ACÓRDÃO - AC01 - 253/2023

PROCESSO TC/MS	: TC/1454/2018
PROTOCOLO	: 1887081
TIPO DE PROCESSO	: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO/CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO BRILHANTE
JURISDICIONADOS	: 1-SIDNEY FORONI (PREFEITO DE RIO BRILHANTE DE 1/1/2013 a 31/12/2016); 2-DONATO LOPES DA SILVA (PREFEITO DE RIO BRILHANTE DE 1/1/2017 A 31/12/2020)
INTERESSADO	: INSTITUTO BRASILEIRO DE APOIO A MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA - IBRAMA
ADVOGADOS	: ISADORA GONÇALVES COIMBRA SOUTO DE ARAÚJO FOIZER – OAB/MS 18.046; ANDRESSA ALVES GARCIA LOPES – OAB/MS 22.102; BRUNO ROCHA SILVA – OAB/MS 18.848 E OUTROS.
VALOR	: 20% A TÍTULO DE ÊXITO, SOBRE O VALOR DA RECUPERAÇÃO DE RECEITA QUE VIER A OCORRER, ESTIMADO EM R$ 2.200.000,00.
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – TRANSFERÊNCIA DE EXPERTISE – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA TRIBUTÁRIA REFERENTE À REVISÃO DA DÍVIDA FUNDADA PREVIDENCIÁRIA, COM O FITO DE RECUPERAR CRÉDITOS E REDUZIR O ENDIVIDAMENTO DO MUNICÍPIO – COMPROVAÇÃO DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DO CONTRATADO – REGULARIDADE – FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO – CLÁUSULAS CONTRATUAIS – VALOR A SER PAGO AO CONTRATADO "AD EXITUM" – 20% DO BENEFÍCIO DE CAIXA E/OU PATRIMONIAL QUE VIER A OCORRER PAGO ANTES DE SE COMPROVAR O INGRESSO DOS VALORES AOS COFRES PÚBLICOS – IRREGULARIDADE – FORMALIZAÇÃO DOS TERMOS ADITIVOS – ATENDIMENTO AS DISPOSIÇÕES LEGAIS – REGULARIDADE – EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA – DIVERGÊNCIA DE VALORES – AUSÊNCIA DE NOTA DE EMPENHO E COMPROVANTES DE PAGAMENTO – FALTA DO DOCUMENTO DE "DECLARAÇÃO" DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA – IRREGULARIDADE – REMESSA INTEMPESTIVA – MULTAS – RATIFICAÇÃO INTEGRAL DOS TERMOS DA MEDIDA CAUTELAR.

1. Declara-se a regularidade do procedimento de inexigibilidade de licitação em razão do atendimento à legislação, considerando a verificação do caráter singular do objeto e da comprovação de notória especialização do contratado, consoante as disposições do art. 25, II, e § 1º, da Lei n. 8.666/93.

2. É declarada a irregularidade da formalização do Contrato, em face da previsão, na cláusula segunda, do valor a ser pago ao contratado "ad exitum", sendo de 20% do benefício de caixa e/ou patrimonial que vier a ocorrer, pago antes de se comprovar o ingresso dos valores aos cofres públicos, com infringência aos arts. 55, III, e 65, II, "c", da Lei (federal) n. 8.666/1993.

3. Os termos aditivos que atendem à legislação aplicável são declarados regulares.

4. É declarada a irregularidade da execução orçamentária e financeira da contratação em razão da ausência de Nota de Empenho e dos comprovantes de pagamento, com infringência aos arts. 58, 60 e 64, da Lei (federal) n. 4.320, de 1964, bem como da constatação da ausência do documento de "declaração" de compensação tributária, na qual devem constar informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados, que evidencia infringência ao disposto no art. 74, § 1º, da Lei 9.430/1996.

5. As infrações descritas ensejam a aplicação de multa ao responsável, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IV e IX, e 45, I, da LC n. 160/2012, assim como a remessa intempestiva de documentos, com atraso de 474 dias, nos termos do art. 46 da Lei Complementar (estadual) n. 106/2012.

