



Acórdão 00400/2021-5 - 1ª Câmara

Processo: 06539/2017-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMPC - Prefeitura Municipal de Pedro Canário

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Representante: MINISTERIO PUBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO

Responsável: ANTONIO WILSON FIOROT, RENATA LIMA RAMPINELI, MAR & SOL
SERVICOS DE CONSTRUCAO CIVIL EIRELI, SEBASTIAO TEIXEIRA DE SOUSA

Procurador: FELIPE OSORIO DOS SANTOS (OAB: 6381-ES)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE
PEDRO CANÁRIO – DECLARAR A PRESCRIÇÃO
DA PRETENSÃO PUNITIVA – ACOLHER RAZÕES
DE JUSTIFICATIVAS – DAR CIÊNCIA - ARQUIVAR.**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE
MACEDO:**

1 RELATÓRIO

Tratam os autos de representação protocolizada neste tribunal em **08/03/2017**, e autuada em **30/08/2017**, a partir do Ofício Externo 0690/2017-2 (fls. 02 da peça 02), pelo qual a Procuradoria de Justiça Geral de Pedro Canário (PGPC/MPEES), na pessoa do Promotor de Justiça, Claudeval França Quintiliano, encaminhou ao MPEC/ES, mídia digital contendo cópia do Inquérito Civil – MPES 206.005.5604-26, seguida de cópia da Ação Civil Pública Ambiental com pedido de tutela provisória (fls. 03/31 da peça 02), por atos de improbidade administrativa c/c ressarcimento por

dano, bem como por dano moral coletivo, em face de Antônio Wilson Fiorot, Sebastião Teixeira de Sousa, Mar e Sol Serviços de Construção Civil Ltda - EPP e Renata Lima Rampinelli, ambos processos que tramitam nas vias judiciais envolvendo a Prefeitura Municipal de Pedro Canário (PMPC).

O presente processo foi autuado como Representação, em razão da manifestação do Ministério Público Especial de Contas, nos termos da **Decisão em protocolo 0422/2017-3** (fls. 01/03 da peça 03):

[...] O Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, no exercício de suas atribuições institucionais, encaminha o expediente recebido por esta Procuradoria de Contas mediante o qual o Ministério Público do Estado do Espírito Santo apresenta Ação Civil Pública cumulada com ressarcimento em face do Chefe do Poder Executivo da Prefeitura de Pedro Canário e outros, atinente a **possíveis irregularidades no Procedimento Licitatório 321/2015**, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em engenharia civil, prestação de serviços, na execução de obras de drenagem e pavimentação de ruas, 1ª etapa do Bairro Leonório, neste município, com fornecimento de mão de obra, materiais, bloquetes tipo pavimentos, meios-fios, areia, maquinário, equipamentos e outros necessários para completa execução da obra de drenagem e pavimentação e **Contrato Emergencial 006/2015**, para prestação de serviços na execução de obras em caráter emergencial de escoamento das águas fluviais, naquele município, com equipamentos.

Tendo em vista que os elementos de informações ofertadas **reportarem-se à notícia de fato sujeitas à tutela constitucionalmente exercida por esta Corte de Contas**, o Parquet encaminha o referido expediente no intuito de que as ocorrências narradas sejam recebidas como **Representação**, nos termos legais e regimentais e, ato seguinte, analisadas pela área técnica, tendo em vista a existência dos elementos mínimos para admissibilidade conforme prescreve o artigo 177 c/c artigo 182, § 2º, do Regimento Interno desse Sodalício e artigo 94 c/c artigo 99, parágrafo único, da Lei Complementar 621/2012.(grifamos) [...]

Assim, estes autos foram encaminhados à SEGEX que, ao analisar os fatos, elaborou a **Manifestação Técnica 324/2018-8** (fls. 01/09 da peça 07), apresentando a seguinte proposta de encaminhamento, cujos termos foram acolhidos pelo MPCEES, no **Parecer MPC n. 2044/2018-1** (fls. 01 da peça 12):

[...] 5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Verificados os requisitos de admissibilidade, ressalvando a competência do relator, e a existência de processo judicial com vistas a ressarcimento dos danos, sugere-se ao Conselheiro Relator:

- Não conhecer a representação, visto que tramita processo judicial na Vara Única de Pedro Canário, sob o número 0000207-51.2017.8.08.0051, que objetiva o ressarcimento do dano, sob pena de ferir o *non bis in idem*, e evitar dispêndio de recursos humanos e financeiros por parte deste Egrégio Tribunal em ação que visa atingir ao mesmo objetivo da ação civil que é o ressarcimento do dano promovido;

- Dar ciência ao representante e ao Procurador de Contas;

- Arquivar os autos.

[...]

Entretanto, o relator, em função de entendimento diverso ao da Secex-Engenharia e ao do MPE/CES, votou pela admissibilidade e reenvio dos autos à área técnica para nova instrução, conforme consta no **voto n. 2882-2018-8** (fls. 01/09 da peça 16):

(...)

Diante do exposto, à luz dos entendimentos sedimentados pelo TCU e pelo STF, e, ainda, em face do princípio da independência das instâncias segundo o qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas (cível, criminal e administrativa) e da [...] competência privativa dos Tribunais de julgar as contas dos responsáveis pela aplicação dos recursos públicos, conforme disposto no artigo 71 c/c 75 da Constituição Federal, pelo art. 71 da Constituição Estadual, pelo art. 1º da Lei Complementar nº 621/2012, e tendo sido observados todos os requisitos de admissibilidade da representação previstos no artigo 177 do RITCEES, conheço da representação e o remeto para o prosseguimento do feito.

3 DECISÃO

3.1 CONHECER da Representação com amparo no caput e § 2º do art. 94 c/c § 2º do art. 99 da LC 621/12, já que atendidos os requisitos formais de admissibilidade, na forma dos artigos 94 c/c o artigo 99, § 2º, da Lei Complementar nº 621/2012,

3.2 ENCAMINHAR o processo à Secretaria Geral de Controle Externo - SEGEX para remessa ao setor competente para instrução.

(...)

No mesmo sentido, a 1ª Câmara deste Tribunal exarou a **Decisão n. 1937/2018-3** (fls. 01/10 da peça 29), em **15/08/2018**, acolhendo a proposta do relator, por unanimidade, razão pela qual os autos retornaram primeiramente à SEGEX, em **23/08/18**, conforme **Despacho 44157/2018-8** (fls. 01 - peça 30) e, posteriormente, em **27/08/2018**, à Secretaria de Controle Externo de Engenharia e Meio Ambiente - Secex Engenharia, para a devida instrução do feito, com exame dos indícios de provas contidos no Inquérito Civil 2016.005.5604-26, encartado na mídia digital, nos termos do **Despacho 44735/2018-8** (fls. 01 da peça 31).

Em sede da nova **Manifestação Técnica – MT 02688/2020-1** (fls. 01/132 da peça 32), a área técnica apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

(...)

4 PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO:

Em presença das irregularidades descritas nos itens 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5 e 2.2.6 desta manifestação, e em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sugere-se a esta Corte de Contas:

1.CITAR os responsáveis individuais e/ou solidários descritos nos quadros adiante, nos termos do artigo 207, inciso I c/c artigo 389, inciso II, do RITCEES, para que possam, no prazo de trinta dias, apresentar, individual ou coletivamente, alegações de defesa, bem como documentos que entenderem necessários:

(...)

2.Considerando que, ainda não tenha havido identificação e citação válida de algum responsável, após o prazo de 5 anos desde a suposta irregularidade, para as possíveis irregularidades apontadas nos itens 2.2.1 e 2.2.2, sugere-se pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, com base no art. 373 do RITCEES c/c art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012.

Propõe-se, alternativamente, a inclusão destas (e também, das irregularidades para as quais a citação é proposta) no banco de dados gerido por este Tribunal (consoante com o teor do inciso II, dos §§ 3º e 4º, do art. 177-A do RITCEES, incluídos pela emenda regimental 11/2019), para referenciar futuros procedimentos fiscalizatórios neste e em outros jurisdicionados.

3.Sugere-se ainda, considerando que encontram-se contidas neste processo, além da presente Manifestação (com efeito de Instrução Técnica Inicial, conforme artigo 316 do RITCEES, pela utilidade para a citação dos responsáveis indicados), Mídia Digital/CD (contendo cópia do Inquérito Civil MPEES 206.005.5604-26), encaminhada à este Tribunal pelo Promotor de Justiça Claudeval França Quintiliano (PGPC/MPEES), a remessa de cópia da referida Mídia Digital/CD, juntamente com o Termo de Citação, a fim de subsidiar a ampla defesa e o contraditório à presente Manifestação Técnica/Instrução Técnica Inicial.

