



Acórdão 01009/2021-7 - Plenário

Processos: 01103/2020-1, 14778/2019-7, 02863/2017-2

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: FAPES - Fundação de Amparo À Pesquisa e Inovação do Espírito Santo

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Interessado: Gestor da UG (Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo, JOSE ANTONIO BOF BUFFON), SILVIO CESAR MACHADO DOS SANTOS

Recorrente: SALUTARIS - PESQUISA, CONSULTORIA E GESTAO EM SAUDE LTDA

Procuradores: ALTAMIRO THADEU FRONTINO SOBREIRO (OAB: 15786-ES), ANDRE LUIZ LANNA (OAB: 6302-ES), GREGORIO RIBEIRO DA SILVA (OAB: 16046-ES), LEONARDO DA SILVA LOPES (OAB: 28526-ES), EDMAR LORENCINI DOS ANJOS (OAB: 12122-ES)

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – CONTRATO DE CONCESSÃO DE RECURSO – INEXECUÇÃO CONTRATUAL – CONHECER – DAR TOTAL PROVIMENTO – CIENTIFICAR – REMETER – ARQUIVAR.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I. RELATÓRIO

Os autos tratam de Recurso de Reconsideração interposto pela Salutaris – Instituto de Apoio à Pesquisa em Saúde e Ambiente, em face do Acórdão TC 724/2019 proferida nos autos do Processo TC 2863/2017 que concluiu nos seguintes termos:

Tratam os presentes autos de Tomada de Contas Especial instaurada pela FAPES, por meio da Instrução de Serviço n.º 53/2017, para a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano causado ao erário, em relação ao Contrato de Concessão de Recursos n.º 1073/2014 –Subvenção Econômica, celebrado em 09/12/2014, com a empresa SALUTARIS –Instituto de

Apoio à Pesquisa em Saúde e Ambiente, para execução do projeto "Melhoramento genético para produção de Equinos da raça manga-larga Marchador de Marcha Picada de Alta Qualidade (Tipo L1)", selecionado nos termos do Edital FAPES/FINEP n.º13/2013 -Programa TECNOVA(...)

1. ACÓRDÃO

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1 REJEITAR AS RAZÕES DE DEFESA E JULGAR IRREGULARES as contas da empresa responsável – Salutaris (Instituto de Apoio à Pesquisa em Saúde e Ambiente), condenando-a ao ressarcimento ao erário do montante equivalente a 83.212,667 VRTE, com fulcro no art. 84, inciso III, alíneas, “b”, “c”, “d” e “e”, da LC n. 621/2012, tendo em vista o reconhecimento da seguinte irregularidade:

1.1.1 Inexecução Contratual – violação à cláusula 9.2, alínea “a” do Contrato de Concessão de Recursos n. 1073/2014 c/c com o projeto aprovado pela FAPES.

1.2 APLICAR MULTA PROPORCIONAL AO DANO à empresa Salutaris (Instituto de Apoio à Pesquisa em Saúde e Ambiente), nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134 da LC n. 621/2012 c/c art. 386 do RITCEES, em decorrência dos prejuízos descritos no item 2.1 da ITC 04073/2018-1, no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), que equivale a 14,05% do valor do dano (atualizado à VRTE deste ano), considerando a gravidade da conduta, bem como APLICAR A MULTA prevista no art. 135, inciso III, da LC n. 621/2012, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), diante da prática de ato de gestão ilegítimo e antieconômico que resultou em injustificado dano ao erário.

1.3 INABILITAR a empresa Salutaris – Pesquisa, Consultoria e Gestão em saúde Ltda, para o recebimento de transferências voluntárias, de órgãos ou entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas e proibição de contratação, pelo Poder Público estadual ou municipal, ambas pelo prazo de 5 (cinco) anos, com fulcro no artigo 141, I e II da LC n. 621/2012

Conforme Instrução Técnica de Recurso 108/2021-3 a Recorrente, Salutaris – Instituto de Apoio à Pesquisa em Saúde e Ambiente, apresentou as razões do presente Recurso de Reconsideração, nas quais, em resumo, alega:

- a) Que o atraso de seis meses da liberação da segunda parcela dos recursos contratados por parte da FAPES deve ser considerada como circunstância decisiva para a inexecução contratual e, mesmo que tenha ocorrido a prorrogação do projeto, a dilação do prazo se deu em momento que o projeto já estava inviabilizado;
- b) Que o Acórdão 724/2019 não considerou as dificuldades e as circunstâncias práticas que condicionaram a atuação da recorrente, conforme preconiza o art. 22 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 c/c Lei n. 13.655/2018 (LINDB);
- c) Da impossibilidade de análise retroativa sobre a metodologia do projeto aprovado;
- d) Da ausência de deliberação prévia acerca da gravidade da conduta que ensejou a aplicação da pena de proibição de contratação (art. 139 da

LC 621/2012) e da desconsideração de circunstâncias e do princípio da proporcionalidade na fixação da multa (art. 388 do RITCEES).

