



Acórdão 01152/2021-6 - 1ª Câmara

Processos: 07547/2009-3, 03341/2014-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Denúncia

UG: PMF - Prefeitura Municipal de Fundão

Relator: Márcia Jaccoud Freitas

Denunciante: IDENTIDADE PRESERVADA

Responsável: RENATO FERNANDO FERREIRA NEVES, BIOTECH CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA, ALINE RUDIO SOARES FRACALOSI, FABIO ALMEIDA EVANGELISTA, MARIA DULCE RUDIO SOARES, ERREPE INDUSTRIA COMERCIO E SERVICOS LTDA - EPP, MORSCH PROJETOS E ASSESSORIA LTDA, MARIA MARGARETH PITOL, ANTONIO AUGUSTO COLE, TERCIANY CRIS BERTOLINI SIQUEIRA, JULYANNA TOFOLI MATTIUZZI, PRE - EDIFICAR CONSTRUTORA LTDA, CARLOS EDI DE OLIVEIRA, LUCIANO FERREIRA BROETTO, MARIA DA PENHA RUDIO CARRETTA, SANEVIX ENGENHARIA LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL ORIUNDA DE CONVERSÃO DE PROCESSO DE DENUNCIA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE – ARQUIVAMENTO.

1. Decorrido o prazo de 05 anos da citação dos responsáveis, é forçoso reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012, em relação aos achados que se referiam aos aspectos formais.

A RELATORA EXMA. SRA. CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS:

I. RELATÓRIO

Trata-se de **Tomada de Contas Especial** proveniente de conversão de processo de Denúncia, nos termos do art. 57, IV da Lei Complementar 621/2012. A Denúncia foi

oferecida pelo sr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador de Justiça em exercício, à época, na Procuradoria de Justiça de Contas que funcionava nesta Corte, alegando que o Relatório de Auditoria Ordinária de nº 16/2009, juntado aos autos do Processo TC 6505/2008, realizada pela equipe técnica na Prefeitura Municipal de Fundão, não esclareceu a utilização por parte da ordenadora de despesa, dos recursos provenientes dos royalties do petróleo, requerendo então, que a 4ª Controlaria à época, auditasse esses gastos, a fim de verificar eventuais irregularidades para aplicação dos royalties do petróleo.

Por meio da Manifestação Técnica de Chefia MTC 76/2012 (fis.17-19, Volume Digitalizado 16643/2020 – peça 03), o então Chefe da 4ª Controladoria Técnica ratificou:

[...]

Considerando que as despesas com serviços e aquisição de objetos comuns totalizaram R\$ 2.855.962,41, temos que a equipe técnica subscritora do Relatório de Auditoria nº 16/09, analisou 88,63% (oitenta e oito vírgula e sessenta e três por cento) desse montante, ou seja, entendemos que a equipe logrou êxito no objetivo proposto pelo Parquet Estadual, qual seja, apurar os gastos provenientes de recursos de royalties de Petróleo.

Cumpre ressaltar, porém, que os montantes de R\$ 3.206.515,18 (obras e serviços de engenharia) e de R\$ 110.000,00 (desapropriação de imóvel) não foram objeto de análise, devido à ausência de profissionais da área de engenharia na composição da equipe técnica retrocitada para o prosseguimento do feito.

Ante o exposto, consideramos alcançado o pleito da Promotoria de Justiça de Fundão, no que tange a compras e serviços de objetos comuns, e prejudicada, tão somente, em relação às matérias atinentes à área de engenharia, área esta de responsabilidade, consoante Resolução TC nº 229/12, do Núcleo de Engenharia e Obras Públicas.

Em consonância com a MTC 76/2012 e com o Parecer PPJC 1000/2013 (fls. 23-24, Volume Digitalizado 16643/2020 – peça 03), o Conselheiro relator à época, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, determinou o encaminhamento dos autos ao então Núcleo de Engenharia e Obras Públicas.

Iniciada a fiscalização, houve representação da equipe técnica (fls. 32-34, Volume Digitalizado 16643/2020 – peça 03), registrando a sonegação por parte do jurisdicionado, de documentos (registro de contratos, com seu respectivo objeto e

pagamentos realizados no exercício de 2007 com recursos de royalties). Esta foi encaminhada pela Coordenação do NEO à SEGEX, sugerindo o encaminhamento ao Conselheiro Relator e solicitando a interrupção de prazo da auditoria, até que todos os documentos fossem integralmente disponibilizados a equipe de auditoria.

Em função da Representação apresentada pelo corpo técnico, foi aberto o Processo TC 03341/2014 (em apenso) onde foi prolatada a Decisão Monocrática DECM 631/2014 (fls. 14-15, Volume Digitalizado 16578/2020 – peça 02) pela notificação da sra. Prefeita e da Coordenadora do Geo-Obras do Município para apresentação dos documentos.

Com base na fundamentação constante no Voto do então Conselheiro Relator, fls.42 a 44, Volume Digitalizado 016643/2020 – peça 03), foi prolatada a Decisão TC-3873/2014 - Primeira Câmara, (fl. 47, Volume Digitalizado 16643/2020 – peça 03), decidindo pela interrupção do prazo de fiscalização deste Processo até a entrega integral dos documentos.

Os documentos foram devidamente encaminhados pelas responsáveis totalizando 3299 folhas. Por conseguinte, o então NEO emitiu a Instrução Técnica Inicial – ITI 1713/2014 (fls. 14-26, Volume Digitalizado 16646/2020 – peça 06) que, acatada pela Primeira Câmara desta Corte de Contas, através da Decisão Preliminar TC 5/2015 (fl. 38, Volume Digitalizado 16646/2020 – peça 06), resultou na citação dos gestores e terceiros apontados como responsáveis. No entanto, 11 (onze) dos 14 (quatorze) citados, apresentaram razões de defesa.

Os autos foram remetidos ao então Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas - NEC, que em análise preliminar, conforme MTP 769/2015 (fls. 32-37, Volume Digitalizado 16665/2020 – peça 25), concluiu que para a realização da conclusiva haviam etapas a serem cumpridas:

3 CONCLUSÃO

3.1 Pelo exposto, na forma do art. 56, inciso 2, da LC 621/2012, sugere-se que os autos sejam encaminhados à deliberação do Relator para a adoção das seguintes medidas saneadoras:

3.1.1 na forma do art. 65 da LC 621/2012, **seja decretada a revelia** das sociedades empresárias **Morsch Engenharia Ltda, Biotech Engenharia Serv. Ltda, Errepe Ind. Comércio e Serv. Ltda.;**

3.1.2 a NOTIFICAÇÃO dos senhores **Fábio Almeida Evangelista e Luciano Ferreira Broetto**, para que, no prazo de 10 dias (art. 292, §2º, da Res. TC 261/2013), **promovam a juntada do instrumento procuratório outorgado à signatária da peça de defesa de fls. 594-768 (vol.III) dos autos, sob pena de serem tidos como inexistentes os atos praticados pela Dra. Luisa Paiva Magnago, inscrita na OAB/ES12.455.**

3.2 Sugere-se, ainda, que **após o cumprimento das providências saneadoras sejam os autos remetidos ao Douto Núcleo de Engenharia e Obras Públicas (NEO), por demandar manifestação especializada tendo em vista as inconsistências verificadas.**

A Primeira Câmara desta Corte de Contas, conforme Decisão TC 6112/2015 (fls. 57-58, Volume Digitalizado 16665/2020 – peça 25) nos termos do Voto do Relator, decidiu verbis:

DECIDE a Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, à unanimidade, em sua 39ª sessão ordinária, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, que integra esta Decisão, **decretar a revelia**, nos termos do artigo 65, da Lei Complementar nº 621/2012, das pessoas jurídicas **Morsch Engenharia Ltda.-ME, Biotech Engenharia e Serviços Ltda. e Errepe Indústria, Comércio e Serviços Ltda. (g.n.)**

DECIDE, ainda, notificar os senhores Fábio Almeida Evangelista, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Fundão, e Luciano Ferreira Broetto, Membro da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Fundão, para que, no prazo de 10 dias, conforme determinado no artigo 292, §2º, do Regimento Interno desta Corte, promovam a juntada do instrumento procuratório outorgado à signatária da peça de defesa de fls. 594/768 dos autos.