Em sequência, foi elaborada a **Instrução Técnica Inicial – ITI 149/2020**, em 20/08/2020, (fls. 01/04 da peça 33), acompanhada de anexos com a documentação de suporte, encartados às peças 34 a 67 (mídias digitais).

Devidamente citados, conforme Termos de Citação ns. 441 e 442 de 2016 (peças 69 e 70), os responsáveis apresentaram suas respectivas justificativas.

No que diz respeito ao senhor Antônio Wilson Fiorot, sua defesa foi acostada às fls. 01/12 da peça 75, acompanhada de documentos probatórios, encartados às peças 76 a 80, na qual, não somente traz argumentos sobre o mérito, como também alega a preliminar de prescrição administrativa.

Na defesa do senhor Sebastião Teixeira de Souza, acostada nestes autos às fls.02/06 da peça 85, em conjunto à documentação de provas (peça 86), foi arguida matéria preliminar de ilegitimidade passiva, em relação ao projeto básico deficiente,

bem como alegou a ausência de irregularidade nos fatos a ele imputados, em razão do regime de execução impróprio e o projeto básico deficiente.

Encaminhados os autos a área técnica, essa elaborou a **Instrução Técnica Conclusiva 5327/2020** (peça 91), opinando pela declaração da prescrição da pretensão punitiva, com o acolhimento das razões de defesa do senhor Sebastião Teixeira de Souza e conseqüente arquivamento dos autos.

No mesmo sentido opinou o Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Excelentíssimo Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva (**Parecer do Ministério Público de Contas 738/2021** – peça 95).

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando acuradamente os autos, verifico que o feito se encontra devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Ratifico integralmente o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, para **tomar como razão de decidir a fundamentação exarada na Instrução Técnica Conclusiva 5327/2020**, abaixo transcrita:

3 ANÁLISE DAS IRREGULARIDADES

3.1 – DA PRELIMINAR ARGUIDA

3.1.1 – Da prescrição administrativa

Analisando os presentes autos, verifica-se que na defesa do senhor Antônio Wilson Fiorot, às fls. 01/12 da peça 75, consta alegações quanto à consumação da prescrição administrativa, tendo em vista a regra contida no art. 373 da Resolução TC 261/2013 e art. 71 da Lei Complementar n. 621/2012 (Regimento Interno e Lei Orgânica deste Tribunal).

Também no item 2 da ITI 149/2020, verifica-se que já na peça citatória, datada de 20/08/2020 (fls. 01/04 da peça 33), foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal no caso em exame, conforme abaixo reproduzido:

2. Considerando que, ainda não tenha havido identificação e citação válida de algum responsável, após o prazo de 5 anos desde a suposta irregularidade, para as possíveis irregularidades apontadas nos itens 2.2.1 e 2.2.2, sugere-se pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, com base no art. 373 do RITCEES c/c art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012;

Propõe-se, alternativamente, a inclusão destas (e também, das irregularidades para as quais a citação é proposta) no banco de dados gerido por este Tribunal (consoante com o teor do inciso II, dos §§3º e 4º, do art. 177- A do RITCEES,

incluídos pela emenda regimental 11/2019), para referenciar futuros procedimentos fiscalizatórios neste e em outros jurisdicionados.

Pois bem. No exercício do poder punitivo por esse Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, a matéria encontra-se regulada pela Lei Complementar nº 621/12, cujo art. 71 estabelece prescrição de 05 (cinco) anos nos feitos ao cargo da Corte de Contas, ressalvado o prejuízo ao erário, cuja verificação e adoção de medidas não prescreve, na forma do § 5º do art. 71 da LC nº 621/12, que se encontra em consonância com o § 5º do art. 37 da CRFB/88.

Para o fim de se estabelecer a prescrição da pretensão punitiva, deve-se precisar qual seria o seu marco inicial, conforme a legislação supracitada, nesse sentido importante lembrar que os presentes autos versam sobre representação, aplicando-se, portanto, o inciso II do § 2º do art. 71 da LC nº 621/12, que prevê como data inicial da contagem do prazo prescricional **a da ocorrência do fato**, *in verbis*:

Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

(...)

§ 2º Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:

(...)

II - da ocorrência do fato, nos demais casos.

Em se tratando das irregularidades relacionadas ao **Edital da licitação – Concorrência 01/2015** (itens 2.2.1 e 2.2.2), considera-se a data inicial da contagem para o prazo prescricional, a data na qual foi assinado, em 03 de fevereiro de 2015, conforme verificado às fls. 10/33 da peça 46, **restando prescritas em fevereiro de 2020** as seguintes irregularidades:

2.2.1 Edital de licitação com cláusulas ilegais e impertinentes, prejudiciais à competitividade do certame 1:

(Visita técnica conjunta, apresentação de comprovante de comparecimento fornecido pelo órgão licitante e exigência de apresentação antecipada de garantia da proposta (art. 3º, caput e §1º, inciso I, § 3º, da Lei nº 8.666/93)

2.2.2 Edital de licitação com cláusula restritiva e potencialmente direcionadora 2:

(Exigência de capacitação técnico-operacional como condição de habilitação (inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, art. 30, § 2º da Lei nº 8.666/93 e inciso I do § 1º do art. 3º da Lei Federal 8.666/1993)

Responsáveis: Membros da Comissão Permanente de Licitação – nomeados através da Portaria PMPC n. 08, de 04/01/2015 (peça 43, fls.15): Almir Vasconcelos Neves (Presidente), Lídia Oliveira da Cunha, Alex Nascimento e Zenaide de Jesus Gonçalves.

Conduta: fazer constar em edital/(elaborar edital com) cláusula com potencial de restringir a competitividade do certame, por restritiva e potencialmente direcionadora.

Nexo: o estabelecimento de exigência de capacitação técnico-operacional como condição de habilitação, como condição de participação no certame, além de ilegal (posto que vetado o dispositivo legal que o pudesse permitir) não tem o condão de evitar atrasos e reduz a competitividade do certame.

No que se refere ao **projeto básico**, constata-se que o mesmo foi datado de 19/12/2014 (fls. 07/28 da peça 41), restando prescritas em **dezembro de 2019**, portanto, as seguintes irregularidades dele decorrentes:

2.2.3 Edital de licitação com projeto básico deficiente (inciso IX e alíneas a, b, e, f do art. 6º da Lei n. 8.666/93)

2.2.4 Edital de licitação com regime de execução inadequado/impróprio, incompatível com projeto básico deficiente (inciso VIII, alínea a e IX do art. 6º, art. 7º, § 2º, inciso I e, art. 47 da Lei Federal n. 8.666/93)

Responsável: Sebastião Teixeira de Sousa (responsável técnico pelo projeto básico, conforme escopo do Contrato n. 15/2015; Secretário de Obras e Serviços Urbanos do Município de Pedro Canário (no período de 05/11/2014 até o término da obra dos Contratos PMPC n. 15/2015 e PMPC n. 005/2016 (emergencial), em agosto de 2016).

Conduta: Sendo um dos responsáveis pelo projeto básico, elaborado por sua própria empresa, posteriormente vindo a ser o titular da Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos e fiscal do contrato.

Ainda para cômputo do prazo prescricional, em se tratando de deficiência na fiscalização do contrato, considera-se o período do início ao fim da execução contratual, sendo o marco inicial contado da assinatura dos contratos (**Contrato n. 15/2015**, assinado em **17 de março de 2015** – fls. 21/35 da peça 35 até fls. 01/03 da peça 36 e **Contrato emergencial n. 05/2016**, assinado em **09 de março de 2016** – fls. 32/43 da peça 39 até fls. 03/04 da peça 40).

Considerando a vigência do contrato n. 15/2015, que foi fixada em 9 meses, nos termos do item contratual 5.1.4 (fls. 01/03 da peça 36), constata-se que sua execução foi realizada ao longo do exercício de 2015, **no período de 17/03/2015 até 17/12/2015**, o que resulta na prescrição administrativa a ser deflagrada **em 17/12/2020**.

