

**Contrato administrativo - Obra pública -
Execução - Encargos previdenciários -
Ressarcimento - Município - Interesse de agir -
Ex-prefeito - Responsabilidade pessoal -
Necessidade de demonstração de culpabilidade**

Ementa: Tributário. Contrato administrativo. Execução de obra pública. Encargos previdenciários. Ação de ressarcimento. Município. Interesse de agir. Responsabilidade pessoal. Ex-prefeito. Necessidade de demonstração de culpabilidade.

- Sendo automática a responsabilidade da Administração Pública, na hipótese de inadimplemento do contribuinte-contratado pelos encargos previdenciários decorrentes da execução de contrato administrativo, *ex vi legis* (art. 71, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93), patente o interesse de agir do Município-contratante na propositura de ação (ressarcitória) de cobrança. Preliminar de carência da ação afastada.

- A corresponsabilização pessoal de ex-prefeito pelo não recolhimento das contribuições previdenciárias não é automática, sendo cabível tão somente quando ficar demonstrada prova positiva de má gestão, infração de lei, atuação exorbitante do mandato. Precedentes do STJ.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.03.038111-1/001 -
Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Jair Siqueira -
Apelado: Município de Pouso Alegre Representado pelo
curador especial Dr. Witer Carrozza Júnior -
Litisconsorte: Construtora Artefatos Cimento Del Rey
Ltda. - Relator: DES. FERNANDO BOTELHO**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2010. - *Fernando Botelho* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, a Dra. Laura Spyer Prates.

DES. FERNANDO BOTELHO - Trata-se de apelação cível interposta por Jair Siqueira em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre/MG, que, nos autos da ação ordinária movida pelo Município de Pouso Alegre, julgou procedente o pedido inicial para condená-lo, solidariamente, ao lado da construtora Artefatos Cimento Del Rey Ltda.,

[...] a promover o pagamento integral das obrigações previdenciárias, decorrente da execução dos contratos firmados para execução das obras das Escolas Estaduais Dom Otávio e São Camilo, com todos os seus aditivos, de acordo com os valores apurados pela autarquia responsável pelo recolhimento do tributo (f. 301/307).

Inconformado, apela o requerido Jair Siqueira, aduzindo, preliminarmente, falta de interesse de agir do Município de Pouso Alegre, visto a competência do Instituto Nacional do Serviço Social (INSS) promover execução fiscal para fins de recolhimento previdenciário. Argúi, ainda, ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que compete ao ente municipal, e não ao ex-Prefeito, arcar solidariamente com os recolhimentos previdenciários nos termos do art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Sustenta que, enquanto gestor do Município, não era responsável pela contabilidade, não podendo, pois, responder pessoalmente pelo descumprimento de obrigação previdenciária.

Ad argumentandum, alega que a responsabilidade tributária dos agentes públicos somente é admitida em caso de atuação com dolo ou culpa, nos termos do art. 137, inciso I, do Código Tributário Nacional, não podendo, pois, ser condenado pelo descumprimento de obrigação previdenciária referente à empresa contratada pelo Município, quando de sua gestão.

Contrarrazões às f. 335/338, pelo desprovimento do apelo.

É o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos de ação ordinária, em que pretendida pelo Município de Pouso Alegre a condenação do ex-Prefeito, Jair Siqueira, em conjunto com a empresa Construtora e Artefatos de Cimento Del Rey Ltda., ao pagamento das obrigações previdenciárias decorrentes dos contratos fir-

mados para execução das obras das Escolas Estaduais "Dom Otávio" e "São Camilo".

Para tanto, arguiu que contratados os serviços de execução de obras, sob o regime de empreitada por preço global (com fornecimento de material, mão de obra, equipamentos e acessórios) da empresa Construtora e Artefatos de Cimento Del Rey Ltda., paga a importância total de R\$791.051,68 (setecentos e noventa e um mil e cinquenta e um reais e sessenta e oito centavos), sem que o ex-Prefeito exigisse, no entanto, a comprovação de quitação dos encargos previdenciários junto ao INSS.