6. Ratificação integral dos termos da Medida Cautelar aplicada por meio da Decisão Liminar, tornando definitivos os seus efeitos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 22ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 20 a 23 de novembro de 2023, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pela **ratificação** integralmente os termos da Medida Cautelar aplicada por meio da Decisão Liminar DLM – G. FEK – 119/2020 (pç. 86, fls. 303-320), tornando definitivos os seus efeitos; pela declaração, com fundamento no art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, da **regularidade: a)** da Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016, realizada pelo Município de Rio Brilhante; **b)** da formalização dos Termos Aditivos n. 1/2017, n. 2/2018, n. 3/2019 e n. 4/2020, ao Contrato de Prestação de Serviços n. 99/2016; pela declaração, com fundamento no art. 59, III, da LC n. 160/2012, da **irregularidade**: **a)** da formalização do Contrato de Prestação de Serviços n. 99, de 2016, celebrado entre o **Município de Rio Brilhante** e o **Instituto Brasileiro de Apoio a Modernização Administrativa (IBRAMA)**, em face previsão, na cláusula segunda, do valor a ser pago ao contratado "*ad exitum*", sendo de 20% do benefício de caixa e/ou patrimonial que vier a ocorrer, pago antes de se comprovar o ingresso dos valores aos cofres públicos, com infringência ao art. 55, III, art. 65, II, "c", da Lei (federal) n. 8.666, de 1993; **b)** da execução orçamentária e financeira da contratação das seguintes infrações: **1.** ausência de Nota(s) de Empenho no valor de R$ 227.585,59 e dos comprovantes de pagamento no montante de R$ 129.910,48, com infringência aos arts. 58, 60 e 64, da Lei (federal) n. 4.320, de 1964; **2.** ausência do documento de "declaração" de compensação tributária, na qual devem constar informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados, com infringência ao disposto no art. 74, § 1º, da Lei 9.430, de 1996; pela aplicação de **multas: a)** ao Sr. **Sidney Foroni**, Prefeito de Rio Brilhante (de 1/1/2013 a 31/12/2016), no valor equivalente ao de **60 (sessenta) UFERMS**, assim distribuída: **1. 30 (trinta)**

UFERMS pelas infrações descritas nos termos dispositivos do inciso III, alínea “a”, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IV e IX, e 45, I, da LC n. 160/2012; **2. 30 (trinta) UFERMS** pela remessa intempestiva a este Tribunal, dos documentos referentes à formalização do Contrato de Prestação de Serviços n. 99, de 2016, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput* e inciso IX, 44, I, e 46 da LC n. 160/2012; **b)** ao Sr. **Donato Lopes da Silva**, Prefeito de Rio Brilhante (de 1/1/2017 a 31/12/2020), no valor equivalente ao de **50 (cinquenta) UFERMS**, pelas infrações descritas nos termos dispositivos do inciso III, “b”, 1 e 2, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IV e IX e 45, I, da LC nº 160/2012; e pela fixação do **prazo de 45 (quarenta e cinco) dias** contados da data da intimação do responsável, com a prova do recebimento, para que os apenados paguem os valores das multas que lhe foram infligidas e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras dos arts. 50, II, e 83 da LC n. 160/2012, observado o disposto nos arts. 99 e 185, §1º, I e II, do Regimento Interno (Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018).

Campo Grande, 23 de novembro de 2023.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria em exame trata da **Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016**, da formalização do **Contrato de Prestação de Serviços n. 99/2016** e seus **1º, 2º, 3º e 4º Termos Aditivos**, celebrados entre o Município de Rio Brilhante e o Instituto Brasileiro de Apoio a Modernização Administrativa - IBRAMA, bem como da **execução orçamentária e financeira da contratação**, tendo como objeto a transferência de expertise, através da prestação de serviços de assessoria e consultoria referente à revisão da dívida fundada previdenciária, com o fito de recuperar créditos e reduzir o endividamento do Município de Rio Brilhante, tendo sido fixado o valor com cláusula *ad exitum*, de 20% do benefício de caixa e/ou patrimonial que vier a ocorrer (cláusula segunda).

Ao analisar os documentos dos autos, a Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (DFLCP) concluiu na Análise ANA – DFLCP–6690/2023 (fls. 4008-4036) pela regularidade da Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016 e pela irregularidade da formalização do Contrato n. 99/2016, dos seus termos aditivos, bem como da sua execução financeira, em virtude dos pagamentos realizados antes da decisão definitiva de mérito.