No que diz respeito ao contrato emergencial n. 05/2016, cuja vigência foi fixada de 180 dias para sua execução, computa-se o prazo de prescrição a partir da ordem de serviço (fls. 37 da peça 67), datada de 12/04/2016, e que se estende até 12/10/2016, e nesse sentido a irregularidade abaixo descrita viria a prescrever em **12/10/2021**:

2.2.5 Fiscalização Deficiente (art. 67, caput e §§ 1º e 2º, da Lei Federal n. 8.666/93)

Responsável: Sebastião Teixeira de Sousa (responsável indicado para a fiscalização dos Contratos PMPC n. 15/2015 e PMPC n. 005/2016, além de outros daquele município); Secretário Municipal de Obras e Serviços Urbanos do Município de Pedro Canário (de 05/11/2014 até o término da obra dos Contratos PMPC n. 15/2015 e PMPC n. 005/2016, em agosto de 2016)

Conduta: Sendo o responsável pela fiscalização do Contrato PMPC n. 015/2015, não reportar/registrar possível atraso detectado na execução da obra, dificultando assim as providências para a sua regularização.

Nexo: Ao não reportar/registrar possível atraso na execução da obra a contratada providenciar a regularização do andamento da obra, dificultou a tomada de providências para a sua regularização, agindo com liberalidade para com o particular (prática vedada no serviço público por ofensa ao princípio da impessoalidade). Conforme discutido no item anterior (2.2.4), extrai-se do Cronograma Físico Financeiro (Anexo XI do Edital da Concorrência PMPC n. 001/2015, copiado retro naquele mesmo item) que a etapa de Drenagem foi programada para ser executada imediatamente, a partir do primeiro mês da obra (efetivamente iniciada em abril de 2015), com duração prevista para 7 meses.

Por derradeiro, a irregularidade decorrente da “**designação de fiscal**” do contrato n. 15/2015, conforme indicado na peça inaugural desta representação (fls. 04 da peça 32):

(...)

Restou apurado, ainda, que o requerido SEBASTIÃO TEIXEIRA DE SOUSA solicitou a abertura de procedimento licitatório, **além de ter sido responsável pela fiscalização da obra e atestar a execução do serviço**. Portanto, considerando-se que se trata de pessoa com conhecimento técnico, deveria, no mínimo, comunicar imediatamente ao município eventuais falhas, ilegalidades ou irregularidades na execução da obra para que a municipalidade adotasse as providências necessárias, o que não foi feito.

Não bastasse isso, a empresa CONSTROI CONSTRUTORA EMPREENDIMENTOS LTDA (contratada emergencialmente pelo município), cujo sócio administrador é o requerido SEBASTIÃO TEIXEIRA, ficou responsável pela elaboração do projeto executivo e cotação de preço. Assim, tinha pleno conhecimento da obra que estava sendo executada. (g.n.)

A irregularidade supracitada corresponde ao **item 2.2.6 da MT 2688/2020**, e teria como início do prazo prescricional contado a partir da designação do senhor Sebastião Teixeira de Sousa para fiscalização do contrato n. 15/2015:

2.2.6 - Designação inadequada de representante da administração para exercer a função de fiscal do contrato n. 015/2014 (art. 67, caput e §§ 1º e 2º, da Lei Federal n. 8.666/93 e princípio da impessoalidade (caput do art. 37 da CF 88 e art. 3º da Lei 8.666/1993)

Responsável: Antônio Wilson Fiorot - prefeito municipal de Pedro Canário (01/01/2013a 31/12/2016)

Conduta: Designar Sebastião Teixeira de Sousa para fiscalizar o Contrato 15/2016 (tendo o nomeado anteriormente como Secretário de Obras e Serviços Urbanos, condição na qual já havia sido responsável por avaliar e encaminhar, para subsidiar o respectivo procedimento licitatório, o projeto básico e outros elementos instrutores (elaborados por empresa na qual aquele era sócio, no ano de 2014).

Nexo: Não respeitar, na designação do representante da administração para fiscalizar os contratos, o princípio da segregação de funções, bem como o princípio da impessoalidade, num claro abuso das funções de confiança (chefia e assessoramento), empregando seus eventuais ocupantes para o desempenho de funções finalísticas, criando para este caso, situação de evidente conflito de interesses do indicado.

Sobre este tópico de irregularidade, alegou o senhor Antonio Wilson Fiorot (fls. 01/12 da peça 75), em sua defesa, que o ato de designação para fiscalização do referido contrato tinha como respaldo o Decreto n. 218, de 17/11/2016 (fls. 01 da peça 77) e o Decreto n. 113, de 17/03/2015 (fls. 01 da peça 78).

Entretanto, compulsando os decretos encartados pela defesa, constata-se que em ambos não consta a designação do senhor Sebastião Teixeira de Sousa, como fiscal do contrato n. 15/2015.

Ao invés da designação deste servidor, através do Decreto n. 113/2015 foram designadas comissões para a fiscalização de diversos contratos de drenagem e pavimentação (contratos ns. 015/2015 -1ª etapa do bairro Leonório, 016/2015 - das ruas de Cristal do Norte e 019/2015 -1º etapa do bairro Boa Vista), inclusive, o contrato em questão.

Além disto, o Decreto n. 218/2016 trata da execução das obras da Reforma do Mercado Municipal referente ao contrato 037/2016.

Assim, importa reprimir que, apesar do Decreto n. 113, de 17/03/2015 ter como uma das finalidades a fiscalização do contrato 15/2015, com a designação de uma comissão para tanto, não consta a designação específica do fiscal em comento, senhor Sebastião Teixeira de Sousa.

Nesse passo, não havendo nestes autos outro instrumento legal nomeando formalmente o mencionado fiscal para atuar nos dois contratos, conforme arguido nesta representação e acolhido pela área técnica (CT 15/2015 e CT emergencial 05/2016), e sendo este ato de designação o cerne da irregularidade disposta no **item 2.2.6 da manifestação técnica – MT 2688/2020-1** (fls. 01/132 da peça 32), resta na sua omissão, a ser considerado como marco inicial para o cômputo do prazo prescricional quinquenário, a data do **Decreto n. 113, de 17/03/2015**, que oficialmente designa a comissão para a fiscalização do contrato n.15/2015, vindo esta irregularidade a **prescrever em março de 2020**, se nenhum fator de interrupção ou suspensão tiver ocorrido.

Nessas condições, verificados e informados até então o início da contagem do prazo prescricional, importa considerar a citação válida dos supostos responsáveis, que vem a interromper o prazo prescricional, com a juntada aos autos do Aviso de Recebimento pelos correios.

No caso concreto, a emissão dos Termos de Citação ns. 441 e 442 de 2020 foram datados de 01 de setembro de 2020 (fls. 01/02 das peças 69 e 70), e com o retorno e juntada aos autos da Contrafé 3078/2020 (fls. 01/03 da peça 71) e Certidão n. 2852/2020 (fls. 01 da peça 72), com as quais acusou-se a citação válida do senhor Antonio Wilson Fiorot no dia **14/09/2020**.

Também foi acusada a citação válida do senhor Sebastião Teixeira de Sousa no dia **15/09/2020**, em razão do retorno e juntada aos autos da Contrafé 3079/2020 (fls. 01/03 da peça 73) e Certidão n. 2890/2020 (fls. 01 da peça 74).

Resumindo, entende-se no caso concreto que, já na citação válida dos ora responsabilizados, ocorrida pela ITI 149/2020, **em 14 e 15 de setembro de 2020**, estariam prescritas as irregularidades contidas nos seguintes itens da MTD 2688/2020:

itens 2.2.1 e 2.2.2: considerando as irregularidades atinentes aos termos do Edital, a data inicial da contagem para o prazo prescricional é a data na qual o Edital foi assinado, em 03 de fevereiro de 2015, conforme verificado às fls. 10/33 da peça 46, restando prescritas **em fevereiro de 2020**.

itens 2.2.3 e 2.2.4: considerando as irregularidades referentes ao projeto básico, constata-se que o mesmo foi datado de 19/12/2014 (fls. 07/28 da peça 41), restando prescrita a irregularidade destes tópicos **em dezembro de 2019**;

Item 2.2.6: considerando a irregularidade atinente à designação de fiscal do contrato, seja por ato formal ou não, tem como marco inicial para o cômputo da prescrição, a data do Decreto n. 113, de 17/03/2015, que oficialmente designa a comissão para a fiscalização do contrato n.15/2015, vindo esta irregularidade a prescrever **em março de 2020**.

