



Número: **1005244-40.2019.8.11.0002**

Classe: **PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

Órgão julgador: **2ª VARA ESP. DA FAZENDA PÚBLICA DE VÁRZEA GRANDE**

Última distribuição : **07/06/2019**

Valor da causa: **R\$ 3.146.285,69**

Assuntos: **MULTAS E DEMAIS SANÇÕES**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
SEBASTIAO DOS REIS GONCALVES (AUTOR(A))	Mauricio Magalhães Faria Neto (ADVOGADO(A))
MATO GROSSO (RÉU)	
MUNICÍPIO DE VÁRZEA GRANDE (RÉU)	
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO (RÉU)	

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
21763 106	18/07/2019 16:13	Decisão	Decisão



ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
2ª VARA ESP. DA FAZENDA PÚBLICA DE VÁRZEA GRANDE

DECISÃO

Autos n. 1005244-40.2019.8.11.0002 – PJE
Ação Anulatória
Requerente: Sebastião dos Reis Gonçalves
Requerido: Estado de Mato Grosso

Vistos.

Cuida-se de *Ação Anulatória de Ato Administrativo com Pedido de Tutela Antecipada “inaudita altera pars”*, ajuizada por SEBASTIÃO DOS REIS GONÇALVES, pessoa física devidamente qualificada nos autos, em face do ESTADO DE MATO GROSSO, pessoa jurídica de direito público, pelas razões fáticas e jurídicas expostas na inicial.

O requerente esclarece que em 10 de dezembro de 2013 o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso julgou o processo n. 5.571-9/2012, referente às Contas Anuais de Gestão da Prefeitura Municipal de Várzea Grande, relativas ao exercício de 2012, sob a responsabilidade do requerente, então ocupante do cargo de Prefeito Municipal, o que ocorreu entre 1.1.2012 e 30.10.2012, dando origem ao Acórdão n. 5.964/2013 – TP, da relatoria do Conselheiro Valter Albano da Silva, cujo voto fora acatado à unanimidade.

Afirma que o julgamento determinou ao requerente e aos Senhores César Augusto da Silva Serrano e Christian Laert Campos de Almeida que restituam, solidariamente, aos cofres públicos, com recursos próprios, no prazo de 60 dias, o valor de R\$ 2.998.215,71, em razão do pagamento indevido de repetição de indébito, e ainda aplicou-lhe, nos termos do art. 6º, I, *a*, II, *a* e § 2º, da Resolução Normativa n. 17/2010, multa no valor de 200 UPF-MT.



Diz ter interposto embargos de declaração dessa decisão, apreciados em 15.4.2014 e improvidos, conforme Acórdão n. 785/2014-TP, levando-o a impetrar Recurso Ordinário, que foi julgado em 19.12.2017, produzindo o Acórdão n. 522/2017, que deu parcial provimento ao recurso, afastando parte da multa, disso resultando novos Embargos de Declaração, julgados em 8.5.2018, dando origem ao Acórdão n. 162/2018, que negou provimento ao recurso.

Informa que o recurso de Agravo interposto por Christian Laert gerou o acórdão n. 474/2018, que também manteve o decidido no Acórdão n. 5.964/2013, com isso ficando exauridas todas as possibilidades de recurso no âmbito administrativo, tendo sido oficiado sobre a decisão e a necessidade de quitação das sanções com vencimento em 8.11.2019, vindo a saber, ainda, de ofício lavrado pela Secretaria Municipal de Gestão Fazendária endereçada à Procuradoria Geral do Município solicitando a execução do Acórdão n. 5.964/2013. Por fim, diz ter sido notificado extrajudicialmente pelo Município para, em 15 dias, cumprir a decisão do TCE, pena de protesto e execução fiscal.