Por meio de Ofício (fls. 67, Volume Digitalizado 16665/2020 – peça 25) a respectiva procuradora informa que os srs. Fábio Almeida Evangelista e Luciano Ferreira Broetto já haviam protocolado as procurações requeridas e que em atendimento às notificações, promovem novamente a juntada aos autos dos Instrumentos Procuratórios, conforme fls. 68-73, Volume Digitalizado 16665/2020 – peça 25).

Os autos retornaram ao então NEC, que tendo em vista a especificidade da matéria, solicitaram o apoio ao então Núcleo de Engenharia e Obras Públicas - NEO para que fosse emitida a competente Instrução de Engenharia Conclusiva.

Destarte, a Secretaria de Controle Externo de Engenharia e Meio Ambiente, elaborou a Manifestação Técnica 12532/2019-1 (fls. 78-113, Volume Digitalizado 16665/2020 – peça 25) e propôs o seguinte encaminhamento:

4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto nesta manifestação, sugere-se:

- I. Após a análise do conjunto processual, verificou-se os afastamentos de todos os indícios de irregularidades apontados. Assim, sugere-se, com fundamento no art.319, parágrafo único, inciso IV, c/c o art. 329 §6º e no art. 207, inciso III, todos da Res. TC nº261/2013 (RITCEES), que, depois de ouvido o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, proceda ao arquivamento do processo.*

Por derradeiro, sugere-se que seja dada CIÊNCIA aos responsáveis do teor da decisão final a ser proferida.

O Núcleo de Controle Externo de Edificações por meio da Instrução Técnica Conclusiva **00166/2020-8** (fls. 115-116 Volume Digitalizado 16665/2020 – peça 25), manifestou-se pelo julgamento do feito nos moldes da Manifestação Técnica supracitada.

A 3ª Procuradoria de Contas por meio do Parecer 02627/2021 (peça 28), da lavra do douto procurador em substituição Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Manifestação Técnica 12532/2019 e na Instrução Técnica Conclusiva 00166/2020.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Verifico que os achados de auditoria detectados nestes autos, ao serem analisados, pelo Corpo Técnico, foram divididos em dois tópicos: (i) os sem imputação de débito e (ii) aqueles com imputação de débito.

Norteia a análise a Manifestação Técnica **12532/2019-1** (fls. 78-113, Volume Digitalizado 16665/2020 – peça 25), acolhida integralmente pela Instrução Técnica Conclusiva 00166/2020-8 (fls. 115-116 Volume Digitalizado 16665/2020 – peça 25).

Assim, faremos a análise de tais irregularidades separadamente, para melhor elucidação da questão.

1. IRREGULARIDADES SEM IMPUTAÇÃO DE DÉBITO

A Instrução Técnica Inicial ITI 1713/2014-1, com base em informações acerca das licitações/contratos, apontou, dentre outros, indícios de irregularidades formais, **SEM IMPUTAÇÃO DE DÉBITO**.

Tais indícios também foram apontados na Manifestação Técnica 12532/2019-1 e replicados pela Instrução Técnica Conclusiva 00166/2020-8 como sujeitos à prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas:

Vejamos no quadro abaixo apresentado pela equipe técnica, *in verbis*:

<i>Instrumento Licitatório/Contrato/Irregularidade</i>	<i>Ato Administrativo/Data da ocorrência do fato</i>
<p>CONVITE N° 051/06 – CONTRATO S/N</p> <p>7.1.1.1 Não repetição do convite com menos de três propostas válidas</p> <p>7.1.1.2 Falta de cronograma físico-financeiro do Projeto Básico</p> <p>7.1.1.3 Ausência de fundamentação do orçamento e avaliação dos quantitativos do Projeto Básico</p> <p>7.1.1.4 Ausência da composição de custos unitários do Projeto Básico</p> <p>7.1.1.5 Análise do valor global contratado</p> <p>7.1.1.6 Ausência de designação de representante da Administração para acompanhamento e fiscalização do contrato</p> <p>7.1.1.7 Ausência de controle na execução dos serviços</p> <p>7.1.1.8 Pagamentos irregulares por habilitação de proposta em não conformidade com edital</p>	<p>Publicação do Edital: 21/11/2006</p> <p>Assinatura do contrato: 04/12/2006</p> <p>Ordem de Serviço: 04/12/2006</p> <p>Último pagamento realizado: 28/05/2007</p> <p>Citação: 03/2015</p>
CONVITE N° 021/07 – CONTRATO 119/07	Publicação do Edital: 03/04/2007

<p>7.2.1.2 Exigência de atestado de visita técnica fornecido pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento</p> <p>7.2.1.3 Não repetição do convite com menos de três propostas válidas</p> <p>7.2.1.4 Ausência de designação de representante da Administração para acompanhamento e fiscalização do contrato</p> <p>7.2.1.5 Ausência de controle na execução dos serviços</p>	<p>Assinatura do contrato: 25/04/2007</p> <p>Ordem de Serviço: Não consta a data</p> <p>Último pagamento realizado: Não consta a data</p> <p>Última liquidação (0007430): 07/12/2007</p> <p>Citação: 03/2015</p>
<p>CONVITE N° 016/07 – CONTRATO 084/07</p> <p>7.3.1.1 Exigência de atestado de visita técnica fornecido pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento</p> <p>7.3.1.2 Não repetição do convite com menos de três propostas válidas</p> <p>7.3.1.4 Ausência de designação de representante da Administração para acompanhamento e fiscalização do contrato</p> <p>7.3.1.5 Ausência de controle na execução dos serviços</p>	<p>Publicação do Edital: 21/03/2007</p> <p>Assinatura do contrato: 02/04/2007</p> <p>Ordem de Serviço: 02/04/2007</p> <p>Último pagamento realizado: Não consta a data</p> <p>N° e ano da última Ordem de Pagamento: 09132/2007</p> <p>Citação: 03/2015</p>
<p>CONVITE N° 030/07-CONTRATO 253/07</p> <p>7.4.1.1 Exigência de atestado de visita técnica fornecido pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento</p> <p>7.4.1.2 Ausência de designação de representante da Administração para acompanhamento e fiscalização do contrato</p> <p>7.4.1.3 Ausência de controle na execução dos serviços</p> <p>7.4.1.4 Análise do valor global contratado</p>	<p>Publicação do Edital: 13/06/2007</p> <p>Assinatura do contrato: 16/07/2007</p> <p>Ordem de Serviço: Não consta a data</p> <p>Último pagamento realizado: 02/2008</p> <p>Citação: 03/2015</p>
<p>TOMADA DE PREÇO N° 010/06 – CONTRATO S/N</p> <p>7.6.1.1 Exigência de prova de quitação da empresa e dos responsáveis técnicos no CREA</p> <p>7.6.1.2 Exigência de tipologia específica de obras nos atestados</p> <p>7.6.1.3 Exigência de atestado de qualificação técnica operacional</p> <p>7.6.1.4 Exigência de atestado de visita técnica fornecido pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento</p> <p>7.6.1.6 Ausência de designação de representante da Administração para acompanhamento e fiscalização do contrato</p> <p>7.6.1.7 Ausência de controle na execução dos serviços</p>	<p>Publicação do Edital: 14/09/2006</p> <p>Assinatura do contrato: 01/12/2006</p> <p>Ordem de Serviço: 01/12/2006</p> <p>Último pagamento realizado: 27/12/2007</p> <p>Citação: 03/2015</p>
<p>CONCORRÊNCIA PÚBLICA N° 005/06 - CONTRATO 003/2007</p> <p>7.7.1.1 Exigência de atestado de visita técnica fornecido pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento</p> <p>7.7.1.2 Ausência de designação de representante da Administração para</p>	<p>Publicação do Edital: 13/11/2006</p> <p>Assinatura do contrato: 02/01/2007</p> <p>Ordem de Serviço: 02/01/2007</p> <p>Último pagamento realizado: 11/2007</p> <p>Citação: 03/2015</p>

<i>acompanhamento e fiscalização do contrato</i> <i>7.7.1.3 Ausência de controle na execução dos serviços</i>	
--	--

Temos então que os indícios de irregularidades formais ocorreram nos anos de 2006 e 2007 (conforme quadro acima) e o período de realização da auditoria e a elaboração do Relatório de Auditoria deu-se em 21/11/2014 (6 e 7 anos após a ocorrência do fato), com a citação dos responsáveis em 19/03/2015, sem que tenha ocorrido entre esses períodos fatos interruptivos da prescrição.