Com base na análise feita pela Instrução Técnica de Recurso 108/2021-3, opina-se pelo CONHECIMENTO do presente recurso de reconsideração e, no mérito, pelo seu NÃO PROVIMENTO.

Encaminhados os autos para o Ministério Público de Contas, este reiterou os argumentos fáticos e jurídicos delineados na Petição de Recurso (Parecer 03184/2021-1).

O presente processo foi pautado para a 42ª Sessão Ordinária Virtual do Plenário. Entretanto, o julgamento do processo fora adiado, em razão da apresentação de sustentação oral por parte da recorrente, por meio de seu representante legal, realizada via arquivo de vídeo 00151/2021-1 e documentação nova acostados aos autos (eventos 18 ao 29).

É o relatório.

II – DA ANÁLISE DA SUSTENTAÇÃO ORAL – APRECIÇÃO DE NOVOS DOCUMENTOS:

Diante da apresentação de sustentação oral, os autos foram adiados para melhor análise dos fatos e da nova documentação que fora acostada.

Verificado que os novos documentos se tratam de matéria fática, cujos apontamentos restaram suficientemente esclarecidos por este relator, deixei de encaminhá-los à douta equipe técnica desta Casa, considerando que o prazo de julgamento do presente processo se encontra vencido há mais de um ano (Prazo MMD: 16/06/2020).

III – DA ANÁLISE DE CONTEXTO (conforme preceitua o art. 22 da LINDB)

III.1 – CONTEXTO PROCESSUAL

Trata-se de **Recurso de Reconsideração** de uma Tomada de Contas Especial encaminhada pelo Diretor Presidente da FAPES – Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo, referente ao Contrato de Concessão de Recursos n. 1073/2014 – Subvenção Econômica, celebrado entre a FAPES e a empresa **SALUTARIS – Instituto de Apoio à Pesquisa em Saúde e Ambiente**.

O acórdão recorrido rejeitou as razões de defesa da Recorrente e julgou suas contas irregulares, condenando-o ao ressarcimento ao erário do valor correspondente a 83.212,667 VRTE, bem como multa e pena de inabilitação para recebimento de transferências voluntárias e proibição de contratar com o poder público, ambas, pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Por meio dos presentes autos, a Recorrente, **Salutaris – Instituto de Apoio à Pesquisa em Saúde e Ambiente**, apresentou as razões do presente Recurso de Reconsideração, nas quais, em síntese, alega:

III.1. Inadimplência da FAPES. Fato incontroverso. Circunstância decisiva para a inexecução contratual.

De acordo com o que foi narrado anteriormente, a Instrução Técnica Conclusiva n. 4073/2018, invocada pelo acórdão recorrido como razões de decidir, entendeu que o atraso no repasse da segunda parcela pelo FAPES não teria tido impacto na inexecução contratual. Transcreve-se abaixo como foi abordado o assunto:
(...)

De acordo com o que foi exposto pela Recorrente em sua defesa, o pagamento da segunda parcela do contrato deveria ter sido realizado em dezembro de 2015, e, no entanto, somente foi efetuado em maio de 2016, com mais de 06 (seis) meses de atraso, e apenas no valor de um terço do que deveria ter sido feito.

Portanto, não condiz com a realidade dos fatos quando o acórdão recorrido firma o entendimento que ainda que com atraso os recursos foram repassados.

Como se nota pelo trecho acima transcrito, o acórdão recorrido considerou que a inadimplência do FAPES teria sido suprida pelo repasse da segunda parcela e pela prorrogação da vigência do projeto.

Nesse particular, o acórdão ignora e também se afasta da realidade dos fatos, respeitosamente, ao desconsiderar que a prorrogação ocorreu em momento que o projeto já estava inviabilizado. Conforme explicado pela Recorrente em seus esclarecimentos, a continuidade do projeto foi inviabilizada em 31/08/2016, de acordo com ofício enviado à FAPES. Já a prorrogação do contrato ocorreu somente em 17/11/2016 (fl. 945 do processo n. 65882113), e somente por um período de 03 (três) meses.

O acórdão recorrido simplesmente conclui que o comportamento da FAPES de atrasar o repasse da segunda parcela – violando os termos do contrato firmado – não teria tido impacto na inexecução contratual em razão de o repasse da segunda parcela ter sido efetuado e de o contrato ter sido prorrogado.

Como se disse acima, o repasse da segunda parcela foi realizado com 06 (seis) meses de atraso e em 1/3 do valor que deveria ser efetuado. Já a citada prorrogação que supostamente teria os efeitos de mitigar a violação

contratual por parte do FAPES, ocorreu em momento em que o contrato já se encontrava inviabilizado.

A prorrogação do prazo aconteceu somente em nov/2016, ou seja, aproximadamente **03 (três) meses após a pesquisa ter sido inviabilizada tecnicamente por falta de recursos e, portanto, após já ter sido interrompida a execução do contrato (desde ago/2016)**. Razão pela qual, a referida prorrogação não surtiu qualquer efeito sobre o projeto conduzido pela Recorrente especificamente.