Há de se reconhecer que o *ius puniendi* estatal, isto é, o direito de punir do Estado, seja em âmbito penal, seja em âmbito administrativo, não pode ser exercido de forma ilegítima e arbitrária, muito menos a destempo, sob pena de violação da segurança jurídica, elemento essencial ao Estado Democrático de Direito.

Efetivamente, certeza e segurança jurídica são valores caros ao Estado Democrático de Direito, que exerce papel de núcleo fundamental na contenção do poder estatal.

Nas palavras de Diogo Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia (2012, p. 20):

(...) é a partir do núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito que se espraiam elevados princípios que são hoje parâmetros essenciais na aplicação do poder punitivo estatal: segurança jurídica, devido processo legal, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, legalidade e tipicidade.

Nesse cenário de limitação do poder sancionador do Estado, a prescrição da pretensão punitiva é instituto que se destina a concretizar o princípio da segurança jurídica (toda

ordem jurídica destina-se a regular comportamentos humanos em sociedade, conferindo assim previsibilidade às relações constituídas entre membros da sociedade e entre Estado e indivíduos), inibindo a possibilidade de o administrado/cidadão se encontrar indefinidamente à mercê do arbítrio estatal. [...]

Portanto, não havendo qualquer causa suspensiva e interruptiva em relação a estes agentes, na forma do art. 71 da LC 621/2012 e do art. 373 do RITCEES, verifica-se restar configurado o fenômeno da prescrição intercorrente, que vem a fulminar a pretensão punitiva desta Corte em relação aos responsáveis apontados pelas irregularidades dispostas nos itens 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4 e 2.2.6 da ITI 149/2020 (fls. 01/04 da peça 33), impedindo-se a imposição de quaisquer sanções, em razão do decurso de mais de 05 (cinco) anos entre os fatos e a citação válida dos defendentes.

Em que pese a confirmação da prescrição administrativa quinquenária que veio a fulminar a pretensão sancionatória deste Tribunal nos casos de irregularidades não sujeitas à ressarcimento, o que ensejaria o afastamento de ditas impropriedades, há indicação de irregularidade não sujeita à prescrição nestes autos, razão pela qual nos cabe ainda continuar no exame dos fatos, sobre o aspecto da responsabilização e questões suscitadas pela defesa, bem como sobre demais aspectos a serem examinados.

Pelo exposto, tendo em vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (prejudicial de mérito), a defesa e posterior análise técnica deverão passar a refutar somente a irregularidade indicada no item 2.2.5 da MT 2688/2020.

3.2 DO MÉRITO:

Como tratado no item antecedente, a prescrição administrativa quinquenária veio a fulminar a pretensão sancionatória deste Tribunal nos casos de irregularidades não sujeitas à ressarcimento - itens 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4 e 2.2.6 da ITI 149/2020 (fls. 01/04 da peça 33), restando para análise de mérito a irregularidade disposta no item 2.2.5 da MT 2688/2020, que se refere à **deficiência na fiscalização** do contrato n. 15/2015, conforme conduta e nexos de causalidade explicitados pela área técnica:

2.2.5 – Fiscalização deficiente (Contrato nº 015/2014)

Responsável: Sebastião Teixeira de Sousa (responsável indicado para a fiscalização dos Contratos PMPC n. 15/2015 e PMPC n. 005/2016, além de outros daquele município); Secretário de Obras e Serviços Urbanos do Município de Pedro Canário (05/11/2014 até o término da obra dos Contratos PMPC n. 15/2015 e PMPC n. 005/2016, em agosto de 2016);

Conduta: Sendo o responsável pela fiscalização do Contrato PMPC n. 015/2015, não reportar/registrar possível atraso detectado na execução da obra, dificultando assim as providências para a sua regularização;

Nexo: ao não reportar/registrar possível atraso na execução da obra a contratada providenciar a regularização do andamento da obra, dificultou a tomada de providências para a sua regularização, agindo com liberalidade para com o particular (prática vedada no serviço público por ofensa ao princípio da impessoalidade).

Sobre este tópico, a área técnica refuta a execução contratual, uma vez que não atendido o cronograma físico financeiro da obra oriunda do contrato n. 15/2015, sem qualquer ressalva por parte da fiscalização contratual, desencadeando uma contratação emergencial para complementação da escadaria de drenagem, parte do serviço e componente da obra contratada e já paga pelo município, senão vejamos:

Conforme discutido no item anterior (2.2.4), extrai-se do Cronograma Físico Financeiro (Anexo XI do Edital da Concorrência PMPC Nº 001/2015, copiado retro naquele mesmo item) que a etapa de Drenagem foi programada para

ser executada imediatamente, a partir do primeiro mês da obra (efetivamente iniciada em abril de 2015), com duração prevista para 7 meses.

Disto resulta, que era esperado que um elemento em particular, dela integrante, a "Descida escalonada", mesmo que sua execução tivesse sido planejada para ocorrer ao final daquele mês período, deveria estar concluído, no máximo, até o final de setembro de 2015 (caso não houvesse atrasos no cronograma, ocorrência não reportada ao longo da execução da obra, não havendo qualquer registro a respeito nos arquivos de medições carregados no sistema Geo Obras/TCEES).

Assim, não se justifica a insólita medição reportada anteriormente para este item (de 1% na 1ª MPI), e ausência de atividade até 15 de dezembro de 2015, quando da execução dos derradeiros e únicos 33% registrados deste serviço (provavelmente entre esta data e 14/01/2016, período no qual ocorreram as chuvas que teriam causado, tanto o desabamento parcial daquela estrutura, como a ruptura do maciço de terra à jusante da parte remanescente, conforme demonstram as fotos da época).

Este exemplo, juntamente com os vários itens de serviço que apenas constaram na planilha orçamentária, sem execução, além de reforçar os indícios de deficiência do projeto básico e, conseqüentemente da planilha orçamentária, evidenciam ainda, **deficiências no acompanhamento da obra e prováveis falhas na sua fiscalização** (grifos nossos).

Neste contexto, a área técnica imputou responsabilidade da deficiência na fiscalização do contrato n. 15/2015 ao então Secretário de Obras e Serviços Urbanos, senhor Sebastião Teixeira de Sousa, nomeado em 05/11/14, uma vez que este esteve envolvido na elaboração do projeto básico para a licitação que originou o contrato n. 15/2015 - Concorrência Pública n. 001/2015, e ainda, na fiscalização de obras do município, no ano de 2014, quando então era sócio da empresa prestadora de serviços de engenharia à PMPC, bem como organização e apresentação daquele projeto e demais elementos instrutores da referida Concorrência, sendo também designado, na sequência, para fiscalizar vários contratos daquele município no ano de 2015.

Nestas condições, a equipe de auditoria aponta inobservância ao princípio da segregação de funções:

[...] A segregação de funções consiste na separação das funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização. Para evitar conflitos de interesses, é necessário repartir funções entre os servidores para que não exerçam atividades incompatíveis, como executar e fiscalizar uma mesma atividade.

Deve ocorrer a devida segregação entre as funções de controle e as diversas áreas administrativas. Além disso, a própria área administrativa deve ter sua responsabilidade dividida entre as atividades de finanças, contabilidade, recursos humanos, guarda patrimonial, licitação e entre o empenho, a liquidação (recebimento), o pagamento e a conferência (conformidade).

[...] O fiscal de contrato e seu substituto devem ser designados mediante Portaria, em cumprimento ao disposto no art. 67 da Lei nº 8.666/1993, considerando que os servidores que executam o orçamento não devem ser designados para fiscal de contrato. (Acórdão TCU nº 1.131/2006 -TCU - 1ª Câmara).

Todavia, oportuno destacar que o secretário de obras e serviços urbanos não foi o fiscal especificamente designado pelo município para fiscalizar o contrato sob exame, em atendimento ao art. 67 da Lei n. 8.666/93, conforme alegado em sua defesa:

Além disso, é de salutar importância destacar que a fiscalização do referido contrato não foi exercida somente pelo senhor Sebastião Teixeira de Sousa, ao

contrário, preocupado com a importância da obra e seus impactos na sociedade, bem como a dificuldade de recursos humanos da pequena Prefeitura para enfrentar a hercúlea tarefa, o justificante houve por bem utilizar outros instrumentos de fiscalização concomitante, com a finalidade de proteger o interesse público.

