**SENHOR CONSELHEIRO RELATOR,**

| | |
|---|---|
| **Processo TC:** | 7156/2012 |
| **Assunto:** | Representação |
| **Unidade Gestora:** | PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes (Sul) |
| **Responsáveis:** | Jander Nunes Vidal - Ex-Prefeito<br>Mauro Roberto Ferreira de Souza - Ex-Procurador Geral do Município |
| **Interessado:** | CMS Consultoria e Serviços S/S 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 por auditores de controle externo do TCE-ES em razão de indicativos de irregularidade na contratação da empresa **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.** pelo município de Marataízes para prestação de serviço de recuperação de créditos tributários por meio do **Contrato 63/2009**.

Mediante **Instrução Técnica Inicial 572/2013**, elaborada em **20/05/2013**, a área técnica do TCE-ES propôs a citação de Jander Nunes Vidal, Prefeito Municipal de Marataízes, e de Mauro Roberto Ferreira de Souza, Procurador-Geral do Município.

A referida peça técnica atribuiu aos responsáveis as seguintes irregularidades:

> **VI – PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**
>
> Ante o exposto, submeto os autos à consideração superior com a seguinte proposta de encaminhamento:



Assinado por HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA 09/10/2019 10:33

Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**VI.1)** Preliminarmente, nos termos do art. 99, § 1º. II c/c o art. 94 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, deliberar pelo juízo positivo de admissibilidade do presente feito como **REPRESENTAÇÃO**;

**VI.2)** Proposição de **MEDIDA CAUTELAR**, *inaudita altera parte*, com vistas à DETERMINAR ao Prefeito de Marataízes que se abstenha de realizar qualquer pagamento à empresa CMS Consultoria e Serviços Ltda, até decisão de mérito da questão suscitada;

**VI.3)** Em face das análises e indícios de irregularidades apontadas nesta Instrução Técnica Inicial e com fulcro no art. 56, II e III da Lei Complementar nº 621/2012, bem como na legislação vigente, **CITAÇÃO** dos responsáveis abaixo identificados:

**VI.3.1)** Subitem IV.1 - Inexigibilidade de Licitação Indevida (Inexigibilidade nº 008/2009):

**a) Jander Nunes Vidal – Prefeito Municipal de Marataízes:** Pela ratificação da contratação por inexigibilidade de licitação (VOL III, fls. 743), bem como homologação e adjudicação do processo de licitação nº 048/2009, modalidade INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO nº 008/2009 (VOL III, fls. 746), autorizando a assinatura do contrato e emissão de documento legal.

**b) Mauro Roberto Ferreira de Souza - Procurador Geral do Município:** Pela emissão de parecer favorável (VOL III, fls. 730/739) pela legalidade da contratação por inexigibilidade .

**VI.3.2)** Subitem IV.2 - Terceirização de atividades e competências típicas e indelegáveis da Administração Pública:

**a) Jander Nunes Vidal –** Pela celebração do Contrato nº 063/2009 (VOL III, fls. 748/753) com a empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda que visa a prestação de serviços de recuperação de créditos tributários, bem como recuperação do Valor Adicional Fiscal – VF, declarado nas DOT's - Declaração de Operações Tributáveis em detrimento da utilização de mão de obra a ser realizada por servidores do quadro permanente do Município de Marataízes, aliado à vedação de terceirização dos serviços tratados.

**VI.3.3)** Subitem IV.3 – Efetivação de Contrato vinculado à obtenção de êxito (Contrato de Risco)

**a) Jander Nunes Vidal –** Pela conduta de efetuar contrato (VOL III, fls. 748/753) cuja natureza não é condizente com o regime jurídico dos contratos públicos, uma vez que se trata de contrato de risco;

**b) Mauro Roberto Ferreira de Souza** – Pela emissão de parecer (VOL III, fls. 730/739) pela legalidade da contratação por inexigibilidade nº 008/2009 em que se continha minuta de contrato de risco a ser firmado pela municipalidade.

**c) CMS Assessoria e Consultoria e Serviços Ltda –** Pela possibilidade de ser considerado nulo o contrato nº 063/2009 que objetivou a contratação de Pessoa Jurídica com porcentagem de ganho sobre o arrecadado para executar serviços atribuíveis à competência e atribuições de servidores do quadro permanente do Município de



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

> Marataízes, frustrando, assim, eventuais expectativas de recebimento de valores por essa empresa.
>
> Vitória, 20 de maio de 2013.
>
> **Renata Cristina de Carvalho Junqueira**
> Auditor de Controle Externo
> Matrícula nº 203.036

A medida cautelar sugerida pelo corpo técnico foi acolhida pelo Plenário do TCE-ES em **06/08/2013** por meio da **Decisão TC 3209/2013**.

Após contraditório, sobreveio a **Instrução Técnica Conclusiva 2507/2014**, emitida em **02/04/2014**, cuja proposta de encaminhamento confirmou as irregularidades inicialmente apontadas:

> **5. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**
>
> **5.1** 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 Marataízes,** relativa a contrato firmado com a empresa CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda., sugere-se a manutenção das seguintes irregularidades:
>
> **5.1.1 – Contratação direta por inexigibilidade de licitação** (item 4.1 desta ITC)
> **Base legal:** Art. 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:** Jander Nunes Vidal – Ex-Prefeito Municipal
> Mauro Roberto Ferreira de Souza – Ex-Procurador Geral do Município
>
> **5.1.2 – Terceirização de atividades e competências típicas e indelegáveis da Administração Pública** (item 4.2 desta ITC)
> **Base legal:** art. 37 da Constituição Federal, assim como os artigos 7º, 142 e 198 do CTN
> **Responsável:** Jander Nunes Vidal – Ex-Prefeito Municipal
>
> **5.1.3 – Efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito – contrato de risco** (item 4.3 desta ITC)
> **Base legal:** art. 167, inc. IV, da CF/88, bem como art. 54, § 1º c/c art. 55, III, da Lei 8.666/93, e princípios orçamentários
> **Responsável:** Jander Nunes Vidal – Ex-Prefeito Municipal
>
> **5.2** – Posto isso e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, **opinando** por:
>
> **5.2.1 não acolher** a **arguição de precedente jurisprudencial deste TCE-ES** (item 3.1 desta ITC);