O acórdão recorrido inda emite opinião de que a Recorrente não seria consciente do fato de que quem recebe recursos públicos estaria sujeito a uma série de obrigações e a demonstração do bom uso dos recursos recebidos: “A defendente parece não se dar conta de que quem recebe recursos públicos está sujeito a uma série de obrigações, dentre elas a demonstração do bom uso desses valores.”.

Ao que parece, o entendimento esposado pelo acórdão recorrido revela as obrigações no caso em análise somente podem ser exigidas de uma das partes, qual seja, da Recorrente. Nenhuma exigência de cumprimento das obrigações pode ser feita do FAPES, que pode descumprir cláusulas contratuais sem qualquer consequência.

A inadimplência do FAPES acarretou seriamente a execução do projeto, e o órgão público foi alertado dos riscos do atraso no repasse da segunda parcela, uma vez que se estava diante de um projeto de biotecnologia, com características peculiares, com aquisição de embriões. Todo esse impacto da situação do atraso financeiro foi levado ao conhecimento do FAPES, conforme se observa do seguinte trecho dos esclarecimentos apresentados pela Recorrente, bem como o reflexo na execução do projeto em razão do atraso:

Deve-se chamar atenção para o fato de que a inadimplência ocorrida nos autos não se deu por motivos atribuídos à Recorrente, e sim pelo FAPES, ao não realizar o repasse dos recursos no prazo pactuado no contrato, também em violação de norma contratualmente prevista, conforme dito anteriormente.

(...)

III.2. Das dificuldades e das circunstâncias práticas que condicionaram a atuação da Recorrente. Art. 22 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 c/c Lei n. 13.655/2018. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

De acordo com elementos constantes dos autos e do que foi narrado no item anterior, é nítido que as duas circunstâncias que foram sopesadas pelo acórdão recorrido como mitigadoras da responsabilidade do FAPES – repasse da segunda parcela e prorrogação do contrato – não foram abordadas à luz da realidade dos fatos.

Conforme já abordado anteriormente, a prorrogação do contrato se deu momento em que o projeto já se encontrava gravemente inviabilizado e o repasse da segunda parcela ocorreu com 06 (seis) meses de atraso e, ainda mais grave, no valor de 1/3 do que deveria ter sido feita.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n. 4.657/1942, com as inovações trazidas pela Lei n. 13.655/2018, impõe que no processo interpretativo de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldade reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, bem como das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente:

Por expressa dicção legal, impõe-se nos presentes autos que tais ponderações e aspectos sejam levados em consideração. Não se observa no acórdão recorrido qualquer abordagem sobre as circunstâncias práticas narradas no item antecedente e os obstáculos e as dificuldades reais vividas pela Recorrente em levar a frente um projeto sem os recursos financeiros pactuados para tanto.

Com efeito, na matriz de responsabilidade lançada na ITC n. 4073/2018, não se vê qualquer consideração sobre “Excludentes de ilicitude” e “Culpabilidade”, não se percebe qualquer ponderação ou análise das

normas acima mencionadas, fixando-se a responsabilização da Recorrente sob um viés puramente objetivo, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, uma vez que a responsabilidade objetiva tem lugar conforme estritas hipóteses legais.

Transcreve-se a matriz de responsabilidade lançada na ITC:

(...)

III.3. Da impossibilidade de análise retroativa sobre a metodologia do projeto.

O acórdão recorrido rechaçou o argumento de defesa por ter considerado o fato de uma nova visita técnica ter sido agendada para avaliar, dentre outros assuntos, se a metodologia utilizada na execução das atividades do projeto estaria coerente com a apresentada nos relatórios, conforme se transcreve abaixo:

(...)

Não se observa, no acórdão recorrido, qualquer cotejo sobre o que efetivamente foi suscitado pela defesa: se caberia às visitas técnicas realizadas pelos consultores ad hoc adentrar no mérito da metodologia – que havia sido aprovada quando da submissão do projeto – como fizeram, reputando a imprópria para os resultados pretendidos, ou analisar apenas se o que havia sido proposto estaria sendo executado.

(...)

Como se observa, em seus esclarecimentos a Recorrente expôs claramente que as novas avaliações realizadas pelos consultores – ressalta-se que em momento após a inviabilização do projeto devido à inadimplência do FAPES, isto é, após agosto de 2016 – voltaram-se, entre outros, a questionar a metodologia proposta pela Recorrente e devidamente aprovada pelo FAPES quando da submissão do projeto ao edital, em etapa prévia à assinatura do contrato.

O que se questionou em sede de razões de justificativa foi que não houve uma análise pelos consultores se a metodologia de execução estaria observando a metodologia proposta, e sim uma análise pelos consultores no sentido de que a metodologia proposta deveria ter sido outra.

(...)

Diferente do que constou na ITC que serviu de razão de decidir para o acórdão recorrido, as alegações de defesa destacaram que os pareceres entregues não se ativeram ao que deveria ser avaliado, qual seja, se o estudo estava sendo desenvolvido conforme o projeto aprovado.

