



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Conselheiro-Substituto Antonio Carlos dos Santos
Segunda Câmara
Sessão: 23/2/2016

67 TC-000296/007/14 INSTRUMENTOS CONTRATUAIS

Contratante: Prefeitura Municipal de Salesópolis.

Contratada: Castellucci Figueiredo e Advogados Associados.

Ordenador(es) da Despesa(s): Antonio Adilson de Moraes - Prefeito.

Autoridade(s) que firmou(aram) o Instrumento(s): Antonio Adilson de Moraes - Prefeito.

Objeto: Prestação de serviços técnicos especializados de assessoria tributária.

Em Julgamento: Inexigibilidade de Licitação (artigo 25, inciso II e § 1º c.c. art. 13, inciso III e V da Lei Federal nº 8.666/93 e alterações posteriores). Contrato celebrado em 06-07-09. Justificativas apresentadas em decorrência da (s) assinatura (s) de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Robson Marinho e pelos Substitutos de Conselheiro Auditores Valdenir Antonio Polizeli e Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, em 05-06-14, 07-10-14 e 21-07-15.

Advogado(s): Paulo Sérgio Mendes de Carvalho, Bruna Maria Melo Mingatos Lourenço, Claudia Rattes La Terza Baptista e outros.

Fiscalizada por: UR-7 - DSF-II.

Fiscalização atual: UR-7 - DSF-II.

Relatório

Em exame, inexigibilidade de licitação, contrato assinado em 6/7/2009 e execução contratual, atos esses relativos a ajuste celebrado entre a Prefeitura Municipal de Salesópolis e Castellucci Figueiredo e Advogados Associados, objetivando a assessoria tributária consistente em: a) análise, levantamento de dados e documentos, apuração e recuperação de pagamentos efetuados indevidamente a título de contribuição previdenciária "RAT - Rateio de Acidente de Trabalho" efetuada junto à Receita Federal do Brasil referente às competências Julho/2007 a atual; b) redução das alíquotas de grau de risco médio - 2% para grau de risco leve - 1%, constante do Anexo V do Decreto nº 3.048/99, com vigência a partir de junho de 2007; c) interposição de ações junto aos órgãos competentes, com acompanhamento até decisão final.

Convencionou-se que a vigência perduraria até o trânsito em julgado das ações judiciais propostas e até a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

decisão final dos processos administrativos, e que os pagamentos pelos serviços ocorreriam da seguinte forma:

"Cláusula Terceira: Do Valor Contratual e Da Forma de Pagamento:

A) Do Valor dos Honorários

(...)

I) Recuperação dos Créditos - Administrativamente

Será cobrado percentual de 20% (vinte por cento) a título de honorários, incidente sobre o valor dos créditos apurados e a serem recuperados administrativamente, referentes a pagamentos indevidos provenientes da redução da alíquota do grau de risco 2% para 1% das competências Junho/2007 a atual.

II) Redução das Alíquotas do Grau de Risco de 2% para 1% vincendas

Será cobrado percentual de 20% (vinte por cento) a título de honorários, incidente sobre o valor da redução mensal da alíquota do grau de risco de 2% para 1%, referente aos períodos vincendos, a partir da data da redução efetuada, administrativamente.

B) Forma de Pagamento

O valor dos honorários, fixados de acordo com os itens 'I' e 'II' da Letra 'A' anterior, serão pagos da seguinte forma:

I) Será pago mensalmente o percentual de 20% incidente sobre os valores dos benefícios auferidos administrativamente pelo Município, proveniente da redução da alíquota e da utilização dos créditos apurados, através da compensação com débitos vincendos previdenciários, cujos honorários somente serão devidos após a comprovação do auferimento dos benefícios, mediante documento comprobatório: 'GFIP', 'Extrato Banco do Brasil - Débito FPM', 'Declaração de Compensação - INSS'.

II) Em existindo saldo remanescente de honorários, após a utilização dos créditos compensados com débitos vincendos previdenciários, serão pagos valores com base no 'item II da Letra A', até atingir o valor de honorários fixado de acordo com o item 'A' da 'cláusula IV'".