Alega que a sanção de restituição ao erário se deve à suposta restituição indevida de ISSQN referente ao Contrato n. 067/2005 firmado entre o Município de Várzea Grande e a empresa Gemini Projetos, Incorporações e Construções Ltda, cujo objeto consistia em locação de equipamentos, veículos e máquinas com fornecimento de combustível, para atender à Prefeitura Municipal de Várzea Grande, vindo a reconhecer a dívida e a realizar o pagamento em 7 parcelas entre junho e dezembro de 2012, na condição de Prefeito Municipal, respaldado por pareceres técnicos.

Destaca que o próprio TCE instruiu o município acerca da ilegal cobrança de ISS sobre o referido contrato, com base na Súmula Vinculante n. 31 do STF, conforme Relatório Técnico das Contas Anuais de Gestão do exercício de 2009 n. 72222/2010, e afirma que, de acordo com o entendimento exposto no acórdão ora impugnado, não ficou comprovado que o ônus financeiro do encargo foi assumido pela empresa Gemini, requisito indispensável para a repetição de indébito, conforme apontamento da SECEX, com embasamento no art. 166 do CTN.

Sustenta, contudo, ter ficado estabelecido no certame licitatório que deu origem ao contrato que a contratada seria a responsável por todos os encargos devidos, aqui não se incluindo o ISS, por força da citada súmula vinculante, mas que, segundo o voto do relator, teria sido incluído pela empresa contratada na composição do preço.

Argumenta que o Fisco Municipal reteve o pagamento do imposto na fonte, descontando do preço da locação tributo não incidente, configurando verdadeiro confisco e enriquecimento ilícito do Município de Várzea Grande, de modo que as notas fiscais e os relatórios de pagamento apresentados corroboram o direito da empresa de ser ressarcida, com fundamento no art. 166 do CTN, vez que demonstram que esta suportou todo o ônus do encargo.

Invoca o art. 257 do Código Tributário Municipal e diz ter agido dentro do que estipula a legislação e se pautado no parecer técnico dos servidores municipais; diz, também, que o acórdão atacado configura ultraje ao princípio da legalidade e pede, em sede de antecipação da tutela, a suspensão dos efeitos do Acórdão n. 5.964/2013 e, no mérito, a declaração de legalidade da restituição realizada com a consequente anulação da



sanção de restituição de valores aos cofres públicos e dos efeitos do procedimento de cobrança instaurado pelo Município de Várzea Grande, com a condenação da parte ré nas verbas da sucumbência.

Junta documentos.

Após despacho de determinação de emenda à inicial, o requerente retornou aos autos para requerer fosse suprimido do polo passivo o TCE-MT e ratificar os demais pedidos.

É o relatório.

Decido.

Para a concessão da medida prevista no art. 300 do novo Código de Processo Civil, que fala da tutela provisória de urgência, seja de natureza cautelar ou antecipada, faz-se necessária a análise de verificação da presença da *probabilidade do direito* e do *perigo de dano* ou de *risco ao resultado útil do processo*.

Todo o impasse gira em torno do pagamento da repetição de indébito, ou seja, do reconhecimento do pedido de ressarcimento do ISSQN incidente sobre a locação de bens, durante o período de 2005 a 2011, alusivo ao Contrato n. 67/2005, formulado pela empresa Gemini Projetos Incorporações e Construções Ltda e pago pelo então Prefeito Municipal de Várzea Grande em parcelas, conforme ajustado no Termo de Reconhecimento de Dívida do Município de Várzea Grande com a referida empresa.

Conforme consta do voto do relator, acolhido à unanimidade em sessão do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso e que deu origem ao Acórdão 5.964/2013, esse pagamento foi considerado ilegítimo ao argumento de que a empresa não tinha direito ao ressarcimento por não ter suportado o ônus econômico do imposto, de acordo com o que dispõe o art. 166 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“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.”

Afirma o relator, com razão, que a empresa contratada, quando da apresentação da sua proposta na sessão de julgamento da licitação, já incluiu os custos do ISSQN no preço do serviço, uma vez que o item 8.2 do Edital de Concorrência Pública n. 06/2005 já previa estar apta a participar da segunda fase da licitação o concorrente habilitado na fase anterior que apresentar proposta contendo, entre outros requisitos:

“Preço global da proposta, preços unitário e total de cada item, totalizando a proposta em moeda corrente nacional, **incluindo impostos**, custos sociais e as demais despesas decorrentes para a perfeita execução do serviço.” (destaquei)

Com efeito, consoante o entendimento externado no voto vencedor, com supedâneo na jurisprudência do STJ, não restam dúvidas de que os custos do ISSQN, por já estarem incluídos no preço global a ser pago pelo ente público municipal à prestadora



dos serviços contratados, foram transferidos ao destinatário dos serviços (Município de Várzea Grande), circunstância que retira a legitimidade da empresa de ser ressarcida.

Verifica-se, no entanto, que o voto em apreço e, portanto, o julgamento proferido pelo Tribunal de Contas do Estado, acompanhou o entendimento da Secretaria Geral de Controle Externo – Secex daquele órgão, que, ao examinar a conduta do requerente, segundo o relator, “**ressaltou** que o fato de a decisão estar amparada em manifestações da área técnica não isenta a autoridade gestora da responsabilidade”.

Esse ponto é de substancial importância na análise acerca da *probabilidade do direito*, na medida em que o ora requerente afirma ter agido com amparo nos pareceres do Procurador Fiscal e do Inspetor de Tributos do Município e ressaltado que ao Chefe do Poder Executivo não cabe contrariar manifestação acerca de assuntos estritamente técnicos.

De lado a alegação de que fora instruído pelo próprio TCE acerca da ilegalidade/inconstitucionalidade da cobrança do ISSQN – uma vez que parece haver contradição por parte do requerente ao sustentar na petição inicial que tal inconstitucionalidade deriva da aplicação da Súmula Vinculante n. 31 do STF e na defesa administrativa afirmar que tal súmula não se aplicava até o exercício de 2009 por ter sido publicada em 17.2.2010 (ID 20752542, p. 3) – cabe anotar, a título de comparação entre a punição imposta pelo TCE e as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que aquela não pode ser mais severa que estas, impondo-se, obrigatoriamente, a aferição incontestada do dolo ou, conforme o caso, como ocorre nas hipóteses previstas no art. 10 da LIA, ao menos da culpa, o que, numa primeira análise dos fatos, parece não resultar suficientemente demonstrada a se julgar pela singela afirmação de que “manifestações da área técnica não isentam a autoridade gestora da responsabilidade”, nada mais se vendo no voto vencedor a respeito da conduta do requerente.

Em suma, tais ponderações levam à constatação de presente o requisito primeiro para a concessão da tutela de urgência provisória de maneira antecipada, qual seja o da *probabilidade do direito*.

O *perigo de dano* é ainda de maior constatação, pois a perdurarem os efeitos do Acórdão 5.964/2013, o requerente poderá ser protestado e sofrer execução fiscal logo em breve, com risco, portanto, de sofrer constrição judicial de seus bens, já que fora notificado extrajudicialmente para pagar a dívida decorrente do julgamento que ora questiona com a advertência de que o inadimplemento no prazo de 15 (quinze) dias incorrerá nessas consequências.

Ante o exposto, com fundamento nos artigos 294 e seguintes e no art. 300 do Código de Processo Civil, **defiro o pedido de tutela de urgência antecipada**, a fim de suspender os efeitos do Acórdão n. 5.964/2013 – TP do TCE-MT no tocante à restituição de valores ao erário, até contrária decisão ulterior. Intime-se, para tanto, o Município de Várzea Grande.

Citem-se o Estado de Mato Grosso e o Município de Várzea Grande para apresentar resposta à ação, no prazo legal, com as advertências pertinentes e exclua-se da relação processual o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

Intime-se o Ministério Público para se manifestar sobre o interesse na atuação como fiscal da lei, com fulcro no art. 178, I, do Código de Processo Civil.

Cumpra-se.

Várzea Grande, 18 de julho de 2019.

JONES GATTASS DIAS

Juiz de Direito