A defesa mostrou que, de maneira totalmente destoante do que deveria ter ocorrido, os pareceres retroagiram na análise de mérito (extemporaneamente), reprovando a Metodologia da Pesquisa e a Infraestrutura que já havia sido objeto de análise e aprovação por outros consultores ad hoc da própria FAPES, na fase de habilitação do Edital conforme págs. 02/04 dos Autos TC-2863/2017, Documento Eletrônico n. 51, Peça Complementar 15718/2018-3 e págs. 19/22 da Mídia CD de fl. 297 dos autos TC-2863/2017.

Destacou ainda a Recorrente em sua defesa apresentada o absurdo verificado em relação ao parecer elaborado pelo consultor de nome Bruno Pires. Absurdo porque, além de retroagir na análise de mérito, o consultor emitiu parecer reprovando a infraestrutura do local disponibilizado para hospedagem dos animais, assim como condenando os animais gerados pelo projeto.

Porém, esse consultor fez isso sem nunca ter visitado o local onde os animais estavam hospedados e, por consequência, sem nunca ter conhecido nem avaliado os animais/produtos que ele condenou nos seus aspectos morfológicos e na qualidade de marcha, ferindo frontalmente não apenas o Princípio da Legalidade, mas também o próprio Código de Ética de Medicina Veterinária. Tudo isso devidamente descrito e comprovado na defesa apresentada pela Recorrente (Autos TC-2863/2017, Documento Eletrônico n. 50, Resposta de Comunicação 00705/2018-6).

(...)

III.4. Da ausência de deliberação prévia acerca da gravidade da conduta que ensejou a aplicação da pena de proibição de contratação. Violação ao art. 139 da LC n. 621/2012. Da ausência de observação do art. 388 do RITCEES. Desconsideração de circunstâncias e do princípio da proporcionalidade na fixação da multa.

Entende-se que o julgado padece de vícios também no que diz respeito às penalidades que foram aplicadas à Recorrente, notadamente da proibição de contratação e da multa.

Observa-se que não houve deliberação prévia acerca da gravidade da penalidade que ensejou a aplicação da pena de proibição de contratação, prevista no inciso II do art. 141 da Lei Complementar n. 621/2012:

(...)

Como se observa, o dispositivo em apreço remete que a grave infração a justificar a proibição de contratação será nos termos art. 139 da Lei Complementar n. 621/2012, que por sua vez prescreve o seguinte:

(...)

Nota-se que o art. 139 da Lei Complementar n. 621/2012 traz balizas para aplicação da pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, em que a premissa será a consideração ou deliberação acerca da gravidade da infração cometida.

Já o art. 392 do RITCEES, que detalha a aplicação de tal penalidade, prescreve que haverá uma deliberação prévia do TCEES sobre a gravidade da infração, para se então deliberar sobre a duração da penalidade:

(...)

Conforme já se disse anteriormente, o único trecho em que o acórdão recorrido aborda a pena de proibição de contratar consta do final do tópico relativo à fundamentação, não se observando que tenha havido deliberação prévia pelo TCEES, tal qual exige o § 1º do art. 392 do RITCEES:

(...)

Como se percebe, não se verifica deliberação própria do acórdão de ter havido qualquer abordagem no sentido de deliberação prévia, pelo Tribunal, sobre a gravidade da infração.

(...)

Por outro lado, no que tange à fixação das multas aplicadas à Recorrente, no valor de R\$ 40.000,00 (...) e R\$ 1.000,00 (...), verifica-se que restou violado o art. 388 do RITCEES:

(...)

Nota-se que o dispositivo em apreço traz balizas para a fixação da multa, determinando que o TCEES considerará, necessariamente, entre outras circunstâncias, o grau de reprovabilidade da conduta do agente, a gravidade da falta e o potencial de lesividade do ato para a Administração Pública, tudo à luz do princípio da proporcionalidade.

Ao se observar o acórdão recorrido, afere-se que nenhum juízo sobre circunstâncias é levado a efeito, nenhum cotejo sobre a conduta do agente e ainda sobre outras circunstâncias. Como se mencionou no tópico III.2, diversas circunstâncias limitaram e condicionaram a ação da Recorrente. Não se tratou de uma execução contratual normal, uma vez que os repasses não foram realizados pelo FAPES nas datas aprazadas em nas quantias contratualmente previstas. Em outras palavras, a inexecução contratual alçada à título de irregularidade não foi deliberada à luz de diversas circunstâncias, havendo vários pontos que deveriam ser sopesados quanto à fixação da multa.

III.2 – CONTEXTO DOS FATOS

De início, esclarece-se que a Tomada de Contas Especial analisada nos autos do processo TC-2863/2017-2 (processo de piso), teve como motivo ensejador o

repasso de recursos financeiros concedidos pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo – FAPES, por meio do Contrato de Concessão de Recursos nº 1073/2014-Subvenção Econômica, celebrado em 09/12/2014, com previsão de vigência de 24 (vinte e quatro) meses, para execução do projeto intitulado "Melhoramento genético para produção de Equinos da raça Manga-Larga Marchador de Marcha Picada de Alta Qualidade (Tipo L1)", selecionado nos termos do Edital F APES/FINEP nº 13/2013 -Programa TECNOVA.

