



Acórdão 00326/2021-7 - 1ª Câmara

Processo: 08358/2019-5

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

Exercício: 2019

UG: AGERSA - Agência Municipal de Regulação Dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim

Relator: Marco Antônio da Silva

Responsável: VANDERLEY TEODORO DE SOUZA, VILSON CARLOS GOMES COELHO

Procuradores: JOAO VICTOR LIMA VIVAS (CPF: 122.140.587-02), AMANDA RAMOS DE PINHO (OAB: 29556-ES), ATILIO GIRO MEZADRE (OAB: 10221-ES), BRUNA MARCHIORI SALAZAR (OAB: 22223-ES), CLAYTON KELLY COELHO JUNIOR (OAB: 15779-ES), GUSTAVO CUNHA TAVARES (OAB: 10219-ES), HENRIQUE DA CUNHA TAVARES (OAB: 10159-ES, OAB: 188810-RJ), KETCIA CRISTIANA QUINTINO ROCHA BARROS (OAB: 23634-ES), LEONARA SA SANTIAGO ROVETTA (OAB: 12753-ES), MARCELO PEPPE DINIZ (OAB: 14928-ES), MARCOS VINICIUS MARTINS (OAB: 25917-ES), MATHEUS ANGELETI CASTILHO (OAB: 6486E-ES), PALOMA ALVES SANTOS BOECHAT (OAB: 19655-ES), PAULA SARTORIO DOS SANTOS PAIVA (OAB: 18064-ES), TAVARES E GIRO ADVOCACIA (CNPJ: 09.144.696/0001-02)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO /
AUDITORIA 2019 – MANTER IRREGULARIDADES
COM E SEM APLICAÇÃO DE MULTA – AFASTAR
RESPONSABILIZAÇÃO – DETERMINAÇÃO –
ENCAMINHAR AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL
DE CONTAS – CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

1. A existência de elementos que indicam a participação do agente autoriza a **rejeição da Preliminar de “ausência de justa causa”** suscitada, bem como a **Prejudicial de decadência** suscitada, em razão do período alcançado, em face das razões expandidas no item 2, subitens 2.1 e 2.2 desta decisão.

2. No tocante aos indicativos de irregularidades tratados nos itens 5.2 e 5.3 da ITC, referem-se a impropriedades relativas à fiscalização do planejamento da manutenção das estações de tratamento de água e esgoto, bem como da própria manutenção pela concessionária, cujo contrato foi firmado com a Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, os quais foram objeto apenas de notificação e não de citação, o que impede a sua manutenção sem aplicação de multa aos responsáveis, com expedição de determinações.

3. A insuficiência dos argumentos de defesa para o saneamento do indicativo de irregularidade tratado no item 3.1 desta decisão autoriza a sua manutenção, bem como a aplicação de multa ao responsável, além da expedição de determinação, afastando-se, por outro lado, a responsabilização do Sr. Wilson Carlos Gomes Coelho, em face das suas razões de defesa e da documentação contida nos autos.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO MARCO ANTONIO DA SILVA:

Trata-se de Fiscalização na modalidade de **AUDITORIA DE CONFORMIDADE** realizada na AGERSA - Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim, no período de 27/5/2019 a 13/9/2019, com o objetivo de auditar a concessão de saneamento municipal, especialmente no que se refere ao cumprimento das metas/indicadores de desempenho (subitem 4.3.4, Diretriz II do PAF 2019).

Em razão dos achados de auditoria indicados no Relatório de Auditoria – RA 00044/2019-5 e na Instrução Técnica Inicial – ITI 00744/2019-4, foram os responsáveis regularmente citados/notificados através da Decisão SEGEX 00692/2019-1, os quais apresentaram, tempestivamente, os esclarecimentos requeridos acompanhados de documentação probatória, conforme o Despacho 00873/2020-7.

A área técnica, através do NDR – Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Programas de Desestatização e Regulação, por meio da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 00765/2020-1, sugeriu a **manutença** dos indicativos de irregularidades tratados nos itens 5.1, 5.2 e 5.3 da ITC, sendo os dois últimos sem aplicação de multa por se tratar de impropriedades que geraram apenas notificação, não citação, sugerindo recomendações quanto aos mesmos.

O Ministério Público Especial de Contas, nos termos do Parecer 01048/2020-9, de lavra do Procurador, Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, acompanhou a área técnica, acrescentando em sua manifestação a expedição de determinação.

Ressalte-se que na 1ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara realizada em 27/2/2021, compareceu o patrono do Sr. Vilson Carlos Gomes Coelho, tendo apresentado suas razões de defesa oral sobre o indicativo de irregularidade **A1(Q1) – DEFICIÊNCIA DE CONTROLE DE INFORMAÇÕES OPERACIONAIS (item 5.1 – ITC)** cuja manutenção foi sugerida pela área técnica, conforme Notas Taquigráficas

00015/2021-1, sendo os autos retirados de pauta e encaminhados à área técnica e ao Ministério Público Especial de Contas, os quais se manifestaram através da Manifestação Técnica de Defesa Oral 00025/2021-4 e Parecer 00678/2021-2, ratificando e reiterando o entendimento anterior.

Assim, conforme regular distribuição vieram os autos a este magistrado de contas para emissão de relatório e voto para efeito de deliberação do Colegiado, na forma do artigo 29 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013.

É o sucinto relatório.

V O T O

Tratam os presentes autos de Fiscalização, na modalidade de Inspeção realizada na AGERSA - Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim, sendo necessário à sua análise para posterior deliberação do Colegiado.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Da análise dos autos, verifico que a área técnica, por meio da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 00765/2020-1, bem como da Manifestação Técnica de Defesa Oral 00025/2021-4 sugeriu a **manutença** dos indicativos de irregularidades tratados nos **itens 5.1, 5.2 e 5.3 da ITC, sendo os dois últimos sem aplicação de multa** por se tratar de impropriedades que geraram apenas notificação, não citação, sugerindo recomendações quanto aos mesmos.