A unidade de fiscalização procedeu à instrução da matéria e opinou pela sua irregularidade (fls. 157/164), tendo apontado:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

- sobre o procedimento de inexigibilidade: **(i)** trata-se de serviços que podem ser executados pelos próprios servidores; **(ii)** ausência de justificativa satisfatória quanto à inviabilidade de competição; **(iii)** ausência de parecer jurídico, de ato de ratificação publicado, de proposta comercial da contratada, de documentos de habilitação;

- sobre o contrato: **(i)** ausência de assinaturas no instrumento; **(ii)** falta de publicação; **(iii)** não especificação do prazo de vigência e do valor;

- sobre a execução contratual: **(i)** não foram encontrados os comprovantes que ensejam o direito aos pagamentos realizados; **(ii)** as notas fiscais não discriminam os serviços ou os processos judiciais a que se referem, impossibilitando conferir quais créditos recuperados são o fato gerador de suas emissões; **(iii)** os comprovantes de depósito bancário registram valores inferiores aos das notas fiscais, sem ter havido discriminação da finalidade do desconto; **(iv)** documento emitido pela Secretaria Municipal de Assuntos e Negócios Jurídicos opinou favoravelmente pelo pagamento em atraso de R\$ 2.321,00, porém, não há qualquer documento demonstrando que tal pagamento tenha sido realizado; **(v)** mesmo após requisição, não foram apresentados empenhos constantes de relatórios analíticos contábeis.

A Prefeitura Municipal de Salesópolis foi notificada por ação da própria fiscalização, não apresentando qualquer resposta (fls. 165/168).

As partes interessadas foram regularmente notificadas por despacho publicado no D.O.E. de 5/6/2014, não tendo sido apresentada qualquer resposta (fls. 172/179).

O Sr. Antonio Adilson Moraes, Prefeito Municipal de Salesópolis à época, foi pessoalmente notificado nos termos do art. 91, I, da Lei Complementar Estadual nº 709/93, e não apresentou qualquer resposta (fls. 173/172, 177/177-V e 178/179).

O Ministério Público de Contas obteve a vista regimental (fls. 180/180-V).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Em sequência, retornaram os autos à Unidade de Fiscalização competente, para: - elaborar relatório com os pagamentos mensais realizados; e - apurar se esses pagamentos mensais estiveram amparados na comprovação dos créditos recuperados e da redução da alíquota do grau de risco junto aos órgãos competentes, ou se tais pagamentos estiveram baseados somente em cálculos da própria contratada e em eventuais recolhimentos a menor realizados de forma unilateral pela Administração (fls. 181).

Depois de coletar os documentos juntados às fls. 183/288, a Unidade de Fiscalização formulou o laudo de fls. 289/294, consignando demonstrativo detalhado de registros orçamentário-financeiros que resultaram em pagamentos no total de R\$ 85.469,74 (R\$ 12.431,00 em 2009; R\$ 39.734,74 em 2010; R\$ 21.887,00 em 2011; R\$ 11.417,00 em 2012).

Concluiu a Unidade de Fiscalização que os pagamentos estiveram baseados somente em cálculos exarados pela própria contratada, com recolhimentos a menor possivelmente realizados de forma unilateral pela Administração, devido às compensações lançadas em GFIP e ao seguinte: **(i)** ausência de quaisquer documentos emitidos por órgãos competentes que viabilizassem a comprovação de recuperação de créditos ou a redução da alíquota RAT junto àqueles órgãos; **(ii)** dos procedimentos de despesa da Municipalidade constam apenas notas fiscais e recibos amparados em simples tabela com a competência, valor da redução do RAT e o valor dos honorários devidos, todos emitidos pela própria contratada; **(iii)** em outros procedimentos administrativos da Municipalidade constam nota fiscal e solicitação de pagamento, todos exarados pela própria contratada; **(iv)** não há qualquer memória de cálculo emitida pela Administração ou documento oficial que auxilie nos cálculos dos honorários devidos, restringindo-se a Municipalidade a emitir manifestações favoráveis aos pedidos.