Em **03 de maio de 2017**, o Diretor-presidente da FAPES, por meio da Instrução de Serviço nº 53, de 02 de maio de 2017, instituiu Comissão de Tomada de Contas Especial para a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação de dano supostamente causado ao erário, *em razão de Inexecução contratual por parte da empresa Salutaris, por violação à cláusula 9.2, alínea “a” do contrato de concessão de recursos nº 1073/2014 c/c o projeto aprovado pela FAPES.*

Em **31 de outubro de 2017**, o Diretor-presidente da FAPES trouxe a informação a esta Corte acerca do encerramento da apuração interna de Tomada de Contas Especial nº 001/2017, anexando cópia do Relatório de Tomada de Contas Especial FAPES nº 001/2017, cuja conclusão fora pela responsabilização total da empresa contratante, ora recorrida, nos termos que segue:

“Esta Tomada de Contas Especial TCE teve como escopo a investigação de condutas potencialmente causadoras de prejuízos à Administração Pública, especificadamente no Contrato de concessão de recursos 1073/2013, relativo ao Edital Fapes/Finep no 013/2013 - TECNOVA-ES.

Para efeito da Tomada de Contas deste Contrato de Concessão de Recursos foi apurado por esta CTCE-Comissão de Tomada de Conta Especial que o sócio administrador da empresa Salutaris era servidor público durante a execução do contrato (nas condições acima relatadas), tendo sido omitida esta informação em currículo apresentado e na descrição do histórico profissional que compunha o projeto apresentado. Foi solicitado à PGE-Procuradoria Geral do Estado uma manifestação sobre tal fato. Em Parecer desta Procuradoria Geral do Estado foi manifestado a impossibilidade legal de que o sócio administrador da empresa Salutaris, na condição de

servidor público, contratasse com o Estado, incorrendo, na nulidade do contrato causada pelo contratado.

Considerando os fatos apresentados esta Comissão de Tomada de Contas Especial procedeu à atualização do cálculo da dívida ao erário. Caso seja necessário promover novos cálculos da sua atualização no momento da efetiva quitação do débito, há informações, no tópico 5. 3. deste relatório (DA IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS E A QUANTIFICAÇÃO DO PREJUÍZO) dos valores repassados e das respectivas datas em que ocorreram.

Recomendamos à autoridade administrativa o encaminhamento deste processo de Tomada de Contas Especial à Secretaria de Estado de Controle e Transparência e posteriormente ao Tribunal de Conta do Estado do Espírito Santo.

É o que nos cabe relatar.”

Encaminhados os autos de Tomada de Contas Especial a este Tribunal de Contas (TC- 2863/2017), após a sua regular tramitação, a empresa SALUTARIS – Instituto de Apoio à Pesquisa em Saúde e Ambiente fora responsabilizada na mesma linha apontada no Relatório de Tomada de Contas Especial FAPES nº 001/2017, por meio do **Acórdão TC-724/2019**, o qual se insurge o recorrente.

Irresignada, a empresa comparece a Corte, por meio do presente recurso, apresentando novos fatos, por meio de sustentação oral, a qual colaciona nova documentação, visando comprovar suas alegações orais (arquivo de vídeo 00151/2021-1 – Documentos Complementares).

IV – FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando os autos, observa-se que o feito se encontra devidamente instruído, portanto, apto a ser julgado, eis que presentes todos os trâmites legais e regimentais.

IV.1 – DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Quanto aos requisitos de admissibilidade, ratifico o posicionamento da área técnica exarado por meio da Instrução Técnica de Recurso 108/2021-3, pelo seu conhecimento:

- ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE - DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Inicialmente, verifica-se que a parte é capaz e possui legitimidade processual.

Quanto à tempestividade, verifica-se, de acordo com o Despacho 08227/2020-5, da Secretaria-Geral das Sessões, que a publicação do Acórdão TC 724/2019, prolatado nos autos do TC 2863/2017, ocorreu em 17/12/2019.

Sendo assim, o término do prazo para interpor o Recurso de Reconsideração ocorreu em 17/02/2020. Tendo o recurso sido protocolado na data de 17/02/2020, tem-se o mesmo como TEMPESTIVO, nos termos do art. 164, LC 621/2012.

Quanto ao cabimento, é necessário observar que, a teor do disposto no art. 164, da LC 621/2012, o Recurso de Reconsideração é o instrumento cabível, na medida em que se presta à impugnação de decisões de mérito proferidas em processos de prestação ou tomada de contas.

Dessa forma, tendo em vista que o presente expediente recursal foi interposto em face de acórdão que julgou o mérito de processo com natureza de prestação de contas, tem-se que o recurso apresentado é cabível.

Desse modo, considerando que se encontram presentes os pressupostos recursais de admissibilidade, opina-se pelo CONHECIMENTO do presente Recurso de Reconsideração.

