

PROCESSO Nº: 0806191-67.2017.4.05.8500 - AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

TERCEIRO INTERESSADO: UNIÃO FEDERAL

LITISCONSORTE: FAZENDA NACIONAL

RÉU: ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE

ADVOGADO: Katianne Cintia Correa Rocha

ADVOGADO: Luciana Saldanha Correia

RÉU: ANTONIO LUIZ CASTELO FONSECA

ADVOGADO: Antonio Luiz Castelo Fonseca

RÉU: CASTELO FONSECA ASSESSORIA INSTITUCIONAL LTDA - ME

ADVOGADO: Antonio Luiz Castelo Fonseca

3ª VARA FEDERAL - SE (JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA. CONTRIBUIÇÕES
PREVIDENCIÁRIAS. COMPENSAÇÕES
FRAUDULENTAS. RESPONSABILIDADE DO
EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO
CRISTÓVÃO/SE E CONTRATADOS.
CONDENAÇÃO.

SENTENÇA TIPO "A" (Resolução CJF nº 535/2006)

1. RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF ajuizou AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA em face de ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE, ex-prefeito do município de São Cristóvão/SE, CASTELO FONSECA ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA e ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA pretendendo a condenação dos demandados nas sanções cominadas no art. 12, I, II e III, da Lei nº 8.429/1992 (Ids. 4058500.1502348/4058500.1502371).

Alega que os requeridos teriam concorrido para a malversação de recursos públicos federais através de compensações indevidas de créditos previdenciários nos anos 2009 e 2012, com desvio de valores a título de honorários.

Entre as ilicitudes apuradas, destacam-se: a) indevida contratação de empresa sem licitação; b) realização de operação financeira sem a observância das normas legais ou regulamentares; c) facilitação para incorporação ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades públicas mencionadas no art. 1º, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA); d) prática de ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência.

Juntou documentos relativos ao Inquérito Civil Público - ICP nº 1.35.000.001309.2012-98 e anexos (Id. 4058500.1502371 a Id. 4058500.1503738).

A decisão Id. 4058500.1522945 deixou para apreciar os provimentos de urgência requeridos na inicial após a notificação dos demandados.

Notificado (id. 4058500.1550586), ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (Id. 4058500.1747429).

Já os acionados CASTELO FONSECA ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA e seu sócio ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA, notificados (Id. 4058500.1696428),

apresentaram defesas preliminares, onde alegaram, em síntese, falta de legitimidade do *Parquet* para a presente demanda, bem como a ausência de interesse de agir na presente demanda e de indícios mínimos para o recebimento da inicial (Id. 4058500.1746087 e Id. 4058500.1746101).

A Decisão Id. 4058500.1837103 decretou a indisponibilidade de bens dos requeridos, bem como recebeu a inicial e determinou o prosseguimento do feito.

Citado (Id.4058500.1895007), o réu ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE apresentou contestação (Id. 4058500.1935885), oportunidade na qual suscitou a ilegitimidade ativa do *Parquet* Federal para atuação no feito, bem como a ilegitimidade do acionado para figurar no polo passivo. No mérito, alegou que não houve ilegalidade na contratação do escritório de advocacia corréu. Ademais, aduziu a não ocorrência de prejuízo ao erário narrado na inicial.

O réu ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE interpôs o Agravo de Instrumento nº 0809999-35.2018.4.05.0000 (Id. 4058500.1936061), cujo pleito de efeito suspensivo, no entanto, foi indeferido (Id. 4050000.11729758).

Os demandados CASTELO FONSECA ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA e ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA, por seus turnos, após a citação (Id. 4058500.1930512), deduziram suas defesas, alegando preliminarmente a ilegitimidade do MPF e a falta de interesse processual por inexistência de dano à União ou ao Município. No mérito, pugnaram a improcedência do pedido (Id. 4058500.1980202 a Id. 4058500.1980210).

Réplica pelo MPF (Id. 4058500.2021947).

O réu ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE (Ids. 4058500.2114523 e 4058500.2405666) e o MPF (em sua réplica) requereram a designação de audiência de instrução.

Decisão saneadora refutando as preliminares suscitadas pelos demandados no Id. 4058500.2395970, bem como designando audiência de instrução.

Intimada, a União, representada pela Procuradoria da União, manifestou desinteresse em integrar o polo ativo da ação (Id. 4058500.2474376), requerendo a sua exclusão do seu cadastro do polo ativo da demanda. Reiterou aludido pedido no Id. 4058500.2552327.

A audiência fora realizada na data de 19/03/2019, momento em que somente o auditor fiscal Marcelo Campos Bahia fora ouvido como testemunha (Id. 4058500.2551681).