Portanto, forçoso concluir, que houve a extinção da pretensão punitiva deste TCEES, em decorrência da prescrição, consoante o disposto no art. 71 da Lei Complementar nº 621, de 8 de março de 2012 (Lei Orgânica do TCE-ES):

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

§ 1º A prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

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

I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de processos de prestação e tomada de contas, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;

II – da ocorrência do fato, nos demais casos.

§ 3º Suspende a prescrição a determinação de diligência no processo, até o seu total cumprimento.

§ 4º Interrompem a prescrição:

I – a citação válida do responsável:

II – a interposição de recurso.

§ 5º A prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas, (g.n.)

Dessa forma, considerando as condutas ocorreram nos anos de 2006 e 2007 e a citação dos agentes, apenas, em 19/03/2015, não há como imputar qualquer sanção por esta Corte de Contas face a existência de prescrição da pretensão punitiva, no

tocante aos fatos relativos aos seguintes contratos acima mencionados, conforme Item 2.1 da Manifestação Técnica 12532/2019-1: CONVITE N°051/06 – CONTRATO S/N; CONVITE N° 021/07 – CONTRATO 119/07; CONVITE N° 016/07 – CONTRATO 084/07; CONVITE N° 030/07-CONTRATO 253/07 e TOMADA DE PREÇO N° 010/06 – CONTRATO S/N.

2. IRREGULARIDADES COM IMPUTAÇÃO DE DÉBITO

No tocante as irregularidades **COM imputação de débito**, a Manifestação Técnica 12532/2019 relacionou os seguintes indícios de irregularidades apontados na ITI 1713/2014:

Instrumento Licitatório/Contrato/Irregularidade	Importância devida conforme ITI – em Real e VRTE
CONVITE N° 051/06 – CONTRATO S/N 7.1.1.9 Pagamentos indevidos por ausência de controle na execução e/ou ausência de comprovação de execução	R\$ 136.316,98 – 77.744,37 VRTE
CONVITE N° 021/07 – CONTRATO 119/07 7.2.1.6 Pagamentos indevidos por ausência de controle na execução e/ou ausência de comprovação de execução dos serviços	R\$ 119.122,01 - 67.937,73 VRTE
CONVITE N° 016/07 - CONTRATO 084/07 7.3.1.6 Pagamentos indevidos por ausência de controle na execução e/ou ausência de comprovação de execução dos serviços	R\$ 116.170,00 - 66.254,13 VRTE
CONVITE N° 030/07-CONTRATO 253/07 7.4.1.5 Pagamentos indevidos por ausência de controle na execução e/ou ausência de comprovação de execução dos serviços	R\$ 143.283,60 - 75.399,46 VRTE
TOMADA DE PREÇO N° 010/06 – CONTRATO S/N 7.6.1.8 Pagamentos indevidos por ausência de controle na execução e/ou ausência de comprovação de execução dos serviços	R\$ 180.014,00 - 102.665,68 VRTE
CONCORRÊNCIA PÚBLICA N° 005/06 -	R\$ 526.799,18 - 295.102,28 VRTE

CONTRATO 003/2007	
7.7.1.4 Sobrepreço identificado nos itens que compõem a planilha de execução do contrato	
7.7.1.5 Pagamentos indevidos por ausência de controle na execução e/ou ausência de comprovação de execução dos serviços	R\$ 3.091.544,48 – 1.731.820,84 VRTE

Vejamos:

MT 12532/2019-1 – ITENS 2.3. E 2.4 - Pagamentos indevidos por ausência de controle na execução e/ou ausência de comprovação de execução dos serviços

Esta irregularidade foi apontada nos seguintes itens do relatório/respectivos certames e contratos: item 7.1.1.9 do Relatório – convite nº 021/07 – contrato s/n; item 7.2.1.6 – convite nº 021/07 – contrato 119/07; item 7.3.1.6 - convite nº016/07 - contrato 084/07; item 7.4.1.5 - convite nº 030/07 - contrato 253/07; item 7.6.1.8 – tomada de preço nº010/06 – contrato s/n; e, item 7.7.1.5 –concorrência pública nº005/06 – contrato 003/2007.

Nos termos do relatório da área técnica, citados na Manifestação Técnica 12532/2019, a suposta irregularidade decorre de infringência aos artigos 62 e 63, caput, e § 2º, inciso III da Lei 4.320/64 c/c art. 93 do Decreto-Lei nº 200/97, por inexistir elementos suficientes que comprovem a devida liquidação da prestação dos serviços, *in verbis*:

Em 7.1.1.9 (Contrato s/n – Procedimento Administrativo 2552/2006 – convite 051/06):

“Não foi possível identificar documentos que pudessem comprovar a regular liquidação, e via de consequência o devido pagamento dos itens do contrato (ausência de fiscal do serviço habilitado, ausência de memorial de medição, etc.), conforme estipulado na Lei 4.320/64. Também não foram identificados documentos relacionados a comprovação da prestação do serviço. Tanto a empresa contratada para executar o serviço quanto a Administração, incorreram em culpa. A Administração por autorizar o pagamento de itens sem a devida fiscalização, e pelo não cumprimento do seu poder dever de fiscalizar o contrato devidamente, não retendo o pagamento dos serviços executados em desacordo com o contratado e/ou não executados, admitindo vantagem econômica indevida ao contratado. A empresa contratada, Morsch Engenharia Ltda ME, deve responder solidariamente em todas as parcelas que envolvem ressarcimento. Entende-se que não foram apresentados elementos suficientes que

comproven a devida liquidação da prestação dos serviços, infringindo os artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64 c/c art. 93 do Decreto-Lei n° 200/97. Lei n° 4320/64

Art.62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art.63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

[...]

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

[...]

III – os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Decreto-Lei n° 200/67 Art. 93 –quem quer que utilize dinheiros públicos terá que justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.

A ausência dos documentos, relatados anteriormente, compromete gravemente a identificação e a comprovação da realização do objeto dos processos auditados, porém tal fato não deve ser aceito como insuficiência de elementos para responsabilização do ordenador e, nem mesmo, para abrandamento de penas e ressarcimento quando em comparação com a situação de comprovação dos fatos denunciados.

Esse entendimento é amparado pelo art. 113 da Lei N° 8.666 de 1993:

“Art. 113 O controle das despesas de correntes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.”

Bem como pelo art. 1º, § 2º da Lei Complementar N° 621 de 2012(Lei Orgânica do TCE-ES), que preceitua:

“§ 2º Quem quer que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores do Estado ou Município terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.”

Este procedimento se justifica devido à possibilidade do expediente de ocultação e destruição de elementos serem efetivamente vantajoso para ordenadores que tenham cometido faltas e/ou desvios.