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**5.2.2** **Acolher as razões de justificativas** do senhor **Mauro Roberto Ferreira de Souza,** ex-procurador geral de Marataízes, em relação ao **item 4.3** desta ITC, pela fundamentação constante da presente instrução;

**5.2.3** **rejeitar as razões de justificativas** da empresa **CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda.**, chamada aos autos na condição de parte interessada, pela fundamentação constante da presente instrução;

**5.2.4** **rejeitar as razões de justificativas** do senhor **Jander Nunes Vidal**, ex-prefeito municipal de Marataízes em razão das irregularidades dispostas nos itens **5.1.1, 5.1.2** e **5.1.3** desta ITC, bem como as do senhor **Mauro Roberto Ferreira de Souza,** ex-procurador geral de Marataízes, em razão da irregularidade disposta no item **5.1.1** desta ITC, pela fundamentação constante da presente instrução, aplicando **multa individual** aos responsáveis - senhores **Jander Nunes Vidal** e **Mauro Roberto Ferreira de Souza** - com amparo no artigo 62 e na forma do artigo 96, II, da Lei Complementar Estadual nº 32/93, por ser tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação aplicável à época dos fatos apurados; **e dar PROCEDÊNCIA** à presente representação, com fundamento no inciso II do artigo 95 c/c § 2º do artigo 99, ambos da Lei Complementar Estadual 621/2012;

**5.2.5** **determinar**, com fundamento no art. 1º, inc. XVI c/c art. 57, inc. III, ambos da Lei Complementar nº 621/2012, ao atual Prefeito de Marataízes/ES que promova imediatamente a anulação do contrato administrativo nº 063/2009, firmado com a empresa CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda., 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**;

**5.2.6.** **determinar**, com fundamento no art. 1º, inc. XVI c/c art. 57, inc. III, ambos da Lei Complementar nº 621/2012, ao atual Prefeito de Marataízes/ES que se abstenha de 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);

**5.2.7.** **encaminhar**, com fundamento no art. 471 do Regimento Interno desta Corte de Contas - Resolução TC 261/2013, **cópia integral dos autos ao Ministério Público Estadual da Comarca de Marataízes/ES**, para ciência e adoção das medidas que entender pertinentes, em especial quanto a eventual ocorrência dos crimes previstos no art. 89 da Lei nº 8.666/93 e art. 328 do Código Penal Brasileiro.

**5.3. 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 261/2013.

**5.4.** Cumpre, por fim, alertar que há pedido de **SUSTENTAÇÃO ORAL** feito pelo senhor **Mauro Roberto Ferreira de Souza**.

Respeitosamente,

Em 2 de abril de 2014.



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**Gideon Drescher**
Auditor de Controle Externo
Matrícula 203.202

**Gladson Carvalho Lyra**
Auditor de Controle Externo
Matrícula 203.549

Por sua vez, em **26/04/2016**, mediante **Parecer do Ministério Público de Contas 69/2016-1**, o Ministério Público de Contas pronunciou-se anuindo aos termos da Instrução Técnica Conclusiva 2507/2014.

Submetido o feito a julgamento em **30/05/2016**, mediante **Voto do Relator 1208/2016-1**, o conselheiro relator Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun apresentou voto pela procedência 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** | TC 7.156/2012 |
| **Jurisdicionado** | Prefeitura de Marataízes |
| **Representantes** | Auditores de Controle Externo (5ª Secretaria de Controle Externo) |
| **Assunto** | Representação |
| **Exercícios** | 2009 a 2012 |
| **Responsáveis** | Jander Nunes Vidal (Prefeito)<br>Mauro Roberto Ferreira de Souza (Procurador do Município) |
| **Interessada** | CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. (Contratada) |

[...]

II.2 MÉRITO

**II.2.3 Efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito - contrato de risco.**

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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

Responsáveis: Jander Nunes Vidal (Prefeito)

Mauro Roberto Ferreira de Souza (Procurador Geral do Município)

Em relação à forma de pagamento estipulada para os serviços prestados pela CMS Consultoria e Serviços Ltda., identificou-se que a remuneração seria vinculada à obtenção de êxito resultante do incremento da arrecadação pretendida:

> 3.1 – No Caso do ISSQN:
>
> 3.1.1 – Para a cobertura das medidas administrativas previstas no caso do ISSQN referente às atividades de pesquisa exploração, exploração, produção e distribuição de petróleo e gás natural nos limites territoriais marítimos do 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 da base de cálculo**, de cada contribuinte, ao valor lançado ou o 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 devidos do mesmo modo;
>
> 3.1.5 – Iniciada ação administrativa fiscal ou judicial para recebimento dos créditos do ISSQN, referente às bases de cálculo levantadas sob assessoria da CONTRATADA, e o CONTRATANTE desistir de quaisquer das respectivas ações, importará no pagamento integral dos honorários calculados de acordo com o item 3.1.1 desta cláusula.
>
> 3.1.6 – **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, **o CONTRATANTE pagará honorários de 0,60% ( seis décimos por cento) na forma prevista no item 3.1.1 desta cláusula, e 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 do âmbito administrativo, ou data do primeiro recebimento;
>
> 3.1.7 – Se houver correção do crédito tributário após o lançamento, o mesmo percentual será aplicado sobre a base de cálculo para efeito de pagamentos dos honorários conforme previsto nos itens 3.1.1;



