



PROCESSO 26.888-7/2015
ASSUNTO RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO PREFEITURA MUNICIPAL DE INDIAVAÍ
RECORRENTE JOSÉ DE SOUZA - ex-Prefeito
ADVOGADO PAULO CÉZAR REBULI – OAB/MT 7565
RELATOR ORIGINÁRIO CONSELHEIRO INTERINO JOÃO BATISTA DE CAMARGO JÚNIOR
RELATORA RECURSAL CONSELHEIRA INTERINA JAQUELINE JACOBSEN MARQUES

RAZÕES DE VOTO

8. De início, ratifico o conhecimento do presente Recurso Ordinário, quanto aos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 273, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.
9. O Acórdão recorrido foi proferido nos seguintes termos:

ACÓRDÃO Nº 70/2018 – SC

Resumo: PREFEITURA MUNICIPAL DE INDIAVAÍ. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL INSTAURADA PARA APURAÇÃO DE PAGAMENTO EM DUPLICIDADE OU A MAIOR PARA A EMPRESA ETCA CONSULTORIA E ASSESSORIA LTDA., EM RELAÇÃO AO CONTRATO 26/2008, CONFORME DETERMINAÇÃO CONTIDA NO ACÓRDÃO Nº 5.849/2013-TP. JULGAMENTO PELA IRREGULARIDADE DAS CONTAS. RESTITUIÇÃO DE VALORES AOS COFRES PÚBLICOS. APLICAÇÃO DE MULTA. ENCAMINHAMENTO DE CÓPIA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Vistos, relatados e discutidos os autos dos Processos **26.888-7/2015 e 22.529-0/2016**.

ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 1º, II, 16 e 23 da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), c/c os artigos 30-E, V, e 194, II, da Resolução nº 14/2007

(Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por unanimidade, acompanhando o voto do Relator e de acordo, em parte, com o Parecer nº 5.508/2016 do Ministério Público de Contas, em julgar **IRREGULARES** as contas referentes à presente Tomada de Contas Especial instaurada para apuração de pagamento em duplicidade, ou a maior, para a empresa ETCA Consultoria e Assessoria Ltda., em relação ao Contrato nº 26/2008, mediante identificação dos possíveis responsáveis



e quantificação de eventual dano ao erário, conforme determinação contida no Acórdão nº 5.849/2013-TP, realizada pela Prefeitura Municipal de Indiavaí, na gestão do Sr. Valteir Quirino dos Santos, sendo o Sr. José de Souza – ex-prefeito, neste ato representado pelo procurador Paulo César Rebuli – OAB/MT nº 7.565, conforme fundamentos constantes no voto do Relator; **determinando** ao Sr. José de Souza (CPF nº 379.999.151-49) que **restitua** aos cofres públicos municipais o **montante de R\$ 13.658,14** (treze mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e quatorze centavos), a ser atualizado; e, por fim, nos termos do artigo 287 da Resolução nº 14/2007, c/c o artigo 7º da Resolução Normativa nº 17/2016, **aplicar** ao Sr. José de Souza a **multa de 10%** sobre o valor do dano acima citado. A restituição e a multa deverão ser recolhidas com recursos próprios, **no prazo de 60 dias**. O boleto bancário para recolhimento da multa está disponível no endereço eletrônico deste Tribunal de Contas – <http://www.tce.mt.gov.br/fundecontas>. **Encaminhe-se** cópia digitalizada dos autos ao Ministério Público Estadual, em razão da irregularidade das contas por existência de dano ao erário, conforme disposto no artigo 196 da Resolução nº 14/2007.

Relatou a presente decisão o Conselheiro Interino JOÃO BATISTA CAMARGO (Portaria nº 127/2017).

Participaram do julgamento os Conselheiros Interinos ISAIAS LOPES DA CUNHA (Portaria nº 124/2017) e MOISES MACIEL (Portaria nº 126/2017). Presente, representando o Ministério Público de Contas, o Procurador-geral de Contas Substituto ALISSON CARVALHO DE ALENCAR.

Publique-se. Sala das Sessões, 16 de outubro de 2018.

10. A referida decisão julgou irregulares as contas da Tomada de Contas Especial, instaurada pela Prefeitura Municipal de Indiavaí, para apuração de pagamentos em duplicidade ou com sobrepreço à empresa ETCA Consultoria e Assessoria Ltda, com determinação de restituição aos cofres públicos municipais de R\$ 13.658,14 e multa de 10% sobre a restituição.

I-VOTO PRELIMINAR: DA ALEGADA NULIDADE PROCESSUAL

11. Em face do Acórdão 70/2018-SC, o Recorrente suscita, preliminarmente, a nulidade da decisão por entender que a ausência como parte do processo, na Tomada de Contas Especial, da empresa ETCA Consultoria e Assessoria Ltda (beneficiária dos pagamentos), implicaria em vício processual insanável.

12. Nessa linha, argumentou que ocorreram falhas na instrução processual e, que a mesma deveria seguir o “caminho do dinheiro”, no sentido de trazer ao processo



todos os responsáveis, envolvidos com o dinheiro público, responsabilizando-os solidariamente.

13. Aduziu ainda, que a ausência nos autos dos esclarecimentos a serem prestados pela empresa, principalmente quanto à “qualificação” dos pagamentos recebidos em 2012, contrariou o princípio da verdade real, além de ter obstaculizado seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

14. O Recorrente alegou ainda que, apenas com a simples quantificação dos valores pagos à empresa ETCA, seria “praticamente certo” que os valores pagos se referiram a pagamentos de êxitos relativos ao Contrato 26/2008, vigente até 2011, o que, segundo sua interpretação, legitimaria os pagamentos realizados pelo Ordenador das Despesas em 2012 e afastaria sua obrigatoriedade de ressarcir o erário ou a aplicação de qualquer penalidade.