No Id. 4058500.2619122, a União (Fazenda Nacional) manifestou interesse em integrar o feito, requerendo a reconsideração de sua última manifestação no feito.

ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE apresentou suas alegações finais, ocasião em que alega que não atuou com dolo tanto na contratação do escritório de advocacia, nem nas compensações realizadas, requerendo, ao final, a improcedência da ação (Id. 4058500.2624731).

O MPF apresentou suas derradeiras alegações, reiterando os fatos e pedidos de condenação da inicial (Id. 4058500.2626207).

Já a CASTELO FONSECA ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA e ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA apresentaram suas alegações finais de maneira conjunta, reiterando os argumentos da contestação no sentido de regularidade da compensação e requerendo a improcedência dos pedidos (Id. 4058500.2634922).

A União (Procuradoria da União), apresenta petição (Id. 4058500.2629224), na qual requer a sua integração/manutenção no presente feito como terceiro interessado/assistente litisconsorcial. Juntou manifestação da Receita Federal (Id. 4058500.2629225) que traz brevíário histórico das fraudes/irregularidades apontadas pelo MPF na exordial.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, LEGITIMIDADE DO RÉU ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE, COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E DO INTERESSE PROCESSUAL

Tendo em vista que as preliminares ventiladas pelos acionados já foram analisadas e refutadas, consoante Decisão Id. 4058500.2395970, desnecessário, portanto, tecer novos comentários sobre as matérias ventiladas.

2.2. DO MÉRITO

Cumprе observar, inicialmente, que a Constituição Federal (CF) de 1988 traça em seu art. 37, § 4º os contornos da punibilidade daquele que incorrer em ato de improbidade administrativa, estabelecendo as sanções a que está sujeito, sem prejuízo da responsabilidade penal porventura cabível.

Configura-se como ato de improbidade administrativa aquele atentatório à probidade e à moralidade administrativas resguardados pelo art. 37, *caput*, da CF, praticado por agente público ou por quem de qualquer forma concorrer para a realização da conduta que venha a acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao patrimônio das pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º da Lei nº 8.429/1992, ou ainda que viole os princípios da Administração Pública, consoante rezam os artigos 9º, 10 e 11 do referido diploma legal.

Há que se registrar que a ação de improbidade é dotada legalmente de procedimento especial voltado tanto para a proteção do *status dignitatis* do réu, bem como para a proteção do interesse coletivo de observância dos princípios que regem a Administração Pública, mormente no que tange à obrigatoriedade do agente público de pautar a sua conduta nos preceitos éticos da moralidade e da probidade.

Fixadas tais premissas, passo a examinar o contexto fático inerente ao caso em debate juntamente com os documentos apresentados aos autos.

A exordial descreve que a Delegacia da Receita Federal em Aracaju apurou e constatou conluio entre gestores municipais e escritórios de advocacia e/ou consultorias tributárias, com o propósito de auferirem vultosos ganhos patrimoniais em detrimento de consideráveis lesões ao erário.

Segundo a peça inaugural, o ardil fora instrumentalizado em nefasto contrato de risco impuro, que, por sua vez, foi antecedido por indevido processo de inexigibilidade de licitação.

Os fatos foram assim detalhados: a Prefeitura Municipal de São Cristóvão/SE, por meio de seu ex-gestor, ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE, efetuou a contratação, por inexigibilidade de licitação, do escritório de advocacia/consultoria tributária CASTELO FONSECA ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA., para promover, através de compensação tributária, a recuperação das contribuições previdenciárias incidentes sobre verbas ditas indenizatórias, a exemplo do terço constitucional de férias e os primeiros quinze de afastamento por auxílio-doença; promover a recuperação de créditos previdenciários pertencentes ao município contratante, em razão de recolhimento indevido das contribuições dos agentes políticos; e a recuperação de valores passíveis de devolução e/ou suspensão de recolhimento de exações indevidas ou excessivas, bem como eventuais compensações administrativas ou judiciais referentes ao passivo previdenciário.

A empresa CASTELO FONSECA ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA informou ao fisco federal o montante de R\$ 1.912.646,05 (um milhão, novecentos e doze mil, seiscentos e quarenta e seis reais e cinco centavos), supostamente recolhido de forma indevida e que foi compensado no período das competências de 04/2010 a 01/2012, vindo a receber o quantia de R\$ 647.935,89 (seiscentos e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e oitenta e nove centavos), a título de honorários contratuais.

