividades desempenhadas por terceiros contratados não são exclusivas de servidores públicos efetivos.

Estabelecida a contradição entre o entendimento exposto na ITC e o mais recente entendimento do Plenário desta Corte de Contas, consubstanciado no Prejulgado 43, é preciso esclarecer que a fase de instrução do processo encontrava-se ultimada nos termos do *caput* do art. 321 do RITCEES (Res. TC 261/2013). Porém, por determinação do Relator, ao requerer diligência (manifestação da área técnica) visando dirimir dúvidas ou suprir falhas ou omissões, cabe manifestação quanto ao questionamento efetuado, nos termos do § 1º do art. 321 do RITCEES, abaixo transcrito:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Art. 321. Considera-se terminada a etapa de instrução do processo no momento em que a unidade técnica emitir a instrução técnica conclusiva.

§ 1º Após o seu encerramento, a instrução processual só poderá ser reaberta por despacho fundamentado do Relator ou por deliberação do colegiado, de ofício ou a pedido das partes ou do Ministério Público junto ao Tribunal, para a realização de diligências.

Em face do conteúdo do prejulgado, apenas as análises meritórias perpetradas nos itens 5.1 e 5.5 da ITC 2615/2015 poderiam ser alteradas, em vista do questionamento realizado pelo Conselheiro Relator através do Despacho 16783/2019-6.

A despeito do entendimento exarado no Prejulgado 43, o qual está cabalmente em oposição aos termos da ITC 2615/2015, não há porque alterar o entendimento jurídico exarado naquela peça técnica. São justamente as divergências de entendimentos que possibilitam a evolução das teses jurídicas. Posições divergentes são salutares para a consolidação de entendimentos ou a retificação dos mesmos. Tanto é assim que mesmo os incidentes de prejulgado podem ser alterados ou revogados ao longo do tempo, nos termos do art. 353 do RITCEES.

Assim, a despeito dos fundamentos jurídicos constantes no Acórdão TC 1420/2018, que embasa o prejulgado em questão, e com base na imparcialidade e independência do Auditor de Controle Externo, não se vislumbra a hipótese de concordância com aquele entendimento jurídico, pelos fundamentos já expostos nos itens 5.1 e 5.5 da ITC 2615/2015.

Porém, é cediço que os prejulgados são vinculantes e possuem caráter normativo, nos termos do § 1º do art. 352 e do art. 355 do RITCEES:

Art. 352. Proferido o julgamento do incidente pelo Plenário, observado o quórum 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 prejulgado vinculante aos demais casos submetidos ao Tribunal.

(...)

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

Logo, não pode esta Corte de Contas decidir de modo diverso a tese apresentada pelo Prejulgado 43, salvo se expressamente reformado ou revogado nos termos do art. 353 do RITCEES, sob pena de insegurança jurídica por parte dos jurisdicionados e gestores públicos.

Apenas é preciso esclarecer um determinado ponto. A irregularidade tratada no item 5.5 (Efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito - contrato de risco) é fundamentada em duas ilegalidades: violação à vedação da vinculação de receitas de impostos e a utilização de cláusula de êxito em contrato administrativo.

Conforme apontado, a utilização de cláusula de êxito em contrato administrativo foi considerada legal pelo Prejulgado 43. Quanto ao segundo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

fundamento, ele se desdobra em dois aspectos jurídicos reputados ilegais: vinculação de remuneração ao aumento de receita oriundo do Valor Adicionado Fiscal - VAF, por meio de revisão de DOT definidoras do índice de participação dos municípios – IPM na divisão do ICMS; e vinculação de remuneração pelos serviços prestados à implementação de arrecadação do ISSQN devidos pelos contribuintes ao município de Itapemirim. Ambos estavam previstos como forma de remuneração nos Contratos 144/2015 e 135/2009.

O primeiro aspecto, qual seja, vinculação à receita oriunda do VAF foi considerado legal ante o item 3 do prejulgado, que fez valer a OT 01/97 desta Corte de Contas. Quanto ao segundo aspecto, a vinculação de remuneração pelos serviços prestados à implementação de arrecadação do ISSQN, este não foi abrangido pelo Prejulgado 43. Porém, conforme mencionado na ITC, não houve pagamento com base nesse aspecto, conforme se assevera:

“Assim, embora não tenha havido pagamento decorrente dos serviços relativos ao aumento na base cálculo do ISSQN, a remuneração da empresa CMS corresponderia a, no mínimo, 15% do valor do imposto, demonstrando a falta de razoabilidade e proporcionalidade do percentual estipulado.”.

Logo, cabe o afastamento integral do ressarcimento apontado, já que seus fundamentos não foram acolhidos pelo Prejulgado 43. Porém, a irregularidade deve ser mantida, já que a previsão de vinculação de remuneração pelos serviços prestados à implementação de arrecadação do ISSQN é inconstitucional e não foi abarcada pelo Prejulgado 43.