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

> 3.2 – **No caso do Valor Adicional Fiscal – VAF, o CONTRATANTE pagará a CONTRATADA honorários de risco de 0,60% ( seis décimos por cento) sobre os valores que forem apurados a maior no valor adicionado apurado pela CONTRATADA em 12(doze) parcelas mensais** à partir do mês de janeiro após a divulgação do IPM definido, por parte da Secretaria de Estado da Fazenda no caso da revisão das DOT'S – Declaração de Operações Tributáveis que definirão o Índice de Participação dos Municípios – IPM, na divisão do ICMS das empresas relacionadas com a exploração, produção de petróleo e gás natural.
>
> 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 da compensação por parte da CONTRATANTE.
>
> 3.5 – O percentual a ser pago será fixo e irreajustável, conforme a Lei nº 8.666/93.
>
> 3.6 – Serão retidos da CONTRATADA, no que couber, os valores referentes às obrigações junto a Previdência Social, Receita Federal e Receita Municipal.
>
> 3.7 – O não pagamento no prazo estabelecido no item 3.4 desta cláusula sujeita o CONTRATANTE ao pagamento de juros de 1% (um por cento) ao mês mais multa de 10% (dez por cento), sobre os valores não pagos.
>
> 3.8 – Em nenhum caso será pago a CONTRATANTE valor superior a 20% (vinte por cento) dos valores recebidos pelo CONTRATANTE. [g.n.]

Além disso, fixou-se um percentual a ser aplicado sobre as receitas auferidas pelo ente público, em possível afronta ao artigo 167, IV da Constituição Federal, in verbis:

> Art. 167. São vedados:
>
> (...)
>
> IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou receita, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no art. § 4º deste artigo.

Como visto, o contrato celebrado entre o município de Marataízes e a empresa CMS condicionou a remuneração da contratada ao 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

gás natural, e devido na proporção de 0,99% do aumento conseguido, ou ainda, de 0,6% limitado a 24 meses, se a contratante aferisse ganhos contínuos por tempo indeterminado (cláusula 3.1.1, 3.1.2 e 3.1.6).

No caso da revisão das DOTs e quanto ao VAF – Valor Adicionado Fiscal –, os honorários de êxito foram fixados em 0,6%, limitadas a 12 parcelas, sobre o que fosse apurado a maior, após divulgação do Índice de Participação dos Municípios (IPM) definitivo pela SEFAZ (cláusula 3.2).

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.

Além disso, 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, destacando que 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).

Para embasar sua tese, as manifestações da área técnica invocaram, 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.

A esse respeito, o senhor **Jander Nunes Vidal** suscitou a existência de precedentes em sentido contrário ao defendido, como o seguinte, prolatado pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais, em que se admite a celebração de contrato de risco pela Administração Pública (Consulta nº 873.919, Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, 10.04.2013):

> De outro lado, **não vislumbro**, na norma de regência dos contratos administrativos, **a impossibilidade de contratação de honorários por êxito**. Como é cediço, trata-se de condição contratual que estabelece a remuneração variável dos serviços, dependendo do resultado de sua execução. Essa condição em **nada contraria o disposto no inciso III do art. 55 da Lei nº 8666/93.**
>
> **Para visualizar essa forma de remuneração, entretanto, é** necessário que o valor contratual seja fixado por estimativa, já que o profissional contratado não pode garantir o resultado nem antecipá-lo com precisão.
>
> **Evidentemente, no momento da contratação, a Administração Pública já tem uma previsão do valor que almeja recuperar.** Assim, o contrato deverá prever o valor estimado dos honorários, correspondente a um percentual sobre a estimativa do crédito a ser recuperado. O valor efetivo, por outro lado, por estar condicionado ao êxito da demanda, somente será apurado após a conclusão do serviço, quando se terá conhecimento do exato montante sobre o qual incidirá o percentual fixado no contrato.
>
> (...)



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

> **Por fim, tendo em vista a vedação de antecipação de pagamento prevista no art. 65, II "c" da Lei nº 8.666/93**, é imprescindível que o pagamento de honorários por êxito esteja condicionado à conclusão definitiva do serviço, não se podendo considerar como tal a mera obtenção de medidas liminares, de sentenças favoráveis, mas a conclusão do serviço, com o trânsito em julgado da questão exitosa e o efetivo ingresso dos recursos nos cofres públicos.

A interessada **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda**, além de ter mencionado a Orientação Técnica 1/1997, 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". Expôs que a 5ª Controladoria Técnica, ao elaborar a ITC 33/2005 no Processo TC-3873/04, analisando contrato que previa cláusula remuneratória igual à existente no contrato da CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. junto ao Município de Marataízes, teria relatado, quanto aos honorários sobre percentual de receita, que:

> Através do **Acórdão TC 028/05**, de 13/01/05, proferido no **Processo TC nº 3561/04 da Prefeitura de Piúma**, este Tribunal ratificou o entendimento adotado na **Orientação Técnica nº 01/97** – aprovada pelo Plenário na Decisão TC nº 1932/97 (Processo TC nº 2658/97) – **que considerou não haver vinculação de receita na espécie de contrato *sub examen***. [destaques do original]

Já o então procurador, senhor **Mauro Roberto Pereira de Souza,** deixou de se manifestar sobre este tópico.

Em face das justificativas, o NEC asseverou que este tópico descreve 2 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.

Partindo dessas premissas, o NEC teceu minuciosa e robusta fundamentação, tendo inclusive embasado seu entendimento em julgados no Supremo Tribunal Federal (RE 585.353; AI 639.709-AgR; RE 183.906; ADI 1.689; ADI 4.102-MC-REF), em vista dos quais evidenciou a inadequação das cláusulas contratuais de remuneração.