Assim, transcreve-se os termos da ITC 00765/2020-1 e da Manifestação Técnica de Defesa Oral 00025/2021-4, *verbis*:

Instrução Técnica Conclusiva 00765/2020-1:

[...]

6 CONCLUSÃO

Com relação aos achados apontados no Relatório de Auditoria 44/2019 (evento 8) e na ITI 744/2019 (evento 66), no âmbito deste Processo TC 8358/2019, após análises realizadas, concluiu-se pela manutenção dos achados descritos nos subitens 5.1, 5.2 e 5.3 desta Instrução Técnica Conclusiva (ITC), que correspondem, respectivamente, aos subitens 2.1, 2.2 e 2.3 do RA 44/2019.

Quanto à preliminar de ausência de justa causa e à prejudicial de decadência, sugeriu-se a rejeição de ambas.

No tocante à responsabilização dos envolvidos nos achados, salienta-se que as análises realizadas estão adequadas às normas da nova redação dada à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei 12.655, de 25 de abril de 2018.

Caso sejam adotados os encaminhamentos propostos no Capítulo 7 desta ITC, os benefícios potenciais esperados da presente ação de controle externo são, nos termos da Resolução TC 290, de 22 de setembro de 2015, que aprovou o “Manual de Benefícios do Controle Externo”, a correção de irregularidades e impropriedades, a expectativa de controle, a aplicação de sanção aos Responsáveis e o fornecimento de subsídios para a atuação de outros órgãos públicos.

Por fim, cumpre destacar que, a presente ITC cumpriu o disposto no artigo 313, inciso V, da Resolução TC 261/2013, Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (RITCEES).

7 PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO

7.1. Por todo o exposto e com base nas análises realizadas, **propõe-se a manutenção dos achados descritos nos subitens 5.1, 5.2 e 5.3, desta ITC, conforme segue:**

7.1.1. Deficiência de controle de informações operacionais (subitem 2.1 do Relatório de Auditoria 44/2019)

Critérios: Aditivo do contrato - Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 9º/2011, Cláusula 1ª, referente ao Contrato 29/1998; Lei Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 6537/2011, art. 1º, § 1º; e Lei 8.987/1995, art. 29, I e VI.

Responsáveis: **VANDERLEY TEODORO DE SOUZA** – Diretor-Presidente da Agersa (27/3/2018 – em atividade)

VILSON CARLOS GOMES COELHO - Diretor-Presidente da Agersa (1/1/2017 a 25/3/2018).

7.1.2. Planejamento insuficiente da manutenção das estações de tratamento de esgoto, das estações de tratamento de água e das estações elevatórias de esgoto (subitem 2.2 do Relatório de Auditoria 44/2019)

Critérios: Contrato Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 29/1998, Cláusula Sexta; Lei Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 4.797/1999, art. 7; Lei 8.987/1995, art. 6º, §§ 1º e 2º.

Responsável: **VANDERLEY TEODORO DE SOUZA** – Diretor-Presidente da Agersa (27/3/2018 – em atividade)

7.1.3. Fiscalização deficiente da manutenção das estações de tratamento de esgoto, das estações de tratamento de água e das estações elevatórias de esgoto (subitem 2.3 do Relatório de Auditoria 44/2019)

Critérios: Contrato Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 29/1998, Cláusula Segunda; Lei Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 4.797/1999, arts. 33, VIII, e 77.

Responsável: **VANDERLEY TEODORO DE SOUZA** – Diretor-Presidente da Agersa (27/3/2018 – em atividade)

7.2. Diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/2013, **conclui-se propondo:**

7.2.1. rejeitar a preliminar de ausência de justa causa, suscitada pelo Sr. VANDERLEY TEODORO DE SOUZA, conforme fundamentação contida no subitem 3.1 desta ITC;

7.2.2. rejeitar a prejudicial de decadência, aduzida pelo Sr. VILSON CARLOS GOMES COELHO, conforme fundamentação contida no subitem 4.1 desta ITC;

7.2.3. rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor VANDERLEY TEODORO DE SOUZA – Diretor-Presidente da Agersa (27/3/2018 – em atividade), condenando-o, com fulcro no artigo 114, parágrafo único, ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, ambos da LCE 621/2012 (LOTCEES), pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos no subitem 7.1.1 desta ITC;

7.2.4. rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor VILSON CARLOS GOMES COELHO - Diretor-Presidente da Agersa (1/1/2017 a 25/3/2018), condenando-o, com fulcro no artigo 114, parágrafo único, ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, ambos da Lei Complementar Estadual (LCE) 621/2012, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (LOTCEES), pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos no subitem 7.1.1 desta ITC;

7.2.5. rejeitar os esclarecimentos prestados pelo senhor VANDERLEY TEODORO DE SOUZA – Diretor-Presidente da Agersa (27/3/2018 – em atividade), para o fim de manter os achados descritos nos subitens 7.1.2 e 7.1.3, sem condená-lo a sanções, nos termos da fundamentação contida nos subitens 5.2 e 5.3, todos desta ITC.