A não comprovação da regularidade das medições referentes aos serviços configura pagamento indevido, estando sujeito a ressarcimento do valor total pago. Dessa forma, como não foram apresentados os controles de execução de todos os serviços prestados, conclui-se pelo ressarcimento dos pagamentos efetuados não comprovados, que totalizam o valor de R\$136.316,98 (cento e trinta e seis mil trezentos e dezesseis reais e noventa e oito centavos), correspondentes a 77.744,37 VRTE, conforme discriminado em tabela abaixo:

[...]

Obs.: Como relatado, não foram identificados os Processos de Pagamentos, portanto a equipe de auditoria teve que retirar os dados da tabela acima do cruzamento de tabelas e relatórios disponíveis no

Sistema SISAUD do TCE-ES, Apêndice B deste relatório. Importante ressaltar que, caso o ressarcimento deste item seja julgado procedente, o montante do ressarcimento deverá ser calculado levando em consideração o valor ressarcido pelo item 7.1.1.8, deste relatório, devendo o valor de ressarcimento total ser limitado pelo valor total de pagamentos efetivados do Contrato em tela.

Item 7.2.1.6 (Contrato 119/2007 – Procedimento Administrativo 0696/2007- convite 021/07):

Em visita “in loco” da equipe de auditoria **foi identificada uma obra de engenharia semelhante**, conforme fotografias constantes no Apêndice H, ao representado no Projeto Arquitetônico (mídia digital no Processo 3341/2014-Apenso) apresentado pela Prefeitura Municipal de Fundão. Grifo nosso.

Todavia, a equipe entende **que não é cabível a afirmação da realização do objeto contratado, visto que não foram identificados documentos que pudessem comprovar a regular liquidação**, e via de consequência o devido pagamento dos itens do contrato (falta de fiscal do serviço habilitado, falta de memorial de medição, etc.), conforme estipulado na Lei 4.320/64. Também não foram identificados documentos relacionados à comprovação da prestação do serviço, não sendo identificados os processos de medições, aditivos, ARTs, nem mesmo fotografias durante a execução da obra ou logo após a sua conclusão que pudesse nos auxiliar nessa comprovação. Grifo nosso.

[...]

A não comprovação da regularidade das medições referentes aos serviços configura pagamento indevido, estando sujeito a ressarcimento do valor total pago. Dessa forma, como não foram apresentados os controles de execução de todos os serviços prestados, conclui-se pelo ressarcimento dos pagamentos efetuados não comprovados, que totalizam o valor de R\$119.122,01 (cento e dezenove mil cento e vinte e dois reais e um centavo), correspondentes a 67.937,73 VRTE, conforme discriminado em tabela abaixo

Item 7.3.1.6 (Contrato 084/2007 – Procedimento Administrativo 0236/2007 – convite 016/07)

Em visita “in loco” da equipe de auditoria **foi identificada uma obra de engenharia semelhante**, conforme fotografias constantes no Apêndice H ao representado no Projeto Arquitetônico (mídia digital no Processo 3341/2014-apenso) apresentado pela Prefeitura Municipal de Fundão. **Todavia, a equipe entende que não é cabível a afirmação da realização do objeto contratado, visto que não foram identificados documentos que pudessem comprovar a regular liquidação**, e via de consequência o devido pagamento dos itens do contrato (falta de fiscal do serviço habilitado, falta de memorial de medição, etc.), conforme estipulado na Lei 4.320/64. Também não foram identificados documentos relacionados à comprovação da prestação do serviço, não sendo identificados os processos de medições, aditivos, ARTs (Anotações de Responsabilidade Técnicas), nem mesmo fotografias durante a execução da obra ou logo após a sua conclusão que pudesse nos auxiliar nessa comprovação.

[...]

A não comprovação da regularidade das medições referentes aos serviços configura pagamento indevido, estando sujeito a ressarcimento do valor total pago. Dessa forma, como não foram apresentados os controles de execução de todos os serviços prestados, conclui-se pelo ressarcimento dos pagamentos efetuados não comprovados, que totalizam o valor de R\$116.170,00 (cento e dezesseis mil cento e setenta reais e noventa e oito centavos), correspondentes a 66.254,13 VRTE, conforme discriminado em tabela abaixo:

Item 7.4.1.5 (Contrato 253/2007 – Procedimento Administrativo 1282/2007 – convite 030/07)

Em visita “in loco” da equipe de auditoria foi identificada uma obra de engenharia semelhante, conforme fotografias constantes no Apêndice H, ao representado no Projeto Arquitetônico (mídia digital no Processo 3341/2014 -Apenso) apresentado pela Prefeitura Municipal de Fundão. Todavia, a equipe entende que não é cabível a afirmação da realização do objeto contratado, visto que não foram identificados documentos que pudessem comprovar a regular liquidação, e via de consequência o devido pagamento dos itens do contrato (falta de fiscal do serviço habilitado, falta de memorial de medição, etc.), conforme estipulado na Lei 4.320/64. Também não foram identificados documentos relacionados à comprovação da prestação do serviço, não sendo identificados os processos de medições, aditivos, ARTs (Anotações de Responsabilidade Técnicas), nem mesmo fotografias durante a execução da obra ou logo após a sua conclusão que pudesse nos auxiliar nessa comprovação.

[...]

A não comprovação da regularidade das medições referentes aos serviços configura pagamento indevido, estando sujeito a ressarcimento do valor total pago. Dessa forma, como não foram apresentados os controles de execução de todos os serviços prestados, conclui-se pelo ressarcimento dos pagamentos efetuados não comprovados, que totalizam o valor de R\$ 143.283,60 (cento e quarenta e três mil duzentos e oitenta e três reais e sessenta centavos), correspondentes a 75.399,46 VRTE, conforme discriminado em tabela abaixo:

Item 7.7.1.5 (Contrato 003/2007 – Procedimento Administrativo 2536/2006 – convite 005/06)

Não foi possível identificar documentos que pudessem comprovar a regular liquidação, e via de consequência o devido pagamento dos itens do contrato (falta de fiscal do serviço habilitado, falta de memorial de medição, etc.), conforme estipulado na Lei 4.320/64. Também não foram identificados documentos relacionados à comprovação da prestação do serviço.

[...]

Entende-se que não foram apresentados elementos suficientes que comprovem a devida liquidação da prestação dos serviços, conforme artigo 62 c/c 63 da Lei 4.320/64.

Acrescenta-se o fato de os valores empenhados foram exatamente iguais, em sua maioria, aos valores liquidados, sendo que estes valores foram inicialmente calculados em função do valor do contrato dividido pelo número de meses de sua duração. A ausência dos documentos, relatados anteriormente, compromete gravemente a

identificação e a comprovação da realização do objeto dos processos auditados, porém tal fato não deve ser aceito como insuficiência de elementos para responsabilização do ordenador e, nem mesmo, para abrandamento de penas e ressarcimento quando em comparação com a situação de comprovação dos fatos denunciados. [...]

Este procedimento se justifica devido à possibilidade do expediente de ocultação e destruição de elementos serem efetivamente vantajoso para ordenadores que tenham cometido faltas e/ou desvios. A não comprovação da regularidade das medições referentes aos serviços configura pagamento indevido, estando sujeito a ressarcimento do valor total pago. Dessa forma, como não foram apresentados os controles de execução de todos os serviços prestados, conclui-se pelo ressarcimento dos pagamentos efetuados não comprovados, que totalizam o valor de R\$ 3.091.544,48 (três milhões noventa e um mil quinhentos e quarenta e quatro reais e quarenta e oito centavos), correspondentes a 1.731.820,84 VRTE, conforme discriminado em tabela abaixo:

Os senhores Maria Dulce Rudio Soares, Fábio Almeida Evangelista e Luciano Ferreira, **em defesa**, alegam, em síntese, que, *“para que se impute ressarcimento, é necessária a verificação física quanto à prestação do serviço ou provimento do bem, demandando inspeção in loco, ou levantamento em campo para que, mediante a prova de que não se prestou o serviço ou não se recebeu o bem, tal imputação possa ser feita.”* Argumenta, outrossim, que *“em havendo esse Ressarcimento, ele deve ser proporcional àquilo que deixou de ser feito ou recebido, não se partindo, a priori, com fulcro em suposta deficiência documental, que nada foi feito ou recebido.”*

Pois bem.