Na sequência, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer PAR – 3ª PRC – 10235/2023 (fls. 4037-4042), opinando no seguinte sentido:

> Ante o exposto, considerando que os esclarecimentos apresentados pelo responsável não foram suficientes para afastar as irregularidades identificadas, este Ministério Público de Contas ratifica o parecer exarado às fls. 1062/1066 e opina que o egrégio Tribunal de Contas adote o seguinte julgamento:
>
> I – **legalidade e regularidade da inexigibilidade de licitação**, nos termos do artigo 59, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 160/2012, combinado com o artigo 121, inciso I "b", e artigo 123, incisos I e II, ambos do Regimento Interno aprovado pela Resolução TC/MS nº 98/2018;
>
> II – **ilegalidade e irregularidade da formalização contratual**, nos termos do artigo 59, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 160/2012, combinado com os artigos 121, inciso II, e 123, incisos I e II, ambos do Regimento Interno aprovado pela Resolução TC/MS nº 98/2018, devido ao pagamento de contrato *ad exitum* antes de se comprovar o ingresso dos valores aos cofres públicos, infringindo os artigos 62 e 63 da Lei Federal nº 4320/1964;
>
> III – **ilegalidade e irregularidade da formalização dos 1º, 2º, 3º e 4º termos aditivos**, nos termos do artigo 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012, combinado com o artigo 121, §4º, do Regimento Interno aprovado pela Resolução TC/MS nº 98/2018, e em razão de se originarem de contratação irregular, contaminando os atos subsequentes, nos termos do § 2º do art. 49 da Lei 8.666/1993;
>
> IV – **ilegalidade e irregularidade da execução financeira**, nos termos do artigo

59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012, combinado com o artigo 121, §4º, do Regimento Interno aprovado pela Resolução TC/MS nº 98/2018, em razão de divergência entre os estágios da despesa e em razão de originarem-se de contratação irregular, contaminando os atos subsequentes, nos termos do §2º do artigo 49 da Lei Federal nº 8.666/1993;

V - **multa ao Jurisdicionado**, **Senhor Sidney Foroni**, CPF n. (...), com fulcro no artigo 77, inciso VIII, da Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul, combinado com o artigo 44 inciso I, e artigo 45 inciso I, ambos da Lei Complementar nº 160/2012, combinado com o artigo 181 inciso I, da Resolução TC/MS nº 98/2018, devido ao pagamento de contrato *ad exitum* antes de se comprovar o ingresso dos valores aos cofres públicos, infringindo os artigos 62 e 63 da Lei Federal nº 4320/1964, divergências na execução financeira do contrato e remessa intempestiva dos documentos a esta Corte;

VI – **oficiar ao Ministério Público Estadual**, com cópia dos presentes autos, e com base no artigo 203, inciso X, alínea "e.3", da Resolução TCE/MS nº 98/2018, combinado com o artigo 101 da Lei Federal nº 8666/1993, os fatos apurados por este Tribunal de Contas, no processo TC/MS nº 1454/2018 (Análise ANA-DFLCP4196/2021 e ANA-DFLCP-6690/2023), para que sejam tomadas providências cabíveis e necessárias relativas a formalização de contrato *ad exitum* pago antes de se comprovar o ingresso dos valores aos cofres públicos, podendo ocorrer prejuízo ao Erário e enriquecimento ilícito, e podendo também tal conduta ser considerada como ilícito penal previsto no artigo 89 da Lei Federal nº 8.666/1993, além da conduta configurar como ato de improbidade administrativa. Podendo ser responsabilizado tanto o gestor municipal quanto os representantes do Instituto Brasileiro de Apoio à Modernização Administrativa – IBRAMA, pois o contratado não pode arguir desconhecimento das normas aplicáveis às contratações com o Poder Público.

É o Relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Inicialmente, sublinho que foi emitida Solicitação de Providências SOL – DFCPPC – 418/2019 (pç. 71, fl. 276-283), para a expedição de **Medida Cautelar** de suspensão da execução do contrato em análise, para o fim de afastar o risco de possível dano a um direito. Assim, a Decisão Liminar DLM – G. FEK – 119/2020 (pç. 86, fls. 303-320) foi **deferida**, suspendendo a prática de qualquer ato administrativo destinado à liquidação da despesa e ao pagamento de valor decorrente da execução do contrato, antes do trânsito em julgado da decisão judicial ou antes de eventual composição amigável com a Receita Federal do Brasil (RFB), devidamente homologada, sob pena de impugnação dos valores pagos e da aplicação das medidas e sanções cabíveis.