7.3. Propõe-se, ainda, a expedição de recomendação à Agersa, na pessoa de seu Diretor-Presidente, conforme previsão contida no artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (LOTCEES) c/c os artigos 207, inciso V, e 329, § 7º, da Resolução TC 261/2013 (RITCEES), a fim de que:

7.3.1. estabeleça prazo para que a Concessionária dos serviços de água e esgoto de Cachoeiro de Itapemirim elabore Plano de Manutenção Civil dos bens imóveis reversíveis da concessão formalizada através do Contrato de Concessão 29/1998, em conformidade com as normas técnicas aplicáveis, nos termos da fundamentação contida no subitem 5.2 desta ITC;

7.3.2. promova o saneamento das impropriedades apontadas no achado 5.3 desta ITC, de modo (a) a realizar a fiscalização da manutenção civil de edificações reversíveis da concessão através de agente habilitado para tal finalidade e (b) a manter em seus arquivos memorial de acompanhamento sistemático das edificações reversíveis da concessão operadas pelo prestador de serviços, em conformidade com as normas técnicas aplicáveis.

– g.n.

Manifestação Técnica de Defesa Oral 00025/2021-4:

[...]

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, opina-se pela manutenção da proposta de encaminhamento da ITC 765/2020-1 quanto a seus subitens 5.1, 5.2 e 5.3.

Registre-se que a presente Manifestação Técnica de Defesa Oral observou o disposto no art. 313, V, RITCEES, que exige, na instrução de processos nessa Corte de Contas, a indicação de entendimento adotado pelo Plenário ou pelas Câmaras, bem como de súmula de jurisprudência, que tratem da matéria em exame.

4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, opina-se pela manutenção da proposta definida nos itens 7.1, 7.2 e 7.3 da ITC 765/2020-1, como se segue:

4.1 Deficiência de controle de informações operacionais; – A1. (subitem 5.1 da ITC 765/2020-1)

Critérios: Aditivo do contrato - Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 9º/2011, Cláusula 1ª, referente ao Contrato 29/1998;

Lei Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 6537/2011, art. 1º, § 1º; e Lei 8.987/1995, art. 29, I e VI.

Responsáveis: Sr. Vanderley Teodoro de Souza – Diretor-Presidente da Agersa (27/3/2018 – em atividade)

Sr. Vilson Carlos Gomes Coelho - Diretor-Presidente da Agersa (1/1/2017 a 25/3/2018).

Sanção: Pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática dos atos ilícitos que causaram grave infração às normas legais, descritos no subitem 5.1, tudo conforme fundamentação contida nos subitens 7.2.3 e 7.2.4, todos da ITC 765/2020-1.

4.2 Planejamento insuficiente da manutenção das estações de tratamento de esgoto, das estações de tratamento de água e das estações elevatórias de esgoto (subitem 5.2 da ITC 765/2020-1)

Critérios: Contrato Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 29/1998, Cláusula Sexta;

Lei Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 4.797/1999, art. 7; Lei 8.987/1995, art. 6º, §§ 1º e 2º.

Responsável: **Sr. Vanderley Teodoro De Souza** – Diretor-Presidente da Agersa (27/3/2018 – em atividade)

Sanção: opina-se pela **manutenção do achado**, sem, contudo, imputar sanções ao responsável, nos termos da fundamentação contida no subitem 7.2.5 da ITC 765/2020-1.

Recomendação: descrita no item 4.4 a seguir.

4.3 Fiscalização deficiente da manutenção das estações de tratamento de esgoto, das estações de tratamento de água e das estações elevatórias de esgoto (subitem 5.3 da ITC 765/2020-1)

Critérios: Contrato Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 29/1998, Cláusula Segunda;

Lei Municipal de Cachoeiro de Itapemirim 4.797/1999, arts. 33, VIII, e 77.

Responsável: **Sr. Vanderley Teodoro de Souza** – Diretor-Presidente da Agersa (27/3/2018 – em atividade)

Sanção: opina-se pela **manutenção do achado**, sem, contudo, imputar sanções ao responsável, nos termos da fundamentação contida no subitem 7.2.5 da ITC 765/2020-1.

Recomendação: descrita no item 4.4 a seguir.

4.4 Quanto aos itens anteriores 4.2 (Planejamento insuficiente da manutenção das estações de tratamento de esgoto, das estações de tratamento de água e das estações elevatórias de esgoto - subitem 5.2 da ITC 765/2020-1) e 4.3 (Fiscalização deficiente da manutenção das estações de tratamento de esgoto, das estações de tratamento de água e das estações elevatórias de esgoto - subitem 5.3 da ITC 765/2020-1), deve ser feita Recomendação ao Diretor-Presidente da Agersa:

Recomendação: ao Sr. Diretor-Presidente da Agersa, a fim de que (a) estabeleça prazo para que a Concessionária dos serviços de água e esgoto de Cachoeiro de Itapemirim elabore Plano de Manutenção Civil dos bens imóveis reversíveis da concessão formalizada através do Contrato de Concessão 29/1998, em conformidade com as normas técnicas aplicáveis, nos termos da fundamentação contida no subitem 5.2 da ITC 765/2020-1, (b) promova o saneamento das impropriedades apontadas no achado 5.3 da ITC 765/2020-1, de modo (b1) a realizar a fiscalização da

manutenção civil de edificações reversíveis da concessão através de agente habilitado para tal finalidade e (b2) a manter em seus arquivos memorial de acompanhamento sistemático das edificações reversíveis da concessão operadas pelo prestador de serviços, em conformidade com as normas técnicas aplicáveis. – g.n.

Por seu turno, o douto representante do Ministério Público Especial de Contas, nos termos do parecer 01048/2020-9, acompanhou a área técnica, acrescentando em sua manifestação a expedição de determinação para que sejam adotadas medidas necessárias à correção de todas as irregularidades identificadas, de modo a prevenir a reincidência, entendimento ratificado e reiterado no Parecer 00678/2021-2 após a sustentação oral.