Em sequência, o Sr. Antonio Adilson Moraes, Prefeito Municipal de Salesópolis à época, foi pessoalmente notificado nos termos do inc. II¹ do art. 30 da Lei

¹ "Art. 30 - Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal de Contas adotará as medidas cabíveis, especialmente: (...) II se houver débito,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Complementar Estadual nº 709/93 (fls. 296/297-V), nos seguintes termos:

“Consoante o levantamento retratado no laudo de fiscalização de fls. 289/295, com base na documentação encartada às fls. 183/288, foram realizados pagamentos irregulares pela Administração à contratada no valor total de R\$ 85.469,74 (oitenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e setenta e quatro centavos). Ante o exposto, expeça-se ofício ao Sr. Antonio Adilson de Moraes, Prefeito Municipal de Salesópolis à época dos fatos, nos termos do art. 91, I, da Lei Complementar Estadual nº 709/93, **notificando-o** para que, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, e nos termos do art. 30, II, da Lei Complementar Estadual nº 709/93, apresente sua defesa ou comprove o recolhimento da importância na Fazenda Pública Municipal de Salesópolis” (grifos originais).

Findo o prazo, não houve qualquer resposta (fls. 298/299).

O Ministério Público de Contas obteve vista regimental dos autos (fls. 300/V).

A Assessoria Técnica manifestou-se pela irregularidade da matéria (fls. 302/303).

Em sequência, o Sr. Antonio Adilson Moraes, Prefeito Municipal à época, constituiu o seu procurador nos autos (fls. 304/305), assim como teve seu pedido de vista e extração de cópias deferido (fls. 307). E apresentou suas justificativas e alegações (fls. 308/314), aduzindo, em síntese, que:

(i) não havia a necessidade da declaração de existência de recursos prévios, pois a natureza da contratação levada a cabo previa, desde o início, que os pagamentos seriam feitos sobre parcela de efetiva recuperação, em percentual certo e estabelecido em contrato, mas com valores estimados mediante prévia e superficial análise, vez que a totalização e apuração final somente poderia ser obtida após o início da execução do trabalho;

ordenando a notificação do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar defesa ou recolher a importância devida;”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

(ii) a compensação tributária junto à Receita Federal não é medida corriqueira e acessível a todo e qualquer servidor com formação jurídica, pois, ao optar por recuperar esse valor, a Prefeitura assume um risco junto à Previdência Social nos termos do art. 89 da Lei nº 8.212/91;

(iii) o "caput" do art. 89 da Lei 8.212/91 prevê a possibilidade de compensação por parte da empresa, a qual pode ser feita antes da homologação, pois se assim não o fosse, não haveria razão de ser dos §§ 9º e 10º, que cuidam exatamente da compensação irregular;

(iv) a compensação deve ser realizada com grande amparo técnico, já que, para o caso de compensação indevida, pode ser aplicada multa ao Município, o que aí sim seria um descaso com o erário;

(v) a Receita Federal mantém posicionamento equivocado de tentar dificultar o autoenquadramento e a própria compensação por parte dos Municípios, não por entender que a Lei veda tal direito, mas, para coibir uma simples perda de receita, de maneira que o objeto requer ampla discussão jurídica, que tem sido levada constantemente aos Tribunais Federais pelo escritório contratado, com êxito sistemático;

(vi) a Súmula nº 13 do Tribunal de Contas não pode ser aplicada no caso de medidas judiciais específicas, de cunho eminentemente técnico e que, por isso, fogem do dia a dia dos servidores da Administração, ainda que de corpos jurídicos numerosos;

(vii) quando a Prefeitura optou por contratar o escritório "Castelucci Figueiredo", tomou o cuidado de verificar se realmente era a única empresa que possuía as qualificações necessárias, e tais documentos acompanharam a proposta encaminhada pela contratada;

(viii) foi buscada outra empresa com as mesmas qualificações, porém, nenhuma foi encontrada;

(ix) a ausência de orçamento detalhado em planilhas é facilmente explicada pela natureza da contratação e tipo de serviço advocatício a ser executado;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

(x) tratando-se de serviço de natureza singular, seria impossível uma cotação prévia de preços, na medida em que a ideia de notória especialização colide com a presunção de outros executores, tendo a Prefeitura localizado os parâmetros para advocacia administrativa e previdenciária na tabela de honorários publicada em observância à Lei Federal nº 8.806/94, onde constam honorários de 20 a 30%;

(xi) em que pese a contratação não utilizar o elemento temporal para estabelecer o final da avença, o que seria impossível por depender de órgãos públicos da esfera federal, previu a condição do trânsito em julgado das decisões administrativas e judiciais para o fim de vigência, não existindo qualquer duração por tempo indeterminado;

(xii) a Lei Federal nº 8.804/94 prevê a remuneração via percentual para trabalhos advocatícios, amoldando-se à natureza dos trabalhos e não havendo qualquer impacto negativo financeiro decorrente de vinculação do pagamento à arrecadação.