A manifestação técnica ressaltou, ainda, as nuances do regime de direito público a que se sujeitam os contratos administrativos, frisando características peculiares, em especial o princípio da legalidade do qual se tem que aos particulares é permitido tudo que não for legalmente vedado (art. 5º, II, CF), enquanto que a Administração Pública, pelo contrário, deve obediência aos estritos termos autorizados pelo ordenamento jurídico.

Lembrou-se que os gastos públicos devem estar previstos na lei orçamentária, sendo regra na Administração Pública a impossibilidade da celebração de contrato de risco, por não se saber, no momento da contratação, o quanto o Ente irá gastar e quando deverá pagar.



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

A Lei 8.666/93, por seu turno, não pode ser olvidada, já que determina que os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, estabelecendo as cláusulas essenciais, tais como preço, condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária, crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica e a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos (inc. XII), além do regime jurídico dos contratos administrativos (art. 58).

Quanto ao precedente trazido do Tribunal de Contas de Minas Gerais pela contratada, o NEC esclareceu que o entendimento nele vertido partia da premissa de que, naquele caso específico, o valor dos créditos previdenciários a serem resgatados era previamente conhecido, o que viabilizaria a forma de remuneração.

Finalmente, o NEC defendeu a nulidade absoluta do Contrato 63/2009 e voltou a sugerir que seja determinada a anulação do contrato administrativo 63/2009 com efeitos à data de sua celebração, além da abstenção de realizar qualquer pagamento à Contratada.

Primeiramente é importante mencionar que, embora haja cláusulas contratuais que prevejam a remuneração por êxito, relembro que ainda não houve pagamento relativamente a esse contrato. Entretanto, não se pode negar a obrigação da contratante em realizar futuros de pagamento à contratada em caso de êxito, nos termos contratuais em vigor.

Pois bem.

Aprofundando-me na questão apresentada pelos autos, há que se rechaçar, de plano, a tese de defesa apresentada pelos responsáveis e pela empresa contratada, pois é inadequada ao presente caso concreto, em especial, 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 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, já transcrito:

Como frisado pelo NEC, 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,



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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 Marataízes, sendo evidente a inconstitucionalidade da cláusula terceira do contrato 63/2009, 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 n° 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 n°: 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

> 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. [g.n.]

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 podem, de fato, ser efetivadas pelos entes públicos, o que não fere o art. 55, III, da Lei 8666/93 e nem mesmo os artigos 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 de parte do objeto contratual pactuada na cláusula 1.3**, não se aplica em favor dos defendentes, a Orientação Técnica 1/1997, 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 DOTs - 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**.

[...]

**V 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 técnico e ministerial e **VOTO**, em consonância com o entendimento que defendi nos autos do Processo TC 3938/2013:

**1.** Preliminarmente, por **REJEITAR** a arguição de precedente jurisprudencial apresentada pela interessada CMS Consultoria e Serviços Ltda.;



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

> [...]
>
> **3. REJEITAR** as razões de justificativas apresentadas pelo **Jander Nunes Vidal**, pela irregularidade constante do item II.2.3 (Efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito), aplicando-lhe **MULTA de 2.000 VRTE**;
>
> **4. DETERMINAR** ao atual Prefeito de Marataízes que **ANULE** a cláusula terceira do contrato 63/2009, e que promova sua adequação, devendo 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 perante este TCEES no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias.
>
> **5.** Dê-se CIÊNCIA aos interessados e, após o trânsito em julgado, ARQUIVE-SE.
>
> Vitória, 30 de maio de 2016.
>
> RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN
>
> Conselheiro Relator

Após vista concedida ao conselheiro José Antônio Almeida Pimentel[1], 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 prejulgado 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 prejulgado:

> **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

[1] O Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel não apresentou voto escrito ou teceu qualquer argumentação verbal reduzida a termo nos presentes autos.



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação
**Jurisdicionado:** Prefeitura de Marataízes
**Representantes:** Auditores de Controle Externo (5ª Secretaria de Controle Externo)
**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:



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

| PROCESSO TC 7156/2012 | |
|---|---|
| **Voto do Relator 1208/2016-1**<br>**(Sessão realizada em 05/07/2016)**<br>**Reconhece o posicionamento uníssono dos tribunais sobre a inconstitucionalidade da vinculação de receita tributária à obtenção de êxito** | **Voto do Relator 2259/2016-6**<br>**(Sessão realizada em 02/08/2016)**<br>**Deixa de reconhecer o posicionamento uníssono dos tribunais sobre a inconstitucionalidade da vinculação de receita tributária à obtenção de êxito** |
| Aprofundando-me na questão apresentada pelos autos, há que se rechaçar, de plano, a tese de defesa apresentada pelos responsáveis e pela empresa contratada, pois é inadequada ao presente caso concreto, em especial, ao se analisar o caso sob o prisma do princípio da vedação da vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa.<br><br>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.<br><br>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, já transcrito:<br><br>Como frisado pelo NEC, 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.<br><br>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.<br><br>Com efeito, a par das reiteradas manifestações do STF, não há que se discutir acerca da | 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.<br><br>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. |



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

irregularidade perpetrada pela Prefeitura de Marataízes, sendo evidente a inconstitucionalidade da cláusula terceira do contrato 63/2009, 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 n° 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 n°: 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

| | |
|---|---|
| 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.<br><br>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.<br><br>Conhecimento da consulta. Ciência à autoridade consulente. Publicação. Arquivamento. [g.n.]<br><br>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.<br><br>O caso concreto revela que contratações como esta podem, de fato, ser efetivadas pelos entes públicos, o que não fere o art. 55, III, da Lei 8666/93 e nem mesmo os artigos 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.<br><br>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 | |



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

| | |
|---|---|
| que estabelece o art. 63, §2º, III, da Lei 4.320/64.<br><br>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.<br><br>Por fim, em homenagem ao esforço da Contratada em apresentar argumentos que fundamentem a forma de remuneração ajustada, entendo necessário ressaltar que, **à exceção de parte do objeto contratual pactuada na cláusula 1.3**, não se aplica em favor dos defendentes, a Orientação Técnica 1/1997, 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 DOTs - Declarações de Operações Tributáveis, o que em nada se assemelha com os serviços destacados nestes autos.<br><br>Diante do exposto, **rejeito as alegações de defesa** apresentadas e **mantenho a irregularidade**. | |

Por meio da **Decisão 2144/2016-7 – Plenário**, prolatada em **02/08/2016**, o TCE-ES decidiu acolher a proposta de instauração de incidente de prejulgado, dando origem ao **Processo TC 6603/2016**.