Convém ressaltar que foi oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa aos jurisdicionados, conforme:

- as intimações INT – 1ICE – 12809/2018 e INT – 1ICE – 12810/2018 (pç. 46) feitas ao Sr. Donato Lopes da Silva, Prefeito Municipal de Rio de Brilhante à época, e ao anterior Prefeito Municipal de Rio Brilhante, Sr. Sidney Foroni (pç. 47). Todavia, somente o Sr. Sidney Foroni apresentou justificativas e documentos (pç. 59);

- a intimação INT – GCI – 9577/2020 feita ao Prefeito Municipal de Rio Brilhante à época, Sr. Donato Lopes da Silva (pç. 88, fl. 322), para a suspensão de imediato ao pagamento do valor decorrente da execução do Contrato de Prestação de Serviços n. 99/2016, razão pela qual, apresentou tempestivamente sua resposta (pçs. 93-98) e os documentos referentes à execução (pçs. 105-110);

- as intimações INT – G.FEK – 6346/2022, INT – G. FEK – 6347/2022, INT – G.FEK – 6348/2022 e INT – G.FEK – 8056/2022 feitas aos jurisdicionados para prestarem esclarecimentos, oferecerem justificativas ou apresentarem os documentos necessários para solucionar pendências, ao que responderam o Sr. Donato Lopes da Silva (fls. 1081-1082) e o Sr. Lucas Centenaro Foroni (fls. 2236-2237 e fls. 2244-4004).

Feitas tais considerações, passo ao exame e julgamento da matéria.

A Administração Municipal de Rio Brilhante contratou o Instituto Brasileiro de Apoio a Modernização Administrativa (IBRAMA), por meio de **Inexigibilidade de Licitação**, para prestar serviços de assessoria e consultoria tributária, revisão da dívida fundada previdenciária, levantamento de dados, preparação, encaminhamento e acompanhamento de demandas administrativas e judiciais, visando a recuperação de créditos municipais e o incremento da receita municipal, conforme descrições do projeto básico (fls. 16-19).

Considerando o objeto da dispensa de licitação e da contratação, é possível identificar o seu caráter singular, pois é necessário vasto conhecimento acerca do Decreto-Lei n. 5.452, de 1943 (CLT); das Leis (federais) n. 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional-CTN), n. 8.212, de 1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social), n. 8.213, de 1991 (Planos de Benefícios da Previdência Social), n. 10.637, de 2012 (não cumulatividade de contribuições sociais etc.), e n. 13.846, de 2019 (em decorrência da EC n. 103, de 2019, com inúmeras e variadas alterações de outras leis), assim como das alterações promovidas pela Lei Complementar (Federal) n. 123, de 2006, e por outras leis.

Outrossim, verifico que há, nos autos, a comprovação de notória especialização do contratado, cujo Presidente e responsável técnico daquele Instituto, Dr. Cláudio Roberto Nunes Golgo, foi Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do Rio Grande do Sul, é advogado há muitos anos e administrador, atuou em grande quantidade de processos e, por meio da entidade ou por outro meio, prestou serviços similares em outros Municípios, conforme exemplificam alguns documentos autuados (fls. 20-81).

Desse modo, a meu ver, a Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016 está em consonância com as disposições do art. 25, II, e § 1º, da Lei n. 8.666, de 1993.

No que tange ao **Contrato de Prestação de Serviços n. 99/2016** (pç. 12, fls. 90-95), há alguns pontos que merecem análise pormenorizada.

Primeiro, destaco o teor da Cláusula Segunda, que trata dos preços e da quantificação dos serviços a serem prestados pelo contratado:

> O valor a ser pago ao CONTRATADO será **AD EXITUM**, sendo de **20%** (vinte por cento) **do benefício de caixa e/ou patrimonial que vier a ocorrer**, liquidado à medida que for acontecendo o aproveitamento dos créditos e/ou a recuperação/redução da dívida, assim como a economia com a redução dos recolhimentos normais futuros.
>
> **Parágrafo Único:** poderá o ente municipal desistir a qualquer momento do relacionamento com o CONTRATADO, no tocante a projeto em causa, sem ficar sujeito a qualquer tipo de penalidade ou pagamento de remuneração que não seja a do resultado dos serviços até então realizados ou prestados, a serem pagos de conformidade com o *caput.* (fl. 91)

O preço estabelecido em cláusula de êxito ocorre quando as partes convencionam que a remuneração do contratado ocorrerá mediante uma participação nos resultados **se** ao término da prestação dos serviços resultar o sucesso e/ou proveito econômico.