Desta forma, a despeito da manutenção da análise perpetrada nos itens 5.1 da ITC 2615/2015, ela deve ser afastada, inclusive o ressarcimento. Quanto a irregularidade tratada no item 5.5, ela deve ser mantida, posto que um dos seus fundamentos ainda persiste, sendo necessário apenas afastar o ressarcimento, já que não houve pagamento com base na previsão contratual ilegal. Assim, opina-se pelo afastamento da irregularidade apontada no item 5.1 e a manutenção daquela tratada no item 5.5 da ITC 2615/2015. Porém, afasta-se o dever do ressarcimento ao erário público apontado em ambos os casos.

2. CONCLUSÃO

Diante do opinamento de que seja afastada a irregularidade do item 5.1 e também o ressarcimento do item 5.5 da ITC 2615/2015, altera-se as conclusões constantes no item 7 da ITC em questão, nos seguintes termos:

7. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7.1. Levando-se em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre Representação tendo como órgão jurisdicionado a Prefeitura Municipal de Itapemirim, relativa a contrato firmado com a empresa CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda., sugere-se a manutenção das seguintes irregularidades:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

7.1.1. Inexigibilidade de licitação indevida (Contrato 135/2009) (item 5.4 desta ITC 2615/2015)

Base legal: art. 37, *caput* e XXI, da CF c/c art. 2º, art. 3º e art. 13 c/c 25, II, da Lei 8.666/93

Responsáveis: Éder Botelho da Fonseca (Secretário de Finanças)
Paulo José Azevedo Branco (Parecerista)
Norma Ayub Alves (Prefeita Municipal)

Interessado: Município de Itapemirim

7.1.2. Efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito - contrato de risco (item 5.5 desta ITC 2615/2015)

Base legal: art. 167, IV, da CF c/c princípios orçamentários e art. 55 da Lei 8.666/93

Responsáveis: Éder Botelho da Fonseca (Secretário de Finanças)
Norma Ayub Alves (Prefeita Municipal)

Interessado: Município de Itapemirim

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

7.2.1. Não acolher a arguição de impedimento de atuação desta Corte em razão do pronunciamento anterior do MP-ES e do Judiciário, conforme item 4.2, desta ITC 2615/2015;

7.2.2. Acolher a alegação de coisa julgada quanto ao Contrato 81/2003, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito nesse ponto, na forma do art. 267, V, do CPC, conforme item 4.3, desta ITC 2615/2015;

7.2.3. Acolher a prescrição da pretensão punitiva, segundo item 4.4 desta ITC 2615/2015, observando-se, na dosimetria da pena, a que contrato se refere;

7.2.4. Rejeitar a alegação de ilegitimidade passiva do parecerista, na forma do item 4.5 desta ITC 2615/2015;

7.2.5. Rejeitar as razões de justificativas da Sra. Norma Ayub Alves, Prefeita Municipal, pela prática do ato ilegal presentificado nos itens 7.1.1 e 7.1.2 desta ITC 2615/2015 e aplicando-lhe multa, na medida de sua culpabilidade, com fulcro no art. 96, II, da Lei Complementar Estadual 32/93;

7.2.6. Rejeitar as razões de justificativas do Sr. Éder Botelho da Fonseca, Secretário de Finanças, pela prática do ato ilegal presentificado nos itens 7.1.1 e 7.1.2 desta ITC 2615/2015 e aplicando-lhe multa, na medida de sua culpabilidade, com fulcro no art. 96, II, da Lei Complementar Estadual 32/93;

7.2.7. Rejeitar as razões de justificativas do Sr. Paulo José Azevedo Branco pela prática do ato ilegal presentificado nos itens 7.1.1 desta ITC 2615/2015, aplicando-lhe multa, na medida de sua culpabilidade, com fulcro no art. 96, II, da Lei Complementar Estadual 32/93;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

7.2.8. Determinar, com fundamento no art. 1º, XVI c/c art. 57, III, ambos da Lei Complementar Estadual 621/2012, ao atual Prefeito de Itapemirim que se abstenha de celebrar contratos com remuneração vinculada a percentual de receita de impostos, por expressa vedação constitucional (art. 167, IV);

7.2.9. Recomendar ao atual Prefeito de Itapemirim para que observe as prescrições legais para a realização de aditivos contratuais, abstendo-se de incluir objetos novos em contratos já vigentes.

7.3. Sugere-se, ainda, que seja dada ciência aos Representantes do teor da Decisão final a ser proferida por este Egrégio TCEES, conforme preconiza o art. 307, § 7º, da Res. TC 261/201363.