Ao final, ante à ausência de documentação e justificativas a comprovar a regularidade das compensações, a RFB concluiu que as compensações em exame, realizadas, conjuntamente, por ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE, na condição de Prefeito de São Cristóvão/SE, e pela empresa CASTELO FONSECA

ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA., capitaneada por ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA, não tinham nenhuma base fática. Foi apurado que o Município não demonstrou que as compensações foram feitas com suporte em indevidos pagamentos pretéritos, o que redundou na lavratura do Auto de Infração nº 51.008.839-2, no bojo do qual foi promovido o lançamento de ofício dos valores indevidamente compensados, com juros e multa.

Assim, além do prejuízo inicialmente causado à Previdência Social, no importe inicial de R\$ 1.912.646,05 (um milhão, novecentos e doze mil, seiscentos e quarenta e seis reais e cinco centavos), foram acrescidos R\$ 423.817,62 (quatrocentos e vinte e três mil, oitocentos e dezessete reais e sessenta e dois centavos), a título de juros, e R\$ 382.529,19 (trezentos e oitenta e dois mil, quinhentos e vinte e nove reais e dezenove centavos), a título de multa de mora, conforme tabela depreendida do procedimento fiscal nº 09495098.

A respeito do valor da multa, o montante de R\$ 4.170.850,68 (quatro milhões, cento e setenta mil, oitocentos cinquenta reais e sessenta e oito centavos), foi aplicado de forma isolada, em caráter punitivo, conforme avistável no Auto de Infração nº 51.008.839-2. Somando-se, então, todos os valores retro, o montante total do débito da do Município de São Cristóvão/SE para com a Receita Federal foi de R\$ 6.889.843,54 (seis milhões, oitocentos e oitenta e nove mil, oitocentos e quarenta e três reais e cinquenta e quatro centavos), além dos honorários pagos à sociedade corré responsável pela operação compensatória.

Analisando detidamente os autos, segundo o relatório do auto de infração nº 51.008.839-2, verificou-se o seguinte (fl. 05, do ID 4058500.1503653):

No desenvolvimento da ação fiscal, foi verificado, como já evidenciado anteriormente, que a empresa, no período de débito, não recolhia as contribuições referentes à Parte Patronal. Exemplificando, não recolhia ou recolhia a menor valores relativos ao Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), conforme segue (a este amostragem de GFIP anexa). A empresa, no ano de 2009, recolheu valores de contribuição correspondentes à incidência sobre a base remuneratória de percentual de 1% inferior ao correto de 2%. Nas competências 01/2010 a 05/2010 e 04/2011, recolheu valores de contribuição correspondentes à incidência sobre a base remuneratória de percentual inferior ao correto de 2% ajustado pelo FAP (Fator Acidentário de Prevenção). Nas competências 06/2010 a 03/2011, e 05/2011 a 08/2011, não recolheu nenhum valor de contribuição em relação ao correto de 2% ajustado pelo FAP. Todos estes valores foram incluídos no AI n. **51.008.839-2**. Também foram levantados e incluídos neste AI, valores referentes às glosas de compensações indevidamente efetuadas pela empresa, concernentes a contribuições previdenciárias incidentes sobre os 15 primeiros dias de auxílio doença e sobre o um terço de férias, que foram objeto de ação judicial (processo nº 0002875-26.2010.4.05.8500), com o intuito de poder se compensar do pagamento de tais valores. Ocorre que a sentença de antecipação de tutela, apesar de ser favorável, não autorizava a compensação dos valores pagos de forma imediata, e, sim, após o trânsito em julgado da sentença. A empresa não respeitando tal decisão, começou a se creditar de tais compensações, logo após o deferimento da tutela. As compensações relativas a contribuições previdenciárias incidentes sobre remunerações de detentores de mandatos eletivos (prefeito, vice-prefeito e vereadores) foram efetuadas de maneira correta, pois estavam amparadas por decisão judicial (processo nº 0002874 -41.2010.4.05.8500), estando de acordo com a mesma. Por terem sido feitas de maneira devida, não fazem parte deste AI. Documentação comprobatória, com planilhas discriminando mensalmente tais compensações, encontra-se anexa.

No caso das diferenças de SAT, considerou-se que a empresa inseriu informação diversa da que deveria constar na GFIP, em virtude do auto-enquadramento equivocado do CNAE Cadastro Nacional de Atividade Econômica da empresa, tendo por consequência o não recolhimento ou recolhimento a menor de tais valores.

Os esclarecimentos prestados pela empresa (anexos a este), através da pessoa do Senhor Prefeito, não foram suficientes para comprovar a regularidade e a pertinência das compensações efetuadas relativas aos 15 primeiros dias de auxílio doença e sobre o um terço de férias.