Essa prática é comumente utilizada por profissionais da advocacia, que se propõem ao patrocínio de demandas nas esferas administrativas, judiciais, em que a remuneração dos honorários contratuais ocorre somente com trânsito em julgado ou efetivo proveito econômico revertido à parte, sendo pactuada em percentual sobre a vantagem que resultou ao seu cliente (cláusula *quota litis*).

Convém destacar também o teor da **Cláusula Terceira, parágrafo único**, do contrato em referência, que dispõe:

> RESPONSABILIDADE PELA PROCEDÊNCIA DOS VALORES E COMPROMISSO DE DEFESA
>
> Em decorrência do contrato ora firmado, a banca signatária, desde que seja totalmente cumprido este ajuste na parte financeira, assume a responsabilidade plena pela veracidade dos valores levantados dos créditos previdenciários e pelos procedimentos técnicos e jurídicos a serem utilizados **na compensação administrativa antes do transito em julgado**, caso tal fato venha a ocorrer, bem como a defesa do Município e do Prefeito, em caso de surgirem intervenções, glosas ou contestações da Receita Federal, Ministério Público e/ou Tribunal de Contas. (fl. 91).

Nesse passo, cabe enfatizar que, na seara administrativa, a jurisprudência tem combatido a formalização de contratos administrativos cujos honorários contratuais estejam vinculados a determinado percentual sobre o êxito da causa, posto que tal situação fere diretamente o planejamento orçamentário, em função da incerteza quanto ao valor efetivamente a ser pago ao final da demanda.

De fato, no âmbito da Administração Pública, o contrato a ser firmado com profissional do Direito deve estabelecer valor fixo. Também, não há impedimento para a Administração Pública firmar contrato de risco puro, ou seja, quando a remuneração do contratado advém exclusivamente dos honorários sucumbenciais, sem qualquer desembolso de recursos públicos.

A exemplo disso, colaciono excerto do voto proferido nos autos do Processo nº 03/03065230, do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

> (...) o contrato a ser firmado com o **profissional do Direito deverá ter valor fixo**, **não podendo se prever percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas pelo contratado**, **salvo se a Administração firmar contrato de risco puro**, onde não despenda nenhum valor com a contratação, sendo a remuneração do contrato exclusivamente proveniente dos honorários de sucumbência pelo juízo na sentença condenatória.

Assim também é o posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme abaixo demonstrado:

> 104. De fato, no âmbito da Administração Pública, **o contrato a ser firmado com o profissional do Direito deverá estabelecer valor fixo, não podendo se cogitar da aplicação de percentual sobre as receitas auferidas pelo ente por força de ações administrativas ou judiciais exitosas conduzidas pelo contratado, salvo se a Administração firmar contrato de risco puro**, onde a remuneração do contrato dar-se-á exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida.
>
> 105. Cabe também aduzir, p**or relevante, que a vinculação da remuneração do profissional do Direito a percentual do montante de créditos efetivamente recuperados contraria o princípio orçamentário da universalidade, pelo qual o orçamento deve conter todas as receitas e despesas do Estado**. Na Lei n. 4.320/64 (...) (TCU – Plenário – TC 023.147/2017-2, Ministro Benjamin Zymler, julgado em 6/6/2018).

Assim sendo, de acordo com o teor das cláusulas segunda e terceira, verifico que o contrato celebrado não se enquadra como um contrato de risco e que ante a possibilidade de pagamento de honorários advocatícios, sem o pronunciamento definitivo da decisão, há sérios riscos de prejuízo ao erário, por configurar pagamento de despesas sem a efetiva liquidação, em desacordo com os arts. 62 e 63, §2º, III, da Lei n. 4.320/1964, que dispõem:

> Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.
>
> 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.
>
> § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

> II - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Em arremate, o Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte apreciou o tema em debate, no julgamento do TC/18170/2015, ocorrido em 25/6/2019, do qual extraio trecho das razões que fundamentaram o posicionamento adotado pelo Conselheiro Antônio Ed Souza Santana:

> 49. Como bem pontuou o Corpo Técnico da DAM e o Parquet Especial, a fixação de honorários advocatícios em valores incertos, variáveis, ilimitados e pagos de forma antecipada por ocasião de êxito em decisão liminar - e antes do trânsito em julgado do processo judicial, afronta a legislação de regência.
>
> 50. Em efeito, constato que o contrato não pactuou preço expresso em moeda nacional e sim em percentual (20%) incidentes sobre o valor recuperado pelo município, contrariando o disposto nos arts. 5º, e 55, III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Ademais, não se pode desconsiderar que a conquista obtida liminarmente é passível de reversão em virtude da possibilidade de interposição de recursos pelas partes envolvidas no processo judicial, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região** (grifo nosso).