Como bem pontuou a Manifestação Técnica 12532/2019-1 , esta Corte de Contas já se manifestou acerca do tema “dano presumido”, conforme dispõe o art. 313, inciso V do Regimento, *in verbis*:

ACÓRDÃO TC 573/2014 - PLENÁRIO

Tratam os presentes autos de Denúncia (fl.04), em que se noticia a possível ocorrência de irregularidades na realização da festividade denominada “XXV Forró da Tábua Lascada” (fls.05/09) que ocorreu nos dias 23, 24, 25 e 26 de junho de 2005. Juntamente com o expediente, encaminhou cópia de representação ao Ministério Público Estadual.

(...)

A equipe de auditoria atestou a existência de notas fiscais e recibos acerca das despesas, mas não identificou a liquidação da despesa na

aquisição de bens e/ou produtos e serviços. (...) acompanho em parte o entendimento do NEC, e afasto o ressarcimento no montante de R\$ 305.446,76 (trezentos e cinco mil quatrocentos e quarenta e seis reais e setenta e seis centavos), por entender que não há que se falar em ressarcimento integral e em dano presumido, pois o evento foi realizado. (...) entendo que há necessidade de compreender as falhas no contexto de toda a gestão enfocada, pois, embora, da análise fática dos fatos demonstre que a opção adotada pelo responsável tenha representado a ausência de estrita observância aos comandos normativos a respeito da comprovação de despesa, não restou comprovado a má-fé do gestor. (...)

ACÓRDÃO TC - 537/2016 - PLENÁRIO

Nesse sentido, a condenação em dano ao erário depende da prática de ato que resulte em perda patrimonial, desvio, apropriação ou dilapidação do patrimônio público, o que a meu ver não se confirmou no caso em tela. (...) na tese da inviabilidade de imputação de ressarcimento por dano presumido, afasto a devolução ao erário apontada

ACÓRDÃO TC - 00211/2018 – SEGUNDA CÂMARA – PROCESSO TC 00774/2010-7

(...) No caso concreto, necessário se toma verificar se houve ou não ocorrência de prejuízo à Administração. Consoante se infere da Instrução de Engenharia Conclusiva nº 81/2015, essa informa que: “não é possível afirmar, a partir da análise aos autos, se os serviços foram realizados de fato, visto que os serviços contratados de duração permanente, isto é, os materiais/equipamentos instalados ou as construções com vida útil superior ao tempo de corrido entre a realização da obra e da auditoria pelo TCE-ES não foram detectados pela equipe técnica deste Tribunal em inspeção “in loco”...”

Sobre a impossibilidade de se imputar o ressarcimento de valores em caso de não comprovação efetiva do dano, já decidiu o **TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS**: (...)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – CONDENAÇÃO DE GESTORES A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DA NÃO PRESTAÇÃO DO OBJETO CONTRATADO – NÃO COMPROVADA A PRÁTICA DE ATO QUE CONFIGURE DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS EFETIVO DANO AO ERÁRIO - AFASTA-SE A RESPONSABILIDADE DA RECORRENTE

[...]

1) Não se vislumbram, nos autos, elementos suficientes ou documentação que comprove, de forma inequívoca, que o objeto contratado não foi prestado, não constituindo a ausência de documentos relativa à comprovação da despesa motivo suficiente para desconstituir a presunção de veracidade da liquidação da despesa atestada nas notas fiscais.

Pela relevância de seus fundamentos, transcrevem-se trechos do voto vencedor referente ao julgado acima ementado:

Não vislumbro nos autos elementos suficientes ou documentação que comprove, de forma inequívoca, que o objeto contratado não foi prestado. [...] Não basta, pois, mera presunção desse dano, sob pena de se promover o

enriquecimento sem causa do ente público, em detrimento do condenado indevidamente ao ressarcimento. (...)

Nota-se que a irregularidade que ensejou a condenação restringiu-se apenas à ausência de documentos que comprovassem a regular realização da despesa, o que, a meu ver, não é suficiente para desconstituir a presunção de veracidade da liquidação da despesa.

[...]

Ainda sobre dano ao erário, trago trechos extraídos da Decisão do STJ, no Recurso Especial nº 1.181.806-SP (2010/0034417-0), no qual foi afastado o ressarcimento imposto na instância de piso, respaldada na tese pacificada naquela Corte Superior de quem era presunção do prejuízo não se mostra suficiente para sua imputação:

(...)

Em precedente ainda mais recente, o STJ eliminou qualquer controvérsia quanto ao assunto:

(...)

6. Eventual violação à boa-fé e aos valores éticos esperados nas práticas administrativas não configura, por si só, elemento suficiente para ensejar a presunção de lesão ao patrimônio público, conformes sustenta o Tribunal a quo; e assim é porque a responsabilidade dos agentes em face de conduta praticada em detrimento do patrimônio público exige a comprovação e a quantificação do dano, nos termos do art. 14 da Lei 4.717/65; assevera-se, nestes termos, que entendimento contrário implicaria evidente enriquecimento sem causa do Município, que usufruiu dos serviços de publicidade prestados pela empresa de propaganda durante o período de vigência do contrato.

Não obstante os precedentes contundentes acima mencionados, este **Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo** também já possui precedentes sobre o afastamento da imputação de ressarcimento nos casos de danos meramente presumidos, conforme se extrai dos votos proferidos pelo Ilmo. Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun nos autos dos processos TC 4014/2009, TC 7042/2009 e TC 5838/2009, que utilizaram como razão de decidir os precedentes do STJ acima mencionados. Nessa linha de inteligência, embora visualizando a precariedade da fiscalização da execução do contrato diante da ausência de servidor designado para a atividade, sendo realizada em dissonância com o princípio da segregação de funções, aliado ao fato de inexistência da utilização de nenhum documento de verificação das quantidades efetivamente executadas, tais como planilha de medição com memória de cálculo, fotos, dentre outros, forçoso concluir, no caso concreto, que não restou caracterizado a não realização/execução plena dos contratos referentes às reformas/consertos das Escolas Municipais, motivo pelo qual **permanecem as irregularidades analisadas nestes itens, à exceção dos itens referentes aos pagamentos indevidos por ausência de controle na execução dos serviços, por não ter sido caracterizado efetivamente o dano e sim sua presunção, matéria já rechaçada por esta Corte de Contas.**

Deixo de aplicar sanção pecuniária por considerar, na presente situação, a ausência de conduta lesiva para a Administração Pública ou para a satisfação do interesse público.

III CONCLUSÃO:

[...]

• **Deixar de aplicar** sanção pecuniária, por considerar, na presente situação, a ausência de conduta lesiva para a Administração Pública ou para a satisfação do interesse público, conforme exposto acima.

1. ACÓRDÃO TC-211/2018 - 2ª CÂMARA

[...]

1.8. **Deixar de aplicar** sanção pecuniária, por considerar, na presente situação, a ausência de conduta lesiva para a Administração Pública ou para a satisfação do interesse público, conforme exposto acima.

No caso em análise, as irregularidades apontadas encontram-se assentadas unicamente sobre a ausência de liquidação da despesa, por ausência de documentos que comprovem a efetiva prestação de serviços, nos termos dos artigos 62 e 63 caput e § 2º, inciso III da Lei 4.320/64.

Contudo, o simples fato de não existir comprovação documental, atestando a realização dos serviços, não é suficiente para ser imputado um ressarcimento ao ordenador de despesas.

Como bem pontuou a área técnica, não hánexo entre tal fato e suposto dano, pois para estabelecer a materialidade do mesmo requeria-se a constatação da não execução dos serviços contratados, o que não ficou demonstrado, não bastando, repito, a simples presunção do dano.

Isto posto, corroborando o entendimento técnico e do ilustre *Parquet* de Contas, afasta-se a irregularidade apontada.