15. Ato contínuo, a SECEX analisou as alegações trazidas pelo Recorrente e, quanto ao pedido preliminar de decretação de nulidade, opinou pelo não provimento do Recurso, tendo em vista que a irregularidade, objeto da Tomada de Contas Especial instaurada, refere-se a pagamentos realizados pela administração municipal à empresa ETCA em valor superior e no mesmo período (agosto a dezembro de 2012) que a empresa Multi Assessoria.

16. A SECEX sustentou que não encontrou elementos suficientes à responsabilização da empresa ETCA para o seu chamamento ao processo, quando da análise da conduta e nexos de causalidade, visto que tal empresa não detinha poderes para determinar a sua contração em detrimento de outra, poder que cabe ao Gestor, além do fato de que a Tomada de Contas não se referiu à realização ou não da prestação de serviços. Por fim, concluiu pela não decretação de nulidade do julgamento e da decisão em questão.

17. O Ministério Público de Contas, por sua vez, concordou com a SECEX em não reconhecer a preliminar, arguida pelo Recorrente, da ocorrência de vício insanável pela ausência da empresa ETCA como parte, por entender ser do Gestor a responsabilidade por pagamentos sem cobertura contratual, além de não ser o caso de



responsabilização solidária, por inexistência de litisconsórcio necessário entre o agente público e terceiros, visto a não comprovação de ato ilícito cometido pela empresa. Argumentou ainda não haver previsão legal expressa da necessidade de chamar a empresa para responder nos autos da Tomada de Contas Especial.

18. Nessa linha, constatou que a empresa ETCA não detinha *status* de contratada quando dos recebimentos de valores pela prestação de serviços de assessoria tributária em 2012, ou seja, foram pagamentos realizados sem cobertura contratual, já que o Contrato 26/2008, do qual era signatária, havia expirado em 31/12/2011. Por isso, concordou que foi correta a imputação de responsabilidade apenas ao Senhor José de Souza, ex-Gestor, pelos valores despendidos.

19. Pois bem.

20. Preliminarmente, entendo que não prospera a alegação do Recorrente da ocorrência de vício insanável a justificar a anulação da presente Tomada de Contas Especial, pela ausência da empresa ETCA Consultoria e Assessoria Ltda como parte.

21. Analisando os autos, vejo que o Relatório Técnico de Defesa apontou a irregularidade abaixo transcrita (Doc. Digital 208479/2016, à pág. 21):

**Responsável - Prefeito e Ordenador de Despesa: José de Souza –
Exercício de 2012**

1. JB 01. Despesa. Grave. Realização de despesas consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público, ilegais e/ou ilegítimas (art. 15 da Lei Complementar nº 101/2000; art. 4º da Lei nº 4.320/1964).

1.1. Descontinuidade do contrato com a empresa Multi Assessoria Tributária e Comunicação Ltda, no valor de R\$ 16.000,00, optando-se por autorizar a execução da despesa com a empresa ETCA Consultoria e Assessoria Ltda, pelo mesmo serviço (assessoria tributária para incremento do ISSQN) e **sem contrato**, no valor de R\$ 53.239,50, sujeitando-se a imputação de ressarcimento ao erário no valor de R\$ 13.658,14.

22. Desse modo, o achado indica que o Ordenador de Despesas da Prefeitura de Indiavaí, Senhor José de Souza, autorizou pagamentos ilegais (pela inexistência de contrato válido) no valor total de R\$ 53.239,50 à empresa ETCA, durante todo o exercício



de 2012 e, ainda que tenha realizado procedimento licitatório e firmado contrato de mesmo objeto com a empresa Multi Assessoria Ltda, a partir de julho de 2012, continuou realizando tais pagamentos à empresa ETCA.

23. Nesse sentido, importante revitalizar o conceito de Ordenador de Despesas do artigo 80, § 1º do Decreto-Lei 200/67, que diz: “Ordenador de Despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda”.

24. Somando-se ao conceito ampliado pela sistemática constitucional de 1988, explícito nos artigos 70 e 71, a responsabilidade pela prestação de contas será apontada a toda autoridade ou responsável que utilize, arrecade, guarde, gere ou administre dinheiros, bens e valores públicos.

25. Assim, o Ordenador de Despesas é a autoridade administrativa a quem se atribui poderes decisórios para ordenar, expressa e formalmente, o pagamento de despesa. Sua assinatura, na ordem de pagamento, não é ato meramente formal, mas constitui instância de controle do dispêndio do recurso público¹.

26. Ademais, caberá ao Ordenador de Despesas o ônus da prova, seja para demonstrar a regularidade ou para afastar a irregularidade de seus atos. Dessa forma, o Senhor José de Souza, ex-Gestor, que ordenou o pagamento de despesas em favor da empresa ETCA, deverá justificar a que título efetuou tais pagamentos e não o contrário.

27. Sobre o ônus da prova do Gestor, a jurisprudência do TCU confirma:

Por certo, no regime de prestação de contas, não cabe ao Controle apresentar os elementos probatórios nos moldes do direito processual penal, conforme sugerem os recorrentes. **O direito financeiro é diferente do direito processual penal por uma razão lógica: no direito financeiro, cabe ao gestor o ônus da prova, ou seja, se ele recebeu os recursos, cabe a ele demonstrar como tais recursos foram utilizados.** Por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, **competete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, isto é, cabe ao gestor o ônus da**

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade do ordenador de despesas nas contratações administrativas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 121, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=77292>>. Acesso em: 18 fev. 2019.



prova. O Tribunal firmou jurisprudência nesse sentido, conforme se verifica nos acórdãos 903/2007–1ª Câmara, 1.445/2007–2ª Câmara e 1.656/2006–Plenário. (TCU - Acórdão 1655/2015-PL, Ministro Benjamin Zymler) (grifo nosso)

28. Esse entendimento é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança, cuja ementa da deliberação vem transcrita a seguir.

“MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67. A MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67 NÃO TEM NATUREZA DE SANÇÃO DISCIPLINAR. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES RELATIVAS À CERCEAMENTO DE DEFESA. EM DIREITO FINANCEIRO, CABE AO ORDENADOR DE DESPESAS PROVAR QUE NÃO É RESPONSÁVEL PELAS INFRAÇÕES, QUE LHE SÃO IMPUTADAS, DAS LEIS E REGULAMENTOS NA APLICAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO. COINCIDÊNCIA, AO CONTRÁRIO DO QUE FOI ALEGADO, ENTRE A ACUSAÇÃO E A CONDENAÇÃO, NO TOCANTE À IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO”. (STF - MS 20.335/DF, Relator Ministro Moreira Alves) (grifo nosso)

29. Também vale evidenciar a Orientação 11/2009/AGU:

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.015975/2008-95, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NO INC. IV DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, EXIGE QUE, CONCOMITANTEMENTE, SEJA APURADO SE A SITUAÇÃO EMERGENCIAL FOI GERADA POR FALTA DE PLANEJAMENTO, DESÍDIA OU MÁ GESTÃO, HIPÓTESE QUE, QUEM LHE DEU CAUSA SERÁ RESPONSABILIZADO NA FORMA DA LEI.

INDEXAÇÃO: DISPENSA DE LICITAÇÃO. EMERGÊNCIA. CONTRATAÇÃO DIRETA. FALTA DE PLANEJAMENTO. DESÍDIA. MÁ GESTÃO. RESPONSABILIDADE. APURAÇÃO. REFERÊNCIA: art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666, de 1993; (Acórdão TCU 1.876/2007-Plenário. JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI) (grifo nosso)



30. Cumpre ressaltar que não constitui nulidade processual o fato de não constarem do polo passivo todos os responsáveis solidários, pois não há no processo, no âmbito das Cortes de Contas, a figura do litisconsórcio passivo necessário. Dessa forma, não há fundamento para o alegado litisconsórcio necessário ou unitário. Caso haja o envolvimento de outros agentes nos desvios de recursos praticados, tal fato não irá influenciar na gravidade da conduta do Recorrente, e não tem o condão de interferir nos aspectos de sua condenação.

31. Frise-se que o litisconsórcio necessário somente ocorre por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, o que não ocorre na processualística das Cortes de Contas. Ademais, os institutos contidos no Código de Processo Civil são aplicados apenas subsidiariamente ao TCE-MT (artigo 144 e 284 do RITCE-MT), ou seja, ficam limitados às hipóteses de ausência de normativo legal ou regimental próprio para a situação em concreto (desde que compatíveis com a Lei Orgânica).

32. Além disso, no caso em análise, não se vislumbra a hipótese de litisconsórcio necessário, porquanto a conduta do responsável é perfeitamente individualizada, como demonstrada na irregularidade JB01, apontada pelo Relatório de Auditoria. Tal entendimento está consignado no Acórdão 1655/2015-PL do TCU, Ministro Benjamin Zymler:

Nos processos de contas, esta Corte analisa individualmente a conduta dos responsáveis para concluir pela participação e responsabilidade de cada um deles pelo dano/prejuízo apurado. Ainda, por força do instituto da solidariedade (art. 16, § 2º, da Lei n.8.443/1992), pode o Tribunal citar e eventualmente a União cobrar, de um ou de todos os indivíduos que concorreram para o dano, sem que a ausência de chamamento de algum deles implique em nulidade do processo ou das citações regularmente efetuadas. De todo modo, ao interessado é facultado o exercício de ação regressiva contra quem entender responsável pelo débito (art. 77, III, do CPC e 283, do CC-02).



33. Assim, é de se considerar, nesta Tomada de Contas, a mera ocorrência de **litisconsórcio facultativo**, e que tal instituto busca beneficiar o credor (e não o devedor). Ao credor foi facultada a possibilidade de exigir de quem cobrará a integralidade do pagamento. Tal aspecto evidencia não haver a obrigatoriedade de chamamento ao processo de controle externo de todos os corresponsáveis por débitos ao erário (TCU - Acórdão 245/2012-PL).

34. Vejamos, também, no Acórdão 1337/2017-Plenário, Ministra Ana Arraes:

[...] Além disso, é consagrado nesta Corte de Contas o entendimento de que **não há necessidade de chamamento no processo de controle externo de todos os corresponsáveis por débitos perante o erário, porquanto o instituto da solidariedade passiva é benefício conferido pelo legislador ordinário ao credor, que pode exigir de um ou de alguns dos devedores**, parcial ou totalmente, o pagamento da integralidade da dívida, bem como renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores, sem prejuízo do direito do devedor que satisfaz a dívida por inteiro de exigir de cada um dos codevedores a sua quota (Acórdão 3.320/2015 – Plenário, relatado pelo ministro José Múcio Monteiro)

35. Ademais, o não chamamento ao processo de outros responsáveis solidários, não ensejaria nulidade processual, visto que o débito imputado a somente um dos co-responsáveis, dá a este a possibilidade de reaver, via ação regressiva, ressarcimento do débito imputado:

O instituto da solidariedade passiva constitui benefício legal erigido em favor do credor, no caso, a União, razão pela qual eventual ausência do chamamento de outros responsáveis solidários pelo TCU **não constitui nulidade processual, não obstante, portanto, a imputação de débito ao agente devidamente citado, o qual, querendo, poderá reaver em juízo eventual ressarcimento pessoal por meio de ação regressiva**. Nesse sentido, trilham os Acórdãos 864/2009 e 2591/2016, do Plenário, os Acórdãos 2.917/2006 e 4.192/2011, da 1ª Câmara, e os Acórdãos 10.560/2011, 11.151/2011, 11.437/2011, 206/2012, 1.737/2014, da 2ª Câmara. (Acórdão 2.825/2017- 1ª Câmara TCU, Ministro Walton Alencar Rodrigues) (grifo nosso).