Dessa forma, antes da apreciação meritória do feito, passa-se à análise das prejudiciais de mérito, a saber.

2. DA PRELIMINAR E DA PREJUDICIAL DE MÉRITO:

2.1. DA PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – REJEIÇÃO POR HAVER PROVA DA PARTICIPAÇÃO DO AGENTE NA TOMADA DE DECISÃO:

O Sr. Vanderley Teodoro de Souza pleiteou, preliminarmente, a extinção do processo ou a sua exclusão da lide, alegando ausência de justa causa, haja vista inexistir provas diretas e contundentes de sua participação com o fim de descumprir metas contratuais, afirmando que não se pode penalizar aquele que reforça os instrumentos de controle dessas metas.

Sustentou que inexistente na imputação inicial, prova direta suficiente para comprovar a materialidade do ato ilícito, daí a ausência de justo motivo para a tomada de contas em face do requerido, não tendo a atuação da auditoria logrado comprovar que a sua conduta tenha resultado em prejuízo ao setor regulado ou a ineficiência na prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

O subscritor da Instrução Técnica Conclusiva - ITC 00765/2020-1 sugeriu a rejeição da preliminar suscitada, contra argumentando, em síntese, o seguinte:

- A ITI 00744/2019-4 faz remissão ao RA 00044/2019-5, que imputou ao suscitante a conduta de “decidir pela exclusão dos índices de atendimento de serviços de esgotamento sanitário do processo de controle de cumprimento de

metas contratuais”, cujas evidências embasam-se na cópia da Ata de Reunião AGERSA 14/2018, assinada por ele, na qualidade de Diretor Presidente da entidade, o qual determinou à concessionária o não envio dos índices de atendimento no relatório trimestral, conforme Anexo 01926/2019-3 ao RA 00044/2019-5, ato considerado irregular pela equipe de auditoria.

Examinando o feito, verifico que embora esteja ilegível na ITC a transcrição da Ata nº 14/2018 que se constitui na prova utilizada pela equipe de auditoria para imputar ao suscitante o indicativo de irregularidade tratado no item 5.1 da ITC, entendo deva sua responsabilização ser analisada naquele item 5.1, através de melhor visualização da documentação probatória, vez que a pretensão de exclusão da lide não se procede.

Afinal, há clara indicação da participação do agente na reunião com menção na ata respectiva, de maneira que entendo por bem acolher o opinamento técnico e **rejeitar a preliminar de ausência de justa causa suscitada, visto que há elementos que indicam a participação do agente na tomada da decisão ensejadora da responsabilização.**

2.2. DA PREJUDICIAL DE MÉRITO – DECADÊNCIA – PERÍODO ALCANÇADO PELO INDICATIVO DE IRREGULARIDADE:

O Sr. Wilson Carlos Gomes Coelho pleiteou, preliminarmente, o reconhecimento da decadência, nos termos do artigo 54 da Lei 9784/1992, quanto aos atos praticados entre 2011 e 2014, alegando que diversos atos administrativos albergados por achados de auditoria ocorreram a mais de 5 (cinco) anos, pois o período auditado teve início a partir de 1º/12/2011.

Explicou que a controvérsia acerca da deficiência no controle de informações operacionais teve início a partir do 9º termo aditivo, no ano de 2011, apresentou jurisprudência, requerendo ao final, o reconhecimento da decadência para efeito de quantificação de eventual multa a ser aplicada.

O subscritor da Instrução Técnica Conclusiva – ITC sugeriu a rejeição da preliminar suscitada, contra argumentando, em síntese, que a prejudicial de mérito não merece ser acolhida, vez que os atos imputados aos responsáveis no achado

“2.1 A1(Q1) – Deficiência de controle de informações operacionais” do RA 00044/2019-5 foram praticados nos anos de 2017 e 2018.

Examinando o feito, verifico que procedem os argumentos técnicos, haja vista o período alcançado pelo indicativo de irregularidade imputado aos responsáveis, motivo pelo qual acolho tal entendimento e **rejeito a prejudicial de mérito suscitada de decadência**, em face das razões indicadas, as quais adoto como razão de decidir.

Ultrapassada a análise das preliminares suscitadas e prejudiciais de mérito, passa-se à análise meritória do feito.

3. DO MÉRITO:

No tocante aos indicativos de irregularidades tratados nos itens 5.2 e 5.3 da ITC, cuja manutenção foi sugerida pela área técnica, sem indicação de aplicação de multa, observo que tratam de impropriedades relativas à fiscalização do planejamento da manutenção das estações de tratamento de água e esgoto, bem como da própria manutenção pela concessionária, cujo contrato foi firmado com a Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, os quais foram objeto apenas de notificação e não de citação.

Assim sendo, acolho parcialmente o entendimento técnico e **mantenho os referidos itens de irregularidades, afastando a aplicação de multa** aos responsáveis, **expedindo**, no entanto, as **determinações**, conforme o opinamento do *Parquet* de Contas, **ao invés de recomendações**, como sugere a área técnica.

Dessa forma, cumpre a este Relator o enfrentamento de mérito do único indicativo de irregularidade cuja manutenção foi sugerida pela área técnica, com aplicação de multa aos responsáveis, considerando a documentação contida nos autos, as razões de defesa, bem como a legislação aplicável, na busca da verdade real e do julgamento justo.

3.1. A1(Q1) – DEFICIÊNCIA DE CONTROLE DE INFORMAÇÕES OPERACIONAIS (item 5.1 – ITC).

Base normativa: 9º Termo Aditivo ao Contrato 28/2998 celebrado entre a Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim e a empresa BRK Ambiental, Cláusula 1ª; artigo 1º, § 1º da Lei Municipal 6537/2011; e artigo 28, incisos I e IV, da Lei 8987/1995.