MT 12532/2019-1 – ITEM 2.5 - Sobrepreço identificado nos itens que compõem a planilha de execução do contrato - Item 7.7.1.4 (Contrato 003/2007 – Procedimento Administrativo 2536/2006 – Concorrência Pública 005/06)

Nos termos do relatório da área técnica, citados na Manifestação Técnica, a suposta irregularidade decorre de infringência ao artigo 43, inciso IV da Lei 8.666/93, *in verbis*:

A equipe analisou os quantitativos e preços dos itens contratados que consta da página 2736 do processo TC 3341/14, sendo a data base da Planilha Orçamentária o mês de dezembro de 2006. Cabe comentar que os serviços de limpeza pública podem ter seus valores

comparados com concorrências similares para a obtenção do preço de mercado.

Grifo nosso.

Utilizando, em comparação, os valores constantes da concorrência 01/2006 da Prefeitura Municipal de Vitória, por se entender que os preços praticados pelo município de Fundão deveriam ser ao menos iguais ou inferiores aos do município de Vitória, pois apesar de Fundão ser um município integrante da Grande Vitória tem uma condição de trânsito mais favorável que a capital do estado para o serviço de coleta, transporte e destinação de resíduos urbanos e uma menor necessidade de coleta noturna.

Em face da metodologia adotada por esta Corte de Contas, considera-se que o preço global contratado não é compatível com o obtido a partir dos preços de outras concorrências similares realizadas, no período, e corrigidas para a mesma data base (Apêndice G). Conforme demonstrado no Apêndice G houve uma diferença de R\$21.747,21/mês de contrato, porém apesar dos pagamentos, em sua grande maioria, terem o valor igual ao estimado na licitação, não foi identificado pela equipe de auditoria os documentos relacionados aos Processos de Pagamento, via de consequência, os valores utilizados neste relatório foram baseados nos pagamentos registrados pelo sistema SISAUD.

[...]

A Sra. Maria Dulce Rudio Soares, **em defesa**, alega, em síntese:

Preliminar

De início, cabe uma observação e um questionamento:

A irregularidade foi o "pagamento em quantidade superior à executada", ou pagamento de "preços superiores aos de mercado"?

O emprego da conjunção 'ou' conduz à exclusão de uma das alternativas apresentadas, sem indicar qual delas, o que toma a Defesa impraticável em virtude de acusação indefinida e determina, de plano, a nulidade da imputação.

Afinal, como prestar esclarecimentos ou defender-se de uma possível 'geração de pagamento indevido', se o próprio autor da imputação foi incapaz de identificar se a causa foi 'um pagamento em quantidade superior à executada', ou 'preços superiores aos de mercado'?

A seguir, na análise dos documentos do Processo, verificamos que não consta do mesmo o Contrato 08/06 PMV citado pelo Auditor como fonte dos preços de coleta de lixo que foram utilizados para sustentar a acusação de irregularidade.

Ora, um Contrato firmado pela Administração não é um documento de simples acesso e fácil disponibilização ao público, o que determina que o mesmo seja anexado ao Processo para que a Defesa possa constatar a veracidade e propriedade daquilo que o acusador afirma.

Não se trata de uma citação de literatura doutrinária ou de legislação – material disponível a todos em livrarias, bibliotecas ou, mesmo, na Internet, e que não necessitam ser anexados aos autos – diferentemente de uma peça documental de acesso restrito.

Cabe-nos, por dever, solicitar como PRELIMINAR, que o Tribunal de Contas desconsidere e rejeite, de plano, a irregularidade apontada neste item por inepta, impeditiva ao exercício da Defesa e do Contraditório, em virtude de:

- Flagrante dubiedade e confusão na tipificação do delito, não indicando de forma precisa e clara qual a ofensa cometida pelo acusado;*

- Ausência de documento essencial à Defesa, utilizado pelo Auditor com o suporte à formulação da acusação feita. Não sendo conhecido este nosso pedido, vamos procurar prestar todos os esclarecimentos necessários à elucidação da questão, em que pese nosso desconhecimento quanto ao teor do Contrato 08/06 PMV utilizado pelo Auditor para proceder à comparação de preços que veio a suportar sua alegação.*

Esclarecimentos

Em que pese o vício na tipificação da 'irregularidade', uma vez que estamos seguros de que nada houve de irregular na contratação

efetivada, vamos prestar esclarecimentos quanto aos dois tópicos levantados pelo Controlador.

Tendo em vista que não foi anexado aos autos o Contrato 08/06 PMV, teremos que basear nossa Defesa na suposição de que esse Contrato firmado pela Prefeitura Municipal de Vitória adota o mecanismo de pagamento por preço unitário da tonelage m de resíduo recolhido, uma vez que a 'irregularidade' apontada volta-se para um dito 'pagamento superior à quantidade executada', oferecendo números quanto à tonelage m transportada - matéria que pode ser relevante no Contrato 08/06 PMV, mas não o é no Contrato firmado pela Prefeitura de Fundação.

Assim, com as restrições que a ausência do documento que o Auditor não anexou aos autos, vamos proceder aos esclarecimentos quanto às supostas 'irregularidades':

• Pagamento em quantidade superior à executada

Ao tratarmos da questão da seleção da proposta vencedora (item 1.1 acima), esclarecemos que o critério de aceitabilidade para obter a melhor proposta era do MENOR PREÇO GLOBAL.

A indicação de preço unitário de cada um dos serviços tinha por único fito permitir à Administração um controle dos valores cobrados singularmente por esses serviços – sem que isso viesse a ter qualquer importância para a definição da proposta vencedora.

Ao definir como critério de aceitabilidade o MENOR PREÇO GLOBAL, ficou perfeitamente esclarecido que, independentemente da quantidade de lixo coletada mensalmente, o valor a ser pago à vencedora já estaria fixado. A estimativa feita pela Secretaria de Administração indicava uma média mensal de 300 toneladas de lixo comercial, domiciliar e industrial e de 1 tonelada de lixo hospitalar.

Caso, entretanto, em um mês, a quantidade coletada fosse superior a esses montantes, o valor a ser pago à Empresa seria o mesmo – não ser (sic) vincularia à quantidade coletada. Idêntico raciocínio poderia ser feito no caso de, em determinado mês, a coleta desse margem a quantidade inferior àquela estimada pela Secretaria de Desenvolvimento.

Assim, a tonelage pesquisada pelos Auditores junto à AMBITEC é totalmente irrelevante para efeito do pagamento dos serviços prestados pela Empresa coletora de lixo.

Não é demais repetir que pagamento da Empresa coletora de lixo não estava vinculado à quantidade de lixo coletado – mas sim aos serviços de Limpeza Pública do Município-em que a coleta de lixo é parte.

Ainda assim, ao proceder a análise dos documentos oferecidos pela AMBITEC quanto à tonelage de lixo coletada, e que foi usada pelo Auditor, tivemos a surpresa de constatar que nos dez primeiros meses de 2007 (Janeiro a Outubro) foram coletadas e recolhidas ao Aterro Sanitário da AMBITEC cerca de 2.946,56 toneladas de resíduo sólido e 2,21 toneladas de resíduo hospitalar – perfazendo um total de 2.948,77 toneladas coletadas, para uma previsão de coleta, no período, de 3.010 toneladas de resíduo sólido e resíduo hospitalar.

Em termos globais, portanto, o diferencial de 61,23 toneladas -2% sobre o total recolhido – está dentro de uma margem perfeitamente aceitável, em que pese o baixo volume de lixo hospitalar, não sendo pertinente a alegação do Auditor.

Dessa forma, descabe totalmente, a assertiva de que foi feito pagamento superior aos serviços executados –seja porque o Contrato não era por tonelage recolhida, mas sim, por empreitada global, seja porque a tonelage efetivamente recolhida situou-se dentro das estimativas feitas pela Administração ao proceder à licitação e contratação dos serviços.