Logo, a forma como prevista a condição do pagamento ao Instituto contratado viola as disposições do art. 55, III[1], e art. 65, II, "c"[2], da Lei n. 8.666/93, pelo fato de possibilitar o pagamento antes do trânsito em julgado das ações a serem intentadas ou mesmo antes da homologação da compensação dos créditos tributários pela Receita Federal.

As ações judiciais que não transitaram em julgado ou a mera apresentação das declarações de créditos na via administrativa não atraem, automaticamente, a necessária ratificação das compensações tributárias pela Receita Federal, pois nos termos do art. 74, §1º, da Lei (federal) 9.340/96 (*Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta):*

> Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.
>
> **§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.**

---

[1] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

[2] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II – por acordo das partes: (...) c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, **vedada a antecipação do pagamento**, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

> (...)
>
> § 5° O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

Caso análogo já foi objeto de apreciação por esta Corte nos autos do TC/1280/2014, que resultou na Decisão Singular – G.MCM 7865/2018, de lavra do Conselheiro Marcio Campos Monteiro, julgado em 14/8/2018, da qual extraio o seguinte trecho:

> Assim, é patente que o jurisdicionado não poderia ter realizado o pagamento da remuneração contratual a empresa contratante [sic], antes do ingresso efetivo dos recursos públicos, tendo em vista que apesar de declarada a compensação por meio da GFIP, esta extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de ulterior homologação, nos termos do art. 74, §2º, Lei nº 9.430/96.

De acordo com os relatos da equipe da DFLCP, não está demonstrado que o município compensou a contribuição previdenciária incidente sobre as verbas reconhecidas pelo STF como indevidas (supostamente transitado em julgado). Ainda, não consta um estudo específico sobre a realidade do município de Rio Brilhante e quanto efetivamente a título de contribuições supostamente indevidas ele poderia compensar.

Em que pese os jurisdicionados sustentem se tratar de **compensação tributária**, não juntaram nenhuma declaração, conforme prescreve a regra do art. 74, §1º, da Lei n. 9.430, de 1996, não havendo informação sobre os créditos utilizados e os valores compensados (fls. 419, 464, 476, 488, 690, 841, 3653 e 3892).

A equipe da DFCLP informou que os cálculos foram realizados de modo indevido e recolhidos antes da sentença judicial do Mandado de Segurança, que concedeu o direito ao município de compensar eventuais valores a partir de 16/11/2011 (fls. 943, 945-946).

Portanto, verifico que **a formalização do Contrato de Prestação de Serviços n. 99/2016 está irregular**, porquanto o teor das cláusulas segunda e terceira infringem as disposições contidas no art. 55, III, art. 65, II, "c", da Lei n. 8.666/93.

Ao Contrato de Prestação de Serviços n. 99/2016 (29/9/2016 a 29/9/2017) foram formalizados quatro Termos Aditivos, conforme segue demonstrado:

Termos Aditivos			
Nº	**Data**	**Objeto**	**Folhas**
1	29/9/2017	Prorrogação do prazo de vigência do contrato por mais 12 (doze) meses.	148-151
2	28/9/2018	Prorrogação do prazo de vigência do contrato por mais 12 (doze) meses.	247-249
3	27/9/2019	Prorrogação do prazo de vigência do contrato por mais 12 (doze) meses.	268-279
4	20/5/2020	Prorrogação do prazo de vigência do contrato por mais 12 (doze) meses.	290-291

A equipe de auditores relatou que as formalizações dos referidos termos aditivos ocorreram de modo irregular, pois decorreram de contrato formalizado irregularmente, o que contaminou os atos subsequentes, nos termos do § 2º do art. 49[3] da Lei 8.666, de 1993.

A meu ver, não há que se falar em nulidade do Contrato de Prestação de Serviços n. 99/2016 nem dos seus Termos Aditivos, pois verifico que já houve a **Rescisão Unilateral da referida contratação,** assinada em 30/3/2021 pelo Sr. Lenilso Carvalho Antunes (Sec. Mun. de Finanças, Planejamento e Controle), com fundamento legal no art. 78, XII, da Lei n. 8.666/1993 e no Parecer Jurídico n. 363/2021 (pç. 107, fls. 1036-1037) e publicada, no Diário Oficial de Rio Brilhante, em 14/4/2021, em consonância com o disposto no parágrafo único do art. 61 da Lei n. 8.666/1993.

De acordo com a justificativa apresentada pelo gestor, a rescisão unilateral do contrato ocorreu porque: "(...) *realizamos a análise dos contratos e buscando a contenção de algumas despesas, verificamos que não há a necessidade, no momento, da continuidade do contrato em apreço."*, destacou, também, que *"(...) a rescisão não trará prejuízos ao erário, nem para a contratada. Não havendo prejuízos, tampouco perdas e danos, não haverá a necessidade de ressarcimento de valores, tendo em vista que os pagamentos já estão suspensos conforme intimação".* (fl.1041)

Desse modo, no tocante à formalização dos Termos Aditivos n.1/2017, n. 2/2018, n. 3/2019 e n. 4/2020, ao Contrato em referência, verifico que foram formalizados de acordo com as disposições da Lei n. 8.666/1993.

Do ponto de vista da **execução orçamentária e financeira da contratação**, verifico que se apresenta nos seguintes moldes (pç. 150, fl. 4033):

Resumo Total da Execução

VALOR DO CONTRATO (CT)	*Ad exitum*
VALOR EMPENHADO (NE)	R$ 1.350.668,78
VALOR DOS EMPENHOS ANULADOS (ANE)	R$ (- 318.146,89)
VALOR TOTAL/VALOR EMPENHADO (NE- ANE)	**R$ 1.032.521,89**
VALOR TOTAL LIQUIDADO (NF)	**R$ 1.260.107,48**
VALOR TOTAL PAGO (OP)	**R$ 1.130.197,00**

Da demonstração da execução acima, observo que a Administração Municipal celebrou contrato cujo o pagamento dependia do êxito obtido (*ad exitum),* empenhando o valor de R$ 1.350.668,78, sendo anulado R$ 318.146,89. Assim, o valor empenhado foi de R$ 1.032.521,89, o valor das notas fiscais totalizou R$ 1.260.107,48 e o valor das ordens de pagamento foi de R$ 1.130.197,00, razão pela qual reconheço

[3] Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. (...) § 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

a desarmonia entre os documentos da despesa (Notas de Empenho, Notas Fiscais e Ordens de Pagamento), com infringência às disposições da Lei (federal) n. 4.320/64.

Assim, observo que não constam nos autos Nota(s) de Empenhos no valor de R$ 227.585,59, e Ordens de Pagamento no valor de R$ 129.910,48, com infringência às regras dos arts. 60[4] e 64, *caput*[5], da Lei (federal) n. 4.320/64.

Nesse contexto, as irregularidades retro destacadas configuram infração passível de multa, conforme já deliberado nesta Corte:

> EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO – AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS – EXECUÇÃO FINANCEIRA – FALTA DE PAGAMENTO DE VALORES APURADOS EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE DESPESAS – FALTA DE ANULAÇÃO DO SALDO DO EMPENHO – IRREGULARIDADE – MULTA. **A falta de pagamento da totalidade dos valores apurados em sede de liquidação de despesas e a falta de anulação do saldo do empenho tornam a execução financeira irregular e ensejam a aplicação de multa aos responsáveis**. (TCE/MS – AC01 2457/2017 – TC/24609/2012 – 1ª Câmara. Data de Julgamento: 6/6/2017).

Logo, concluo que a execução financeira acima está em dissonância com as disposições dos arts. 60, 62, 63, § 2º, III, e 64, da Lei (federal) n. 4.320, de 1964.

O Termo de Rescisão Contratual (pç.107, fls.1036-1037) foi assinado em 30/3/2021, e teve como objeto a rescisão unilateral do Contrato n. 99/2016, cujo motivo foi exarado com base na Justificativa (fl. 109) e no Parecer Jurídico n. 363/2021 (fls. 1042-1043), de acordo com o disposto no art. 78, XII, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993.