Nesta senda, foi nomeada comissão com participação social para realizar a fiscalização e o acompanhamento das obras de drenagem e pavimentação do Contrato nº 015/2014.

A mencionada comissão acompanhava não apenas a execução do serviço, mas também fiscalizava a justeza do pagamento das medições, por meio da aferição do serviço prestado. Tal assertiva pode ser facilmente comprovada a partir da análise dos **Decretos Municipais nº 113, de 27 de março de 2015; e 218, de 17 de novembro de 2016, os quais são acostados aos autos nesta oportunidade.**

Tem-se, portanto, Douto Conselheiro Relator, que a fiscalização não era realizada apenas pelo então Secretário Municipal de Obras e Serviços Urbanos. Na realidade, ele contribuía com os subsídios técnicos específicos de engenharia civil, mas era a Comissão instituída quem efetivamente fiscalizava a execução dos trabalhos atinentes ao Contrato nº 015/2014.

A fiscalização de um contrato administrativo é um poder-dever da Administração Pública, sendo indispensável o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato por uma pessoa especialmente designada pela Administração, de modo a evitar que a prestação dos serviços contratos ocorresse de modo deficiente, o que poderia ensejar em grave prejuízo para a Administração Municipal.

Neste sentido:

O regime de Direito Administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade de outro contratante.

O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela Administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos.

Foi exatamente visando ao atendimento no disposto 67, da Lei nº 8.666/193, e em razão de ausência de outro servidor devidamente habilitado para desempenhar a função é que houve apenas a designação do Sr. Sebastião Teixeira de Sousa, que também era Secretário Municipal para ocupar o cargo de fiscal, por ser o único com aptidão técnica para tanto (engenheiro civil), mas também foi designada Comissão específica com participação social para realizar a fiscalização e o acompanhamento das obras de drenagem e pavimentação do Contrato nº 015/2014.(grifo nosso)

Na realidade, compulsando os documentos acostados às fls. 01/02 da peça 78, verifica-se que o Decreto n. 113, de 17/03/2015, já citado nesta peça no item antecedente, comprova a alegação da defesa de que houve a nomeação de uma comissão para a fiscalização do contrato n. 15/2015, 1ª etapa de drenagem e pavimentação do bairro Leonório.

Neste cenário, há de se reconhecer que o presente tópico de irregularidade **‘fiscalização deficiente’** - 2.2.5 da ITI 149/2020), está umbilicalmente ligado ao tópico seguinte – item 2.2.6 da ITI 149/2020, que trata da **‘inadequada designação de fiscal do contrato’**.

Assim, por manter a irregularidade disposta no item 2.2.6, total conexão com o item ora analisado (2.2.5), me reporto à defesa daquele tópico, aproveitando dos seus termos, como seguem transcritos:

Segundo a equipe de auditoria naquele tópico 2.2.6, *“a designação do representante da administração para fiscalizar os contratos fere o princípio da segregação de funções, bem como o princípio da impessoalidade, num claro abuso das funções de confiança (chefia e assessoramento), pois ao empregar seus eventuais ocupantes para o desempenho de funções finalísticas, criou-se uma situação de conflito de interesses”*.

O senhor Antonio Wilson Fiorot, ex-prefeito, ao se defender sobre o fato de designação inadequada do fiscal, afirma que agiu por necessidade decorrente da inexistência de outros servidores nos quadros do Município, com a habilitação necessária para a fiscalização do serviço em análise. Alega que o referido contrato *“trata de complexa obra de engenharia civil e que apresenta inúmeros aspectos que somente podem ser aferidos por profissionais experientes e tecnicamente habilitados para o exercício da profissão de engenharia civil”*.

Também na defesa do item 2.2.6 da ITI 149/2020, argumenta o ex-prefeito que, na função de gestor do município à época, optou por escolher o secretário de obras e serviços urbanos para acompanhar a execução contratual em análise, respaldado no fato de que a servidora Claudia Mara Vargas era na ocasião a única ocupante do cargo de Engenheiro Civil na folha de pessoal daquele município, conforme Termo de posse e compromisso, ficha funcional e Certidão às fls. 03 a 05 da peça 79. Contudo, a citada servidora não possuía qualificação suficiente a desenvolver um trabalho complexo de escoamento hídrico, vez que formada em *“engenharia da produção”*, conforme diploma encartado às fls. 01 da peça 79.

Para respaldar o alegado, trouxe o ex-prefeito em sua defesa a decisão do próprio Conselho Nacional de Engenharia e Agronomia, na qual retira da competência dos profissionais intitulados *“Engenheiro de Produção Civil”*, as obras complexas como pontes, diques e canais, conforme termos que valem reprimir, no trecho que mais importa:

Ref. SESSÃO: Plenária Ordinária 1.325

DECISÃO: PL-2159/2004

REFERÊNCIA: CF-1887/2004

INTERESSADO: CREA-ES

EMENTA: Inserção do título Engenheiro de Produção – Civil na Tabela de Títulos Profissionais e definição das atribuições profissionais a serem concedidas aos egressos do curso de Engenharia de Produção Civil da Faculdade Brasileira – UNIVIX.

(...)

DECIDIU:

- 1) Orientar o Crea-ES a efetivar o cadastramento do curso de Engenharia de Produção Civil, ministrado pela Universidade Brasileira – UNIVIX, para fins de registro dos egressos.
- 2) Pela inserção do título: Engenheiro de Produção - Civil, na Tabela de Títulos Profissionais instituída pela Resolução 473, de 2002, no grupo Engenharia, modalidade Civil – Código 111-11-01.
- 3) Os egressos do curso de Engenharia de Produção Civil da Faculdade Brasileira –UNIVIX receberão o título de Engenheiro de Produção –Civil, com as atividades relacionadas no art. 1º da Resolução 235, de 9 de outubro de 1975 e art. 7º da Resolução 218, de 1973, com as seguintes restrições: Estradas de

Ferro; Portos, Rios e Canais; Pontes; Grandes Estruturas; Barragens e Diques; Aeroportos; Instalações Elétricas.

(...)

Lado outro, para afastar a sua culpabilidade, o ex-prefeito argumenta, ainda quanto à irregularidade disposta no item 2.2.6, os preceitos contidos na recente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que fixou novos parâmetros para a responsabilização dos gestores, especificamente no art. 22, que exige aos órgãos de controle a avaliação das circunstâncias práticas, obstáculos e dificuldades reais do gestor que justifiquem a sua conduta:

art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Por fim, importante destacar o que asseverou a defesa no item 2.2.6, quanto à necessidade de averiguar questões que viessem a excluir a culpabilidade na conduta do gestor: “levando em conta o que a própria legislação impõe aos Órgãos de Controle, impossível a responsabilização do gestor que agiu condicionado pelos fatos objetivos que limitavam sua ação e diligenciou de forma a proteger o interesse dos administrados, como no caso em tela”.

Pois bem. Inicialmente, cabe realçar que as irregularidades indicadas pela equipe técnica devem ser analisadas em face do caso concreto, tendo em vista os motivos e justificativas encartados pelos defendentes e, sobretudo, o contexto probatório contido nestes autos, conforme foram evidenciados acima.

Como já tratado anteriormente, a área técnica indicou como responsável da suposta irregularidade de **‘fiscalização deficiente’** (item 2.2.5 da MT 2688/2020), o senhor Sebastião Teixeira de Sousa, contudo, de fato, a responsabilidade de fiscalização do contrato n. 15/2015 era da comissão formalmente designada através do Decreto 113/2015.

Na realidade, diante da ausência de outro agente qualificado para tanto no âmbito municipal, não restou outra alternativa ao ex-prefeito, senão atribuir, mesmo que informalmente, responsabilidade de fiscalização e acompanhamento deste contrato ao ex-secretário municipal de obras e serviços urbanos, uma vez que este se encontrava à frente da pasta envolvida na contratação e possuía habilitação necessária para acompanhar e/ou complementar o trabalho de fiscalização da dita comissão.

Assim, ante o acervo probatório contido neste autos, que não conseguem comprovar a designação formal do senhor Sebastião Teixeira de Sousa para fiscalizar a citada contratação, como alegou o ex-prefeito, de fato, a responsabilidade do ex-secretário municipal para atuar em conjunto com a comissão especialmente designada pela fiscalização foi informalmente a ele imputado, no intuito de colaborar de modo a evitar que a prestação dos serviços contratados ocorresse de modo deficiente, ensejando grave prejuízo para a administração municipal.