• Preços superiores aos de mercado

Para apoiar essa alternativa (uma vez que os Auditores não puderam definir precisamente qual a irregularidade), foi oferecida uma tabela em que é feita a comparação dos preços unitários por serviços pagos pela Prefeitura de Fundão e a Prefeitura de Vitória no tocante à Limpeza Pública.

O Contrato 08/06 firmado pela Prefeitura Municipal de Vitória, citado e usado como parâmetro para avaliar os preços unitários dos itens contratados, não consta do Processo TC - 0802/2007, nem é documento público que possa ser facilmente obtido pela Defesa – tal como a literatura doutrinária ou a legislação que, usualmente, se cita

nas Instruções e Defesas sem que seja necessário acostar o exemplar do Livro ao Processo. Assim, entendemos que, desconhecendo o teor do Contrato 08/06 PMV, por não estar presente no Processo, torna-se inviável promover a Contestação daquilo que o Auditor alega, tornando prejudicada a irregularidade apontada por impossibilidade do Contraditório.

De qualquer forma, vamos promover à análise das afirmações feitas pelo técnico, relativamente à comparação entre o Contrato firmado por Fundão e aquele firmado por Vitória, presumindo que este último obedeceu a uma contratação por menor preço unitário, isto é, o pagamento é vinculado à tonelage de lixo recolhida.

Nessa presunção, observamos que a Tabela oferecida peca em inúmeros pontos que passaremos a dissecar:

Preço Global e Preço Unitário

A Tabela elaborada pelos Auditores utiliza Contrato firmado pela Prefeitura Municipal de Vitória, em que se adota o critério de avaliação por preço unitário – tonelage de lixo coletada – quando o Contrato de Fundão foi firmado sob a regra do Preço Global, como já esclarecemos anteriormente.

Ao comparar coisas distintas as distorções são inevitáveis, podendo ocorrer manipulações que conduzem a sobre-preços que, efetivamente não existem.

Na planilha do Auditor foram usados, para efeito de comparação, apenas os itens unitário sem que há diferença a maior contra a Prefeitura de Fundão, omitindo os valores pagos pela Prefeitura de Vitória quanto à varrição de vias públicas, transporte dos resíduos sólidos, limpeza de praias, pintura (caiação de meiofio).

Essa omissão vicia totalmente a planilha uma vez que todos esses serviços estão incluídos no preço global pago pela Prefeitura de Fundão, pela Limpeza das Vias Públicas. Curiosamente nos itens que julga conveniente adota o Preço Unitário praticado pela Prefeitura de Fundão. Ou o Contrato da Prefeitura de Vitória não contempla esses itens, os quais seriam pagos em outra contratação, elevando os custos dos serviços, ou os preços praticados-caso contemplados são superiores àqueles pagos no Contrato da Prefeitura de Fundão. De

qualquer forma, ao comparar coisas distintas, selecionando exclusivamente aquilo que lhe interessava demonstrar, o Auditor cometeu um equívoco que viciou todo seu trabalho.

○ *A questão da escala*

Se for considerar exclusivamente o lixo domiciliar, comercial e industrial da cidade de Vitória, é inquestionável que o volume de lixo mensal da Capital é centenas de vezes maior do que aquele coletado em Fundão. Essa escala conduz a um preço unitário menor, uma vez que há uma relação entre pessoal empregado x veículos alocados x material a coletar que irá permitir à Empresa coletora um ganho substancial em função da possibilidade de otimizar meios para realização dos serviços –o que é impensável em um Município em que, a Empresa imobilizará meios a um custo mais elevado.

○ *A questão das Ruas*

A cidade de Vitória é a Capital do Estado. Suas vias urbanas são calçadas ou asfaltadas, o que provoca um desgaste menor nos veículos de coleta, a par de uma produtividade maior na relação quantidade coletada versus tempo de coleta. Em Fundão a coleta de lixo é feita na sede do Município e nos seus Distritos, aos quais se liga por meio de estradas de terra, sujeitas a sérios problemas de trânsito particularmente na época das chuvas, acarretando desgaste maior dos equipamentos empregados e conseqüente elevação do preço por tonelagem recolhida.

○ *A questão da proximidade dos pontos de coleta*

A coleta de lixo em Vitória é totalmente urbana, onde os veículos coletores seguem roteiros em que a proximidade dos pontos de coleta determina o máximo aproveitamento da capacidade dos veículos versus tempo e distâncias percorridas. Isso determina, necessariamente, um melhor aproveitamento do maquinário e da mão de obra, com conseqüente redução de seu custo operacional. As distâncias dos pontos de coleta em Fundão não se comparam a Vitória. Para se encher um caminhão coletor, muitas vezes, torna-se necessário percorrer vários quilômetros, o que leva o custo operacional da tonelada coleta da a um valor tremendamente maior do que a coleta feita em Vitória.

○ *O despejo dos resíduos*

Os resíduos coletados em Vitória são despejados no Aterro Sanitário do contorno de Vitória, no Município de Serra, que dista, em média 30 quilômetros do ponto de coleta, em estrada asfaltada.

Em Fundão o Aterro Sanitário operado pela Ambitec fica a uma distância média de 45 quilômetros dos pontos de coleta, em estrada de terra. Desnecessário dizer o diferencial nesses custos. Acrescente-se que, a partir de Janeiro de 2008, o despejo dos resíduos coletados em Fundão está sendo feito no mesmo Aterro Sanitário do contorno de Vitória - distante 100 quilômetros da sede do Município.

Esse fato – graças ao Contrato por Preço Global – não promoveu acréscimo no preço contratado por Fundão.

Utilizando a mesma Tabela elaborada pelos Auditores podemos promover um exercício um pouco diferente, identificando exatamente quanto Vitória paga por tonelada de lixo comercial, domiciliar e industrial transportada, chegando a um valor é de R\$ 122,63 – considerando a coleta e operação do aterro sanitário. Ora, quanto é que Vitória paga pela coleta de lixo hospitalar? E pela varrição de ruas? E pela limpeza das praias? E pela pintura (caiação) de meio fios? E pelo transporte do lixo até o destino final? Nada disso os Auditores informam em sua Tabela, valendo-se, no caso, do preço contratual de Fundão para chegar ao final a um Preço Total TCEES misturando preços em contrato em regime de empreitada por preço unitário (Contrato da Prefeitura Municipal de Vitória) com preços unitários dentro de um contrato em regime de empreitada por preço global (Contrato da Prefeitura de Fundão).

Numa comparação grosseira seria o mesmo que comprar uma Sopa de Legumes por preço global e, posteriormente, comparar os preços unitários dos legumes utilizados na mesma para alegar sobre-preço em algum deles - esquecendo-se de que a compra foi por preço global, e que juntamente com o preço unitário dos legumes, há uma série de outras coisas que deixaram de ser consideradas pelo analista, o qual se restringiu a determinados itens que compõem essa Sopa. Essa comparação de coisas distintas, como se fossem iguais, consagra a adoção de uma metodologia incorreta, eleva a um vício

insanável todo o trabalho feito pelos Auditores. Decorre daí as razões de os Auditores não terem conseguido definir qual a irregularidade cometida pela Administração no item 1.4.

Repetindo as palavras da ITI:

- *'alguns quantitativos de serviços foram pagos em quantidade superior à executada'*

Como poderiam ser pagos em quantidade superior à executada? O Contrato é de empreitada por preço global. Não está preso ao valor unitário da tonelage de resíduos transportados. A confusão entre empreitada por preço global (em que se paga pela totalidade do serviço realizado) e empreitada por preço unitário (em que se paga pelo quantitativo do serviço realizado, e medido unitariamente), levou o Auditor a essa afirmação incorreta.

- *ou*

A conjunção 'ou' colocada pelo Auditor é trágica. Significa que ele não conseguiu caracterizar, de forma específica nenhuma irregularidade, e optou por informar, de forma genérica, que 'ou é uma ou é outra'. Trata-se de uma alternatividade inadmissível quando se busca caracterizar a ofensa legal, pois impede a realização da Defesa.