As provas reunidas nestes autos indicam que os réus, agindo em conluio e ao arrepio da lei e de qualquer decisão judicial ou administrativa, utilizaram manobra ilegal para, sob o escudo de uma pretensa ordem judicial favorável, compensar-se indevidamente quase dois milhões de reais, quantia por demais expressiva para um município do interior.

Inicialmente, deve ser lembrado que desde 2001 é legalmente vedada a compensação tributária antes do trânsito em julgado, como se infere pela redação do art. 170-A do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

E, como se pode ver abaixo, antes mesmo da alteração legislativa, o STJ vinha negando a compensação antes do trânsito, entendimento sumulado desde 1998. A conferir o histórico da Súmula 212 daquela Corte:

SÚMULA N. 212 (ALTERADA)

A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória. (*)

Referência:

CPC, arts. 798 e 799.

Precedentes:

AgRg no Ag 418.418-SP (1a T, 19.08.2004 - DJ 20.09.2004)

AgRg nos EREsp 152.397-SP (1a S, 29.05.1998 - DJ 24.08.1998)

AgRg no REsp 357.028-RJ (2a T, 16.04.2002 - DJ 19.05.2003)

AgRg no REsp 537.736-SP (1a T, 09.12.2003 - DJ 22.03.2004)

REsp 121.315-PR (1a T, 05.06.1997 - DJ 30.06.1997)

REsp 128.700-CE (2a T, 02.12.2004 - DJ 28.02.2005)

REsp 137.489-PE (1a T, 19.02.1998 - DJ 20.04.1998)

REsp 150.796-CE (2a T, 03.11.1997 - DJ 24.11.1997)

REsp 153.993-PE (2a T, 15.12.1997 - DJ 09.03.1998)

REsp 158.768-CE (1a S, 02.04.1998 - DJ 25.05.1998)

REsp 546.150-RJ (1a T, 02.12.2003 - DJ 08.03.2004)

RMS 4.970-SP (2a T, 06.09.1995 - DJ 06.11.1995)

RMS 8.206-SP (2a T, 27.11.1997 - DJ 15.12.1997)

Primeira Secao, em 11.05.2005 DJ 23.05.2005, p. 371

(*) Na sessão de 11.05.2005, a Primeira Seção deliberou pela ALTERAÇÃO da Sumula n. 212. Redação anterior (decisão de 23.09.1998, DJ 02.10.1998): A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.

Isto é, o texto legal e o entendimento sumulado desde 1998 - há mais de uma década ao tempo dos fatos - obviamente eram de conhecimento comum do meio jurídico, ainda mais para uma consultoria dita tão especializada que pôde ser contratada por inexigibilidade de licitação.

Isto evidencia o elemento subjetivo, uma atuação deliberada dos réus no sentido de criar créditos tributários inexistentes, ao abrigo de suposta ordem judicial, mesmo contra a sentença/acórdão, a legislação e a

jurisprudência consolidadas e vigentes até hoje.

Defenderam os requeridos, em sede administrativa que se encontrava suspensa a exigibilidade do crédito referente à contribuição previdenciária incidente sobre o terço de férias e os primeiros quinze dias do afastamento por auxílio-doença, por força de decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara Federal de Sergipe nos autos do processo nº 0002875-26.2010.4.05.8500. O mesmo é dito quanto à possibilidade de compensação tributária relativa às contribuições dos agentes políticos alvo da ação tombada sob nº 0002874-41.2010.4.05.8500.

A municipalidade obteve pronunciamento favorável no bojo da ação nº 0002875-26.2010.4.05.8500 (fls. 13/16, do ID 4058500.1503659), com a declaração de inexigibilidade de créditos tributários, assegurando-lhe a possibilidade de compensar as contribuições previdenciárias indevidamente recolhidas, incidentes sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados e, também, pagos a título de adicional de férias. Contudo, o juízo sentenciante condicionou às compensações ao trânsito em julgado do feito. Ou seja, não poderia o município promover a sobredita compensação tributária, antes do trânsito em julgado da sentença.

Contudo, a referida ação encontrava-se no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), para julgamento de apelação, portanto, tem sua execução suspensa. Ou seja, o município não poderia promover a sobredita compensação tributária, antes do trânsito em julgado da sentença.

No que toca à possibilidade de compensações das contribuições previdenciárias dos agentes políticos, o Juízo da 1ª Vara Federal de Sergipe prolatou sentença nos autos nº 0002874-41.2010.4.05.8500 (fls. 07/11, do ID 4058500.1503659), declarou que a compensação seria possível desde logo, prescindindo o trânsito em julgado, portanto.