7.4. Cumpre alertar que há pedido de SUSTENTAÇÃO ORAL feito pela Sra. Norma Ayub Alves e pelos Srs. Paulo José Azevedo Branco e Éder Botelho da Fonseca.

Respeitosamente,

Em 22 de abril de 2019

Lucas Pinheiro Sathler
Auditor de Controle Externo
203.547

Por fim, acrescente-se que a ausência de parecer escrito do Ministério Público de Contas sobre a incidência do Prejulgado nº 43 às irregularidades tratadas na presente Representação configura supressão da prerrogativa ministerial assegurada pelo art. 3º, inciso II, da Lei Complementar Estadual 451/2008², na medida em que não lhe fora concedida a oportunidade de se manifestar após a reanálise da matéria pela área técnica, circunstância que, sob o ponto de vista material, conduz à nulidade prevista no art. 370 do Regimento Interno do TCE-ES³.

² Art. 3º Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:

[...]

II - emitir parecer escrito em todos os processos sujeitos à apreciação do Tribunal na forma que dispuser a Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas e a Lei Orgânica do Tribunal de Contas, com exceção dos processos administrativos internos;

³ Art. 370. Nos processos em que deva intervir obrigatoriamente, a falta de manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal implica em nulidade a partir deste momento.

Parágrafo único. A manifestação posterior do órgão ministerial sana a nulidade do processo caso ocorra antes da decisão do colegiado e haja anuência expressa aos atos praticados previamente ao seu pronunciamento.



3 Conclusão

Ante o exposto,

Considerando que o Prejulgado nº 43 constitui **matéria de direito superveniente, de caráter normativo e vinculante**, razão pela qual deve necessariamente ser considerado na análise de todos os feitos, na forma dos art. 174 e 177 da Lei Complementar Estadual 621/2012⁴, e dos art. 352, § 1º e 355 do Regimento Interno do TCE-ES⁵, notadamente por possibilitar a reanálise de irregularidades constatadas pela área técnica desta Corte de Contas;

Considerando que a ausência de retorno dos presentes autos à área técnica para reexame da matéria à luz do Prejulgado nº 43 configura **supressão de instância técnica** que, entre outras consequências, inviabiliza a aplicação do art. 58 da Lei Complementar Estadual 621/2012⁶, segundo o qual, havendo divergência entre o entendimento do Relator e a manifestação da unidade técnica, caberá à Câmara ou ao Plenário decidir;

⁴ 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.

[...]

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 prejulgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas.

⁵ Art. 352. Proferido o julgamento do incidente pelo Plenário, observado o quórum 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 prejulgado vinculante aos demais casos submetidos ao Tribunal.

[...]

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

⁶ Art. 58. Havendo divergência entre o entendimento do Relator e a manifestação da unidade técnica, caberá à Câmara ou ao Plenário decidir.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Considerando que o art. 318 do Regimento Interno do TCE-ES⁷ alberga disposição normativa no mesmo sentido;

Considerando que, nos termos do art. 319 do Regimento Interno do TCE-ES⁸, constitui formalidade essencial a elaboração de instrução técnica conclusiva que contenha, necessariamente, análise devidamente fundamentada com o exame das questões de fato **e de direito**, como é caso do Prejulgado nº 43;

Considerando que a ausência de manifestação técnica conclusiva sobre a aplicabilidade do Prejulgado nº 43 aos fatos tratados neste processo revelam a impossibilidade de cumprimento do art. 313, incisos IV e V e § 3º, do Regimento Interno do TCE-ES⁹, segundo os quais os processos que tramitam no Tribunal serão devidamente instruídos pelas unidades competentes **com a indicação do entendimento adotado pelo Plenário ou pelas Câmaras, bem como de súmula de jurisprudência que tratem da matéria em exame**, além do opinamento conclusivo com a indicação dos fundamentos fáticos **e jurídicos**;

Considerando que, em decorrência da referida supressão de instância técnica, houve também inequívoca **violação de prerrogativa do Ministério Público de**

⁷ Art. 318. Havendo divergência entre o entendimento do Relator e a manifestação da unidade técnica, caberá à Câmara ou ao Plenário decidir.

⁸ Art. 319. Na fase final da instrução dos processos, constitui formalidade essencial, além do exame da unidade competente, a elaboração da instrução técnica conclusiva.
Parágrafo único. A instrução técnica conclusiva conterá, necessariamente: (Parágrafo retificado pela Emenda Regimental nº 001, de 27.8.2013).

I - a narrativa dos fatos;

II - os indícios de irregularidades, se existentes, apontados no relatório e na instrução técnica inicial;

III - a análise devidamente fundamentada, com o exame das questões de fato e de direito;

IV - a conclusão, com a proposta de encaminhamento.