Fato incontroverso, portanto, é que não havia disponibilidade de profissional nos quadros do Município, com a qualificação necessária para a fiscalização do serviço em comento, seja em 2015 e 2016, período em que foi executado o Contrato n. 015/2015, seja em 2013 e 2014, período no qual a servidora se encontrava licenciada.

Feitas tais considerações e voltando ao caso concreto, segundo a auditoria, a irregularidade de fiscalização deficiente do contrato n. 15/2015 (item 2.2.5 da MT 2688/2020) teria acarretado prejuízo ao município, em razão do pagamento de uma nova contratação, realizada através do contrato emergencial n. 05/2016, para refazimento de parte do objeto contratual, considerado já pago pela municipalidade no contrato n. 15/2015.

Contudo, foi evidenciado pelo ex-secretário em sua defesa, parte que ficou sem execução no contrato n. 15/2015 e parte da obra que necessitou refazer porque teria sido destruída pelas chuvas fortes, conforme passo a explicar:

Para esclarecer, devo registrar que o objeto da obra era pavimentação e drenagem, sendo certo que os primeiros itens a serem observados era a movimentação de terras, escavação, assentamentos de tubos de concreto, PVs (poço de visita), para a drenagem, restando a questão da descida escalonada realizada dentro do prazo contratual.

Como dito, a escadaria foi realizada com possíveis atrasos pontuais mas dentro das expectativas inicialmente planejadas, **pois no mês de dezembro de 2015, já com o início das chuvas, ela estava pronta.**

A cratera que se abriu carregando parte da escadaria ocorreu no mês de janeiro de 2016, ou seja, **a escadaria estava concluída faltando detalhes para o seu término, tal como o cercamento, plantio de grama e etc.** (grifei)

Ademais, também justificou a defesa, que o atraso nos trabalhos de reconstrução da obra, parte que foi destruída pela chuva, teve como motivo uma interferência externa, também não previsível, a saber:

Deve-se aqui fazer um registro histórico importante, pois após a destruição pelas chuvas da escadaria já concluída, em face do volume de água do mês de janeiro, os trabalhos oriundos do contrato emergencial é que restaram prejudicados por um fato superveniente a vontade da administração e do próprio defendente: a interferência de um terceiro dito proprietário do imóvel onde se construía a obra pública.

Em função desse impedimento com relação à propriedade de onde estaria sendo feita a escadaria, a sua conclusão foi postergando-se como se verá adiante. É importante registrar também que o imóvel onde foram realizados a obra era continua do município (alvo de outra desapropriação da mesma pessoa) e somente foi se descobrir no momento da reconstrução da decida escalonada que era de terceiros, inclusive por força de ser um filete de área de terra que era circunvizinha de um imóvel do ente municipal, de aproximadamente 2.400 metros quadrados.

É digno de registro que o proprietário nada falou durante a construção da escadaria, vindo a questionar apenas depois das chuvas quando foram iniciados os trabalhos de reconstrução. Esse ponto, ocorrido já na vigência do contrato emergencial foi devidamente comunicado e reportado no processo 2890/2016 (em anexo) encaminhado ao então Prefeito Municipal que por sua vez determinou os atos necessários para liberação do imóvel, inclusive com a desapropriação do mesmo, conforme Decreto 160/2016.

A procuradoria Municipal ajuizou a ação de desapropriação nº 0001242-80.2016.8.08.0051, onde pediu a liminar de posse do bem, o que foi negado pelo juiz da comarca. A Procuradoria recorreu ao TJES, que também negou a liminar. Desta sorte, a descida escalonada foi abruptamente interrompida por motivos alheios à administração municipal, inclusive ao do defendente que era o fiscal do contrato. A situação não caracteriza falha da empresa executora ou da própria administração, mas se traduziu em situação de força maior que impediu a realização de tal serviço, conforme o cronograma do contrato emergencial.

Nesse ponto, devo dizer que o cronograma inicial do contrato de pavimentação e drenagem foi devidamente observado, restando atrasos no cronograma do contrato emergencial que como dito foi alheio a vontade deste profissional.

Segundo a área técnica, a irregularidade disposta no item 2.2.5 da peça citatória (deficiência na fiscalização), foi ocasionada por não ter sido o município alertado quanto à não realização dos serviços de drenagem, de forma que a obra suportasse os períodos de

chuvas fortes na região, prevenindo assim que desabasse, como em parte ocorreu no caso concreto.

Sobre este aspecto, importa explicar que a área técnica tratou desta irregularidade de refazer a parte da obra referente à drenagem, através do contrato emergencial, sem indicar eventual dano ao erário, uma vez que o município encontrou no reaterro do maciço de solo, enrocamento e contenção com gabiões, medida técnica mais duradoura para substituir os serviços de drenagem não executados no contrato n. 15/2015 (cercamento, plantio de grama e etc.), e cujo custo foi considerado dentro dos limites impostos pela IN 15/2009/TCEES, quando comparado com os preços das tabelas dispostas neste instrumento regulador, constituindo-se, na verdade, em melhorias efetivas no objeto pretendido, conforme motivos que fez constar da MT 2688/2020:

Do todo acima exposto, verifica-se que a administração, ao final, concluiu a obra de Pavimentação e Drenagem do Bairro Leonório -1ª Etapa, por meio do Contrato PMPC N° 015/2015(aditivado em função da reconstrução da parte da Descida Escalonada e, igualmente, reparos na drenagem de ruas com troca de diâmetros de tubos, bem como pavimentação), e ainda com o Contrato Emergencial PMPC N° 005/2016 (com serviços de enrocamento/estabilização da base da encosta onde se situa a referida descida d'água) ao custo total R\$2.340.041,46, conforme demonstrado no quadro a seguir:

(...)

Observa-se um acréscimo de 16,77% quando se considera o Valor total dispendido nesta obra (R\$ 2.340.041,46) apenas com o valor inicial do contrato 015/2015 (R\$ 2.003.957,74).

Quando se compara aquele total (R\$ 2.340.041,46) ao valor Orçado para a Licitação CP N° 001/2015 (R\$ 2.065.983,06), ou seja, o valor máximo que a administração se dispunha a pagar por tal obra, a princípio), obtém-se uma diminuição da diferença à maior, para 13,27%.

Por outro lado, considera-se aqui, que a reconstrução de parte da Descida Escalonada (perdida em decorrência das chuvas), **o reaterro do maciço de solo (já incorporada medida de estabilização mais duradoura, como o enrocamento) e a contenção com gabiões, os quais não foram materializados nas suas peças gráficas e respectiva planilha orçamentária(embora mencionados nos documentos de referência/prescrições técnicas do Edital da Licitação da CP N° 001/2015, talvez numa tentativa, equivocada a nosso ver, de baratear a obra),constituíram-se em melhorias efetivas no objeto pretendido.**

Desta forma, efetivamente, levando-se em conta a situação final, dividindo o valor total medido e pago no contrato 015/2015 (R\$ 2.171.864,13), pelo seu valor contratual final, após o "Replanilhamento" (R\$2.195.096,15), verifica-se que teria sido este, **um negócio no qual a administração alcançaria uma vantagem de 1,06%.**

Noutro cenário, os gastos alcançados ao final da execução do Contrato PMPC N° 015/2015 (incluindo aditivo), somados ao valor medido e pago na execução do Contrato Emergencial PMPC N° 005/16, totalizaram R\$ 2.340.041,46.

Comparando este valor à soma valor do contrato 15/2015 (após o "Replanilhamento") mais o valor inicial do contrato 005/2016 (R\$ 2.391.190,84, obtém-se novamente, **efetivamente um pequeno "desconto acidental", em relação ao valor contratual total, neste caso, de 2,14%.**

Chega-se assim, a nosso ver, à **surpreendente conclusão de que o acaso (trazido por uma tragédia) ensejou a obtenção de um equipamento urbano melhor do que o originalmente licitado/contratado, a um custo**

ainda assim vantajosos e considerado o contexto: ganhos da solução final de engenharia alcançada para esta obra (provável melhoria de desempenho do sistema de drenagem em si e/com redução do impacto ambiental durante sua operação, bem como a mitigação daquele verificado durante a construção).