Em **16/10/2018**, o Plenário do TCE-ES, por meio do **Acórdão TC 1420/2018 – Plenário**, decidiu sobre o Incidente de Prejulgado TC 6603/2016, 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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

Na sequência, por meio do **Parecer do Ministério Público de Contas 3133/2029-5**, datado de **05/06/2019**, a 1ª Procuradoria de Contas reconheceu a prescrição da pretensão punitiva em relação às irregularidades identificadas pela área técnica no presente feito.

Nessa mesma data, foi juntado aos autos o **Protocolo TC 7141/2019-7**, mediante o qual a empresa **CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda.** peticiona, requerendo o prosseguimento do feito e a aplicação do Prejulgado nº 43.

Por ocasião da 31ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara do TCE-ES, realizada em **11/09/2019**, o conselheiro relator apresentou o **Voto do Relator 4316/2019-9**, cuja íntegra transcreve-se a seguir:

> **Voto do Relator 04316/2019-9**
>
> **Processos:** 07156/2012-1, 09645/2018-1, 06603/2016-4
> **Classificação:** Controle Externo - Fiscalização – Representação
> **Setor:** GAC - Rodrigo Chamoun - Gabinete do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun
> **Criação:** 04/09/2019 13:01
> **UG:** PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes
> **Relator:** Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun
> **Responsável:** JANDER NUNES VIDAL, MAURO ROBERTO FERREIRA DE SOUZA



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**Terceiro interessado:** CMS - CONSULTORIA E SERVICOS S/S LTDA
**Representante:** TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO

**FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES – EXERCÍCIO 2009 – 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 – ARQUIVAR.**

**O CONSELHEIRO ROODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN**

## I RELATÓRIO

Trata-se de Representação subscrita por auditores de controle externo da 5ª Secretaria de Controle Externo deste Tribunal de Contas, na qual se apuraram indícios de irregularidades nos procedimentos de contratação da empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. pelo Município de Marataízes, com o objetivo de prestar serviços de assessoria tributária e fiscal visando a recuperação de créditos tributários ou incremento de receita tributária.

Procedida a notificação do prefeito municipal por este Tribunal, foram acostadas aos autos documentações referentes à contratação e aos pagamentos realizados, fato que deu origem ao Plano e o Programa de Diligência 12/2013 e ao Relatório de Diligência Externa RD-E 00003/2013 (Documentos Complementares).

Ato contínuo, foi prolatada a Instrução Técnica Inicial ITI 572/2013 (Documentos Complementares), tendo a área técnica opinado pela admissibilidade da representação, pela concessão de medida cautelar e pela suspensão de pagamentos à contratada, além da citação do prefeito e do procurador geral do município e da pessoa jurídica contratada na condição de parte interessada.

A medida cautelar sugerida pelo corpo técnico foi concedida pelo Plenário, nos termos da Decisão TC 3.209/2013 (Documentos Complementares).

Apresentadas as justificativas (volumes IX e X dos autos físicos), o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC), em abril de 2014, se manifestou pela confirmação das irregularidades, pela procedência da representação e consequente aplicação de multa ao prefeito e ao procurador municipal, além da expedição de determinações à gestão do município e encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público Estadual, conforme se lê na Instrução Técnica Conclusiva 02507/2014-1 (Documentos Complementares):

**5. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**5.1** 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 Marataízes,** relativa a contrato firmado com a empresa CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda., sugere-se a manutenção das seguintes irregularidades:

**5.1.1 – Contratação direta por inexigibilidade de licitação** (item 4.1 desta ITC)
**Base legal:** Art. 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:** Jander Nunes Vidal – Ex-Prefeito Municipal
Mauro Roberto Ferreira de Souza – Ex-Procurador Geral do Município

**5.1.2 – Terceirização de atividades e competências típicas e indelegáveis da Administração Pública** (item 4.2 desta ITC)
**Base legal:** art. 37 da Constituição Federal, assim como os artigos 7º, 142 e 198 do CTN
**Responsável:** Jander Nunes Vidal – Ex-Prefeito Municipal

**5.1.3 – Efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito – contrato de risco** (item 4.3 desta ITC)
**Base legal:** art. 167, inc. IV, da CF/88, bem como art. 54, § 1º c/c art. 55, III, da Lei 8.666/93, e princípios orçamentários
**Responsável:** Jander Nunes Vidal – Ex-Prefeito Municipal

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

**5.2.1 não acolher** a **arguição de precedente jurisprudencial deste TCE-ES** (item 3.1 desta ITC);

**5.2.2 Acolher as razões de justificativas** do senhor **Mauro Roberto Ferreira de Souza,** ex-procurador geral de Marataízes, em relação ao **item 4.3** desta ITC, pela fundamentação constante da presente instrução;

**5.2.3 rejeitar as razões de justificativas** da empresa **CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda.**, chamada aos autos na condição de parte interessada, pela fundamentação constante da presente instrução;

**5.2.4. rejeitar as razões de justificativas** do senhor **Jander Nunes Vidal**, ex-prefeito municipal de Marataízes em razão das irregularidades dispostas nos itens **5.1.1, 5.1.2** e **5.1.3** desta ITC, bem como as do senhor **Mauro Roberto Ferreira de Souza,** ex-procurador geral de Marataízes, em razão da irregularidade disposta no item **5.1.1** desta ITC, pela fundamentação constante da presente instrução, aplicando **multa individual** aos responsáveis - senhores **Jander Nunes Vidal** e **Mauro Roberto Ferreira de Souza** - com amparo no artigo 62 e na forma do artigo 96, II, da Lei Complementar Estadual nº 32/93, por ser tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação aplicável à época dos fatos apurados; **e dar PROCEDÊNCIA** à presente representação, com fundamento no inciso II do artigo 95 c/c § 2º do artigo 99, ambos da Lei Complementar Estadual 621/2012;



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**5.2.5. determinar**, com fundamento no art. 1º, inc. XVI c/c art. 57, inc. III, ambos da Lei Complementar nº 621/2012, ao atual Prefeito de Marataízes/ES que promova imediatamente a anulação do contrato administrativo nº 063/2009, firmado com a empresa CMS – Consultoria e Serviços S/S Ltda., 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**;

**5.2.6. determinar**, com fundamento no art. 1º, inc. XVI c/c art. 57, inc. III, ambos da Lei Complementar nº 621/2012, ao atual Prefeito de Marataízes/ES que se abstenha de 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);

**5.2.7. encaminhar**, com fundamento no art. 471 do Regimento Interno desta Corte de Contas - Resolução TC 261/2013, **cópia integral dos autos ao Ministério Público Estadual da Comarca de Marataízes/ES,** para ciência e adoção das medidas que entender pertinentes, em especial quanto a eventual ocorrência dos crimes previstos no art. 89 da Lei nº 8.666/93 e art. 328 do Código Penal Brasileiro.

**5.3. 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 261/2013.

**5.4** Cumpre, por fim, alertar que há pedido de **SUSTENTAÇÃO ORAL** feito pelo senhor **Mauro Roberto Ferreira de Souza**.

Encerrada a instrução processual, o Ministério Público de Contas anuiu aos termos da ITC 02507/2014-1, nos termos do Parecer do MPC 00069/2016-1 (peça 01).

Em seguida, os autos vieram a este Gabinete, onde proferi o Voto do Relator 01208/2016-1 (peça 05), apresentando entendimento em consonância com o proferido nos autos do processo TC 3938/2013, divergindo parcialmente, do posicionamento técnico e ministerial.

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, com base em novo Voto do Relator 02259/2016-6 (peça 08) decidiu pela instauração de Incidente de Prejulgado, a fim de que determinadas questões fossem decididas pelo Plenário, nos termos da Decisão Plenária 02144/2016-7 (peça 09), disposta adiante:

> Considerando que o relator, conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, suscitou incidente de Prejulgado na 27ª sessão ordinária do



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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

Deste modo, o incidente de prejulgado foi apreciado na 36ª sessão ordinária do Plenário, realizada em 16/10/2018, conforme Acórdão TC 1420/2018 – Plenário, processo TC 6603/82016, nos termos da Certidão 01310/2019-6 (doc. 12).

Encerrado o sobrestamento em abril de 2019, foram os autos encaminhados ao Ministério Público de Contas para manifestação quanto à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, tendo se manifestado pela ocorrência da consumação da prescrição da pretensão, na forma do Parecer do Ministério Público de Contas 03133/2019-5 (peça 16) da lavra do procurador Luis Henrique Anastácio da Silva.

Em seguida, foi protocolado nos autos Petição Intercorrente 00591/2019-3 apresentada pela empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda solicitando a aplicação do Prejulgado 043 ao presente processo.

## II FUNDAMENTAÇÃO

### II.1 PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

Analisando a norma e os documentos acostados no presente processo, verifico que os fatos analisados nestes autos decorrem do exercício de 2009, nos termos do Contrato 63/2009 acostado às fls. 748/753 do Volume III (com vigência em 01 de abril de 2009 a 31 de dezembro de 2012), o qual tratava, especificamente, da recuperação de crédito tributário.

Seguindo o curso processual, verifico também que o Relatório de Diligência 00003/2013-7 (Documentos Complementares) foi concluído e acostado aos autos em 26 de março de 2013 por parte da equipe técnica (fl. 1805, Volume VII).

Na mesma linha, observo que a citação dos responsáveis Mauro Roberto Ferreira e Jander Nunes Vidal ocorreu no exercício de 2013, tendo sido cumpridos os termos de citação em 09 de agosto de 2013 e 21 de novembro de 2013, conforme folhas 2594 e 2606 dos autos físicos (volume X).



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

Adiante, verifico que posteriormente, foram solicitadas novas informações ao prefeito municipal, conforme termo de citação 1485/2013, cumprido em 14 de janeiro de 2014 (fls. 2606).

Em manifestação do Ministério Público de Contas, este órgão manifestou-se pela incidência de prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, face a expiração do prazo legal (Parecer 03133/2019-5, doc. 16), sendo que a ocorrência da consumação da prescrição da pretensão punitiva ocorreu em 2018.

Deste modo, é preciso considerar que o prazo prescricional estabelecido na Lei Complementar Estadual n° 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, e decorridos mais de cinco anos da citação válida, concluo estar prescrita a pretensão punitiva por este Tribunal em relação às irregularidades dispostas aos itens 4.1, 4.2 e 4.3 da ITC 00605/2014-6, por tratar-se de fatos ocorridos no exercício de 2009, cuja consumação da prescrição da pretensão punitiva ocorreu em 2018.

## 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.

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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**II.2.1 Contratação direta por inexigibilidade de licitação** (item 4.1 da ITC e 5.1.1 do Voto do Relator 01208/2016-1)

**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:** Jander Nunes Vidal (prefeito)
Mauro Roberto Ferreira de Souza (procurador geral do município)
CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda (terceira interessada)

Em linhas gerais, restou constatado pela área técnica que a Prefeitura Municipal de Marataízes celebrou com a empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda o Contrato nº 063/2009 para prestar serviços de recuperação de receita de Contribuintes do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, a fim de efetivar o recolhimento do imposto sobre atividades relacionadas à pesquisa, exploração, produção e distribuição de petróleo e gás natural, bem como a recuperação do Valor Adicional Fiscal (VAF) declarado nas Declarações de Operações Tributáveis (DOT) que definem o Índice de Participação dos Municípios na divisão do ICMS das empresas relacionadas com a exploração, produção e distribuição de petróleo e gás natural, tudo visando à elevação da arrecadação municipal.

Depreende-se dos autos, que a referida contratação ocorreu por inexigibilidade de licitação (Inexigibilidade nº 008/2009) iniciando-se a partir da proposta apresentada pela própria empresa CMS (Volume II, fls. 391/410).

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 notória especialização, a singularidade dos serviços e a inviabilidade de competição.

O senhor Jander Nunes Vidal (prefeito municipal) alegou que não lhe poderia ser atribuída responsabilidade decorrente de assuntos técnicos, de conhecimento estritamente jurídico, visto que tais conhecimentos não são exigíveis para o exercício do cargo de prefeito, e que o controle da legalidade dos atos e contratos administrativos está a cargo da Procuradoria Jurídica, eximindo o prefeito de qualquer responsabilidade sobre eventual irregularidade.

Já o senhor Mauro Roberto Ferreira de Souza (procurador municipal) alegou que o parecer para contratação por inexigibilidade foi emitido após análise da documentação pela equipe especializada e, estando em conformidade com o art. 25 c/c o inciso III do art. 13 da Lei de Licitações, emitiu parecer favorável, inexistindo dolo ou má-fé a possibilitar a aplicação de sanção previsto no § 2º do art. 25 da mesma lei. Alegou também a tese da inviolabilidade do advogado público por sua opinião, entendendo que o parecer opinativo não pode atribuir responsabilidade à sua conduta.

Como parte interessada, a empresa CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda. defendeu a legalidade da contratação direta.

Por outro lado, o entendimento do NEC, corroborado pelo MPEC, além de confirmar a irregularidade pautada na inexigibilidade indevida de licitação,



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

sugeriu que se determinasse ao Município de Marataízes a anulação do contrato 63/2009, abstendo-se ainda de realizar qualquer pagamento à contratada.

Pois bem, em uma primeira análise, e antes de que fosse suscitado o incidente de prejulgado, proferi meu entendimento, conforme Voto do Reator 01208/2016-1 (peça 05), no sentido de que assiste razão aos defendentes, tendo em vista que as atividades descritas no objeto do contrato 63/2009 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 adianto, 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 do Relator 01208/2016-1 (peça 05), 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 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.

Registrei 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 do Relator 01208/2016-1 (peça 05), 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.2.2 Terceirização de atividades e competências típicas e indelegáveis da Administração Pública** (item 4.2 da ITC e 5.1.2 do Voto do Relator 01208/2016-1)

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

**Responsável:** Jander Nunes Vidal (Prefeito).
CMS Consultoria e Serviços S/S Ltda (terceira interessada)



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

Neste item, a área técnica narra, em suma, que a natureza das atividades definidas como objeto contratual 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.

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), disposições também reproduzidas pela Lei Municipal 279/1999 que instituiu o Código Tributário do Município de Marataízes que, em seu art. 3º, definiu o quadro de pessoal cujas atividades são inerentes aos serviços de natureza fiscalizadora e orientadora de competência quanto à aplicação a legislação tributária (fls.2098/2177–v. VIII).

Em sede de justificativas, o defendente alegou que os serviços contratados não se confundem com as atribuições de fiscalização tributária desempenhada pelos servidores efetivos, e que as atividades da empresa seriam de natureza técnico científica, não compreendendo qualquer das atividades elencadas no CTN. A defesa fez remissão, ainda, à Ação Declaratória 006.05.004.517-5, na qual o Judiciário capixaba teria reconhecido "que o fisco municipal pode se fazer acompanhar de técnico de notório saber para orientar a realização das suas atividades" (fls. 2578/2582, volume. X).

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 do contrato administrativo 63/2009.

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.

Assim como disposto no Voto do Relator 01208/2016-1 (peça 05), 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 arrecadatório.

Deste modo, e relativamente aos serviços constantes da cláusula 1.3 - 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 justificativa apresentadas pela empresa CMS, 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.



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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 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 do Relator 01208/2016-1 (peça 05), pelo afastamento desta irregularidade.

**II.2.3 Efetivação de contrato com previsão de remuneração vinculada à obtenção de êxito – contrato de risco** (item 4.3 da ITC e 5.1.3 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:** Jander Nunes Vidal (Prefeito)
Mauro Roberto Ferreira de Souza (procurador geral do município)
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:

> 3.1 – No Caso do ISSQN:
>
> 3.1.1 – Para a cobertura das medidas administrativas previstas no caso do ISSQN referente às atividades de pesquisa exploração, exploração, produção e distribuição de petróleo e gás natural nos limites territoriais marítimos do município, os honorários de risco devidos pelo CONTRATANTE à CONTRATADA fica estabelecido **na proporção de 0,99% (noventa e nove centésimo 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 da base de cálculo**, de cada contribuinte, ao valor lançado ou o 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 devidos do mesmo modo;
>
> 3.1.5 – Iniciada ação administrativa fiscal ou judicial para recebimento dos créditos do ISSQN, referente às bases de cálculo levantadas sob assessoria da CONTRATADA, e o CONTRATANTE desistir de



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

quaisquer das respectivas ações, importará no pagamento integral dos honorários calculados de acordo com o item 3.1.1 desta cláusula.

3.1.6 – **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, **o CONTRATANTE pagará honorários de 0,60% (seis décimos por cento) na forma prevista no item 3.1.1 desta cláusula, e 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 do âmbito administrativo, ou data do primeiro recebimento;

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

3.2 – **No caso do Valor Adicional Fiscal–VAF, o CONTRATANTE pagará a CONTRATADA honorários de risco de 0,60% (seis décimos por cento) sobre os valores que forem apurados a maior no valor adicionado apurado pela CONTRATADA em 12(doze) parcelas mensais** à partir do mês de janeiro após a divulgação do IPM definido, por parte da Secretaria de Estado a Fazenda no caso da revisão das DOT'S – Declaração de Operações Tributáveis que definirão o Índice de Participação dos Municípios –IPM, na divisão do ICMS das empresas relacionadas com a exploração, produção de petróleo e gás natural.

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 da compensação por parte da CONTRATANTE.

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

3.6 – Serão retidos da CONTRATADA, no que couber os valores referentes às obrigações junto a Previdência Social, Receita Federal e Receita Municipal.

3.7 – O não pagamento no prazo estabelecido no item 3.4 desta cláusula sujeita o CONTRATANTE ao pagamento de juros de 1% (um por cento) ao mês mais multa de 10% (dez por cento), sobre os valores não pagos.

3.8 – Em nenhum caso será pago a CONTRATANTE valor superior a 20% (vinte por cento) dos valores recebidos pelo CONTRATANTE. [g.n.]

Ademais, verificou-se que a contratação fixava um percentual a ser aplicado sobre as receitas auferidas pelo ente público, condicionando a remuneração contratada ao risco, ou seja, só haveria pagamento pela prestação dos



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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% do aumento conseguido, ou ainda, de 0,6% limitado a 24 meses, se a contratante aferisse ganhos contínuos por tempo indeterminado (cláusula 3.1.1, 3.1.2 e 3.1.6).

No caso da revisão das Declaração de Operações Tributárias - DOTs e quanto ao Valor Adicionado Fiscal (VAF), os honorários de êxito foram fixados em 0,6%, limitadas a 12 parcelas, sobre o que fosse apurado a maior, após divulgação do Índice de Participação dos Municípios (IPM) definitivo pela Secretaria Estadual de Fazenda – SEFAZ (cláusula 3.2).

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, o prefeito municipal suscitou a existência de precedente prolatado pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais, em que admite a celebração de contrato de risco pela Administração Pública (Consulta nº 873.919, Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, 10.04.2013).

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.

De posse dos autos, manifestei-me, nos termos do Voto do Relator 01208/2016-1 (peça 05), 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 ao dos presentes autos, este Tribunal decidiu pela instauração de Incidente de Prejulgado, nos termos do Voto do Relator 02259/2016-6 (peça 08), 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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 Acordão TC 1420/2018-4 (peça 61constante 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 ÀRECUPERAÇÃO 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 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

> 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: Prejulgado
> 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 Prejulgado 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 afasto 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 Prejulgado nº 43:

> **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.



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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 o entendimento do Prejulgado nº 43.

**III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO**

Pelo exposto, tendo em vista a competência conferida pelo art. 29, V, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), divergindo do entendimento da Área Técnica e do Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à sua consideração.

**Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun**
Conselheiro relator

**ACORDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC 7156/2012, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária em:

III.1 **PRELIMINARMENTE:**

III.1.1 **RECONHECER** a **PRESCRIÇÃO** da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas em face dos indícios de irregularidade descritos nos 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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;
>
> 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).
>
> [...]



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

> 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.
>
> § 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;



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

> 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 suprimento 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 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.



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

> 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 mais de quatro anos, isto é, desde **02/04/2014**.

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 ITC 2507/2014 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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.

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.



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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.

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 do 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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 retornaram 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.
>
> 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**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
**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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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
>
> **Setor:** 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
>
> **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**".



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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:

> 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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 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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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:

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



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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;

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,



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

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 451/2008[2], 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-ES[3].

## 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 621/2012[4], e dos art. 352, § 1º e 355 do Regimento Interno

[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.

[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.
[...]



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

do TCE-ES[5], 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 621/2012[6], segundo o qual, havendo divergência entre o entendimento do Relator **e a manifestação da unidade técnica**, caberá à Câmara ou ao Plenário decidir;

**Considerando** que o art. 318 do Regimento Interno do TCE-ES[7] alberga disposição normativa no mesmo sentido;

**Considerando** que, nos termos do art. 319 do Regimento Interno do TCE-ES[8], 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

---

5 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.
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.

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.



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

impossibilidade de cumprimento do art. 313, incisos IV e V e § 3º, do Regimento Interno do TCE-ES[9], 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 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 451/2008[10], e no art. 370 do Regimento Interno do TCE-ES[11], uma vez que o parecer ministerial que consta dos autos fora emitido em **26/04/2016**, portanto dois anos antes da decisão colegiada que originou o aludido prejulgado (Acórdão TC 1420/2018-4), prolatada em **16/10/2018**;

---

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).

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.



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**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 4316/2019-9 não poderia ter discordado do entendimento técnico e do parecer ministerial[12], 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 Civil[13], 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 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 a 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 451/2008[14], e no art. 321, § 1º, do Regimento Interno do TCE-ES[15], pela

---

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.

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.



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE

**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 **02/04/2014**, e ao Parecer do Ministério Público de Contas PPJC 5945/2014, emitido em **26/04/2016**, 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, 8 de outubro de 2019.

**HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA**
Procurador Especial de Contas

§ 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).



Assinado digitalmente. Conferência em www.tce.es.gov.br Identificador: E3CA6-D07DE-DF4FE