Objeto: Relatórios de indicadores de desempenho da AGERSA – Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim.

Responsáveis: Vilson Carlos Gomes Coelho – Diretor Presidente da AGERSA (1/1/2017 a 25/3/2018); e Vanderley Teodoro de Souza – Diretor Presidente da AGERSA a partir de 27/3/2018.

A equipe de auditoria imputou aos responsáveis as seguintes condutas com os respectivos nexos de causalidade:

- **Vilson Carlos:** deixou de adotar providências quanto ao relatório de fiscalização da Agersa, que concluiu, em 20/6/2017, pela necessidade de se auditar os índices de atendimento calculado pela concessionária, cuja omissão gerou excessiva demora para abertura de procedimento fiscalizatório dos resultados de indicadores no relatório da concessionária, conduzindo à deficiência de controle de indicadores e favorecimento de descumprimento de metas contratuais.

- **Vanderley Teodoro de Souza:** decidiu pela exclusão dos índices de atendimento de serviços de esgotamento sanitário do processo de controle de cumprimento de metas contratuais.

Como nexo de causalidade, alegou a equipe de auditoria que a divergência apontada pelo corpo técnico da AGERSA perante a metodologia adotada pela concessionária para o cálculo dos indicadores de esgotamento sanitário não foi sanada pela omissão dos resultados de indicadores no relatório da mesma, sendo que a solução dada pelo Sr. Vanderley apenas postergou o saneamento da divergência, que até o final do período auditado não havia sido solucionado.

Após os esclarecimentos prestados pelo gestor à equipe de auditoria em relação a todos os questionamentos e pedidos de informações realizados, a mesma concluiu por entender que há indícios de deficiência de controle de informações

operacionais, que além de desrespeitar a legislação vigente pertinente ao objeto, ocasionam a deficiência de controle de indicadores e a ausência de confiabilidade dos valores dos indicadores de saneamento, que juntas ou separadamente favorecem a ocorrência de descumprimento das metas contratuais pactuadas.

Os responsáveis, atendendo a citação quanto a este item, esclareceram, em síntese, o seguinte:

O Sr. **Vilson Carlos** alegou, em suma:

- Que o Diretor Presidente da AGERSA, no âmbito de sua atuação somente pode pautar-se dentro dos limites legais inerentes ao seu cargo e que na sua gestão não houve desídia ou morosidade da Agência em fiscalizar a execução do contrato 29/98 e do seu 9º Termo Aditivo, vez que adotou todas as medidas possíveis e cabíveis para o controle e fiscalização do mesmo, incluindo o diagnóstico de todas as bacias de esgotamento e da rede de saneamento do município, conforme processos constantes do Anexo III;

- Ao assumir o cargo cuidou de apurar de forma minuciosa o cumprimento das obrigações inerentes ao contrato de concessão, especificamente quanto ao 9º Termo Aditivo, verificando que os índices modificados por ele não representavam a realidade do município, principalmente porque a base de apuração era realizada pelo índice defasado e desatualizado do IBGE;

- Conforme processos administrativos em anexo, o defendente atualizou os diagnósticos de bacias de esgotamento, realizando vistorias locais e trabalhos de campo, verificando e combatendo, dentre outros problemas, a destinação irregular do esgoto no Rio Itapemirim, tendo ainda notificado ao Poder Executivo acerca da necessidade de alteração do 9º Termo Aditivo e modificação do PMAE, medidas essas que fogem à sua competência pois são atos discricionários do Chefe do Poder Executivo e que envolvem o juízo de conveniência e oportunidade;

- Para alteração do PMAE fez-se necessário a contratação de empresa por meio de licitação pública, que somente foi concluída em 14/11/2019, após diversas reuniões realizadas pelo Conselho Municipal de Saneamento com o Município e a AGERSA, conforme Anexos IV e V;

- Em 2017 atuou em ações de fiscalização direta e indireta que foram documentadas por meio de relatórios de fiscalização (11 relatórios), de vistoria (47 relatórios), de acompanhamento de obras (45 relatórios) e 25 relatórios de atendimento de ouvidoria, que seguem anexos à defesa, conforme demonstrado na audiência pública realizada na Câmara Municipal (Anexo VII);

- Imperioso destacar que a concessionária em momento algum descumpriu os termos contratuais pactuados, e, ainda que os servidores da AGERSA tenham participado em agosto de 2016 do “Diagnóstico das Práticas de Auditorias e Certificação das Informações do SNIS”, é fato incontroverso que a metodologia para auditoria e a certificação de informações do SNIS somente foi instituída em 12/12/2018 pela Portaria 719/2018 do Ministério das Cidades (Anexo IX), após o término da sua gestão;

- Postula, ao final, a possibilidade de realização de sustentação oral, bem como a produção de prova pericial, contábil e documental suplementar que se fizer necessária.