Houvesse alguma irregularidade o Auditor deveria ser taxativo: esta foi a irregularidade, ou, estas foram as irregularidades. A simultaneidade de infrações é possível; a alternatividade, nunca. Em verdade, não houve nem uma nem outra.

- *'(...) foram pagos (...) com preços superiores aos praticados no mercado'*

Quais preços superiores aos praticados no mercado? Certamente não são os preços unitários da tonelage de lixo coletada pela Prefeitura de Vitória, pois o Contrato de Fundão não é somente de coleta de lixo, não é medido de forma unitária e incorpora uma série de outros componentes que não foram apresentados no Contrato de Vitória.

É de todo salutar que, ao serem feitas comparações para efeito de identificar irregularidades, os Analistas utilizem parâmetros e padrões absolutamente similares – sob pena de viciar a análise.

Um Contrato de Limpeza Urbana feito em regime de empreitada global só pode ser comparado com outro Contrato de mesma natureza, em que os componentes dos serviços contratados sejam os mesmos.

Comparar preços unitários informativos em um Contrato por preço global, com preços unitários oferecidos em um Contrato por preço unitário é um equívoco e que, lamentavelmente, foi cometido pelos Auditores no presente caso. A sugestão de imputar à Administração a restituição de valor supostamente pago a maior –em virtude de uma irregularidade que o Auditor sequer soube especificar - não pode, nem deve, em sua consciência, ser considerada, sob pena de inverter-se todo o processo de apuração quanto à lisura dos atos administrativos, cominando pena para irregularidade não definida, posto que inexistente. Não há, como comprovamos, qualquer irregularidade quanto à prestação dos serviços contratados pela Prefeitura de Fundão para Limpeza Urbana, por força do Contrato 05/2006.

[...]

b. Inadequação de comparativos

A Planilha do Anexo II, à folha 137 do Processo 7486/2008 – Planilha Comparativa de Preços Unitários (comunidades equiparadas) baseada nos Quantitativos de Fundão – promove uma comparação entre os preços unitários de serviços relativos à coleta de lixo, transporte, operação de aterro etc., praticados por Fundão (Contrato 05/2006) e a Prefeitura Municipal de Vitória e de Guarapari.

Ora, são comparações absurdas, entre serviços com descrição similar, mas realizados em condições totalmente distintas.

Vejamos alguns dos pontos a comparar:

<i>A coleta de lixo em Vitória:</i>	<i>A coleta de lixo em Fundão:</i>
<i>É feita inteiramente em área urbana, com grande proximidade entre os pontos onde o lixo é depositado, com elevado aproveitamento dos veículos empregados (tonelagem recolhida</i>	<i>É feita em grande parte nos distritos do Município, com distância considerável entre os pontos de coleta (onde o lixo é depositado) gerando baixo aproveitamento dos veículos</i>

<i>versus distância percorrida).</i>	<i>empregados.</i>
<i>É feita quase que inteiramente em vias asfaltadas ou calçadas, com reduzido desgaste dos veículos e grande velocidade operacional no recolhimento do lixo (utilização dos veículos com maior rendimento na unidade de tempo).</i>	<i>É feita quase que inteiramente, em vias sem asfalto ou calçamento (estradas de terra), sujeitas a avarias nos períodos de chuvas, com baixa velocidade operacional no recolhimento do lixo, e alto desgaste nos veículos empregados.</i>
<i>Vale-se de aterro sanitário distante 26 km do ponto de coleta dos resíduos, em via asfaltada</i>	<i>Vale-se de aterro distante 45 km de Fundão (sede) – devendo ser considerado que há Distritos onde a coleta é feita, que distam até 25 km da sede do Município, levando a distância ao Aterro a 70 km.</i>
<i>Tem um volume de recolhimento de lixo da ordem de 25 vezes maior do que aquele que se verifica em Fundão, concentrado na área urbana de Vitória, com natural redução de custos que a grande escala determina, associado às facilidades acarretadas pela coleta.</i>	<i>Tem um volume de recolhimento da ordem de 25 vezes menor do que aquele de Vitória, distribuídos na Sede (50%) e nos Distritos, distantes entre 15 e 25 km da Sede do Município, com o natural acréscimo que a pequena escala de recolhimento, associada às dificuldades da coleta acarretam.</i>

Pois bem.

Como bem pontuou a área técnica, de fato, não foi inserido o Contrato firmado com a PMV, adotado como paradigma, ao apêndice G.

E, nesse aspecto, em relação ao sobrepreço, sustenta a defesa que somente foram considerados os preços da PMV, tão somente, em itens em que esse se mostrou maior, correspondente a 3 preços da PMV, sendo os demais mantidos os da Prefeitura de Fundão, o que, por ausência do contrato da PMV, prejudica a comparação de todos os itens.

Pontuou, ainda, a defendente que deve ser considerados outros fatores, para comparação, por se tratarem de municípios com características distintas, tais como: Preço Global e Preço unitário, A questão da escala, A questão da proximidade dos pontos de coleta, O despejo dos resíduos, fls.726 a 731 e tabela comparativa, fls. 735 e 736. Com razão.

Cito, por exemplo, o item 2 da planilha orçamentária “Coleta de Resíduos Sólidos domiciliares, comercial e industrial (classe II) com caminhão coletor/compactador”, que apresenta valor bastante discrepante em relação ao contratado.

Como bem ponderou a área técnica, *“Conforme dados do IBGE, com base no último censo [2010], a população de Fundão era de 17.025 pessoas e densidade demográfica 58,97 hab/km Já a cidade paradigma, Vitória, era de 327.801 pessoas e densidade demográfica 3.338,30 hab/km². Desse modo, entende-se que municípios com particularidades diversas não devem ser comparados a fim de se buscar o valor aceitável para contratação de serviços de limpeza pública. Isso pois, há de ser considerado, por exemplo, no caso em análise, que enquanto Vitória possui maior densidade demográfica, possibilitando que o caminhão percorra menor trajeto até ser totalmente carregado, em Fundão, há de se percorrer maior trajeto para se coletar a mesma quantidade (toneladas) de material.”*

Nesse diapasão, sem maiores indicadores que comprovassem a similaridade entre municípios, não há como se sustentar neste caso que “os serviços de limpeza pública podem ter seus valores comparados com concorrências similares para a obtenção do preço de mercado”, pois entende-se que não estão sendo comparados municípios similares.

Isto posto, corroborando o entendimento técnico e do ilustre *Parquet* de Contas, afasta-se a irregularidade apontada.

III. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de acórdão que submeto à sua consideração.

MÁRCIA JACOUD FREITAS

Conselheira substituta

1. ACÓRDÃO TC-1152/2021:

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

1.1. RECONHECER a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, nos termos do artigo 373 do RITCEES c/c artigo 71 da Lei Complementar 621/2012, no tocante às irregularidades apontadas no item 2.1 da Manifestação Técnica 12532/2019 (fls. 78-113, Volume Digitalizado 16665/2020 – peça 25);

1.2. AFASTAR as irregularidades apontadas nos itens 2.2, 2.3, 2.4 e 2.5 da Manifestação Técnica 12532/2019 (fls. 78-113, Volume Digitalizado 16665/2020 – peça 25) nos termos deste Voto;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.4. ARQUIVAR os presentes autos após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 207, inciso III do RITCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 08/10/2021 – 47ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (no exercício da presidência) e Rodrigo Coelho do Carmo.

4.2. Conselheira substituta: Márcia Jaccoud Freitas (em substituição/relatora nos termos do art. 86, §4º, do Regimento Interno).

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

No exercício da presidência

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Relatora nos termos do art. 86, §4º, do Regimento Interno

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

FLÁVIA BARCELLOS COLA

**Subsecretária das Sessões em
substituição**