Em contestação às f. 141/148, Jair Siqueira opõe-se ao pedido inicial, aduzindo: (I) impossibilidade de condenação em exibir documentos, visto que em poder da Administração; (II) incabível ao Prefeito efetuar o recolhimento de contribuições previdenciárias; (III) carência de ação, já que a Municipalidade não fora condenada a restituir tais valores, para exercer direito de regresso; (IV) ilegitimidade ativa ante a competência da Câmara Municipal e/ou do Tribunal de Contas para exigir a prestação de contas de ex-Prefeito; (V) ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto não mais exercente da chefia do Executivo Municipal. No mérito propriamente dito, sustenta a responsabilidade solidária do ente público municipal, e não do ex-Prefeito, pelos encargos previdenciários decorrentes da execução de contrato.

Transcorrido *in albis* o prazo para defesa, sem que a empresa requerida se manifestasse, como se vê da certidão de f. 150.

Rejeitadas as preliminares em despacho saneador às f. 194/197, a sentença concluiu pela procedência do pedido condenando

[...] as partes rés, solidariamente, a promover o pagamento integral das obrigações previdenciárias, decorrente da execução dos contratos firmados para execução das obras das Escolas Estaduais Dom Otávio e São Camilo, com todos os seus aditivos, de acordo com os valores apurados pela autarquia responsável pelo recolhimento do tributo (f. 306).

Tais, os contornos da lide.

I - Preliminar.

a) Carência de ação.

De se afastar, de início, a arguição preliminar, aventada pelo apelante, de que falece à Municipalidade interesse de agir ante a comprovação, nos autos, de que a empresa requerida não realizou o recolhimento dos encargos previdenciários, cabendo ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS promover a execução fiscal respectiva.

Isso porque, "[...] a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato [...]", nos termos do art. 71, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, vindo elucidar Marçal Justen Filho que

[...] somente é possível pretender a responsabilização da Administração Pública se e quando o pagamento não tiver ocorrido devidamente por parte do sujeito passivo direto (dito 'contribuinte') (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 564).

No mesmo diapasão, a jurisprudência do STJ:

Agravo regimental. Processual civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial. Tributário. Contrato administrativo celebrado para a consecução de obra pública. Contribuições previdenciárias devidas pelas empreiteiras. Responsabilidade da Administração Pública por débitos previdenciários. Artigo 71, § 2º, da Lei 8.666/93 (redação dada pela Lei 9.032/95). Artigos 30, VI, e 31, da Lei 8.212/91. Alegada diferença entre contrato de obra pública (empreitada total) e contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra. Construção civil. Dono da obra e construtor ou empreiteiro. Substitutos tributários. Responsabilidade subsidiária (Súmula 126/TFR - anterior à promulgação da CRFB/88). Responsabilidade solidária (CRFB/88 até a Lei 9.711/98). Responsabilidade pessoal do tomador do serviço de empreitada de mão-de-obra (Lei 9.711/98). 1. A ação cautelar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem contornos próprios de processo acessório ao processo principal, *in casu*, o recurso especial. 2. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial reclama a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional, bem como a caracterização do *fumus boni juris* consistente na plausibilidade do direito alegado. 3. Medida cautelar que objetiva a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, interposto nos autos de mandado de segurança, em face de acórdão regional que assentou que: "1. A Administração Pública contratada e as empresas contratadas respondem solidariamente pelo cumprimento das obrigações previdenciárias decorrentes dos serviços realizados, os quais se referem genericamente a serviços contínuos de construção civil, independentemente da natureza e da forma de contratação. Aplicabilidade do art. 31 da Lei 8.212/91 e art. 71, § 2º, da Lei 8.666/93, ambos com redação da Lei 9.032/95, vigente à época dos fatos geradores. [...] (AgRg na MC 15.410/RJ; Ministro Luiz Fux; julgado em 12.05.2009).

Ora, sendo a responsabilidade tributária estendida ao Poder Público contratante, na hipótese de inadimplemento do contribuinte-contratado, patente o interesse de agir do Município de Pouso Alegre, principalmente se se considerar que demonstrado, na espécie, que a empresa Construtora e Artefatos Cimento Del Rey Ltda., então contratada pelo ente municipal, não procedeu ao recolhimento das contribuições previdenciárias quando da execução dos contratos de obras públicas, como se vê do esclarecimento prestado pelo perito oficial à f. 238.