O Sr. **Vanderley Teodoro** alegou, em suma:

- A suspensão da divulgação e aferição das informações operacionais fornecidas unilateralmente pela concessionária não pode ser considerada uma irregularidade, pois visava evitar a publicidade de informações potencialmente não fidedignas aos usuários nos relatórios trimestrais de desempenho, bem como formular nova metodologia destinada a corrigir distorções nos mecanismos de monitoramento das metas do contrato de concessão para o cálculo dos indicadores de desempenho;

- O trabalho realizado no processo 31248/2019 foi ato fiscalizatório relevante, pois apurou diferenças significativas nos percentuais do índice de coleta de esgoto, no 1º trimestre/2018 (a), em que a concessionária calculou 98,32% e a AGERSA 94,33%, sendo o índice de tratamento de esgoto (b), em que a concessionária calculou 98,15% e a AGERSA 83,04%;

- Tais diferenças decorrem do fato de a concessionária usar a taxa de habitantes por domicílio referente ao Censo IBGE/2010 e a AGERSA a taxa

projetada para 2018 pelo Plano Municipal de Água e Esgoto – PMAE, que teve por base as projeções populacionais do IBGE, as quais, segundo a concessionária apresentaram variações nos anos de 2012 e 2013, invalidando as projeções feitas no PMAE;

- Em razão dessas divergências foi realizada em 13/9/2018, reunião com a concessionária, em que ficou deliberada “a apresentação por parte dela, de sugestão de reformulação do cálculo dos índices; a determinação de suspensão de apresentação dos valores dos índices no relatório trimestral até a resposta do IBGE aos questionamentos feitos pela concessionária a respeito da atualização da taxa de habitantes por domicílio; a apresentação de informações operacionais de esgoto tratado e água consumida”;

- Conforme Ofício BRK/GOP 27/2019, verificou-se informação do IBGE de que a atualização dos referidos dados somente ocorrerá em 2020 com o novo Censo, devendo-se utilizar até então, os dados relativos ao Censo/2010, tendo a concessionária complementa tais declarações, ratificando que “podem haver distorções no cálculo dos índices contratuais, vez que as demais informações pertinentes (índice de urbanização, nº de domicílios e taxa de habitantes por domicílio) ainda serão as do Censo/2010”;

- Como resultado da reunião entre a AGERSA e a concessionária em fevereiro/2019, apurou-se que o índice de esgoto tratado em relação ao volume de esgoto coletado, de acordo com o indicador IN016 do SNIS para os anos de 2015 a 2018 foi de 81%, 72%, 73% e 91%, respectivamente, percentuais inferiores aos informados pela concessionária, o que se explica pelo fato de que o indicador IN016 do SNIS considerar no cálculo o volume total de esgoto coletado, diferentemente do índice previsto no 9º Termo Aditivo ao Contrato 29/98, que considera somente o volume de esgoto coletado nas economias residenciais;

- A AGERSA vem desde 2016 desenvolvendo metodologia de regulação/fiscalização com base no Projeto Acertar, de iniciativa da Associação Brasileira das Agências Reguladoras – ABAR, com vistas a modificar a metodologia de avaliação de desempenho no contrato de concessão 29/98, o que sequer foi considerado pela equipe de auditoria;

- A equipe de auditoria não considerou, ainda, que a suspensão do envio das informações operacionais no relatório de desempenho da concessionária era momentâneo até a resposta do IBGE. Não existindo omissão ou negligência a sustentar o achado de auditoria, senão a proposta de uma nova metodologia para assegurar o efetivo controle das informações operacionais enviadas pela concessionária;

- Sustentou que sua conduta não deu causa à deficiência da fiscalização regulatória do serviço de saneamento, vez que não houve omissão ou negligência no controle das informações operacionais do serviço de saneamento, ou conduta voluntária que comprometesse a regulação dos serviços, requerendo, por isso, o afastamento de aplicação de penalidade contra a sua pessoa;

- Alegou, por fim, que não há razoabilidade em responsabilizar um gestor que, com intenção de demonstrar diligência e competência, buscou implementar nova metodologia de controle das informações reguladas, cuja conduta não causou qualquer prejuízo ao serviço público prestado e que o cálculo dos índices de atendimento foi depois retomado pela AGERSA com base em novos parâmetros regulatórios por ele concebidos, que traduzem com mais fidedignidade o atendimento do serviço de saneamento.

O subscritor da Instrução Técnica Conclusiva - ITC 00765/2020-1 sugeriu a manutenção da irregularidade, com aplicação de multa aos responsáveis, contra argumentando, em síntese, o seguinte:

- A AGERSA demorou 14 meses (mais de ano) para autuar o processo 54-31248/2018 visando auditar os índices de atendimento calculados pela concessionária, após constar expressamente no relatório de fiscalização de 20/6/2017 da própria AGERSA, a necessidade de tal auditoria, o que configura desídia e negligência no cumprimento das suas atribuições legais;

- A revisão da metodologia de cálculo dos indicadores pactuados no 9º Termo Aditivo ao Contrato 29/98 não justifica a determinação da AGERSA à concessionária para suspender a prestação da informação sobre os índices de atendimento do serviço no Sistema Municipal de Informação, vez que tais dados são fornecidos pela concessionária ao SNIS, que também é de acesso público;

- Tamanha é a gravidade da conduta do Sr. Vanderley que a suspensão da apresentação de relatórios semestrais dos serviços concedidos violou uma obrigação contratual expressa, contida no § 2º, da Cláusula 9º do contrato (transcrito na ITC);

- Assim também entendeu a Diretora Técnica II da AGERSA, Sra. Tatiana Pirovani, em documento datado de 10/5/2019, no qual recomendou que os índices de atendimento do serviço voltassem a ser informados nos relatórios periódicos da concessionária, por força de obrigação contratual.

No referido documento, a Diretora Técnica II assevera, em síntese, que a não prestação dessas informações no relatório do SIMSA é indevida, vez que os índices, mesmo com problemas de confiabilidade e exatidão, são metas aderidas ao contrato de concessão por meio do 9º Termo Aditivo;

- No mesmo sentido, na sequência do processo 54-31248/2018 a Procuradoria Autárquica da Agersa, manifestando-se sobre a recomendação da Sra. Tatiana, emitiu parecer em 6/6/2019, censurando a decisão do Sr. Vanderley de determinar a suspensão da prestação das informações sobre os índices de atendimento dos serviços.