36. Ainda nessa linha, o TJ-MT decidiu:



EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL –APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINARES – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA E FALTA DE DEFESA TÉCNICA–NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO – REJEIÇÃO–SERVIDORES – SENHAS PESSOAIS –FRAUDE NO SISTEMA DE ARRECADAÇÃO DO IPVA – PREJUÍZO AO ERÁRIO –RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – DOSIMETRIA DA PENA–GRAU MÍNIMO – RECURSO DESPROVIDO

1. Em ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na Lei nº8.492/1992, que atingem liberdades políticas, manifestamente indisponíveis, a revelia não induz à presunção de veracidade das alegações formuladas pelo autor.

2. Os terceiros que participem ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei nº8.429/1992, nos termos do seu art.3º, não havendo imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário.

3. Os elementos probatórios foram suficientes para apontar a prática ilegal, consistente na fraude no sistema de emissão de guia de IPVA, que causou prejuízo ao erário, restando manifestamente evidenciada a conduta ímproba dos Apelantes, enquadrada no artigo 10, caput, da Lei 8.429/92, e por consequência, submetendo-se às sanções do artigo 12, II, do mesmo diploma legal.

4. Com base no disposto no artigo 12, caput, da LIA, as sanções podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. A dosimetria da pena aplicada revela-se adequada ao ocorrido, levando-se em consideração o que dispõe o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, fixando as sanções previstas pelo artigo citado em grau mínimo. (N.U 0018169-90.2004.8.11.0041, Ap 31575/2015, Des. Antônia Siqueira Gonçalves, Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo, Julgado em 20/6/2017, Publicado no DJE 21/9/2017). (grifo nosso)

37. Diante do exposto, em concordância com a SECEX e o Ministério Público de Contas, **voto pelo afastamento da preliminar de nulidade** e, ainda pela análise da conduta e nexos de causalidade da irregularidade apontada, entendo acertada a responsabilização do Ordenador das Despesas, pois autorizou pagamentos sem respaldo contratual, **considerando que o Contrato 26/2008, com a empresa ETCA, expirou em 31/12/2011, mas a Prefeitura continuou efetuando os pagamentos a esta empresa (Tabela com as despesas em 2012, Doc. Digital 132149, às págs. 7 e 8), apesar da vigência do contrato firmado com a empresa Multi, entre julho e dezembro de 2012.**



II – DO MÉRITO:

38. Quanto ao mérito, o Recorrente afirmou que o Contrato 26/2008 – ETCA Consultoria e Assessoria Ltda e o Contrato 51/2012 – Multi Assessoria Ltda têm objetos idênticos (recuperação de créditos de ISSQN) e o mesmo valor para a prestação de serviços de 20% sobre o valor líquido da receita efetivamente cobrada, recebida ou recuperada.

39. Por isso, defendeu que tais contratos não têm preços diferentes ou sobrepreço, visto não haver valores definidos nos contratos, pois derivam de licitações em que o critério de julgamento foi o de “menor preço percentual” e ambas as empresas firmaram percentual de 20% de taxa de êxito. Os valores expressos nos contratos (R\$ 50 mil para o 26/2008 e R\$ 16 mil para o 51/2012) foram indicados como sendo valores estimados, apenas para efeito de empenho da despesa pela Contratante.

40. Assim, interpretou que tais valores contratuais, em que se baseou a condenação, não corresponderam aos preços deles ou ao seu valor efetivo, por se referirem a meras estimativas para o fim de empenho do órgão contratante, já que, por se tratarem de “contratos de êxito”, o valor efetivo a ser recebido dependia da demonstração de êxito na sua atuação para a recuperação de créditos de ISSQN, ou seja, a empresa contratada somente teria 20% sobre o valor efetivamente recuperado de créditos de ISSQN para a Prefeitura Municipal, comprovada a sua atuação para essa recuperação.

41. Para corroborar a ausência de sobrepreço, comparou cláusulas dos dois contratos:

- **Contrato nº 26/2008** – ETCA Consultoria & Assessoria Ltda – Informa que o percentual de pagamento é de 20% sobre o êxito, e foi empenhado valor de R\$ 50.000,00 apenas por estimativa;

- **Contrato nº 51/2012** – Multi Assessoria Tributária e Comunicação Ltda – Demonstra o objeto contratual, referente ao mesmo objeto do contrato anterior. No Convite nº 11/2012, do qual decorreu o Contrato, o item 6.6.4. estabelece que “os preços ofertados pelos licitantes interessados deverão ser em percentual sobre os valores efetivamente recebidos e ou recuperados...” Destaca, ainda, que o item 10.2. do Convite estabelece que os pagamentos serão efetuados conforme a execução dos serviços demonstrados mediante a apresentação de relatório circunstanciado, em



que a empresa demonstrará o valor da receita efetivamente cobrada, recebida e/ou recuperada em favor do contratante naquele período. O percentual foi estabelecido em 20% sobre o valor, conforme documento 03 (páginas 01 a 04 TCE, documento digital nº226600/2018).

42. Alegou, também, que não há indicação precisa nos autos de que os contratos coexistiram no mesmo período de tempo, e ratificou que a ETCA recebeu, em 2012, valores a título de êxito de exercícios anteriores, uma vez que um processo administrativo ou judicial tributário pode se prolongar aquém do período de execução do contrato (até mesmo após a sua extinção), e que a empresa só seria remunerada após o êxito de seus serviços.

43. Também apresentou demonstrativo de incremento de receita de ISSQN de 2008 a 2011, afirmando que houve aumento do exercício de 2008 para 2009 de 141,92%, manteve-se regular em 2009 e 2010, e caiu em 2011. Comparou a receita entre 2008 e 2011 e entendeu que houve incremento de 40,06%, o que justificaria, em sua opinião, os pagamentos de êxito no exercício de 2012.

44. Reforçou ainda que o valor da condenação a ser devolvido ao erário municipal advém do cálculo da diferença entre o valor recebido pela ETCA (R\$ 29.389,13) e o valor do empenho do contrato da Multi (R\$ 16.000,00), supostamente pelo período de duplicidade dos contratos (agosto a dezembro de 2012), ou seja, R\$ 13.658,14. Que não se poderia basear esse cálculo em valores de mero empenho indicados no contrato com a empresa Multi e que seria impossível conhecer o valor específico, visto que a remuneração se daria pela comprovação de efetivo êxito e tais pagamentos não foram realizados à Multi no período indicado.

45. Assim, diante do entendimento da não ocorrência de sobrepreço nos pagamentos realizados à empresa ETCA Consultoria e Assessoria Ltda, o Recorrente opôs-se à determinação do Acórdão de restituir ao erário municipal o valor de R\$ 13.658,14 e a multa de 10% sobre este valor.

46. Por fim, ponderou que, ainda que a forma tácita da contratação com a ETCA possa representar uma irregularidade do ponto de vista formal, seria matéria prejudgada e não deve ser considerada, como deixou claro o Relator da TCE.



47. Na sequência, a SECEX, acatou os argumentos do Recorrente quanto à inexistência de sobrepreço, por entender que, nos dois contratos, os valores a serem pagos às empresas seriam os mesmos, equivalentes ao percentual de 20% sobre o valor efetivamente recuperado de ISSQN, e não sobre R\$ 16.000,00 (valor estimado a título de empenho no Contrato 51/2012), que serviu de base para a condenação de restituição.

48. Contudo, constatou que os pagamentos realizados à ETCA foram realizados sem respaldo contratual (esta ausência de contrato foi confessada pela defesa) e que a alegação do ex-Gestor de que os pagamentos foram efetuados a título de êxito de exercícios anteriores não foi comprovada nos autos.

49. A SECEX também analisou que não se sustenta a afirmação do Recorrente de que, pela longa duração do contrato 26/2008 com a ETCA, acabou por se perder na sua execução, **o que teria levado ao pagamento de uma prestação a descoberto**, mas que não houve, por parte do Gestor, a intenção de burlar a lei ou mesmo os princípios da Administração (afirmação em defesa nas Contas Anuais de 2012, Doc. Digital 223026/2015, à pág. 50).

50. Por fim, concluiu pelo provimento do presente recurso, em razão da descaracterização do sobrepreço pelo entendimento de que a diferença de valores entre os contratos não ocorreu.

51. O Ministério Público de Contas discordou do entendimento da SECEX de sanar o sobrepreço, que ocasionou a condenação de devolução de valores ao erário, pois **o ex-Prefeito não juntou aos autos comprovação dos processos de liquidação dos valores pagos à empresa ETCA**, no período entre julho e dezembro de 2012. Por isso, constatou que não foi possível discriminar quais foram os pagamentos e se obedeceram ao percentual de 20% sobre o êxito, como alegou o Recorrente.

52. Nesse contexto, o Ministério Público ressaltou que o ex-Prefeito apenas afirmou genericamente que os pagamentos realizados à empresa ETCA, em 2012, decorreram de exercícios anteriores, cujo início de sua ação se deu supostamente em qualquer dos anos de 2008 a 2011.



53. Também ressaltou que não restou comprovado se os pagamentos decorreram realmente de prestação de serviço a descoberto, pois o próprio Gestor afirmou, em seu recurso, que os valores foram pagos em contraprestação a título de êxito em ações iniciadas em exercícios anteriores.

54. Em suma, a análise ministerial concluiu que só se pôde afirmar que ocorreram pagamentos ilegais no montante de R\$ 29.389,13 (entre julho e dezembro de 2012) à empresa ETCA, sem respaldo contratual e sem comprovação efetiva de direito de crédito (pela inexistência de discriminação dos supostos processos judiciais em que houve sua participação), no mesmo período em que vigia o Contrato 51/2012, com a Multi Assessoria Tributária e Comunicação Ltda, de mesmo objeto.

55. Assim, o *Parquet* de Contas, diante da impossibilidade da *reformatio in pejus*, entendeu pelo não provimento do Recurso Ordinário e pela manutenção da condenação nos termos do Acórdão 70/2018-SC, que determinou a devolução de valores ao erário e aplicação de multa de 10% sobre o valor a ser restituído.

56. Pois bem.

57. Quanto ao mérito, entendo necessário o esclarecimento de que a Tomada de Contas Especial decorre do princípio constitucional da prestação de contas e sua finalidade precípua é a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Por isso, os artigos 155, § 2º e 156, § 1º do Regimento Interno do TCE-MT, autorizam a sua instauração a fim de comprovar a ocorrência do dano, a identificação dos responsáveis e apurar o *quantum* a ser ressarcido, perseguindo a sua recomposição quando afetado por condutas ilegais, ilegítimas ou antieconômicas.

58. Nesse sentido, o processo administrativo da Tomada de Conta Especial é assentado nos princípios da proteção ao erário e da razão suficiente ab-rogável², que implicam que, se o responsável ressarcir ou apresentar a prestação de contas omitidas, não subsistirá a causa determinante da Tomada de Contas Especial, mas persistirá a eventualidade de aplicação de sanções pelas irregularidades praticadas.

² FERNANDES, Jacoby. Tomada de Contas Especial - processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2.ed.atual., rev. E ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 72.



59. Assim, a Tomada de Contas Especial em apreço foi determinada a fim de se verificar se houve pagamento em duplicidade ou a maior pelo Gestor em favor da ETCA Consultoria e Assessoria Ltda (com a devida quantificação dos valores a serem eventualmente ressarcidos), uma vez que os pagamentos no montante de R\$ 53.239,50 foram feitos sem cobertura contratual, durante todo o exercício de 2012 (Tabela de Pagamentos, Doc. Digital 208479/2016, às págs. 9 a 16) e que, mesmo com a existência concomitante de contrato de mesmo objeto com a Multi Assessoria Tributária e Comunicação, a partir de julho de 2012, os pagamentos à ETCA continuaram sendo realizados.

60. Por isso, este Tribunal Pleno considerou irregulares as contas relativas a essa Tomada de Contas Especial, com condenação do ex-Gestor à restituição ao erário, no montante de R\$ 13.658,14, mais multa de 10% sobre o dano a ser restituído.

61. De fato, baseou sua decisão na manutenção ilegal de execução de serviços da empresa ETCA, sem cobertura contratual, no exercício de 2012, com valor superior ao contrato firmado com a Multi Assessoria (de julho a dezembro de 2012). Todavia, o Tribunal Pleno afastou a ocorrência de pagamentos em duplicidade às duas empresas, visto não ter havido coincidência temporal nos pagamentos com a Multi (Doc. Digital 203796/2018, à pág.11).

62. O Recorrente argumentou que a decisão foi equivocada, pois não houve sobrepreço nos pagamentos realizados à empresa ETCA, uma vez que, em ambos os contratos (26/2008 com a ETCA e o 51/2012 com a Multi), a remuneração a ser paga seria de 20% sobre o valor da receita efetivamente cobrada, recebida ou recuperada. Para justificar, apresentou comparativo entre cláusulas dos dois contratos, esclarecendo que os valores de R\$ 50.000,00 para o contrato 26/2008 e de R\$ 16.000,00 para o 51/2012, foram estimados apenas a título de mero empenho, mas que não corresponderiam aos valores dos contratos.

63. A SECEX, no Relatório Técnico do Recurso, reconheceu a inexistência de sobrepreço entres os dois contratos comparados, convencida de que em ambos a



remuneração estava estipulada em 20% sobre a receita efetivamente cobrada, recebida ou recuperada de ISSQN a ser comprovada pelas empresas.

64. Contudo, a análise técnica recursal confirmou que os valores foram pagos sem respaldo contratual à ETCA e que não se sustenta a alegação do Recorrente de que seriam fruto de êxitos de exercícios anteriores, porque o ex-Gestor não apresentou provas desta afirmação.

65. Analisando o caso, discordo da Auditoria em opinar pelo provimento do recurso interposto pelo ex-Prefeito (o que desobrigaria a devolução ao erário), baseando sua sugestão somente na descaracterização do sobrepreço.

66. Por outro lado, vejo que assiste razão ao Ministério Público, visto que, ainda que reconheça que os valores estipulados a serem pagos em ambos os contratos sejam de 20% sobre o êxito na arrecadação de ISSQN, o que confirma que não houve diferença entre eles, o Gestor não comprovou que os pagamentos, no montante de R\$ 53.239,50, durante todo o exercício de 2012, à empresa ETCA, foram legais e derivaram da demonstração de receita de ISSQN efetivamente cobrada, recebida ou recuperada em favor do Município de Indivaí no período.

67. Compulsando os autos, vejo que não foi identificada a origem dos pagamentos feitos à ETCA, contudo o Recorrente fez **duas** alegações:

1ª) (Na defesa) Que os pagamentos em 2012 procederam da continuidade do Contrato 26/2008, que findou em 2011, mas que **“pela longa duração do contrato acabamos por nos perder um pouco na sua execução, o que pode ter levado ao pagamento de uma prestação a descoberto, sem que contudo tenha havido a intenção dessa Gestão de burlar a lei ou mesmo os princípios da Administração”**. (Doc. Digital 223026/2015, à pág. 50);

2ª) (No Recurso) Que **“é razoável pensar que os direitos da ETCA, meramente pagos em 2012, foram produzidos em exercícios anteriores, cujo início da sua ação pode ter ocorrido em qualquer dos anos de 2008 a 2011, bem como sua conclusão, vez que como já**



dissemos, um processo administrativo ou judicial tributário pode se arrastar anos”. (Doc. Digital 226597/2018, à pág.19)

68. De início, o argumento de que os pagamentos decorreram de contrato “tácito”, não pode prosperar pelo entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro não valida esse tipo de contrato com a Administração, pois todo contrato administrativo, em razão da máxima efetividade aos princípios da publicidade e moralidade, deve ser formalizado, o que é de conhecimento de qualquer administrador público. Neste caso, em 2012, não houve formalização de prorrogação do Contrato 26/2008 (cuja vigência encerrou em 2011), também não houve formalização de novo contrato com a empresa ETCA.

69. Nessa linha, a admissão de obrigação sem cobertura contratual pela Administração fere expressamente os ditames do artigo 60, parágrafo único da Lei 8.666/1993, considerando, via de regra, nulo e sem nenhum efeito esse tipo de contrato.

70. Da mesma forma, ainda que se considerasse uma prorrogação “tácita”, verifico que o **ex-Gestor não comprovou, nos autos, que os valores pagos à ETCA foram derivados do Contrato 26/2008, visto que não houve demonstração pelo ex-Prefeito das liquidações desses pagamentos.**

71. Neste ponto, importante explicar que os gastos públicos, para serem realizados, devem passar por uma formalização própria (expressa nas fases de empenho, liquidação e pagamento), eis que representam custos suportados pela Administração em prol do interesse público, o que requer a observação dos princípios da legalidade, da publicidade, da impessoalidade, da indisponibilidade do interesse público e da eficiência.

72. E é justamente norteadas por esses princípios que a liquidação da despesa pública se impõe como uma relevante fase da execução da despesa, que consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito e tem como objetivos a aferição do valor exato a ser pago, a legitimidade de quem recebe e apuração da origem e do objeto a que se deve pagar, de acordo com a previsão legal dos artigos 62 e 63 da Lei 4.320/1964.



73. Enfim, a fase de pagamento da despesa (que é a entrega efetiva do numerário ao credor), só poderá se concretizar após a regular liquidação da despesa, que tem por base o contrato, a nota de empenho e os comprovantes da entrega ou da prestação efetiva do serviço. Neste caso, ressalto que o ex-Gestor não apresentou documentos (notas fiscais, por exemplo) que comprovem que observou os requisitos de aferição dos créditos antes de promover o pagamento.

74. Também não há comprovação da nova alegação, em sede de Recurso, de que os pagamentos se originaram de processos judiciais ou administrativos de recuperação de créditos de ISSQN, frutos de êxito da empresa ETCA, em exercícios anteriores ao término do Contrato 26/2008. Não especificou quais foram os fatos geradores dos pagamentos, não juntou documentos ou cópias dos tais processos judiciais ou administrativos (ou ainda de qualquer outra forma). De outra sorte, não há fundamento legal que autorize à Administração pagamentos que extrapolem a vigência do contrato ou *ad aeternum* (isto é, sem fim).

75. **Além disso, e creio ser a questão mais importante a se analisar nesta Tomada de Contas, não se verificou a efetividade na prestação de serviços de incremento de ISSQN, pois conforme “Comparativo da receita orçada com a arrecadada dos exercícios de 2011 e 2012”, os valores totais de ISSQN foram praticamente equivalentes** (Doc. Digital 223026/2015, à pág.118).

76. Sob esse aspecto, verifico que a **diferença das receitas totais** de ISSQN arrecadadas foi de R\$ 23.520,13 entre os dois anos (R\$ 431.709,35 em 2012 e R\$ 408.189,22 em 2011). Neste aspecto, percebo com estranheza, que esse incremento é incompatível e insuficiente para o pagamento à empresa ETCA, que recebeu o montante de R\$ 53.239,50 em 2012.

77. Ademais, vale ressaltar que, ainda na hipótese de se considerar que os pagamentos resultaram da contratação irregular (tácita) do Contrato 26/2008, esses só poderiam ser realizados sobre 20% da receita de ISSQN **efetivamente cobrada, recebida ou recuperada** em favor do Município, via relatório apresentado pela empresa



ETCA, individualizando os valores e indicando o período.(Cláusula 3.1 do Contrato 26/2008).

78. Considerando a cláusula acima, percebo que se trata de um “contrato de risco” ou “de êxito”, em que o contratado assume todos os riscos de eventual insucesso e que a execução dos pagamentos está vinculada a acontecimentos futuros e incertos, ou seja, não há certeza da proporção dos recebimentos ou até mesmo se ocorrerão, ainda que tenha envidado todos os esforços para o alcançar o objetivo do contrato.

79. Assim, verifico que, para que houvesse direito à créditos no período em questão, deveria ter ocorrido o aumento da arrecadação de ISSQN do município e que, para que fizesse jus a 20% dessa receita, tal incremento na receita deveria decorrer da prestação de serviços da empresa ETCA, a ser comprovado (via relatório) da receita **efetivamente cobrada, recebida ou recuperada**. Assim, deixa de ter importância a questão se os serviços foram ou não prestados (questão já superada nas Contas Anuais de Gestão de 2012), porquanto a análise se detém sobre o direito ou não de crédito diante da constatação do êxito almejado.

80. Observo, também, que o artigo 194, I e II, do Regimento Interno do TCE-MT, dispõe que as Contas serão julgadas irregulares quando comprovada grave infração à norma legal ou regimental. No caso em exame, verifico que restou comprovada nos presentes autos a violação do artigo 194, I e II do Regimento Interno do TCE-MT, autorizando a manutenção do Acórdão recorrido.

Art. 194. As contas serão julgadas irregulares quando comprovadas quaisquer das seguintes ocorrências:

I. Grave infração à norma legal ou regimental;

II. Dano ao erário, mesmo que culposo, decorrente de ato de gestão ilegal ou ilegítimo;

III. Desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos;

IV. Desvio de finalidade;

V. Omissão no dever de prestar contas.

(...)

81. Por todo o exposto e, tendo em vista que: o aumento da **receita total** de ISSQN do município, em 2012, foi de apenas R\$ 23.520,13 (em relação a 2011); que não há provas de que este incremento tenha sido fruto dos esforços da empresa ETCA; que o



pagamento de R\$ 53.239,50 é incompatível com o valor de incremento da receita total de ISSQN em 2012; que o ex-Prefeito não obteve êxito em prestar as contas a respeito da despesa de R\$ 53.239,50 paga à empresa ETCA (sem respaldo contratual), concluo que os pagamentos à ETCA foram realizados de forma irregular, o que autoriza a condenação de devolução do dano causado ao erário. Contudo, mantenho a condenação nas razões acima expostas e não pela motivação do Acórdão recorrido.

82. Nesse sentido, colaciono importante enunciado do TCU sobre essa possibilidade:

Enunciado: Não há impedimento legal para que, em sede recursal, se mantenha a condenação com base em fato diverso do considerado pela decisão recorrida, mas em relação ao qual o acusado teve a oportunidade de se manifestar. (Acórdão TCU 2220/2013 – Plenário, Rel. Benjamin Zymler).

83. Vale a pena esclarecer, por fim, que, diante do efeito devolutivo inerente ao pedido do Recurso Ordinário, de que cuida o artigo 272, I do RITCE-MT, ao qual inegavelmente deve ser aplicado o princípio do *tantum devolutum quanto appellatum*, não há qualquer impedimento legal para que, em sede recursal, se mantenha a condenação com base em fato diverso do considerado pela decisão recorrida, mas em relação ao qual o Gestor teve a oportunidade de se manifestar e, inclusive, lhe foi facultado a juntada de documentos a comprovar a devida e obrigatória prestação de contas, conforme se extrai tanto da defesa apresentada, quanto no momento recursal.

84. E a propósito da análise da extensão do efeito devolutivo dos recursos, vale anotar a lição de Barbosa Moreira, citado por Daniel Amorim Assumpção Neves:

(...) é correta a conclusão de que todo recurso gera efeito devolutivo, variando-se somente sua extensão e profundidade. A dimensão horizontal da devolução é entendida pela melhor doutrina como a extensão da devolução, estabelecida pela matéria em relação à qual uma nova decisão é pedida, ou seja, pela extensão o recorrente determina o que pretende devolver ao tribunal, com a fixação derivando da concreta impugnação à matéria que é devolvida. **Na dimensão vertical, entendida como sendo a profundidade da devolução, estabelece-se a devolução automática ao tribunal, dentro dos limites fixados pela extensão, de todas as alegações, fundamentos e questões referentes à matéria devolvida.** Trata-se do material com o qual o órgão competente para o julgamento do recurso ira trabalhar para decidi-lo. (...) Uma vez fixada a extensão do



efeito devolutivo, a profundidade será uma consequência natural e inexorável de tal efeito, de forma que independe de qualquer manifestação nesse sentido pelo recorrente. **A devolução de todas as questões e fundamentos que digam respeito ao capítulo da decisão devidamente impugnado e devolvido no plano horizontal é automática, decorrendo da própria lei e não da vontade das partes.** (in Manual de Direito Processual Civil, 3ª ed., Editora Método, pp. 579-580) (grifo nosso).

85. A respeito da matéria a ser reapreciada por este Tribunal, a sua extensão se adstringe ao pedido do recurso, possibilitando a reapreciação de toda matéria fática e jurídica relativa ao capítulo impugnado, considerando a irresignação no sentido vertical (profundidade).

86. Neste caso, o Recorrente pediu reforma total do Acórdão 70/2018, com nova decisão a considerar regulares as contas desta Tomada de Contas Especial, com exclusão de ressarcimento ao erário do valor do dano e a multa de 10%. Assim, possibilitou a reapreciação de todas as questões e fundamentos da decisão impugnada, no sentido de reavaliação se houve irregularidade ou não nos pagamentos à empresa ETCA em 2012, se houve dano e o *quantum* do dano ao erário, pois, ao questionar a ocorrência do sobrepreço e toda a fundamentação sobre a que título os pagamentos contestados foram realizados à ETCA, possibilitou a este Tribunal revisar a matéria.

87. Outrossim, deve-se observar que, da consideração em sede recursal de fatos não apreciados pela decisão recorrida, não há sequer que se cogitar em suposta violação do princípio da *non reformatio in pejus*, haja vista que, mesmo nessas hipóteses, a situação do Recorrente jamais poderá ser alterada para pior, no caso, a pena de restituição de valores ao erário e multa que vier a ser imposta ao Recorrente jamais poderá ultrapassar a que foi fixada no Acórdão recorrido. Por isso, apesar do entendimento de que o ex-Gestor não prosperou em prestar as contas quanto ao valor de R\$ 53.239,50, pagos à empresa ETCA, confirmo o Acórdão recorrido quanto à restituição ao erário de R\$ 13.658,14 e multa de 10% pelo Senhor José de Souza, ex-Prefeito, em respeito ao princípio da proibição do *reformatio in pejus*.

88. Dessa forma, **ACOLHO** o Parecer Ministerial **214/2018**, subscrito pelo Procurador de Contas Getúlio Velasco Moreira Filho, e **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** do



Tribunal de Contas
Mato Grosso
TRIBUNAL DO CIDADÃO

GABINETE DA CONSELHEIRA INTERINA

Jaqueline Jacobsen Marques

Telefone: (65) 3613-2980

e-mail: gabjaquelinejacobsen@tce.mt.gov.br

Recurso Ordinário, interposto pelo Senhor José de Souza e, no mérito, pelo seu **NÃO PROVIMENTO**, mantendo inalterada a decisão presente no Acórdão 70/2018-SC.

É o Voto.

Cuiabá, 3 de abril de 2019.

(assinatura digital)

Jaqueline Jacobsen Marques

Conselheira Interina

Relatora

(Portaria 125/2017, DOC 1199, de 15/09/2017)