A Chefia da Assessoria Técnica manifestou-se pela irregularidade da matéria (fls. 318/322).

O Ministério Público de Contas obteve vista regimental dos autos (fls. 322/V).

A Prefeitura Municipal e o Prefeito atual foram notificados para apresentar documento autenticado expedido pelos órgãos de arrecadação da Municipalidade, certificando a efetiva "compensação" dos débitos em questão, de modo a assegurar que, no futuro, não haverá cobrança do montante "compensado" pelos órgãos competentes (fls. 323/324).

Em resposta (fls. 325/340), a Prefeitura Municipal de Salesópolis informou, em suma, que:

(i) em documento apresentado pela Municipalidade à Receita Federal constaram os valores de compensação declarados na GFIP;

(ii) a Receita Federal entendeu, entre outras ponderações, que em virtude da não correção do campo "CNAE



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Preponderante" e "Alíquota RAT" das GFIPs, as compensações são indevidas;

(iii) a Municipalidade, em virtude do exposto, promoveu o parcelamento desses valores devidos.

O Ministério Público de Contas obteve vista regimental (fls. 344/V).

É o relatório.

npg



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Voto

TC-000296/007/14

Em que pese a não formalização de um procedimento de contratação direta pelo rito definido na Lei Geral de Licitações, e não obstante a ausência de ato de ratificação e de assinatura da autoridade responsável no instrumento de contrato, há nos autos ordens de despesa emanadas com base em contrato cuja cláusula décima terceira estabeleceu que se trata de ajuste fundamentado em inexigibilidade de licitação baseada no art. 25, II, c/c o art. 13, III, da Lei 8.666/93². Isto, aliás, foi defendido na peça de defesa do ex-Prefeito Municipal, após notificação pessoal nos termos dos arts. 30, II, e 91, I, da Lei Orgânica deste Tribunal.

E um contrato baseado em inexigibilidade de licitação tem como pressuposto de validade o cumprimento do estabelecido no art. 26³ da Lei 8.666/93, ou seja, a inexigibilidade deverá estar "*necessariamente justificada*", e também deverá conter a "*razão da escolha do fornecedor ou executante*" e a "*justificativa do preço*".

A instrução da presente matéria, porém, comprovou que a presente inexigibilidade de licitação não cumpriu tais pressupostos de validade do art. 26, pois nada mais existiu

² "Art. 13 - Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: (...) III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (...) V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; (...) Art. 25 - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;".

³ "Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço; (...)" (grifo nosso).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

além do próprio instrumento contratual e da documentação da despesa, consoante fls. 2/164 e 183/288.

E os vários argumentos expostos na peça de defesa de fls. 308/314 não possuem o condão de suprir esse vício, de sorte que a inexigibilidade de licitação e o contrato padecem do vício de nulidade, por não terem sido cumpridos os pressupostos de validade do "caput" e dos incs. II e III do art. 26 da Lei 8.666/93.

É neste sentido que se posiciona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE - CONTRATAÇÃO DE CONTADOR - DISPENSA DE LICITAÇÃO - PROCEDIMENTO DA LEI 8.666/93: INOBSERVÂNCIA - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA.

1. A contratação de prestação de serviço sem exigência de licitação é permitida pela Lei 8.666/93, devendo-se observar, para tanto, o disposto no art. 25, II, conjugado com o art. 26, os quais exigem seja a contratação precedida do processo de dispensa instruído, no que couber, com:

- I) a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;*
- II) a razão da escolha do fornecedor ou executante;*
- III) justificativa do preço; e*
- IV) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados" (g.n.).*

(REsp nº 842.461 - MG; Rel. Ministra Eliana Calmon; Segunda Turma; DJ 11/4/07; Fonte: <www.stj.gov.br>).