No referido parecer, assevera o parecerista jurídico, em síntese, que é uma contradição in terminis a pretensão de se assegurar o estudo de uma nova fórmula para aferição do índice de coleta e tratamento de esgoto que retrata melhor a realidade desses índices, deixando de cumprir a cláusula primeira do 9º Termo Aditivo, ou seja, na prática não se cumpre mais nada, à medida que a nova fórmula não existe e, por outro lado, por orientação do Diretor Presidente, a aferição desses índices segundo a fórmula existente não está sendo exigida da concessionária.

Conclui o parecerista no sentido de que o princípio da conformidade dos atos ao Direito (princípio da legalidade) exige a conformação dos atos administrativos, comissivos ou omissivos, ao Direito, tal como a norma concreta e individual produzida na cláusula 1ª do 9º Termo Aditivo que vincula, tanto a AGERSA como a concessionária, obrigando, de um lado, a concessionária a fornecer os dados relativos aos índices de coleta e tratamento de esgoto, quanto à AGERSA, de outro lado, na aferição concreta desses índices, tal como pactuado;

- Conforme as palavras do Sr. Wilson Carlos, a AGERSA não tem poderes para modificar a cláusula do contrato firmado pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, entendimento que se aplica também ao Sr. Vanderlei que não poderia, pelas mesmas razões, determinar o descumprimento de cláusula do mesmo contrato. No entanto, o fez, adentrando-se à competência exclusiva do Prefeito Municipal ou de quem ele delegar tal competência formalmente;

- Entende-se que a realização de várias outras fiscalizações pela AGERSA, não é suficiente para afastar o presente achado de auditoria que se detém especificamente à deficiência no controle das informações operacionais, cabendo frisar que o fato de estar em estudo a troca de metodologia de cálculo dos índices de atendimento do serviço não impedia a continuidade da metodologia vigente até que a nova a substituísse, sendo inaceitável a lacuna fiscalizatória havida em decorrência da suspensão da apresentação dos índices de atendimento.

Examinando o Feito, verifico:

- Quanto ao Sr. **Vilson Carlos**, que relata e comprova uma atuação intensa e competente na fiscalização e controle dos termos pactuais do contrato firmado entre a Prefeitura Municipal e a empresa BRK Ambiental, que em função de sua atuação fiscalizatória, houve a geração do relatório de **20/6/2017** (menos de seis meses da sua gestão), indicando a necessidade de auditoria nos índices apresentados pela concessionária nos seus relatórios periódicos.

Porém, por mais que se esforçasse, não houve tempo para a implementação da referida auditoria, ante o seu desligamento da direção da AGERSA em **25/3/2018**.

Mesmo após a abertura do processo e realização da auditoria necessária e sugerida pelo corpo técnico da AGERSA, comprovou-se que a deficiência dos índices apresentados pela concessionária residia exatamente em função do cumprimento do pactuado no 9º Termo Aditivo ao Contrato 29/98, que alterou a metodologia anterior, afirmando o Sr. Wilson Carlos que a concessionária sempre cumpriu fielmente os termos contratuais pactuados.

Em assim sendo, **entendo deva ser afastada a sua responsabilização** quanto a este indicativo de irregularidade, bem como a de aplicação de multa ao mesmo.

- No tocante ao Sr. **Vanderley Teodoro**, constato da Ata nº 14/2018 da reunião realizada em 13/9/2018, entre a AGERSA e concessionária – BRK Ambiental, para discutir sobre o cálculo dos índices de atendimento dos serviços de coleta e tratamento de esgoto, informados nos relatórios parciais e no SNIS, quando ficou acertado entre as partes o seguinte:

1. Apresentação pela BRK Ambiental de sugestão de cálculo e apresentação dos dados de atendimento;

2. Não envio dos índices de atendimento no relatório trimestral até que o IBGE retorne ao questionamento feito pelo prestador de serviços;

3. Identificar as variações que influenciam no cálculo do índice de tratamento de esgoto para que, posteriormente, seja avaliada a manutenção dos dados no contrato para fins de cumprimento/acompanhamento de metas de atendimento, bem como sua publicidade;

4. Apresentação da evolução do percentual de esgoto tratado na ETE sobre o quantitativo de água consumida, considerando 80% de retorno.

5. Fica alinhado o prazo de 30 (trinta) dias para envio das informações.

Constato da documentação constante dos autos que a concessionária informa à AGERSA, através do Ofício 27/2019, de 4/1/2019, a resposta do IBGE aos seus questionamentos e ratifica a possibilidade de continuação das distorções ocorridas e solicita o seu posicionamento a esse respeito, afirmando que a divulgação dos índices continua suspensa por hora.

Na data de 10/5/2019 a Diretora Técnica II, Tatiana Pirovani, que estivera presente à reunião de 13/9/2018, por orientação do próprio Diretor Presidente, formulou consulta à Procuradoria Jurídica da Autarquia, apresentando sua preocupação e entendimento de que a determinação de suspensão da apresentação dos índices nos relatórios periódicos, ainda que temporariamente, representava

descumprimento de cláusula contratual pactuada, bem como as consequências negativas de tais ocorrências para o controle e fiscalização da AGERSA.

O parecer jurídico exarado em 6/6/2019 foi no sentido de que a determinação de suspensão de apresentação dos índices de atendimento dos serviços nos relatórios periódicos se constitui em ofensa ao princípio da legalidade, ou seja, da conformidade do ato ao Direito.