IV.2 – DO MÉRITO RECURSAL

IV.2.1 – DA IRREGULARIDADE: INEXECUÇÃO CONTRATUAL

Critérios: cláusula 9.2, alínea “a” do Contrato de Concessão de Recursos n. 1073/2014 c/c com o projeto aprovado pela FAPES¹, constante do Processo Administrativo n. 65882113.

Responsável: SALUTARIS – Instituto de Apoio à Pesquisa em Saúde e Ambiente, representada por seu Diretor Geral, Sr. **Silvio César Machado dos Santos**.

Entendeu a equipe técnica desta Casa, por meio da Instrução Técnica de Recurso, bem como o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer Ministerial 03184/2021-1, pela manutenção dos termos do Acórdão TC-724/2019-7, por entenderem que a empresa recorrente deixou de executar o projeto como previsto em contrato - cláusula 9.2, alínea “a” - e no próprio projeto aprovado pela FAPES, tendo sido a execução reprovada integralmente por relatórios técnicos, dando ensejo, a inexecução total do contrato e, conseqüentemente ao dano ao erário.

Em síntese, aponta a equipe técnica, que no Contrato de Concessão de Recursos nº 1073/2014, assinado entre a FAPES e a Salutaris, ficou pactuado o repasse de R\$ 326.636,00, sendo a primeira parcela paga em **17/12/2014**, no valor de R\$ 163.318,00 e a segunda parcela, fora repassada em **24/05/2016**, com atraso de quase seis meses, no valor a menor de R\$ 54.439,33 (1/3 do valor pactuado).

Diante disso, opinando pela manutenção de todos os termos do acórdão recorrido, a equipe técnica, por meio da Instrução Técnica de Recurso 108/2021-3, entendeu que:

Ora, como já argumentado e demonstrado, a Recorrente não apresenta circunstâncias “novas” capazes de fundamentar decisão distinta daquela do Acórdão 724/2019, uma vez que todo o conjunto fático trazido pelo Relatório de Tomada de Contas Especial elaborado pela FAPES e pela ITI 150/2018 foi abordado pela ITC 4073/2018, cujos termos foram mantidos pelo Acórdão 724/2019, e, ao contrário do alegado, foi considerado na dosimetria da sanção imposta (multa, inabilitação da Recorrente para o recebimento de

¹ Fls 1 e ss do vol. I do CD.

transferências voluntárias e proibição de contratação, pelo Poder Público estadual ou municipal, ambas pelo prazo de 5 anos).

À guisa de complemento, como já expusemos, não restou comprovado pela Recorrente que o atraso de seis meses na liberação da segunda parcela do projeto (R\$ 54.439,33) tenha causado qualquer condicionante capaz de “inviabilizar” todo o projeto, já que a primeira (R\$ 163.318,00) e segunda parcelas foram recebidas e não houve a comprovação de que tenham sido utilizadas na execução do objeto contratado, o que ficou caracterizado como “abuso de poder, na modalidade desvio de finalidade” na lavra do Parecer MPC 189/2019.

Quanto ao ressarcimento apontado, entendemos que visa reparar o dano ao erário apurado objetivamente, não sendo razoável buscar, no caso, a arbitragem desta Corte, de forma que qualquer outra solução estaria a favorecer o particular, em prejuízo à administração pública.

Todavia, em sede recursal, a Recorrente reafirma que o atraso na liberação da segunda parcela dos recursos por parte da FAPES e o pagamento a menor (apenas 1/3 do previsto) provocaram a inexecução contratual. Argumenta que “a continuidade do projeto foi inviabilizada em **31/08/2016**, de acordo com ofício enviado à FAPES”.

Em que pese a fundamentação da douta equipe técnica desta Casa e do Corpo Ministerial, apreende-se, diante de novos elementos apresentados em sede recursal, notadamente por meio de sustentação oral, a necessidade de se avaliar a conduta da FAPES, bem como da Recorrente, mensurando-se o grau de culpabilidade das contratantes, bem como as circunstâncias fáticas e as consequências jurídicas e administrativas que nortearam a referida inexecução do contratual.

V – DO JULGAMENTO:

V.1 – DA ANÁLISE DE CONDOTA DAS PARTES (conforme preceitua o art. 28 da LINDB)

A presente análise avaliará a conduta das contratantes a partir das condições técnicas e administrativas que concorreram para a ocorrência da irregularidade em questão.

Notícia a Recorrente, em sede de memoriais de sustentação oral, posicionamento do Ministério Público do Estado do Espírito Santo nos autos do Inquérito Civil MPES Nº 2019.0031.0837-10, instaurado com o objetivo de apurar supostas irregularidades apontadas durante o procedimento de contratação e execução do contrato em questão.

A Recorrente acostou aos autos, em novembro de 2020, a comprovação de existência do procedimento investigatório junto ao MPES, entretanto, somente por ocasião da defesa oral, apresentou a decisão ministerial de arquivamento² do referido Inquérito Civil. Em memoriais, por meio de seu procurador, anuncia, *in verbis*:

“Em que pese o referido inquérito civil perquirir especificamente a ocorrência de supostos atos ímprobos, entre aqueles que tenham causado dano ao erário, há substancial identidade entre os fatos analisados pelo MPES e os fatos postos à apreciação do TCEES por meio do presente recurso de reconsideração.