Assim sendo, o município de São Cristóvão/SE não tinha qualquer título autorizativo (nem mesmo por erro grosseiro) para proceder às referidas compensações concernentes às parcelas de natureza indenizatória, já que estava pendente o trânsito em julgado.

De acordo com relatório fiscal, o fundamento da glosa ocorreu justamente porque o contribuinte não aguardou o trânsito em julgado da decisão prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Federal de Sergipe, realizando as compensações de pronto, sem qualquer título autorizativo eficaz para aquele momento.

Existem nos autos, pois, dados fatos indicativos da atuação dolosa dos réus em reduzir "autolançamentos" tributários com base em créditos que sabiam inexistentes, inferidos também pela dinâmica dos fatos. A conferir:

- como visto acima, os consultores (CASTELO FONSECA ASSESSORIA INSTITUCIONAL LTDA e ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA) altamente "especializados", tanto que contratados por inexigibilidade de licitação, violaram flagrantemente o texto legal e o entendimento sumulado desde 1998 - que, obviamente eram de conhecimento comum do meio jurídico, baseados em nenhuma decisão judicial ou título autorizativo; circunstâncias que revelam uma atuação consciente e voluntária destes réus na manobra ilegal consistente na compensação dos créditos que não podiam ser utilizados;

- quanto ao ex-prefeito ALESSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE, este optou por contratar uma desconhecida consultoria, sem representação local, através de inexigibilidade de licitação, quando o objeto do contrato era comum, ordinário, admitindo concorrência - ou seja, não era caso de inexigibilidade.

Acerca da contratação por inexigibilidade, o STJ entende que para contratação de serviços de advocacia, a atividade deve ter natureza singular e o profissional deve ser notoriamente especializado. A conferir:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA. 1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. 2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo

do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação. 3. Recurso especial não-provido."(STJ - REsp: 436869 SP 2002/0054493-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 06/12/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/02/2006 p. 477RSTJ vol. 202 p. 213)

No mesmo sentido, a Súmula 39 do TCU prevê:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

No âmbito da Doutrina, Jacoby Fernandes¹ afirma que, *"em regra, a contratação dos serviços jurídicos exige a habilitação legal e alguma experiência ou especialização em determinada área de atuação, sendo, portanto, amplamente encontrados no mercado."*

À toda vista, os serviços de advocacia que constituem objeto do contrato não eram singulares. Ao contrário, **a recuperação judicial de créditos é um serviço até simplório, ordinário**, um tipo de ação rotineira na Justiça Federal, o tipo de "demanda de massa", resolvíveis por sentenças repetitivas de mérito, e que certamente a própria Procuradoria Municipal teria plenas condições de desempenhar (mera aplicação de precedentes dos tribunais superiores, com futura apuração contábil dos créditos quando da execução de sentença), aliás, como fazem muitas das procuradorias municipais em Sergipe.

Ademais, o abatimento de créditos (compensação) é um serviço comum. Isso porque, as compensações eram procedimentos que vinham sendo realizados, de forma rotineira (quando devidas, óbvio), em todo o Estado de Sergipe. Em vista disso, caso, por algum motivo, a procuradoria municipal não pudesse realizar o serviço, por certo que deveria existir uma ampla concorrência entre os escritórios de advocacia/contabilidade para realizar o serviço e, desse modo, propiciar que a contratação fosse realizada pelo devido processo licitatório.

Ainda de acordo com Jacoby Fernandes:

Os serviços profissionais de assistência jurídica de natureza corriqueira podem ser realizados por significativa parcela de escritórios de advocacia existentes. Não têm caráter singular, não exigem notória especialização e, portanto, não preenchem os requisitos para enquadramento na inexigibilidade de licitação art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

Vê-se, portanto, que a contratação por inexigibilidade foi realizada sem a observância dos procedimentos legais, de modo grosseiro, e no intuito de realizar compensação tributária com base em crédito sabidamente inexistente. A burla antecedente da contratação, ao que parece, já tinha por base a ciência de que também haveria ilegalidade no procedimento fim da contratação, qual seja, a compensação grosseiramente indevida.

Esta conclusão é reforçada pelo fato de não constar a formalização do processo de inexigibilidade, medida obrigatória nos termos do art. 26 da lei 8.666/93:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

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

~~1 — caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;~~

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; ([Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017](#))

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

Na verdade, foi firmado verdadeiro CONTRATO DE RISCO com pagamentos efetuados à contratada à medida em que as compensações fossem lançadas (honorários *ad exitum*), mesmo sem qualquer efetividade (homologação pela RFB). Ou seja, a empresa lançava supostas compensações e o prefeito pagava os "honorários", mesmo sem qualquer segurança de que a operação seria aceita.

O valor pago a CASTELO FONSECA ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA/ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA foi de R\$ 647.935,89 (seiscentos e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e oitenta e nove centavos), adiantados, bem fora dos limites contratuais, e que foram pagos antes mesmo da definição - ainda pendente - da regularidade das compensações. Disso se conclui que o que deixou de ser pago a título de tributos (de modo indevido) se reverteu, em parte, para o escritório, em clara apropriação de verba que deveria ser usada para pagar os erário.

Esta forma de contratação vai de encontro a uma característica dos contratos administrativos: a comutatividade. Hely Lopes Meireles² a define como aquela que "*estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes*".

Com mais descrição, Matheus Carvalho assim caracteriza a comutatividade dos contratos administrativos:

(...) aquele que gera direitos e deveres previamente estabelecidos para ambas as partes; **não havendo a submissão a álea por parte dos contratantes. Não há contratos sujeitos a risco no Direito Administrativo.** Sendo assim, diferentemente do direito civil, que permite a celebração de contratos aleatórios, com indefinição de obrigações para uma das partes do acordo, esta característica não pode estar presente nos contratos públicos.³ (grifo nosso)

Observa-se, então, que os contratos administrativos que deixam de fixar compensações recíprocas e sujeitam os contratantes a risco, sem fixar previamente o montante que será auferido, não encontram respaldo no ordenamento jurídico.

De se destacar, ainda, que a celebração de contratos de risco pela administração pública com profissionais de advocacia é altamente reprovável de acordo com o entendimento dos Tribunais de Contas. Nesse sentido, cabe transcrever julgados dos TCE's de Santa Catarina e Bahia, respectivamente:

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 contratado, exclusivamente, proveniente dos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados pelo juízo na sentença condenatória. (Processo TCM/ SC - 0303065230/Decisão 2762/2003. Data da sessão: 18.08.2003. Prejulgado 1.427).

O Contrato de Risco, pactuado entre o Município de Teixeira de Freitas e a empresa ADVOCACIA SAFE CARNEIRO S/C, pela sua própria natureza, torna-se incompatível com o regime jurídico dos contratos administrativos, na medida em que a participação do Poder Público impõe a observância de regras específicas, de tutela do interesse público, de caráter indispensável, que impedem a realização de despesas com a contraprestação dos seus contratantes através de pagamentos indefinidos e futuros. [Termo de Ocorrência TCM/BA 65.032/08]

No caso concreto, o que se observou, em violação ao próprio contrato, foi a fixação de pagamentos

submetidos a uma álea, dando total liberdade ao contratado para obter o quanto quisesse em honorários, de acordo com o número de compensações efetuadas, todas realizadas de maneira errônea, sem qualquer cuidado mínimo no que toca à efetividade da compensação realizada.

O que se deve ter em mente é que o estabelecimento de uma remuneração indefinida implanta sérias suspeitas quanto à idoneidade desse tipo de contrato e do próprio profissional que o firma, vez que fica a seu bel prazer realizar o serviço de qualquer modo (inclusive, violando decisões judiciais, a lei e a jurisprudência dominante, como visto no caso), a fim de alcançar a melhor remuneração possível. Tal situação é impensável na gestão da coisa pública e o modo grosseiro como as compensações foram feitas demonstra a inidoneidade da contratação.

Na realidade, com o contrato de risco, ocorre uma verdadeira mercantilização das compensações. Na visão do contratado cada uma delas é considerada um produto que seria comercializado com o Município.

Na prática, a remuneração em função das compensações efetuadas estimula o profissional a efetuar o maior número possível delas, a fim de lucrar um bom valor em honorários, sem a observância dos requisitos exigidos pela lei e incorrendo em inúmeros atos de improbidade administrativa.

E à luz do que normalmente acontece, afigura-se uma ingenuidade cega, inacreditável, pensar que um gestor público experiente, de repente, tenha contratado uma consultoria sem licitação, e, pouco depois, já se tenha apresentado uma compensação tributária de quase dois milhões de reais, ainda mais sabedor o gestor que é comum a atuação de municípios do interior pela Receita Federal justamente por ações suspeitas baseadas em "consultorias atrapalhadas", para dizer o mínimo.

Impossível que alguém participe de tais manobras de boa-fé ou, diante da infinidade de problemas surgidos com o Fisco, não aprenda com seus erros ou, quando menos, tenha um pouco mais de cautela em futuras empreitadas marcadas pelo fracasso, além do mais, contratando uma "consultoria" desconhecida no mercado local.