Complementou o subscritor da Instrução Técnica Conclusiva - ITC 00765/2020-1 com a afirmativa de que **o ato praticado pelo Diretor Presidente da AGERSA extrapolou o seu limite de competência, adentrando-se à seara administrativa do Prefeito Municipal, que assinou o contrato, que ele, o dirigente da AGERSA determinou o descumprimento.**

De fato, o ato praticado pelo Diretor da AGERSA EXTRAPOLOU SUA COMPETÊNCIA, além de violar o princípio da conformação ao direito, de maneira que a irregularidade se mantém.

Em sede de sustentação oral, o patrono do Sr. Vilson Carlos rememorou os argumentos iniciais já lançados, especificamente sobre este item, com aproveitamento ao Sr. Vanderley, na forma do artigo 324 da Resolução TC 261/2013, tendo a área técnica examinado suas razões de defesa e concluído por manter o entendimento anterior, contra argumentando em síntese:

- Verifica-se que os argumentos trazidos em sede de sustentação oram apenas expressam a discordância do defendente ou repetem argumentos já trazidos e analisados, não trazendo novos elementos/documentos técnicos, jurídicos ou argumentativos que possam alterar as conclusões firmadas pelo corpo técnico desta Corte de Contas.

Examinando as notas taquigráficas inserida nos autos, tenho que assiste razão à área técnica quanto à ausência de novos elementos/documentos que alterem os termos da análise anterior. Concluo, no entanto, com base na defesa inicial apresentada pelo gestor, na forma adiante explanada.

Ante todo o exposto, **acolho parcialmente o entendimento técnico** adotado parcialmente pelo Órgão Ministerial, e **mantenho o presente indicativo de**

irregularidade, bem como a responsabilização do **Sr. Valderley Teodoro de Souza, afastando, no entanto,** a responsabilização do **Sr. Vilson Carlos Gomes Coelho,** além de expedir a **determinação** sugerida pelo *Parquet* de Contas, conforme razões antes indicadas.

4. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, acompanhando parcialmente a área técnica e o Ministério Público Especial de Contas, proponho **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a minuta de **ACÓRDÃO** que submeto à sua consideração.

MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator

1. ACÓRDÃO TC-326/2021-7

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. REJEITAR a Preliminar de “ausência de justa causa” suscitada pelo Sr. **Vanderley Teodoro de Souza,** bem como a **Prejudicial de mérito de Decadência,** suscitada pelo Sr. **Vilson Carlos Gomes Coelho,** em face das razões expendidas no item 2, subitens 2.1 e 2.2 desta decisão;

1.2. MANTER os seguintes indicativos de irregularidades: **A1 (Q1) – Deficiência de controle de informações;** **A2(Q3) – Planejamento insuficiente da manutenção das estações de tratamento de esgoto, das estações de tratamento de água, e das estações elevatórias de esgoto;** e **A3(Q4) – Fiscalização deficiente da manutenção das estações de tratamento de esgoto, das estações de tratamento de água, e das estações elevatórias de esgoto;** **sendo as duas últimas sem aplicação de multa,** em face das razões antes expendidas;

1.3. APLICAR multa, no valor de **R\$ 3.000,00**, ao Sr. **Vanderley Teodoro de Souza** – Diretor Presidente da AGERSA – Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim, com fulcro no artigo 135, inciso II, da Lei Complementar Estadual 621/2012, em razão da manutenção do indicativo de irregularidade tratado no item **3.1 desta decisão: A1(Q1) –DEFICIÊNCIA DE CONTROLE DE INFORMAÇÕES OPERACIONAIS (item 5.1 – ITC)**, conforme as razões ali expendidas;

1.4. EXPEDIR as seguintes **DETERMINAÇÕES** ao atual Diretor Presidente da AGERSA, ou a quem vier sucedê-lo no sentido de que:

1.4.1. Promova imediatamente, caso ainda não o tenha feito, o **retorno ao *status quo***, do cumprimento do disposto no **9º Termo Aditivo ao Contrato 29/1998** firmado entre a Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim e a empresa concessionária, BRK Ambiental, **comunicando tal procedimento a este Tribunal de Contas no prazo de 30 (trinta) dias**, a contar do dia seguinte ao da disponibilização do Acórdão prolatado nesses autos, sob pena de aplicação de multa, no caso de descumprimento desta determinação (**item 3.1 desta decisão**);

1.4.2. Estabeleça prazo para que a BRK Ambiental, ou quem fizer as vezes, elabore Plano de Manutenção dos bens imóveis reversíveis da concessão, formalizada através do Contrato 29/1998, em conformidade com as normas técnicas aplicáveis, nos termos da fundamentação contida no item 5.2 da ITC 765/2020;

1.4.3. Promova imediatamente o saneamento das impropriedades apontadas no item 5.3 da ITC 765/2020, de modo a: 1. Realizar a fiscalização da manutenção das edificações reversíveis da concessão através de agente habilitado para tal finalidade; e 2. Manter em seus arquivos, memorial de acompanhamento sistemático das edificações reversíveis da concessão operadas pelo prestador de serviços, em conformidade com as normas técnicas aplicáveis;

1.5. DETERMINAR à SEGEX – Secretaria Geral de Controle Externo que promova o monitoramento das determinações antes expedidas, dando-se ciência ao Relator dos autos quanto às medidas adotadas;

1.6. ENCAMINHAR os autos ao Ministério Público Especial de Contas, após o trânsito em julgado, para acompanhamento e providências quanto ao cumprimento do decidido;

1.7. DAR CIÊNCIA aos interessados e **ARQUIVAR** os presentes autos após o respectivo trânsito em julgado.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 26/03/2021 – 14^a Sessão Ordinária da 1^a CÂMARA

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente) e Rodrigo Coelho do Carmo.

4.2. Conselheiro Substituto: Marco Antonio da Silva (relator/ em substituição).

5. Fica o responsável obrigado a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.

CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator/em substituição

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões