



**PROCESSO** : 51.314-8/2021  
**PRINCIPAL** : PREFEITURA MUNICIPAL DE VÁRZEA GRANDE  
**PROCEDENTE** : SEBASTIÃO DOS REIS GONÇALVES  
**ADVOGADO** : MAURÍCIO MAGALHÃES FARIA JUNIOR – OAB/MT 9839  
MAURÍCIO MAGALHÃES FARIA NETO - OAB/MT 15436  
**ASSUNTO** : PEDIDO DE RESCISÃO  
**CONSELHEIRO ORIGINÁRIO** : CONSELHEIRO VALTER ALBANO  
**CONSELHEIRO RELATOR** : CONSELHEIRO ANTONIO JOAQUIM

## II – RAZÕES DE VOTO

11. Prefacialmente, realizo o juízo de admissibilidade positivo, uma vez estarem preenchidos os requisitos estampados no artigo 251 e 252 do Regimento Interno desta Corte de Contas, de forma que conheço o presente pedido de rescisão.

12. Por outro lado, no tocante ao pedido de efeito suspensivo, além de não ter vislumbrado nos autos os requisitos necessários para a concessão, entendo que perdeu a finalidade, uma vez que a lide será julgada neste momento.

13. Assim, passo à análise de mérito.

14. Para melhor compreensão do litígio, necessária se faz uma contextualização dos fatos.

15. Trata-se, originariamente, de processo de Contas Anuais de Gestão da Prefeitura Municipal de Várzea Grande do exercício de 2012, sob a gestão do Sr. Sebastião dos Reis Gonçalves, que julgou irregulares as contas, imputando ao rescindente a restituir, solidariamente com os Srs. César Augusto da Silva Serrano, procurador-adjunto chefe da Procuradoria Fiscal e Christian Laert Campos de Almeida, inspetor de tributos, o montante estipulado em R\$ 2.998.215,71 (dois milhões, novecentos e noventa e oito mil, duzentos e quinze reais e setenta e um centavos) a





título de ressarcimento ao erário, ante as indevidas repetições de indébito de ISSQN, e, ainda, ao pagamento da multa de 200 UPFs/MT.

16. O voto do relator foi colhido por unanimidade, *in verbis*:

ACÓRDÃO 5.964/2013 – TP

Ementa: PREFEITURA MUNICIPAL DE VÁRZEA GRANDE. CONTAS ANUAIS DE GESTÃO DO EXERCÍCIO DE 2012. IRREGULARES. RESTITUIÇÃO DE VALORES AOS COFRES PÚBLICOS. APLICAÇÃO DE MULTAS. DETERMINAÇÕES À ATUAL GESTÃO. ENCAMINHAMENTO DE CÓPIA DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, SECCIONAL DO ESTADO DE MATO GROSSO, BEM COMO AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, PARA CONHECIMENTO E PROVIDÊNCIAS CABÍVEIS.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 5.571-9/2012.

ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, (...)

j) deficiência dos procedimentos de controle dos bens patrimoniais e de consumo; determinando aos Srs. Sebastião dos Reis Gonçalves, César Augusto da Silva Serrano e Christian Laert Campos de Almeida que restituam solidariamente aos cofres públicos municipais, com recursos próprios, no prazo de 60 dias, o valor de R\$ 2.998.215,71, já atualizado, em razão do pagamento indevido de repetição do indébito; e, ainda, nos termos do artigo 6º, I, “a”, II, “a”, e § 2º, da Resolução Normativa nº 17/2010, aplicar ao Sr. Sebastião dos Reis Gonçalves a multa no valor correspondente a 200 UPFs/MT, sendo: a) 40 UPFs/MT pela apropriação a menor da contribuição patronal; b) 40 UPFs/MT em virtude da ausência de recolhimento da contribuição previdenciária descontada dos segurados; c) 20 UPFs/MT em razão da inadimplência no pagamento das contribuições patronais devidas aos Regimes Próprio (RPPS) e Geral de Previdência Social (RGPS); d) 20 UPFs/MT em razão da alteração do quadro de pessoal durante o período vedado pela legislação eleitoral; e) 20 UPFs/MT em razão das doações de bens móveis e imóveis no ano eleitoral; f) 20 UPFs/MT em função da má gestão do almoxarifado; g) 20 UPFs/MT pela omissão na adoção de medidas de cobrança da dívida ativa tributária; e, h) 20 UPFs/MT em razão da deficiência do sistema de controle interno;(...)