Considero, portanto, que a contratação por inexigibilidade e a natureza de risco do ajuste são fatores que corroboram o intuito doloso dos réus ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE, CASTELO FONSECA ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA e ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA. Quanto ao primeiro, pesa desfavorável o fato de permitir que se incorporasse ao patrimônio dos dois últimos honorários auferidos pela supressão dos tributos federais.

O elemento subjetivo dolo advém desse contexto.

2.2.1. Dos danos a serem reparados pelos réus

Conforme visto até aqui, os réus informaram, de modo manifestamente indevido, a quantia de 1.912.646,05 (um milhão, novecentos e doze mil, seiscentos e quarenta e seis reais e cinco centavos), a ser compensada no período das competências de 04/2010 a 01/2012.

Deste montante, houve o desvio de 647.935,89 (seiscentos e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e oitenta e nove centavos), os quais foram pagos a título de supostos honorários contratuais. Consoante explicitado acima, sob a rubrica de honorários houve verdadeiro desvio, já que a escolha de quanto seria "compensado" recaia exclusivamente sobre a vontade dos réus, já que as bases fáticas eram absolutamente falsas.

Ou seja, os réus, valendo-se de contrato de prestação de serviços, lançaram mão de artifícios grosseiros (créditos inexistentes e processos judiciais ainda pendentes de eficácia, posto que não transitados em julgado) para deixar de pagar tributo e se apropriarem de importância que deveria ter sido vertida à Fazenda Pública. Sob este título, lançaram mão de 1.912.646,05 (um milhão, novecentos e doze mil, seiscentos e quarenta e seis reais e cinco centavos), valor do desvio e que deverá ser ressarcido pelos acionados.

Já os valores decorrentes dos tributos suprimidos e dos juros e sanções impostas ao contribuinte (Município), não podem ser atribuídos aos réus, ao menos neste processo, pois a relação tributária continua hígida e a Fazenda vem cobrando as importâncias do contribuinte. Caso o Município, sentindo-se lesado pela ação do seu gestor, pretenda transferir a este a responsabilidade tributária, nos moldes do art. 137 do Código Tributário Nacional, deverá buscar as vias apropriadas.

2.2.2. Considerações finais (art. 489, § 1º, IV, do CPC)

Diante do posicionamento adotado quanto à hipótese dos autos, entendo desnecessária a manifestação pormenorizada dos demais argumentos levantados pelas partes litigantes, pois incapazes de modificar a conclusão adotada por esse magistrado.

Argumentos indiretos, citação de jurisprudência não aplicável ao caso ou superadas pelos próprios fundamentos da sentença, não precisam ser expressamente analisados pelo juiz, sob pena de inviabilizar a atividade judicante.

3. Da Dosimetria das Penas

3.1. Tipificação do ilícito

Como ficou demonstrado, a fiscalização realizada pela RFB no Município de São Cristóvão/SE constatou a prática de atos ímprobos nos procedimentos de compensações de contribuições previdenciárias.

O que se viu foi um procedimento eivado de dolo. Como visto no item anterior: a) ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE agiu irregularmente (a contratação por inexigibilidade de licitação foi realizada sem a observância dos procedimentos legais) e mediante um indevido ajuste aleatório, contratou CASTELO FONSECA ASSESSORIA INSTITUCIONAL LTDA/ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA para a "recuperação dos créditos" previdenciários; b) a manobra, como visto acima, foi levada à efeito com violação à legislação e à jurisprudência consolidadas e vigentes até hoje; c) os fundamentos usados para reduzir os tributos eram grosseiramente inexistentes, sendo do conhecimento de todos a impossibilidade de agir como agiram. Tais circunstâncias revelam que o gestor da Prefeitura Municipal, em conluio com os outros réus, procederam a compensações administrativas ignorando todos os procedimentos legais, furtando-se à homologação da Receita Federal e, tendo por finalidade, lesar o patrimônio da Previdência Social e/ou da municipalidade e propiciar o enriquecimento ilegal dos contratados no valor de R\$ 647.935,89 (seiscentos e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e oitenta e nove centavos).

Com base em tais argumentos, entendo que as diversas condutas praticadas pelos réus importam, via comunhão de vontades, na prática dos ilícitos do art. 10, I, VI e VIII e art. 11, I, todos da LIA:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

(...)

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

(...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele

previsto, na regra de competência;

3.2. Individualização da sanção

As sanções para o caso são as seguintes (art. 12, II da LIA): ressarcimento integral do dano; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

As sanções devem ser dosadas ante a finalidade repressiva e preventiva da LIA.

Destaco no caso concreto, os fatos foram bastante graves. Primeiro, pelo uso de recursos públicos e da máquina municipal como se coisa privada fosse, com o deliberado intuito de favorecer interesse próprio ou alheio. Segundo, pela operacionalização da fraude pelas compensações antes do trânsito em julgado de ação de repetição do indébito porventura proferida em seu favor, em flagrante violação à legislação e à jurisprudência e, em alguns casos, utilizando créditos inexistentes. Terceiro, pela contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, sem respaldo legal. E, finalmente, em quarto, diante do elevado dano patrimonial à Previdência Social pelas contribuições que deixaram de ser recolhidas, bem como pela remuneração a profissional de advocacia com a utilização de verbas municipais e pela prestação de um serviço fraudulento.

Logo, as sanções não podem ser fixadas no mínimo, devendo guardar proporção com as respectivas - graves - condutas, razão pela qual fixo as seguintes:

a) **ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE** - considerando sua condição de ex-Prefeito Municipal e, por isso, com uma reprovabilidade elevada:

- a.1) Ressarcimento integral à Fazenda Pública Federal do valor 1.912.646,05 (um milhão, novecentos e doze mil, seiscentos e quarenta e seis reais e cinco centavos), em caráter solidário com os demais réus;
- a.2) O demandado não mais exerce o cargo de prefeito municipal, razão pela qual não há cabimento para o decreto de perda da função pública;
- a.3) Suspensão dos direitos políticos por oito anos;
- a.4) Pagamento de multa civil equivalente a metade do valor do dano;
- a.5) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

b) **ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA** - atentando para sua condição de advogado, profissional com nível superior, do qual se espera condutas probas, avalio sua reprovabilidade como elevada:

- b.1) Ressarcimento integral à Fazenda Pública Federal do dano no valor de 1.912.646,05 (um milhão, novecentos e doze mil, seiscentos e quarenta e seis reais e cinco centavos), em caráter solidário com os demais réus;
- b.2) Não há que falar em perda da função pública, por se tratar de um profissional liberal;
- b.3) Suspensão dos direitos políticos por oito anos;
- b.4) Pagamento de multa civil equivalente a metade do valor do dano;
- b.5) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

c) **CASTELO FONSECA ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL**

LTDA., escritório de advocacia contratado irregularmente, fixo as seguintes sanções:

- c.1) Ressarcimento integral à Fazenda Pública Federal do dano no valor de 1.912.646,05 (um milhão, novecentos e doze mil, seiscentos e quarenta e seis reais e cinco centavos), em caráter solidário com os demais réus;
- c.2) Não há que falar em perda da função pública e suspensão de direitos políticos, por ser uma pessoa jurídica;
- c.3) Pagamento de multa civil equivalente a metade do valor do dano;
- c.4) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio(a) majoritário(a), pelo prazo de cinco anos.

4. DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo **parcialmente procedentes os pedidos**, nos termos do art. 487, I, do CPC, para **condenar ALEXSANDER OLIVEIRA DE ANDRADE, CASTELO FONSECA ASSESSORIA JURÍDICA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA. e ANTÔNIO LUIZ CASTELO FONSECA às sanções do do art. 10, I, VI e VIII e art. 11, I, da Lei nº 8.429/92, aplicadas conforme dosimetria estabelecida no item 3.2 desta sentença.**

As sanções pecuniárias deverão ser corrigidas conforme Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo as multas civis pagas revertidas em benefício do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos - FDD.

Condeno os réus, ainda, nas custas processuais *pro rata*.

Sem condenação em honorários advocatícios.

Mantenho a União (Fazenda Nacional e Procuradoria da União) no presente feito, conforme últimos requerimentos das respectivas Procuradorias.

Oficie-se ao relator do Agravo de Instrumento nº 0809999-35.2018.4.05.0000, comunicando a prolação da presente sentença.

Com o trânsito em julgado, adotem-se as providências de registro e comunicação acerca da presente condenação.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Sergio Silva Feitosa

Juiz Federal Substituto

[1] JACOBY FERNANDES, J U. *Contratação direta sem licitação*: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

[3] CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.



Processo: **0806191-67.2017.4.05.8500**

Assinado eletronicamente por:

SERGIO SILVA FEITOSA - Magistrado

Data e hora da assinatura: 20/08/2019 14:11:22

Identificador: 4058500.2963497



19081911031786400000002967120

Para conferência da autenticidade do documento:

<https://pje.jfse.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>