Em relação à remessa intempestiva dos documentos ao Tribunal, percebo que a data limite para a remessa foi de 4/11/2016, sendo que a documentação só foi remetida em 21/2/2018, extrapolando o prazo em 474 (quatrocentos e setenta e quatro) dias. Dessa forma, entendo que o jurisdicionado não cumpriu o prazo previsto para a remessa obrigatória, previsto na Resolução TCE-MS n. 54, de 2016 (Anexo VI, item 4A), vigente à época, razão pela qual deve ser apenado com a multa cabível nos termos do art. 46 da Lei Complementar (estadual) n. 106, de 2012.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **VOTO** nos seguintes termos:

I- ratificar integralmente os termos da Medida Cautelar aplicada por meio da Decisão Liminar DLM – G. FEK – 119/2020 (pç. 86, fls. 303-320), tornando definitivos os seus efeitos;

II- declarar, com fundamento no art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n.

[4] Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.
[5] Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

160, de 2012, **a regularidade:**

a) da **Inexigibilidade de Licitação n. 2/2016**, realizada pelo Município de Rio Brilhante;

b) da formalização dos **Termos Aditivos n. 1/2017, n. 2/2018, n. 3/2019 e n. 4/2020**, ao Contrato de Prestação de Serviços n. 99/2016;

III – declarar, com fundamento no art. 59, III, da LC n. 160/2012, a **irregularidade**:

a) da formalização do **Contrato de Prestação de Serviços n. 99, de 2016**, celebrado entre o Município de Rio Brilhante e o Instituto Brasileiro de Apoio a Modernização Administrativa (IBRAMA), em face previsão, na cláusula segunda, do valor a ser pago ao contratado "*ad exitum*", sendo de 20% do benefício de caixa e/ou patrimonial que vier a ocorrer, pago antes de se comprovar o ingresso dos valores aos cofres públicos, com infringência ao art. 55, III, art. 65, II, "c", da Lei (federal) n. 8.666, de 1993;

b) da execução orçamentária e financeira da contratação das seguintes infrações:

1. ausência de Nota(s) de Empenho no valor de R$ 227.585,59 e dos comprovantes de pagamento no montante de R$ 129.910,48, com infringência aos arts. 58, 60 e 64, da Lei (federal) n. 4.320, de 1964;

2. ausência do documento de "declaração" de compensação tributária, na qual devem constar informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados, com infringência ao disposto no art. 74, § 1º, da Lei 9.430, de 1996;

IV - aplicar multas:

a) ao **Sr. Sidney Foroni**, Prefeito de Rio Brilhante (de 1/1/2013 a 31/12/2016), no valor equivalente ao de **60 (sessenta) UFERMS**, assim distribuída:

1. 30 (trinta) UFERMS pelas infrações descritas nos termos dispositivos do inciso III, alínea "a", com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IV e IX, e 45, I, da LC n. 160/2012;

2. 30 (trinta) UFERMS pela remessa intempestiva a este Tribunal, dos documentos referentes à formalização do Contrato de Prestação de Serviços n. 99, de 2016, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput* e inciso IX, 44, I, e 46 da LC n. 160/2012;

b) ao **Sr. Donato Lopes da Silva**, Prefeito de Rio Brilhante (de 1/1/2017 a 31/12/2020), no valor equivalente ao de **50 (cinquenta) UFERMS**, pelas infrações descritas nos termos dispositivos do inciso III, "b", 1 e 2, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IV e IX e 45, I, da LC nº 160/2012;

V- fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da intimação do responsável, com a prova do recebimento, para que os apenados paguem os

valores das multas que lhe foram infligidas e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras dos arts. 50, II, e 83 da LC n. 160/2012, observado o disposto nos arts. 99 e 185, §1º, I e II, do Regimento Interno (Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018);

VI – intimar os interessados acerca do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TC/MS n. 98, de 2018).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto do Relator, para ratificar integralmente os termos da medida cautelar aplicada por meio da decisão liminar, e ainda pela regularidade da inexigibilidade de licitação e dos termos aditivos, bem como a irregularidade da formalização do contrato de prestação de serviços e da execução orçamentária e financeira, com aplicação de multas aos responsáveis.

Presidência e relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento o Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo e o Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

Presente o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 23 de novembro de 2023.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

MSS