⁹ Art. 313. Os processos que tramitam no Tribunal serão devidamente instruídos pelas unidades competentes, observando-se, entre outros, os seguintes critérios:

I - descrição precisa do conteúdo do processo;

II - identificação de todos os elementos que sirvam de base ao exame da matéria;

III - realização dos cálculos dos débitos apurados nos processos de contas;

IV - opinamento conclusivo, com a indicação dos fundamentos fáticos e jurídicos.

V - indicação de entendimento adotado pelo Plenário ou pelas Câmaras, bem como de súmula de jurisprudência, que tratem da matéria em exame. (Inciso acrescido pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

[...]

§ 3º Caberá à chefia da unidade técnica verificar o cumprimento do inciso V deste artigo, podendo em sua manifestação suprir a falta de indicação do entendimento adotado pelo Plenário ou pelas Câmaras. (Parágrafo acrescido pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

Contas, uma vez que o *Parquet* de Contas não teve oportunidade de emitir parecer escrito sobre a incidência do Prejulgado nº 43 ao caso tratado no presente feito, lapso processual apto a ensejar a nulidade absoluta do acórdão a ser proferido, nos termos do art. 3º, inciso II, da Lei Complementar Estadual 451/2008¹⁰, e no art. 370 do Regimento Interno do TCE-ES¹¹, uma vez que o parecer ministerial que consta dos autos fora emitido em **18/12/2014**, portanto quatro anos antes da decisão colegiada que originou o aludido prejulgado (Acórdão TC 1420/2018-4), prolatada em **16/10/2018**;

Considerando que, em razão da inexistência de manifestação prévia da área técnica e do Ministério Público de Contas acerca da incidência do Prejulgado nº 43 à matéria tratada nos presentes autos, o Voto do Relator 04392/2019-1 não poderia ter discordado do entendimento técnico e do parecer ministerial¹², haja vista que nem a área técnica nem o *Parquet* de Contas se manifestaram previamente sobre a incidência do Prejulgado nº 43 ao processo em tela;

Considerando que o **princípio da vedação às decisões-surpresa**, previsto no art. 10 do Código de Processo Civil¹³, plenamente aplicável aos feitos em trâmite perante esta Corte de Contas, preceitua que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às

¹⁰ Art. 3º Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:

[...]

II - emitir parecer escrito em todos os processos sujeitos à apreciação do Tribunal na forma que dispuser a Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas e a Lei Orgânica do Tribunal de Contas, com exceção dos processos administrativos internos;

¹¹ Art. 370. Nos processos em que deva intervir obrigatoriamente, a falta de manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal implica em nulidade a partir deste momento.

Parágrafo único. A manifestação posterior do órgão ministerial sana a nulidade do processo caso ocorra antes da decisão do colegiado e haja anuência expressa aos atos praticados previamente ao seu pronunciamento.

¹² Transcreve-se o aludido trecho do voto do relator:

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

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

¹³ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício; e

Considerando, por fim, que compete ao Ministério Público de Contas prover a defesa da ordem jurídica e requerer as medidas e diligências que julgar necessárias ao efetivo respeito ao ordenamento jurídico, este órgão ministerial manifesta-se em sede de pedido de vista nos seguintes termos:

- a) Com amparo no art. 3º, incisos I, IV e VI, da Lei Complementar Estadual 451/2008¹⁴, e no art. 321, § 1º, do Regimento Interno do TCE-ES¹⁵, pela **reabertura da instrução processual** com o retorno dos autos à área técnica para reexame da matéria à luz do Prejulgado nº 43, publicado em **30/10/2018**, portanto posteriormente à Instrução Técnica Conclusiva 3519/2015, emitida em **13/07/2015**, e ao Parecer do Ministério Público de Contas PPJC 5945/2014, emitido em **18/12/2014**, com posterior remessa ao *Parquet* de Contas para emissão de novo parecer, sob pena de nulidade absoluta do acórdão a ser proferido nestes autos.

Vitória, 7 de outubro de 2019.

HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA
Procurador Especial de Contas

¹⁴ Art. 3º Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:

I - promover a defesa da ordem jurídica, representando contra a ilegitimidade ou irregularidade de qualquer despesa;

[...]

IV - juntar documentos, produzir provas e requerer medidas ou diligências que julgar necessárias;

[...]

VI - prover as medidas necessárias ao efetivo respeito ao ordenamento jurídico;

¹⁵ Art. 321. Considera-se terminada a etapa de instrução do processo no momento em que a unidade técnica emitir a instrução técnica conclusiva.

§ 1º Após o seu encerramento, a instrução processual só poderá ser reaberta por despacho fundamentado do Relator ou por deliberação do colegiado, de ofício ou a pedido das partes ou do Ministério Público junto ao Tribunal, para a realização de diligências. (Redação e renumeração do parágrafo único dadas pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).