Entretanto, apesar de considerar desejáveis, e mesmo justificáveis as melhorias trazidas ao objeto inicialmente pretendido, a partir do aditivo ao contrato principal, PMPC Nº 015/2015, **incorporação de gabiões para a canalização do leito os quais não foram materializados nas suas peças gráficas e respectiva planilha orçamentária (embora mencionados nos documentos de referência/prescrições técnicas do Edital da Licitação da CP Nº 001/2015, talvez numa tentativa, equivocada a nosso ver, de baratear a obra), constituíram-se em melhorias efetivas no objeto pretendido.**

(...)

Deste modo, **foram analisados os preços unitários praticados no âmbito destes contratos [Contrato PMPC Nº 015/2015 (e respectivo Aditivo resultante do seu "Replanilhamento") e Contrato Emergencial Nº 005/2016], comparando-os com os preços das tabelas instituídas pela IN 15/2009/TCEES. Concluímos que, tanto os preços unitários praticados, e particularmente, o valor global dos contratos analisados nesta manifestação respeitaram os limites daquela Resolução.** (grifos nossos)

Nesse sentido, não foi confirmada a situação de prejuízo decorrente da deficiência na fiscalização, conforme apontado pela equipe técnica, nos termos da MT 2688/2020, cujo trecho foi acima reproduzido.

Com efeito, importa acrescentar para a apuração do item 2.2.5, ora em análise, outra previsão legal contida na LINDB, que adentra precisamente no campo da culpabilidade administrativa, expressa no seu art. 28, *in verbis*:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de **dolo ou erro grosseiro.** (grifou-se)

Entende-se que a capacidade sancionadora do Estado restou ainda mais reduzida com tal dispositivo, pois, doravante, caso não se configure a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, a responsabilidade do agente público restará afastada no âmbito do emancipado Direito Administrativo Sancionador, ao passo que o ressarcimento ao erário continuará sujeito à demonstração do dano, donexo causal e da conduta do agente, consubstanciada na culpabilidade em sentido amplo, tomando como parâmetro o proceder de um gestor público que atua com o zelo, a competência e a responsabilidade exigidos pelo cidadão.

Nessa senda, há de se definir o erro grosseiro, conceito jurídico indeterminado que, em suma, tem como melhor conceito aquele compreendido no campo delimitado de entendimento razoável, corrente, isto é, aquele que é normalmente captado pelos administradores e pelo homem médio, assim considerado.

Como se verifica, o erro grosseiro está intrinsecamente ligado a um agir com desleixo, incúria, desmazelo, desprezo à coisa pública. Ao contrário senso, se a ação do agente vier precedida de fundamentação que a justifique, dentro do senso de razoabilidade da medida, não cabe a ação punitiva por parte do órgão de controle.

Portanto, diante dos fatos inesperados e circunstâncias imprevisíveis, sobretudo, em razão da força das intempéries da natureza, afastada se encontra na hipótese da fiscalização deficiente imputada ao secretário municipal de obras, a incidência de erro grosseiro em sua conduta, nem mesmo o dolo ou culpa grave, não cabendo, portanto, qualquer reprimenda por parte deste Tribunal, à luz do previsto no citado art. 28 da LINDB.

Todavia, na hipótese remota de ainda persistir dúvida quanto à culpabilidade ou ilicitude na conduta do secretário municipal de obras, quanto à irregularidade de fiscalização deficiente do contrato n. 15/2015, disposta no item 2.2.5 da MT 2688/2020, temos ainda que reconhecer que deixaram de apreciar no caso concreto as condições que permeiam as condutas dos agentes envolvidos, elementos de aferição de culpa e de outros elementos que influenciam diretamente na cominação da pena, como é o caso das excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito, estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito ou força maior, fato de terceiro, culpa exclusiva da Administração e sentença penal absolutória que reconheça a inexistência do fato ou negue a autoria), de culpabilidade (boa-fé como erro de fato ou erro de direito escusável, ausência de potencial conhecimento da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa) e de punibilidade (morte e prescrição).

Sobre a matéria, importante destacar jurisprudência do TCU, pelo qual o Tribunal de Contas da União certifica que a responsabilidade de servidores públicos, mesmo em situação de desvio de função, permanece nos casos onde houver dano ao erário envolvido e somente quando o gestor se apresente comprovadamente habilitado e apto a perceber a falha no ato de seu antecessor/subalterno:

No processo registrado sob o n° 575.56911996-4, Acórdão n° 372/2001, da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União - TCU, relativo à discussão da responsabilidade do agente público em situação de delegação de competência, houve o entendimento que a autoridade que delega competência não deve responder por todos os atos posteriores, praticados pelos subordinados delegados, valendo transcrever:

"(...) Esta Corte de Contas também já entendeu que em algumas situações essa presunção de responsabilidade do ordenador em relação a todos os atos que compõem sua gestão não deve subsistir, sob o fundamento de que não se deve exigir dos dirigentes máximos da entidade que sua atividade de supervisão seja tão profunda a ponto de tornar sem sentido o instituto da delegação de competência".

Outra situação bastante polêmica, analisada pelo mesmo tribunal, se refere a necessidade ou não de um gestor, ao assumir sua função, revisar os atos e práticas dos contratos administrativos estabelecidos em gestão anterior, com a finalidade de se eximir de qualquer responsabilidade:

Acórdão n. 416/2003 do Plenário, no processo registrado sob o n° 549.437/1992, relativo à Fundação Universidade Federal do Piauí — FUFPI, os fatos levados a julgamento referiam-se a irregularidades na construção do Hospital Universitário da FUFPI, em que um termo aditivo do contrato administrativo, pelo qual se mudou uma metodologia de pagamento às empresas contratadas, não foi devidamente formalizado.

Além disso, tal termo teria sido elaborado nas férias do Reitor da UFPI, que, sem saber, teria dado continuidade aos pagamentos que vinham sendo realizados às construtoras contratadas, com base no referido documento ilegal.

O Tribunal de Contas da União, apreciando a defesa do aludido Reitor, entendeu pela sua irresponsabilidade, nos seguintes termos:

" (...) Assim sendo, não cabe ao gestor rever todos os atos administrativos praticados por seus subordinados, sob pena de inviabilizar a gestão como um todo. Os pressupostos são de que os contratos estão sendo executados nos termos pactuados e os cálculos obedecem aos acordos e a seus respectivos aditivos'

[...]

Também no Acórdão n. 65/1997, o Tribunal de Contas da União julgou um recurso interposto por agente público lotado na Caixa Econômica Federal - CEF que teria

autorizado a venda de um imóvel com base nas informações prestadas por seu subalterno, entendendo que, nesta situação, o gestor não deveria responder pelo dano ao erário, pois não havia condições de checar as aludidas informações que embasaram seu ato. Relevante o trecho desse julgado, que ora se transcreve:

“(…) Não pode ser ele culpado, contudo, por erros decorrentes de informações prestadas por terceiros. Não se pode, tampouco, pretender que todas as informações de subalternos sejam checadas por seus superiores, sob o risco de inviabilizar-se a administração. Aliás, se assim o fosse, não seriam necessários os servidores subalternos. Bastariam os chefes”.

Assim, resta demonstrado nestas circunstâncias, elemento que também enseja o afastamento da ilicitude na conduta do secretário municipal de obras e serviços urbanos, senhor Sebastião Teixeira de Sousa, que deve ter sua punibilidade mitigada em razão da designação formal de uma comissão de fiscalização do supracitado contrato n. 15/2015, uma vez que cabia ao secretário municipal de obras e serviços urbanos apenas uma participação/colaboração adjunta, complementar à dita comissão.

Na hipótese presente, para afastar de forma indene de dúvidas a possibilidade de aplicação de sanção ao secretário municipal de obras, por parte deste Tribunal, temos ainda como adotar a excludente de ilicitude, por ato de terceiros, quais sejam, os agentes que compõem a comissão oficialmente designada de fiscalização do referido contrato n. 15/2015, que sequer foram citados nestes autos para compor o polo passivo desta relação, medida que não se impõe neste momento processual, pois afrontaria o princípio da segurança jurídica, tendo em vista o tempo decorrido dos fatos apurados até a presente data e, no mínimo, prejudicaria a fruição dos consagrados direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Essa linha segue interpretação dada ao tema pelo STF:

Não se pode olvidar que a Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva apenas do Estado (CF, artigo 37, § 6º), impondo ao servidor, havendo culpa ou dolo na prática do ato lesivo, a obrigação de reparar o dano causado ao erário, sempre, porém, com observância dos princípios do contraditório e ampla defesa (CF, artigo 5º, LV)” (MS 24182/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo do STF nº 336, Brasília, 9 a 13-2-2004).

Segundo o inciso VIII do artigo 71 da CF/88 compete ao Tribunal de Contas “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

A Constituição da República, ao utilizar o termo responsável, refere-se ao autor do fato ilícito, de forma que somente quem efetivamente, por sua ação ou omissão, praticou conduta ilegal deverá responder por essa prática. Por tais motivos, no Direito Brasileiro, a responsabilidade civil do agente público é sempre pessoal, intransferível (direta) e subjetiva.

De acordo com o professor Jacoby Fernandes, há muito tempo não se cogita, no âmbito dos Tribunais de Contas, a imputação de responsabilidade objetiva. Sempre a condenação terá por causa a responsabilidade subjetiva dos agentes. Por isso, é necessário demonstrar o dolo ou culpa, pelo menos em sentido lato, para justificar a imputação de débito ou multa (Tribunais de Contas do Brasil, v. 3, p. 737).

Aliás, o tema em questão está longe de ser novo no âmbito da legislação brasileira. Muito pelo contrário, ele é bastante antigo como se pode extrair, a título de exemplo, dos parágrafos 1º e 2º do artigo 80 do Decreto-Lei 200/1967:

Art. 80. Os órgãos de contabilidade inscreverão como responsável todo o ordenador da despesa, o qual só poderá ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas.

§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

§ 2º O ordenador de despesa, salvo convivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas. [g.n.]

Da mesma forma, também a jurisprudência do STJ rechaça a responsabilidade objetiva ao aplicar a Lei 8.429/1992, exigindo a presença de dolo, nos casos dos artigos 9º e 11 – que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente – e ao menos de culpa, nos termos do art. 10 - atos de improbidade por dano ao Erário. (RECURSO ESPECIAL No 414.697 - RO - 2002/0016729-5, Relator MINISTRO HERMAN BENJAMIN).

Atualmente e desde o advento da Lei Complementar 621/2012, tal celeuma deixou de existir no âmbito desta Corte, de forma que se deve reconhecer que a legislação em vigor foi um avanço na história recente deste Tribunal para encontrar consonância com o ordenamento constitucional que, desde a redação original de 5 de outubro de 1988, determina que os Tribunais de Contas atingirão todos os administradores e responsáveis por dinheiro, bens e valores e aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário (art. 71 incisos II e VIII da CF), jamais tendo dado a entender que nossa atuação recaísse unicamente sobre os Chefes de Poder ou sobre os altos dirigentes dos Órgãos Públicos.

Em se tratando da processualística dos Tribunais de Contas de matéria peculiar, mas também afeta ao ramo do Direito Administrativo Sancionador, cumpre observar primordialmente as regras atinentes a esta Corte e também as lições trazidas pelo Direito Penal e Processual Penal, dos quais muito se aproxima o Administrativo Sancionador - dada a interferência que a atuação deste Tribunal pode gerar na esfera jurídica daqueles que submetem a sua jurisdição, já que sempre paira a possibilidade de impor sanções de natureza tanto pecuniária como restritiva de direitos.

Da mesma forma, caberia também recorrer às diretrizes da Lei 9.784/99, que norteia o processo administrativo na Administração Pública Federal, ainda que por analogia.

Nesse passo, vale registrar que a LC 621/2012 e a Resolução TC 261/2013 evoluíram no mesmo sentido. O artigo 57 da referida lei determina que, já no início da fase instrutória, “cabe ao Tribunal de Contas ou ao Relator definir a responsabilidade individual ou solidária pelo ato impugnado, inclusive do terceiro que, como contratante ou parte interessada, haja concorrido para o dano”.

Todavia, sob a ótica da responsabilidade subjetiva, vislumbra-se que este feito está na iminência de recair sobre agente responsabilizado (secretário municipal), o ônus pelos indícios de irregularidades identificados, ainda que não lhe tenha sido atrelada nas situações apresentadas qualquer conduta sobre as quais tenha como resultado o dano ao erário.

Desse modo, vislumbra-se que a acusação ora direcionada ao secretário municipal neste item indiciado, contraria a teoria da responsabilidade subjetiva, ao deixar de analisar as condutas por ele praticadas, atrelando-a ao resultado ilícito pela via do nexo de causalidade, sobretudo, sem a avaliação dos elementos apresentados no caso concreto que induziriam de qualquer forma a exclusão de sua responsabilidade, como passo a explicar:

Primeiramente, o secretário deve ter sua responsabilidade afastada por inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade) pois, diante da ausência de outro representante da municipalidade capacitado para fiscalização do contrato n. 15/2015 e, apesar de subsistir à atuação de uma comissão formalmente designada com esta atribuição, aceitou a designação informal do prefeito à época para fiscalizar a obra em comento, para efeito de colaboração e prevenção de eventuais prejuízos ao município.

Também deve o secretário ter sua responsabilidade mitigada, porque conduziu a fiscalização do contrato em tela, em conjunto e complementarmente com a atuação da

comissão fiscalizatória, especialmente designada, configurando-se no caso concreto uma excludente de ilicitude, tendo por base atos e fatos de terceiros.

Por derradeiro, e não menos importante para rechaçar a responsabilidade do secretário de obras, cabe destacar precedente do TCU, no qual aborda como **atenuante** para a responsabilidade do fiscal, quando sua designação se constituir em acúmulo de funções ou de modo a lhe sobrecarregar e/ou dificultar a realização de suas tarefas:

Em relação a situação de condições precárias de trabalho, o Tribunal de Contas da União entendeu que a mesma pode até constituir uma atenuante da responsabilidade do agente público, desde que reste comprovada a ação diligente e prudente do gestor. Adiante o trecho do acórdão em que tal aspecto foi abordado:

"(...) As precárias condições de trabalho do executor técnico atenuam a responsabilidade do Sr. João Carlos Feitoza e dos demais executores técnicos. Além disso, o citado tem razão quanto ao evidente prejuízo causado às vistorias pelo acúmulo de funções para as quais foi designado. Acrescente-se o fato de que a administração superior foi responsável pela má distribuição dos contratos entre os executores, o que dificultou a realização da tarefa que lhe foi designada".

4 – PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Pelo exposto, submeto a presente proposta de encaminhamento à consideração do Conselheiro relator:

4.1 DECRETAR a prescrição administrativa quinquenária da pretensão punitiva deste Tribunal, nos termos do art. 71 da LC 621/12, que afasta a aplicação de multa em decorrência das irregularidades dispostas nos itens 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4 e 2.2.6, conforme fundamentação contida nesta peça conclusiva (item 3.1.1);

4.2 ACOLHER as razões de defesa, afastando a responsabilidade do Secretário Municipal de Obras e Serviços Urbanos, senhor Sebastião Teixeira de Sousa, em razão das excludentes de ilicitude, por atos de terceiros, e de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, na forma fundamentada nesta peça conclusiva (item 3.2);

4.3 DAR CIÊNCIA as partes e ao Ministério Público Especial de Contas da decisão adotada nestes autos.

Após as formalidades legais, **ARQUIVE-SE.**

Assim, ante todo o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **subscrevendo em todos os termos o entendimento técnico e do Ministério Público de Contas, VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

1. ACÓRDÃO TC-400/2021-5

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 Conselheiro Relator, em:

1.1. DECLARAR a prescrição administrativa quinquenária da pretensão punitiva deste Tribunal, nos termos do art. 71 da LC 621/12, que afasta a aplicação de multa em decorrência das irregularidades dispostas nos itens 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4 e 2.2.6, conforme fundamentação contida na ITC 5327/2020 (item 3.1.1);

1.2. ACOLHER as razões de defesa, afastando a responsabilidade do Secretário Municipal de Obras e Serviços Urbanos, senhor Sebastião Teixeira de Sousa, em razão das excludentes de ilicitude, por atos de terceiros, e de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, na forma fundamentada na ITC 5327/2020 (item 3.2);

1.3. DAR CIÊNCIA as partes e ao Ministério Público Especial de Contas da decisão adotada nestes autos.

1.4. JULGAR extinto o processo, nos termos do inciso V do art. 330 do Regimento Interno (Resolução TC 261/2013), ficando autorizado o **arquivamento** dos presentes autos, depois de esgotados os prazos processuais.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 16/04/2021 – 17^a Sessão Ordinária da 1^a CÂMARA

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente) Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator) e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

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