17. Importante esclarecer que o relator do processo, à época, entendeu ser indevida a restituição realizada pelo rescindente em favor da empresa Gemini Projetos Incorporações e Construções Ltda, uma vez que não restou demonstrado nos autos que a empresa tinha suportado o ônus econômico, conforme preceitua o artigo 166 do CTN.

18. Ainda, asseverou que durante os anos de 2005 a 2007, a atividade desenvolvida pela empresa era a de prestação de serviços, uma vez que, de acordo com os dados da licitação, almejava-se contratar uma empresa que realizasse determinadas tarefas e não uma locadora que apenas disponibilizasse veículos à municipalidade, não havendo que se falar em ausência de fato gerador.

19. Inconformado com a decisão citada, o ora rescindente interpôs recurso ordinário, alegando, entre outras matérias, a legalidade da restituição do ISSQN, o qual foi provido parcialmente, excluindo as multas referente às irregularidades 8.36 e 8.38, mantendo o restante da condenação, inclusive a de restituição.

20. Ante o referido julgamento, o ora rescindente opôs Embargos Declaratórios, sendo negado o seu provimento sob o fundamento de que o voto originário se encontrava em total sintonia com os preceitos legais, cujo acórdão transcrevo:

**ACÓRDÃO Nº 162/2018 – TP**

ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 1º, XVI, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por unanimidade, acompanhando o voto do Relator e de acordo com o Parecer nº 329/2018 do Ministério Público de Contas em, preliminarmente, conhecer e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO aos Embargos de Declaração constantes dos documentos nº 9.616-4/2018, de fls. 18.827 a 18.829, e nº 10.419-1/2018, de fls. 18.850 a 18.862, opostos, respectivamente, pelos Srs. Marcos Martinho Avallone Pires - procurador-geral do Município de Várzea Grande à época, neste ato representado pelas





procuradoras Ludimila Paula Pereira – OAB/MT nº 14.803 e Roxânia Vilela - OAB/GO nº 34.838-A; e Sebastião dos Reis Gonçalves - prefeito municipal no período de 1º-1 a 30-10-2012, neste ato representado pela procuradora Keilla Machado – OAB/MT nº 15.359, em face da decisão proferida por meio do Acórdão nº 522/2017-TP, eis que ausentes as alegadas omissões e/ou contradições, mantendo-se inalterados os termos da decisão embargada, conforme fundamentos constantes no voto do Relator; (...)

21. Assim, irresignado com as decisões proferidas nos autos do processo 5.571-9/2021, protocolou o presente pedido de rescisão, sustentando que a condenação à restituição do ISSQN se deu ante a ilegalidade da incidência do referido imposto, de modo que o voto originário não estava de acordo com os preceitos legais, e que o relator dos embargos nega a existência de contradição de forma equivocada.

22. Sustenta que os fatos geradores do ISSQN encontram-se delimitados na Lei Complementar 116/03, a qual não contempla o objeto do contrato questionado, de forma que a incidência do tributo fora indevida, uma vez que não ocorreu o fato gerador apto a legitimar a cobrança, o que, a seu ver, afrontaria o artigo 150, inciso I da Constituição Federal.

23. Aduz, ainda, que o contrato era de locação de bens móveis e que, por força da Súmula Vinculante 31 do STF, não há incidência do ISSQN sobre essas operações, de modo que a condenação teria sido inconstitucional.

24. A equipe de auditoria, após análise dos autos, acolheu a tese apresentada pelo rescindente e opinou pela rescisão da alínea j do Acórdão, referente à restituição, ante a suposta inconstitucionalidade da incidência do imposto sobre a operação em questão.