*Nesse aspecto, **por não detectar a ocorrência de qualquer ato de improbidade administrativa**, o MPES decidiu **pelo arquivamento do inquérito civil** diante da **inexistência de comprovação de dolo ou má-fé** por parte da Recorrente, além da **ausência de dano ao erário proveniente de culpa da Recorrente**, como se pode observar dos documentos em anexo (**doc. 02**), dos quais se destaca:*

*“Nesse cerne, **considerando a ausência comprovação de dolo ou má-fé, tampouco de prejuízo ao erário proveniente de culpa do investigado**, não se vislumbra, por ora, outra diligência que possa ser realizada no sentido de levar a conclusão diferente; inexistente justa causa para o prosseguimento da investigação ou o ajuizamento de eventual ação por este órgão de*

² Evento 20 dos autos TC-1103/2020;

execução. Conseqüentemente, **não resta outra alternativa a não ser a de arquivar o feito.**

[...]

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, **PROMOVO O ARQUIVAMENTO do presente inquérito civil, com fulcro no artigo 24, da Resolução n.º 06/2014, remetendo o presente feito ao Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, para o necessário reexame desta promoção de arquivamento.**

Nos termos da mencionada Resolução, dê-se ciência ao responsável legal da empresa Salutaris- Pesquisa, Consultoria e Gestão em Saúde Ltda, ao Diretor-Presidente da FAPES, senhor Denio Rebello Arantes.”
[grifo nosso]

A referida promoção de arquivamento e seus fundamentos foi confirmada pelo Conselho Superior do Ministério Público na sessão do dia 21/06/2021, conforme documentos em anexo (doc. 03).”

Em análise à citada peça decisória, denota-se entendimento ministerial, no sentido de que a inexecução contratual/paralisação do contrato, **não ocorreu por culpa exclusiva da Recorrente**; destacou, em sentido contrário, *que o Instituto Salutarens não deu causa a paralisação do contrato, pois, considerando o não cumprimento da obrigação de repassar o recurso faltante a contratada pela FAPES, a execução do projeto se tornou inviável.*

Aqui fixa-se o ponto controvertido da presente demanda recursal. Nesta esteira, questiona-se:

- A inexecução contratual, se deu exclusivamente em razão de atos praticados pela Recorrente?
- Os laudos técnicos apontando falhas na metodologia empregada e a inutilização de biotecnologia adequada para a execução da pesquisa por

parte da Recorrente são suficientes para a responsabilizá-la isoladamente em relação à inexecução do contrato?

- A ausência do repasse da segunda parcela do Contrato de Concessão de recursos nº 1073/2014, firmado entre a empresa Salutare, ora recorrente, e a FAPES, de forma tempestiva, provocou dificuldades ao prosseguimento da pesquisa, de modo a inviabilizar o seu progresso?

As respostas a essas indagações são extremamente importantes e relevantes para a elucidação da verdade dos fatos. Os novos elementos fáticos apresentados pela Recorrente, por ocasião da sustentação oral, não podem passar despercebidos por este julgador.

Pois bem. Em análise, não se revela razoável, que a inadimplência da FAPES, a despeito de ter sido involuntária, não tenha concorrido para a paralisação da pesquisa.

In casu, a manifestação do Ministério Público Estadual em sede da Decisão de Arquivamento do Inquérito Civil nº 2019.0031.0837-10, declarando que a intempestividade do pagamento da segunda parcela do contrato, concorreu, sobretudo, para a paralisação do projeto, ao passo que, a pesquisa em desenvolvimento pelo instituto Salutare, era a única da área de biotecnologia, com características peculiares que a tornava mais vulnerável e suscetível a riscos técnicos do que as demais, deve ser considerada.

Neste prisma, embora os laudos técnicos atestem a imperícia do instituto Salutare no que tange a metodologia executada no projeto de pesquisa, não se pode ignorar o atraso de 06 meses no repasse da segunda parcela do repasse, no valor de apenas um terço do contratualmente estipulado.

Apesar de a FAPES ter prorrogado a vigência do projeto, em razão do atraso no repasse, *a Recorrente afirma que a inviabilidade do prosseguimento da pesquisa se deu em 31/08/2016*, ao passo que o anúncio da prorrogação ocorreu somente em **novembro de 2016**.

Corroborando com as argumentações postas, verifica-se dos autos³, que no dia **15/08/2016**, o senhor Silvio César M. dos Santos, Diretor e Pesquisador do instituto,

³ Evento 22 dos autos TC-1103/2020;

encaminhou mensagem - via e-mail -, para a FAPES, aos cuidados da senhora Ana Ivone, solicitando informações referentes ao depósito do restante da 2ª parcela do repasse, evidenciando as condições de precibilidade do projeto:

“Boa tarde Ana Ivone!