Sob outro aspecto, a apuração sobre a execução contratual demonstrou que os pagamentos ao escritório contratado não foram lastreados por qualquer comprovação de que os eventos estabelecidos nas cláusulas segunda e terceira do contrato foram efetivamente concretizados.

Ao revés, consta que os pagamentos estiveram baseados tão somente em lançamentos de compensações de créditos realizadas de forma unilateral pela própria Administração, sem qualquer notícia de homologação pelo órgão arrecadador responsável. E veja que o autolançamento somente se aperfeiçoa com a sua homologação, ou seja, não há como acolher justificativas pautadas na ilação de que a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

compensação unilateral, por si só, constitua um ato acabado e aperfeiçoado.

Ao contrário, está consignado que o Município foi compelido a firmar termo de confissão e parcelamento de débitos junto à Receita Federal em abril do ano de 2015 no importe total de R\$ 1.177.780,30⁴, o qual envolveu justamente os valores de tais compensações unilaterais que fundamentaram os pagamentos realizados ao escritório contratado.

Nem mesmo se tem notícia nestes autos de qualquer apresentação de ações junto à autarquia federal competente ou ao Judiciário, nos termos do que fora convencionado na cláusula segunda do contrato, precisamente nos itens 2.2 e 2.3.

Neste contexto, o que se esperava com a notificação das partes interessadas é que estas apresentassem os trabalhos efetivamente realizados. Contudo, mesmo com a intervenção nos autos do ex-Prefeito responsável, nada foi apresentado.

Isto tudo evidencia que não houve, pois, a prestação de serviços contratada e tampouco o evento fixado no contrato como base para os pagamentos.

E nos termos do art. 62⁵ da Lei 4.320/64, qualquer pagamento somente poderá ser efetuado após a regular liquidação da despesa, consoante os procedimentos obrigatórios fixados pelo art. 63 do mesmo Diploma Legal:

"Art. 63 - A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar: I - a origem e o objeto do que se deve pagar; II - a importância exata a pagar; III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

⁴ Vide fls. 327/340. Parcelamento de R\$ 1.177.780,30, em 60 (sessenta) parcelas de R\$ 19.629,67.

⁵ "Art. 62 - O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados, terá por base: I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço".

Ao que consta dos autos, não houve a realização de qualquer daqueles procedimentos de liquidação das despesas, de sorte que não foi cumprido o requisito essencial do art. 62 da Lei 4.320/64, quando da realização dos pagamentos ao escritório contratado, sendo esta a razão pela qual todos eles padecem do vício de nulidade.

E, em sendo nulos tais pagamentos, é de rigor a condenação da autoridade responsável a restituir o montante total de R\$ 85.469,74 (oitenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e setenta e quatro centavos) com as devidas correções, apurado pela unidade de fiscalização competente⁶, à Fazenda Municipal de Salesópolis.

Tal condenação tem base nos §§ 1º e 2º do art. 30 da Lei Complementar Estadual 709/93, à vista da rejeição da defesa apresentada nos autos quando da notificação baseada no inc. II do mesmo art. 30.

Considerando que o Sr. Antônio Adilson de Moraes, Prefeito Municipal à época, era a autoridade responsável pelo contrato e por suas respectivas despesas, recairá sobre ele tal responsabilidade.

Ante o exposto, voto nos seguintes termos:

(i) pela **irregularidade** da inexigibilidade de licitação, do contrato e da execução contratual, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da Lei Complementar Estadual nº 709/93; e

(ii) pela **condenação** do Sr. Antônio Adilson de Moraes, Prefeito Municipal à época e autoridade responsável pelo contrato e por suas respectivas despesas, a restituir à Fazenda Pública Municipal de Salesópolis a quantia de **R\$**

⁶ Vide fls. 289/294: R\$ 12.431,00 em 2009; R\$ 39.734,74 em 2010; R\$ 21.887,00 em 2011; R\$ 11.417,00 em 2012.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

85.469,74 (oitenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e setenta e quatro centavos), devidamente corrigida, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 30 da Lei Complementar Estadual nº 709/93, devendo ser notificado para comprovar a restituição nos moldes do art. 86 daquele mesmo Diploma Legal.