25. Pois bem. Em harmonia com o parecer ministerial, entendo que o acórdão deve ser mantido na íntegra, conforme demonstrarei a seguir.





26. Primeiramente, como bem assentado pelo *Parquet* de Contas, os fatos e argumentos trazidos pelo rescidente foram amplamente discutidos nos autos do processo 5.571-9/2012, que trata das contas anuais de gestão da Prefeitura de Várzea Grande, desde o relatório técnico preliminar.

27. Da análise dos autos supracitados, depreende-se que a empresa Gemini Projetos, Incorporações e Construções Ltda sagrou-se vencedora da Concorrência Pública 006/2005 (fls. 3362-3381), cujo objeto era a locação de caminhões, veículos e equipamentos com fornecimento de combustível e, conseqüentemente, firmou o contrato 067/2005 com a Prefeitura de Várzea Grande.

28. O objeto do citado contrato, e de seus aditivos, foi interpretado pelo Município como prestação de serviço, razão pela qual cada nota fiscal emitida sofria a retenção tributária, a título de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN).

29. Por meio de requerimento, a mencionada empresa pleiteou, junto à Prefeitura de Várzea Grande, a restituição do montante de R\$ 1.205.638,59 (um milhão, duzentos e cinco mil, seiscentos e trinta e oito reais e cinquenta e nove centavos), acrescido de correção monetária, o que foi deferido, mediante aval do inspetor de Tributo e do procurador-adjunto chefe da Procuradoria Fiscal e, na seqüência, formalizado o termo de reconhecimento de dívida com a municipalidade, vindo a empresa a receber a importância de R\$ 2.801.819,85 (dois milhões, oitocentos e um mil, oitocentos e dezenove reais e oitenta e cinco centavos), de forma parcelada.

30. Contudo, a equipe técnica competente à época encontrou quatro insubsistências na restituição efetuada, a saber: **a)** o ônus econômico do tributo não foi suportado pela empresa; **b)** durante os anos de 2005 a 2007 a atividade desenvolvida pela empresa era de prestação de serviço; **c)** durante os anos de 2005 a 2007 a retenção não incidiu sobre o valor global das notas fiscais; **d)** os juros de mora são devidos apenas após o trânsito em julgado da sentença.





31. Em relação à primeira inconsistência encontrada, aponto que não há no processo de contas, nem no presente pedido de rescisão, qualquer documento que comprove que a empresa tenha arcado com o encargo financeiro do imposto, o que, por si só, torna a restituição irregular, a teor do artigo 166 do Código de Tributário Nacional. Vejamos:

A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro **somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo**, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. (grifou-se).

32. O pedido de restituição é o ressarcimento pelo dano causado por um recolhimento indevido. Não se pode dar legitimidade àquele que, embora tenha pago o tributo, não suportou o respectivo ônus econômico.

33. Isso se dá porque o ISSQN pode ser classificado tanto como tributo *direto*, quanto *indireto*.

34. Será *direto* quando recolhido em valor fixo anual, estipulado em lei, enquanto será *indireto* quando o encargo já está embutido no preço ofertado.

35. *In casu*, a empresa beneficiada não suportava o ônus financeiro de pagar o tributo, mas sim, o próprio Município de Várzea Grande, ou seja, tal modalidade classifica do referido Imposto como *indireto*, razão pela qual é imprescindível que tenha que comprovar que arcou com o encargo financeiro – o que não ocorreu.

36. A municipalidade procedeu à restituição com base, unicamente, no fato de ter sido realizada a retenção tributária em cada nota fiscal emitida. Entretanto, o exame acerca de quem suportou o ônus tributário nos impostos indiretos pressupõe uma investigação que vai muito além do ato de pagar o tributo, pois, via de





regra, quem realmente suporta o encargo econômico é o tomador de serviço/consumidor, e não a empresa prestadora de serviço.

37. Ainda, observo que a unidade técnica constatou no processo originário que os gastos relacionados aos impostos estavam contemplados na formação da proposta de preço, ou seja, a empresa beneficiada sabia que, dentro do serviço prestado, haveria o recolhimento na fonte de ISSQN.

38. Por conseguinte, em relação à alegação de que o contrato 67/2005 trata-se apenas de locação de bens, de forma que a incidência do imposto seria inconstitucional, por força da Súmula 31 do STF, a equipe de auditoria faz uma análise minuciosa sobre o enquadramento da atividade em questão, concluindo que não se trata de uma locação pura e simples, como quer fazer crer o rescidente.

39. Isso porque, compulsando o edital do certame, observo que as cláusulas denotam características de uma contratação na modalidade *prestação de serviço*, razão pela qual trago aos olhos deste tribunal as cláusulas 3.2, 3.3, e 3.4 do Edital, a saber:

3.2 Cada caminhão deverá trabalhar 08 horas por dia, de segunda a sexta-feira e 04 horas aos sábados.

3.3 Toda mão de obra complementar será fornecida pelo contratante, restando a locação do equipamento, veículos, caminhões, motoristas e o fornecimento de combustível à contratada.

3.4 Todas as despesas decorrentes de manutenção rotineira dos caminhões, bem como de reposição e mão de obra no caso de pane ou acidente, correrão por conta da contratada.

40. Infere-se das cláusulas acima que: a) foi previamente fixado o horário de trabalho dos caminhões; b) cabia à contratada a oferta da mão de obra “normal”; c) a responsabilidade pelo fornecimento de combustível para os veículos era





da contratada; d) cabia também à contratada a manutenção dos veículos e a reposição da mão de obra. Tais cláusulas foram transferidas para o contrato, consoante os itens 7.2, 7.3 e 7.4 (fl. 3384).

41. Ainda, cita a equipe técnica que, às fls. 3377-3380, consta uma escala semanal para entrega de água, bem como, um documento intitulado *rota escolar 2005*. Neste último documento, é especificada a linha dos veículos escolares (ônibus e van) e o objetivo de alguns dos veículos merece destaque: ***merenda (perua), envio de documentos (motos); leva professor (carros)***.

42. Dessa forma, evidente que não se trata de locação, pura e simples, pois, do contrário, o ente público exigiria apenas que fossem *cedidos bens em condições de uso*.

43. A equipe técnica ressaltou, ainda, que durante os exercícios de 2005 a 2007 a retenção tributária incidiu, em diversos casos, apenas sobre o valor destacado na nota fiscal referente à mão de obra, ficando de fora a quantia relacionada à locação de bens.

44. Isso significa que, caso não se considere a atividade desenvolvida pela empresa Gemini como prestação de serviços (item 3.2.6.3), o ISSQN continuaria incidindo sobre a parte relacionada à mão de obra, conforme orientação jurisprudencial à época, colacionado aos autos pela equipe técnica, a qual transcrevo:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS ASSOCIADA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LOCAÇÃO DE GUINDASTE E APRESENTAÇÃO DO RESPECTIVO OPERADOR. INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. SÚMULA VINCULANTE 31. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A Súmula Vinculante 31 não exonera a prestação de serviços concomitante à locação de bens móveis do pagamento do ISS. 2. Se houver ao mesmo tempo locação de bem móvel e prestação de serviços, o ISS incide sobre o segundo





fato, sem atingir o primeiro. 3. O que a agravante poderia ter discutido, mas não o fez, é a necessidade de adequação da base de cálculo do tributo para refletir o vulto econômico da prestação de serviço, sem a inclusão dos valores relacionados à locação (14/02/2012 SEGUNDA TURMA; AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 656.709 RIO GRANDE DO SUL; RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA)

45. No entanto, o cálculo apresentado pela empresa não levou em consideração tal orientação jurisprudencial. Mesmo nos casos em que a alíquota do ISSQN incidiu apenas sobre a base de cálculo da prestação de serviço, a empresa considerou irregular a retenção e pleiteou a repetição do indébito.

46. Por fim, conforme demonstrado pela equipe técnica, foram calculados os juros e mora simples de 1% ao mês desde a data do pagamento indevido. Porém, com base no artigo 167 combinado com a Súmula 188 do STJ, **os juros de mora são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença, in verbis:**

Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

Súmula 188. Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

47. **Como no caso concreto a restituição foi realizada no âmbito administrativo, não há que se falar em cobrança de juros de mora, pois não há sentença transitada em julgado.**

48. Do exposto, razão não assiste ao rescidente.





49. Acrescenta-se, ainda, que tramita perante a 2ª Vara Especializada da Fazenda Pública de Várzea Grande, ação anulatória de acórdão, proposta pelo ora rescindente, em face do Estado de Mato Grosso, do Município de Várzea Grande e deste Tribunal (processo 1005244-40.2019.8.11.0002).

50. A Juíza de Direito, Sra. Glenda Moreira Borges, reconheceu a validade dos atos praticados por este Tribunal, pois que não restou demonstrado nos autos qualquer indicativo de ilegalidade capaz de ensejar a revisão do ato pelo judiciário e julgou improcedente ação, a saber:

“Definitivamente, verifica-se que todos os efeitos produzidos pelo ato administrativo atacado possuem lastro legal, e, portanto, são pertinentes, não havendo, por outro lado, prova robusta capaz de infirmá-los, de modo que imperativo o julgamento improcedente do pedido.

Ante o exposto, o Estado-juiz julga improcedente o pedido, com fundamento nos artigos 355, inciso I, e 487, inciso I, do Código de Processo Civil”.

51. Da sentença, o ora rescindente, na data de 04/02/2022 interpôs embargos de declaração, sustentando que a sentença é omissa na medida em que não se manifesta sobre o fato do julgamento impugnado estar, supostamente, contrariando redação de Súmula Vinculante. É o ultimo andamento processual.

52. Por fim, é importante esclarecer que a legislação vigente exige a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do responsável e o resultado para responsabilização da autoridade delegante, e, no caso dos autos, conforme bem assentado no Parecer Ministerial 1.951/2016, da lavra do procurador de Contas Alisson Carvalho de Alencar, no processo originário (55719/2012 – doc. 90861/2016 – fls. 61/62), restou demonstrada a falha de fiscalização distante do razoável (*culpa in vigilando*) por parte do gestor municipal, pois a irregularidade, ora questionada, trata de erro grosseiro e de fácil percepção.

53. Em outras palavras, o gestor não pode se desincumbir da responsabilidade pela assinatura do termo de dívida, pois tinha a obrigação de analisar





o edital em conjunto com as normas setoriais vigentes, no que se refere à restituição de tributos, ainda mais considerando o valor do pedido de restituição e o período de tempo a que se referia a alegada retenção indevida.

54. **Além disso, debruçando-me sobre os autos, constato que o Município passava por uma grave crise financeira à época (exercício de 2012), de modo que o ressarcimento do vultoso valor merecia especial atenção do prefeito Municipal, responsável maior pelos atos da sua gestão.**

55. Portanto, é inquestionável a responsabilidade do ex-prefeito, pois este detinha a obrigação de apurar a solicitação de restituição, deferida indevidamente pela Prefeitura Municipal de Várzea Grande durante o seu mandato.

### III - DISPOSITIVO

56. Diante do exposto, com fundamento nos arts. 251, §§ 5º e 7º do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em consonância com o Parecer 4.770/2021, da lavra do procurador de Contas, Dr. William de Almeida Brito Junior, CONHEÇO o presente pedido de rescisão e, no mérito, pela sua IMPROCEDÊNCIA, devendo-se manter inalteradas as disposições da alínea “j” do Acórdão 5.964/2013 – TP, assim como dos demais acórdãos por recursos interpostos dele decorrentes.

É como voto.

Tribunal de Contas/MT, 22 de março de 2022.

(assinatura digital)<sup>1</sup>  
Conselheiro **ANTONIO JOAQUIM**  
Relator

<sup>1</sup> Documento firmado por assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006 e Resolução Normativa Nº 9/2012 do TCE/MT.