Nesses termos, rejeito a preliminar de carência de ação.

b) Ilegitimidade passiva *ad causam*.

Do mesmo modo, de se rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, suscitada pelo recorrente ao argumento de que inexistente responsabilidade (tributária) pessoal do Chefe do Executivo pelos recolhimentos

previdenciários decorrentes de contratações firmadas pelo Município, visto que a possibilidade de responsabilização do ex-Prefeito, no caso presente, confunde-se com o mérito da *quaestio sub iudice*.

Isso posto, rejeito a prefacial de ilegitimidade passiva.

II - Mérito.

O *meritum recursal* diz com a hipótese de o apelante, então Prefeito do Município de Pouso Alegre, ser responsabilizado pessoalmente pela ausência de recolhimento de contribuição previdenciária decorrente da execução de contratos de obra pública.

É certo que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, eclodindo, entretanto, a responsabilização do Poder Público contratante no tocante aos débitos fiscais previdenciários na hipótese de inadimplemento do contribuinte contratado.

A propósito, confira-se o disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.)

No caso presente, bem se vê que, firmado "contrato de empreitada global para execução dos serviços e obras (da Escola Estadual Dom Otávio - f. 42/47 e da Escola Estadual São Camilo - f. 52/57)", restou expressamente consignada a obrigação da contratada - empresa Construtora e Artefatos Cimento Del Rey Ltda. - pelos "[...] pagamentos, quer sejam federais, estaduais ou municipais, de todos os tributos incidentes dos serviços executados, bem como decorrentes da legislação trabalhista e previdenciária, a qualquer retenção do pagamento [...]" (f. 44 e 54), não vindo, no entanto, a contratada proceder ao recolhimento da contribuição previdenciária correspondente.

Nesse sentido, o perito oficial esclareceu à f. 238, *verbis*:

"Que a empresa Construtora Artefatos Del Rey Ltda. no período contratado não houve retenção de INSS e nenhuma Guia de GPS foi gerada e nem paga".

Considerando que "[...] o Sr. Prefeito, na qualidade de chefe do Executivo à época das obras e em decorrência do seu poder de direção tinha o dever de exigir o

recolhimento do tributo, sob pena de responder solidariamente pelos prejuízos causados ao Município pelas falhas corridas na execução de suas atribuições ou na de seus subordinados” (f. 306), a sentença condenou o apelante - então prefeito do Município de Pouso Alegre -, ao lado da empresa-contratada, Construtora e Artefatos de Cimento Del Rey Ltda., ao pagamento integral das obrigações previdenciárias decorrentes da execução daqueles contratos.

Todavia, acerca da possibilidade de responsabilização pessoal do ex-prefeito, rendo-me ao entendimento solidificado na jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a (co)responsabilização do agente público, instituída legalmente (art. 134, inciso III, c/c art. 135, inciso I, ambos do CTN), não é automática, mas sim subjetiva, fundada na evidência factual, prova positiva de má gestão, do implemento de dolo, de prática lesiva, exorbitante, do mandato:

Processo civil e administrativo - Multa - Art. 41 da Lei nº 8.212/91 - Responsabilidade pessoal do Prefeito municipal - Lei nº 9.476/97 - Afastamento - Prevalência do art. 137, I, do CTN - Necessidade de demonstração de culpabilidade. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de responsabilização tributária pessoal daqueles que agem no exercício regular de mandato, pela multa por descumprimento de obrigação acessória contida no art. 41 da Lei nº 8.212/91. 2. O art. 41 da Lei nº 8.212/91, na qualidade de lei ordinária, rende-se ao que preceitua o art. 137 do CTN, que possui natureza material de lei complementar. 3. A responsabilidade do prefeito pelo não-recolhimento das contribuições previdenciárias necessita da demonstração da culpabilidade e, tal como decidido no acórdão regional, por meio do devido processo legal. 4. Precedentes: REsp 898.507/PE, Rel. Min. Castro Meira, DJe 11.9.2008 e REsp 838.549/SE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28.9.2006, p. 225. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 902.616/RN; Ministro Humberto Martins; j. em 02.12.2008).

Tributário. Ação anulatória. INSS. Apresentação de documentos. Omissão de informações. Agente político. Prefeito. Responsabilidade pessoal. Demonstração da culpabilidade. Necessidade. Art. 41 da Lei nº 8.212/91. Posterior anistia. Lei nº 9.476/97. 1. A multa de que trata o art. 41 da Lei 8.212/91 somente deve ser imputada pessoalmente ao agente público se demonstrado o excesso de mandato ou o cometimento da infração com dolo ou culpa, já que essa regra deve ser interpretada em harmonia com o disposto no art. 137, I, do CTN, que expressamente exclui a responsabilidade pessoal daqueles que agem no exercício regular do mandato. Precedentes da Primeira Turma. 2. A Lei nº 9.476/97 concedeu anistia aos agentes políticos e aos dirigentes de órgãos públicos estaduais, do Distrito Federal e municipais a quem, porventura, tenham sido impostas penalidades pecuniárias decorrentes do art. 41 da Lei 8.212/91. 3. Recurso especial não provido (REsp 898.507/PE; Ministro Castro Meira; j. em 19.08.2008).

Tributário. Ação anulatória. INSS. Apresentação de guias. Omissão de informações. Agente político: Prefeito. Responsabilidade pessoal. Demonstração da culpabilidade. Necessidade. Precedente. Art. 41 da Lei nº 8.212/91. Alteração pela Lei nº 9.476/97. I - ‘O artigo 137, I, do CTN

exclui expressamente a responsabilidade pessoal daqueles que agem no exercício regular do mandato, sobrepondo-se tal norma ao disposto nos arts. 41 e 50 da Lei 8.212/91’ (REsp nº 236.902/RN, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 11.03.02), devendo, pois, ser demonstrada a culpabilidade do respectivo dirigente. II - A Lei nº 9.476/97 alterou o disposto no art. 41 da Lei nº 8.212/91, vetando-o, e anistando os agentes políticos e os dirigentes de órgãos públicos estaduais, do Distrito Federal e municipais a quem porventura tenham sido impostas penalidades pecuniárias decorrentes daquele artigo. III - Recurso improvido (REsp 838.549/SE, Ministro Francisco Falcão, j. em 17.08.2006).

Com efeito, a responsabilidade pessoal daqueles que exercem mandato não é automática, ou objetiva, derivada diretamente da junção da circunstância legalmente instituída (arts. 134 e 135 do CTN), afigurando-se indispensável, para configuração da dita modalidade de responsabilização solidário-adicional, preenchimento de certas circunstâncias e quesitos a moldar a natureza da (co)obrigação, subjetiva portanto.

Em outras palavras, se objetiva e automática a obrigação solidária atribuída ao Poder Público contratante, derivada, esta, da pura inadimplência, formalizada, do tributo que a empresa contratada deveria recolher a tempo e modo, subjetiva e condicional a possibilidade de coobrigação do prefeito, representante da Administração Pública.

Ao Fisco foi, então, imposto, por obra do pretor, condicionador específico de validade, o que equivale a dizer que a corresponsabilização automática, fria, meramente legal, sem oportunização contraditória e sem mínima evidenciação de excesso de poderes ou infração de lei, passou a se restringir à dedução da obrigação (solidária) da Administração-contratante, não mais aplicável, assim, ao ambiente da corresponsabilização do representante legal do Poder Público.

Na espécie em apreço, não há prova da integração dolosa ou culposa do ex-Prefeito pelo recolhimento, (co)responsabilizante, do encargo tributário.

Conclusão.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares de carência de ação e ilegitimidade passiva *ad causam*, dou provimento ao recurso de apelação para, reformando a sentença, excluir da condenação o ex-Prefeito, Jair Siqueira.

Isento de custas, por prerrogativa do apelado nos termos da Lei Estadual nº 14.939/03.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...