Sigo aguardando retorno se há alguma definição referente ao depósito do restante da 2ª parcela. Ressalto que estamos no limite de risco de inviabilização técnica do Projeto, por ser da área de Biotecnologia. **Alguns prestadores de serviços essenciais e fornecedores de insumos também essenciais (alimentação e medicamentos) nos comunicaram que irão suspender a parceria, caso os atrasados não sejam quitados até o próximo dia 31/08.**

Att,

Silvio César M. dos Santos
Diretor e Pesquisador – Instituto Salutares”

Com efeito, vê-se que o Diretor da Salutares alertou a FAPES do risco de paralisação da execução do projeto, em razão do atraso no repasse de recursos financeiros para o seu prosseguimento.

Neste contexto, nota-se que a inadimplência da FAPES, mesmo que de forma desintencional, convergiu para o desequilíbrio do desenvolvimento do projeto, concorrendo para a sua paralisação. Neste passo, diante da latente precibilidade do material utilizado na pesquisa, conforme bem explanou o MPES, e da ausência de culpa exclusiva da Recorrente pela inexecução contratual, não se pode falar em ressarcimento ao erário; soma-se a este entendimento, as anotações realizadas na Ficha de Encaminhamento de Prestação de Contas (Técnica e Financeira), recebida pela FAPES em 02/08/2016, dando conta dos investimentos que o instituto Salutares teria empregado para o desenvolvimento da pesquisa, conforme arguiu:

“Em que pese todas as dificuldades e alguns transtornos, foi possível manter a equipe técnica constituída e contratada, assim como a manutenção da locação do espaço para hospedagem, alimentação e manejo dos animais, viabilizando a continuidade da implementação do Projeto. Foram realizados todos os cuidados técnico-sanitários e nutricionais com os animais, mantendo-os devidamente saudáveis e com bom desenvolvimento tanto das gestações em curso, como dos partos e cuidados após os nascimentos dos embriões gastados. Porém, existe um passivo

de muitas dividas a serem quitadas.”

Assim, vê-se, que até o momento do cancelamento do projeto, tem-se notícias que a Recorrente empregou os valores que foram repassados pela FAPES em insumos para o desenvolvimento da pesquisa. Portanto, não se mostra acertado, condená-la à devolução dos recursos.

Por todo o exposto, apesar de apreender que os fatos tratados careceriam de maior análise e estudo em relação à matriz de responsabilidade da irregularidade posta, em observância ao princípio *Tantum devolutum quantum appellatum*⁴, deixo de fazê-lo e **divirjo da equipe técnica desta Casa e do corpo Ministerial**, alcançando que o acórdão atacado deve ser reformado, para afastar o ressarcimento imputado ao instituto Salutare, afastando, por conseguinte a multa proporcional ao dano e as penalidades do art. 135, III e as do art. 141 da Lei Complementar nº 621/2012⁵.

VI – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **divergindo dos posicionamentos técnico e ministerial**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à sua consideração.

RODRIGO COELHO DO CARMO

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1009/2021 – PLENÁRIO

⁴ O efeito devolutivo da apelação abrange tão somente a matéria impugnada;

⁵ Art. 141. O Tribunal de Contas poderá ainda determinar, cumulativamente ou não com outras sanções previstas nesta Lei Complementar e no Regimento Interno, as seguintes sanções:

I - inabilitação para o recebimento de transferências voluntárias, de órgãos ou entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, nos casos de omissão no dever de prestar contas, de desfalque ou o desvio de dinheiro, bens ou valores públicos ou da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, excetuadas as hipóteses previstas no § 3º do artigo 25 da Lei Complementar Federal nº 101/00;

II - proibição de contratação, pelo Poder Público estadual ou municipal, por até cinco anos, do agente público responsabilizado pela prática de grave infração, nos termos do artigo 139, e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, haja concorrido para a ocorrência do dano ao erário apurado, no caso do disposto nas alíneas “e” e “f” do inciso III do artigo 84, observado o disposto nos incisos I e II do artigo 87.

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

1.1. CONHECER o Recurso de Reconsideração diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade recursal;

1.2. DAR TOTAL PROVIMENTO às razões recursais, de forma a reformar o Acórdão nº 724/2019 – Plenário, proferido nos autos do Processo TC 2863/2017, nos termos do art. 118 do RITCEES, afastando o ressarcimento ao erário do montante equivalente a 83.212,667 VRTE e a multa de R\$ 1.000,00, prevista no art. 135, III da Lei Complementar 621/2012 (item 1.1), a aplicação de multa proporcional ao dano (item 1.2), a inabilitação para recebimento de transferências voluntárias e proibição de contratar pelo Poder Público (item 1.3) e o encaminhamento à Corregedoria Geral do Estado (item 1.4);

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados da presente decisão;

1.4. REMETER os autos ao Ministério Público de Contas, após reforma do Acórdão TC-724/2019, nos termos do art. 62, parágrafo único da Lei Complementar 621/2012;

1.5. ARQUIVAR, após trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 26/08/2021 - 45ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões