



Decisão 03784/2021-6 - 2ª Câmara

Processo: 00405/2014-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMC - Prefeitura Municipal de Colatina

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: MINISTERIO PUBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO

Responsável: LEONARDO DEPTULSKI, ASSOCIACAO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS COLATINA, EVAL GALAZI, OLINDO ANTONIO DEMONER, JOAO GUERINO BALESTRASSI, SERGIO MENEGUELLI

Procuradores: NAIARA NUNES LOUREIRO DE ARAUJO (OAB: 23765-ES), PAULA AMANTI CERDEIRA (OAB: 23763-ES), MARCELA DE OLIVEIRA RAMOS (OAB: 19064-ES), THIAGO CARVALHO DE OLIVEIRA (OAB: 11587-ES), DANIEL LOUREIRO LIMA (OAB: 10253-ES, OAB: 27485-PR), RENAN SALES VANDERLEI (OAB: 15452-ES), FRANCIELLI RAMOS BRUNI (OAB: 6498E-ES, OAB: 32460-ES), CARLOS ESTEVAN FIOROT MALACARNE (OAB: 12401-ES), FRANCISCO ADAO SILVA DE CARVALHO (CPF: 004.860.937-43), PONCIANO REGINALDO POLESI (OAB: 2732-ES)

**REPRESENTAÇÃO – DANO AO ERÁRIO -
REMESSA À ÁREA TÉCNICA PARA REALIZAÇÃO
DE DILIGÊNCIA.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação formulada pelo Ministério Público de Contas em razão de indícios de irregularidades verificados nos convênios firmados entre a Prefeitura Municipal de Colatina e a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina – APAE, nos exercícios de 2001 a 2013.

O Parquet de Contas noticiou que os referidos convênios tinham como objetivo a contratação de pessoal de forma indireta, burlando a seleção pública obrigatória, para prestação de serviços no Programa Estratégia de Saúde da Família, Programa Estratégia de Agentes Comunitários de Saúde e Programa de Vigilância Epidemiológica e Controle de Doenças.

O Representante aduziu, ainda, a ocorrência de prejuízo ao erário por força da existência de cláusulas lesivas de indenizações e sucumbências judiciais a cargo do Município, bem como o pagamento de verbas rescisórias trabalhistas.

Foram os autos encaminhados à 4ª Secretaria de Controle Externo, onde foi elaborada a Manifestação Técnica Preliminar 64/2014, sugerindo o encaminhamento de documentos e informações adicionais pelo sr. Leonardo Deptulski (Prefeito Municipal de Colatina – 2009/2012 e 2013/2016), o que foi deferido pela Decisão Monocrática Preliminar nº 113/2014.

Na sequência, a 4ª Secretaria de Controle Externo, por meio da Manifestação Técnica Preliminar 385/2014, sugeriu a realização de fiscalização na modalidade inspeção, sugestão acolhida através do Voto nº 2431/2016, e ratificada pela Decisão-Plenário nº 2754/2016.

A Secex Denúncias elaborou o Relatório Técnico 642/2017, cujos indícios de irregularidades foram reunidos na Instrução Técnica Inicial 1166/2017. A Instrução Técnica Inicial em tela propôs a citação dos responsáveis para apresentação de alegações de defesa e documentos que entendessem necessários e/ou recolhessem as importâncias passíveis de ressarcimento. Nesse sentido, foram elaborados o Voto do Relator nº 6367/2017 e a Decisão 4231/2017.

Devidamente citados, apenas a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE) apresentou alegações de defesa, conforme explicitado pela Secretaria Geral das Sessões no Despacho nº 20.848/2018. Nesse sentido, quanto aos Srs. João Guerino Balestrassi (Prefeito Municipal de Colatina – 2001/2004 e 2005/2008) e Leonardo Deptulski (Prefeito Municipal de Colatina – 2009/2012 e 2013/2016), foi decretada a revelia por meio do Despacho nº 20.930/2018.

Posteriormente, foram os autos encaminhados à SecexMeios, tendo sido elaborada a Instrução Técnica Conclusiva ITC 2780/2018-6, com proposta de encaminhamento pela conversão do processo em tomada de contas especial; manutenção de irregularidades; julgamento pela irregularidade das contas do sr. Leonardo Deptulski, em solidariedade com a APAE; e pela expedição de determinação.

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas, foi emitido o Parecer 4473/2018-1, que anuiu aos termos ITC 2780/2018-6.

Posteriormente, foram juntados aos autos manifestações intempestivas por parte do sr. Leonardo Deptulski.

Após, o processo foi incluído na pauta da 16ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara de 14/08/2020, tendo sido lido o relatório do voto e, após adiamentos, retirado de pauta, até que, na pauta da 8ª Sessão Ordinária Virtual da 2ª Câmara, realizada em 26/02/2021, houve sustentação oral pelo advogado do Srº Leonardo Deptulski.

A área técnica elaborou a Manifestação Técnica de Defesa Oral 00075/2021-7 (evento 083) e, como proposta de encaminhamento, sugeriu, preliminarmente, rejeitar as razões e justificativas suscitadas na defesa oral, em razão da já decretada revelia e, no mérito, manter as irregularidades, em consonância com os termos da ITC 2780/2018.

Encaminhados os autos ao Ministério Público Especial de Contas, foi elaborado o Parecer 04564/2021-5 (evento 87), da lavra do Procurador de Contas Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, que **aniu com os termos da Manifestação Técnica de Defesa Oral 00076/2021-7** e, após a manifestação do *parquet* de Contas, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

2. DO MÉRITO - DOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES APONTADOS NA ITI 1166/2014

2.1. DA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM ENTIDADE SEM FINALIDADE SOCIAL PARA ATUAR NA ÁREA EXIGIDA

Analisando o indício de irregularidade em questão, devidamente apresentado e delineado na ITI 1166/2014, identifica-se a conduta imputada aos Srs. João Guerino Balestrassi e Leonardo Deptulski de terem firmado convênio com entidade privada, visando à execução de programas na área de saúde, cujo objeto social não contemplava as atividades a serem desenvolvidas, o que teria possibilitado à entidade convenente, por meio da celebração do termo de convênio, que usufrísse

de recursos públicos quando, em verdade, não poderia por não dispor de capacitação técnica para tanto.

Tais condutas, na visão da equipe técnica que elaborou a referida ITI, estariam em desacordo com o que prescreve os arts. 30 e 116, da Lei Federal nº. 8.666/93, que tratam, respectivamente, do tema referente à habilitação dos interessados em participar de certame licitatório, estabelecendo uma séria de documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988; e da aplicação das disposições contidas na lei de licitações e contratos administrativos, no que couber, aos convênios pelo Poder Público.

Antes de adentrar a discussão do indício de irregularidade em si, cumpre registrar que uma vez citados para se manifestar sobre este apontamento, ambos os gestores permaneceram silentes, o que motivou, inclusive, a decretação da revelia, conforme consta nos autos, mais especificamente no Despacho nº 20.930/2018.

Pois bem. No que tange ao mérito do indício ora examinado, é essencial que se traga à baila a análise realizada pela área técnica deste Tribunal, consubstanciada na ITC 2780/2018-6, da qual destaco o seguinte trecho:

Inicialmente, cumpre registrar que, nos **processos licitatórios, é exigido de todos os participantes**, inclusive de **entidades sem fins lucrativos, que cumpram os requisitos para habilitação jurídica**, dentre os quais insere-se a **apresentação do ato constitutivo (estatuto ou contrato social)**, devidamente registrado, para verificação da **compatibilidade do objeto social da sociedade com a execução do objeto que se pretende licitar**, nos termos dos **arts. 27, I e 28, III da Lei nº 8.666/93** e da **jurisprudência pacífica do TCU**, reproduzidos a seguir:

LEI Nº 8.666/93

Art. 27. Para a **habilitação nas licitações** exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, **documentação** relativa a:

I - **habilitação jurídica**;

Art. 28. A **documentação relativa à habilitação jurídica**, conforme o caso, **consistirá em:**

[...]

III – **ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado**, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

TCU – JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Enunciado

Para a **participação em licitações** de **entidades sem fins lucrativos** deve haver **nexo** entre os **serviços** a serem prestados e os **fins estatutários** da entidade. (Acórdão 7459/2010, Ministro RAIMUNDO CARREIRO, Segunda Câmara, Data da sessão: 07/12/2010)

Enunciado

Para fins de **habilitação jurídica** nas **licitações**, faz-se necessária a **compatibilidade** entre o **objeto do certame** e as **atividades previstas no contrato social** das empresas

licitantes. (Acórdão 642/2014, Ministro AUGUSTO SHERMAN, Plenário, Data da sessão: 19/03/2014)

Por sua vez, o **art. 116 da Lei nº 8.666/93** estabelece que **devem ser aplicadas aos Convênios, no que couber, as demais disposições do referido diploma legal**, referentes às **licitações e contratos** administrativos, senão vejamos:

“Art. 116. **Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios**, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”

Nessa seara, a **jurisprudência pacífica do TCU** tem entendido que, embora não haja processo licitatório para a celebração de convênio, **deve ser exigido das entidades convenientes o cumprimento dos requisitos de habilitação jurídica**, em especial a **compatibilidade das atividades integrantes de seu objeto social com o objeto do convênio a ser executado**, conforme podemos observar a seguir:

Enunciado

São indevidas transferências voluntárias a organizações não-governamentais (ONGs) e a organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) **que não contemplem em seus estatutos as atividades dos objetivos pretendidos pelo ajuste**. (Acórdão 1403/2008, Ministro BENJAMIN ZYMLER, Plenário, Data da sessão: 23/07/2008)

Enunciado

Na celebração de convênios ou contratos de repasse com entidades privadas, **devem ser verificados se o objeto** destina-se ao cumprimento do interesse público e se **é compatível com os objetivos estatutários do conveniente**, evitando ajustes em que o interesse seja fundamentalmente privado, sob pena de caracterizar subvenção social a entidade privada. (Acórdão 5035/2012, Ministro AUGUSTO SHERMAN, Segunda Câmara, Data da sessão: 17/07/2012)

Enunciado

O **órgão concedente** não deve firmar convênios em número superior à sua capacidade operacional, **sendo sua responsabilidade a análise da qualificação técnica e da capacidade operacional e estatutária de entidades convenientes** e a fiscalização e acompanhamento sobre a execução dos ajustes. (Acórdão 1224/2014, Ministro AUGUSTO SHERMAN, Primeira Câmara, Data da sessão: 08/04/2014)

Na mesma linha, a **Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507/2011**, ao regulamentar o **Decreto Federal nº 6.170/2007**, que versa sobre a **transferência voluntária de recursos federais** por meio de convênios, **estabeleceu**, em seu **art. 10, VII, ser vedada a celebração de convênios com entidades privadas cujo objeto social não guarde pertinência com o programa a ser executado**, *in verbis*:

PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 507, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2011

Estabelece **normas para execução do disposto no Decreto no 6.170**, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as **normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse**, revoga a Portaria Interministerial nº 127/MP/MF/CGU, de 29 de maio de 2008 e dá outras providências.

CAPÍTULO III DAS VEDAÇÕES

Art. 10. É vedada a celebração de convênios:

[...]

VII – com entidades públicas ou **privadas cujo objeto social não se relacione às características do programa** ou que **não disponham de condições técnicas** para executar o convênio;

Nesse contexto, conclui-se que a **falta de compatibilidade** entre as **atividades integrantes do objeto social da entidade conveniente** e os **objetivos do convênio** que se pretende firmar, **revela a inexistência de interesses recíprocos convergentes entre as partes** (concedente e conveniente), o que **inviabiliza a celebração do convênio por ausência de elemento essencial constitutivo desta modalidade de ajuste**. Esse é o entendimento consolidado pela **jurisprudência do TCU**, transcrito a seguir:

Enunciado

O instituto do convênio pressupõe a existência de interesses recíprocos entre concedente e conveniente, pois o ajuste deve ser firmado para a **consecução de interesses comuns** entre os partícipes, **sem que haja a previsão de lucro** por uma das partes, **tampouco a prestação de um serviço mediante pagamento** pela outra parte.

(Acórdão 936/2007, Ministro BENJAMIN ZYMLER, Plenário, Data da sessão: 23/05/2007)

Feitas estas considerações, verifica-se que, conforme consignado na **Instrução Técnica Inicial 1166/2017**, **o objeto social** da **Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE)**, descrito no **art. 4º** de seu estatuto social, **está relacionado a programas de inclusão social de pessoas com deficiência, não guardando qualquer pertinência com os objetivos descritos no art. 1º da Lei Municipal nº 4.572/99, relacionados à manutenção de serviços básicos na área de saúde para toda população**, que seriam desempenhados pelos **Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias**, cujas **contratações constituíram objeto dos convênios** em análise.

Dessa forma, a **irregularidade deve ser mantida**. Contudo, deve ser **afastada a responsabilidade** do Sr. **João Guerino Balestrassi**, Prefeito Municipal de Colatina nos exercícios de 2001/2004 e 2005/2008, em razão da **prescrição**, pois no **momento em que foi proposta a representação** pelo **Ministério Público de Contas**, no **ano de 2014, já havia transcorrido um período superior a 05 (cinco) anos do término do mandato do referido agente político, em 2008**. Como se trata de **irregularidade formal**, a **prescrição da pretensão punitiva** com relação ao citado agente **se consumou no final do exercício de 2013**, nos termos do **art. 71, caput da LC-ES nº 621/2012**.

Ante o exposto, sugere-se a **manutenção** da irregularidade disposta no **tópico 2.1** desta ITC com relação ao Sr. **Leonardo Deptulski**, Prefeito Municipal de Colatina (2009/2012 e 2013/2016). Por outro lado, sugere-se **afastá-la** em relação ao Sr. **João Guerino Balestrassi** (Prefeito Municipal de Colatina – 2001/2004 e 2005/2008).

À luz da análise técnica realizada, resta evidenciado, com base na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos, a disparidade existente entre o objeto social da APAE com as finalidades descritas no art. 1º da Lei Municipal nº 4.572/99, relacionadas à manutenção de serviços básicos na área de saúde para toda população, que seriam desempenhados pelos Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias, conforme destacado acima.

Desse modo, ante a incompatibilidade do objeto social da entidade conveniente e os objetivos do convênio, é patente a inexistência de interesses recíprocos convergentes entre as partes, o que, à época, deveria ter obstado a celebração do convênio por ausência de elemento essencial constitutivo desta modalidade de ajuste, o que, sabe-se, não ocorreu.

Por esses motivos, em consonância com o entendimento externado pela área técnica e corroborada pelo Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 4473/2018-1, mantenho a irregularidade em relação a ambos os gestores, entretanto, **reconheço a indubitável ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Conta**, conforme a seguir explanado.

O artigo 373 do RITCEES¹ esclarece que a pretensão punitiva desta Corte de Contas prescreve em 5 (cinco) anos, a contar da autuação do feito no Tribunal ou da ocorrência do fato, a depender da matéria a ser tratada.

Verifica-se que o Srº João Guerino Balestrassi ocupou o cargo de Prefeito de Colatina pelos períodos de 2001/2004 e 2005/2008, e o presente feito autuado em 22/01/2014, oportunidade na qual já se havia transcorrido período superior à 05 (cinco) anos do término do mandato do referido agente político.

Assim sendo, mantenho a irregularidade, entretanto, **reconheço a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas quanto ao item 1.1 da ITI 1166/2014**, qual seja: “da celebração de convênio com entidade sem finalidade social para atuar na área exigida”, **imputada ao Srº João Guerino Balestrassi**.

No que se refere ao Srº Leonardo Deptulski, consagrado Prefeito do município pelos períodos de 2009/2012 e 2013/2016, percebe-se que também há ocorrência do instituto da prescrição, de forma parcial, entretanto, uma vez que o cômputo do instituto se dá dia a dia, devendo-se considerar ainda a interrupção da contagem do prazo prescricional em razão da citação, efetivada em 18/12/2017.

Diante disso, percebe-se que a pretensão punitiva desta Corte de Contas quanto aos fatos ocorridos até 17/12/2012 restam prescritas, o que não se verifica quanto aos fatos ocorridos à partir de 18/12/2012.

Assim sendo, mantenho a irregularidade e **reconheço a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas quanto ao item 1.1 da ITI 1166/2014**, qual seja: “da celebração de convênio com entidade sem finalidade social para atuar na área exigida”, **imputada ao Srº Leonardo Deptulski pelo período compreendido entre 2009 e 17/12/2012**, devendo, **pelos fatos ocorridos no período imprescrito, ser aplicada multa pecuniária individual ao sr. Leonardo Deptulski no montante de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) em razão unicamente deste item**.

2.2. DA AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE CONTAS REFERENTE ÀS DESPESAS DE 2013

¹ Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal nos feitos a seu cargo

Quanto ao indício agora sob exame, também indicado na ITI 1166/2014, identifica-se a conduta imputada ao sr. Leonardo Deptulski de ter autorizado liquidação de despesa, sem a devida documentação formal para este ato, o que teria permitido que a entidade convenente usufrísse de recursos públicos, sem a comprovação devida da liquidação de despesa.

Já à Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina – APAE foi imputada a conduta de ter efetuado despesas sem comprovar a regular prestação de serviços, violando, assim, o disposto no art. 70, parágrafo único² da Constituição da República.

Novamente, antes de adentrar a discussão do indício de irregularidade em si, cumpre registrar que uma vez citado para se manifestar sobre este apontamento, o sr. Leonardo Deptulski não apresentou defesa no prazo da citação, o que motivou a decretação da revelia, conforme consta nos autos, mais especificamente no Despacho nº 20.930/2018.

Assim sendo, no que diz respeito a este tópico de análise nos presentes autos processuais, encampo integralmente o posicionamento firmado pela área técnica, conforme fundamentação exposta na ITC 2780/2018-6, acompanhado pelo Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 4473/2018-1, justamente por entender que a análise empreendida é clara e suficientemente capaz de demonstrar a ausência da prestação de contas relacionadas à suposta prestação dos serviços sob responsabilidade da convenente. Quanto à dita fundamentação, destaco os trechos abaixo:

De fato, conforme relatado na ITI 1166/2017, as **liquidações de despesa mensais**, no que tange ao **exercício de 2013**, relativas à execução do **Convênio 30/2010**, celebrado entre a **Prefeitura Municipal de Colatina** e a **Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE)**, para a **terceirização dos serviços de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias**, **são absolutamente inconsistentes, não havendo quaisquer documentos que comprovem a efetiva prestação dos serviços.**

Com efeito, **nos processos administrativos**, que pretensamente tinham por objetivo promover a **liquidação de despesa**, **somente constam**: a) **comprovantes de depósitos bancários dos recursos públicos transferidos** pela **Prefeitura Municipal de Colatina** para a **entidade convenente**; b) **notas de empenho, notas de liquidação e notas de pagamento**; c) **planilhas, elaboradas unilateralmente** pela **Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE)**, com base nas quais a referida **entidade convenente solicitava o provisionamento mensal** pela **Prefeitura Municipal de Colatina**, **apenas**

² Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária.

indicando genericamente quanto seria devido em cada mês pela Administração Pública, sem amparo em qualquer documentação, tais como controles de frequência e folhas de pagamento, que comprovasse a efetiva prestação dos serviços, isto é, demonstrando quais trabalhadores, e em que medida, teriam prestado serviço a cada mês.

Além disso, nos referidos processos administrativos não constam o ateste de qualquer servidor público, na condição de fiscal da execução do Convênio 30/2010, certificando a efetiva prestação dos serviços pela entidade convenente (APAE – Colatina/ES). A propósito, a atestação é condição prévia essencial ao pagamento do serviço, pois representa a confirmação de que o objeto foi integralmente atendido, nos termos em que acordado. A mera submissão do processo para pagamento não significa presunção de regularidade.

Dessa forma, a única coisa que resta comprovada nos pretensos processos administrativos de liquidação de despesa são as transferências de recursos públicos pela Prefeitura Municipal de Colatina para a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE), mas não a efetiva prestação dos serviços.

Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) é pacífica no sentido de que a liquidação de despesa deve comprovar a efetiva prestação dos serviços, com a demonstração do cumprimento da jornada de trabalho pelos profissionais contratados, em observância aos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, e de que o pagamento só pode ser liberado após ser realizado o controle pelos fiscais do contrato, senão vejamos:

Enunciado

O serviço de fornecimento de mão de obra prestado por Oscip requer comprovação das despesas incorridas em sua prestação, bem como observância das regras de liquidação de despesas previstas nos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964. A descrição genérica das despesas em documentos fiscais, por si só, não demonstra a regular aplicação dos recursos. (Acórdão 1557/2014, Ministro ANA ARRAES, Plenário, Data da sessão: 11/06/2014)

Enunciado

Antes de efetuar o pagamento, a Administração deve se assegurar acerca do cumprimento da jornada devida de trabalho de profissionais liberais contratados e que os respectivos serviços foram integralmente executados. (Acórdão 1335/2012, Ministro JOSÉ JORGÉ, Plenário, Data da sessão: 30/05/2012)

Enunciado

Somente devem ser liquidadas despesas de serviços prestados mediante evidência documental da realização dos serviços, de acordo com a qualidade prevista no contrato e após o efetivo controle dos fiscais do contrato. (Acórdão 1647/2010, Ministro VALMIR CAMPELO, Plenário, Data da sessão: 14/07/2010)

Em síntese, faz-se necessário comprovar que os recursos transferidos foram aplicados nos serviços contratados, de modo a estabelecer o imprescindível nexo de causalidade entre a totalidade dos recursos transferidos à entidade convenente e os serviços executados. São documentos hábeis para comprovação das despesas a cada mês, que não foram apresentados pelos responsáveis: controle de frequência dos trabalhadores, folhas de pagamentos, transferências e ordens bancárias individualizadas por trabalhador, recibos de pagamentos dos funcionários, comprovantes de recolhimento de FGTS, INSS e demais encargos sociais, bem como de tributos, individualizadas por cada trabalhador, dentre outros. Com isso, assegura-se que o administrador não está pagando por serviço não executado.

Ressalta-se que, com base na mera análise das planilhas, elaboradas unilateralmente pela Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE), com base nas quais solicitava os pagamentos mensais à Prefeitura Municipal de Colatina, já foi possível verificar a existência de diversas incongruências e inconsistências nos dados e informações apresentados, repita-se, unilateralmente pela entidade convenente. Citamos como exemplo as seguintes situações:

A) No exercício de 2013, a entidade convenente iniciou o ano utilizando, no mês de janeiro, 183 (cento e oitenta e três) agentes para executar o programa de vigilância epidemiológica, sendo o custo da remuneração líquida desta quantidade de agentes correspondente ao montante de R\$ 129.407,78 (cento e vinte e nove mil, quatrocentos e sete reais e setenta e oito centavos), de acordo com informação contida no arquivo

“Anexo+4627-2017-9” deste Processo TC nº 405/2014. Por outro lado, no mês de julho, embora a entidade conveniente tenha utilizado apenas 142 (cento e quarenta e dois) agentes, o custo da remuneração líquida desta quantidade de agentes correspondeu ao montante de R\$ 127.129,54 (cento e vinte e sete mil, cento e vinte e nove reais e cinquenta e quatro centavos), conforme informação contida no arquivo “Anexo+4614-2017-1” deste Processo TC nº 405/2014. Dessa forma, conclui-se que o montante da remuneração líquida de 41 (quarenta e um) trabalhadores desvinculados ou afastados equivalia a somente R\$ 2.278,24 (dois mil, duzentos e setenta e oito reais e vinte e quatro centavos), o que significa que cada trabalhador desvinculado ou afastado recebia líquido, por mês, míseros R\$ 55,56 (cinquenta e cinco reais e cinquenta e seis centavos), situação que evidentemente não pode ter ocorrido, tendo em vista que tal valor é bem inferior ao salário mínimo vigente à época. Este fato levanta a suspeita de cobrança de valores a maior pela entidade conveniente para custear os trabalhadores que continuaram ativos;

B) Verifica-se, em todos os meses do exercício de 2013, tanto em relação ao programa saúde da família (PSF) quanto ao programa de vigilância epidemiológica, que as planilhas, elaboradas unilateralmente pela entidade conveniente, informam sempre valores superiores a 8% (oito por cento) da folha salarial bruta (folha salarial líquida somada ao valor da contribuição previdenciária dos trabalhadores ao INSS) para o valor mensal a ser recolhido a título de FGTS. Citamos como exemplo a planilha do mês de outubro de 2013 (arquivo “Anexo+4591-2017-4”), referente ao programa de vigilância epidemiológica, que informa um recolhimento de FGTS mensal de R\$ 26.344,75 (vinte e seis mil, trezentos e quarenta e quatro reais e setenta e cinco centavos) para uma folha salarial bruta de R\$ 113.956,54 (cento e treze mil, novecentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos), o que representa um percentual de 23,12% (vinte e três inteiros e doze centésimos por cento). Esta situação levanta a suspeita sobre um possível recolhimento a maior de valores a título de FGTS para alguns trabalhadores, o que somente pode ser confirmado mediante análise comparativa entre o valor do salário de cada trabalhador constante nas folhas de pagamento e o valor do salário de cada trabalhador indicado como base de cálculo nas guias mensais de recolhimento de FGTS, com as respectivas individualizações por trabalhador. No entanto, as folhas de pagamento e as guias com as individualizações não constam nos processos administrativos de liquidação de despesa, nem foram anexadas pela defesa ao Processo TC nº 405/2014.

Pois bem, no que concerne à aplicação de recursos públicos, o ônus da prova da regular utilização recai sobre o gestor público, nos termos do art. 113 da Lei 8.666/93 e da jurisprudência do STF (MS 20.335/DF). Contudo, no presente caso, a partir da análise dos processos administrativos de liquidação de despesa, verifica-se que o Prefeito Municipal de Colatina (exercícios de 2009/2012 e 2013/2016), Sr. Leonardo Deptulski, não se eximiu do ônus de comprovar detalhadamente os serviços que teriam sido prestados a cada

mês pela entidade conveniente, liberando os recursos públicos, inclusive, sem a necessária atestação por servidor público, que porventura tenha sido designado para fiscalizar a execução do Convênio 30/2010. Assim, não cabe a esta Corte de Contas presumir fatos não comprovados.

Por sua vez, a **Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE)**, entidade conveniente, também tem o dever de demonstrar, por qualquer meio, a execução dos serviços, devendo possuir e manter em local seguro os documentos necessários a essa finalidade. No entanto, não apresentou, em anexo às suas alegações de defesa, qualquer documento que comprovasse detalhadamente a efetiva prestação dos serviços contratados.

Portanto, tendo em vista a completa ausência de comprovantes da efetiva prestação do serviço, tampouco da exata importância a pagar, conclui-se que os pagamentos foram efetuados sem a devida comprovação da liquidação de despesa, em afronta aos artigos 62 e 63, § 1º, II, e § 2º, III da Lei 4.320/64, a seguir transcritos:

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.

§ 1º **Essa verificação tem por fim apurar:**

[...]

II – a importância exata a pagar;

[...]

§ 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.

Ante o exposto, sugere-se a manutenção da irregularidade disposta no **tópico 2.2** desta ITC com relação ao Sr. **Leonardo Deptulski**, Prefeito Municipal de Colatina (exercícios de 2009/2012 e 2013/2016) e à **Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE)**, entidade conveniente, bem como a condenação solidária de ambos à restituição ao Erário Municipal da quantia de **R\$ 11.792.036,30** (onze milhões, setecentos e noventa e dois mil e trinta e seis reais e trinta centavos), equivalente a **4.950.477,04** (quatro milhões, novecentos e cinquenta mil, quatrocentos e setenta e sete inteiros e quatro centésimos) **VRTEs-2013**.

[...]

Como se pode observar, de fato, conforme consta na referida ITC, nos autos *inexistem documentos hábeis para comprovação das despesas, tais como: “[...] controles de frequência dos trabalhadores, folhas de pagamentos, transferências e ordens bancárias individualizadas por trabalhador, recibos de pagamentos dos funcionários, comprovantes de recolhimento de FGTS, INSS e demais encargos sociais, bem como de tributos, individualizadas por cada trabalhador, dentre outros”*.

Chama atenção, ainda, o fato de que também não há nos autos qualquer comprovação detalhada dos serviços que teriam sido prestados a cada mês pela entidade conveniente, tendo o sr. Leonardo Deptulski, prefeito à época, liberado os recursos públicos, inclusive, sem a necessária atestação por servidor público, cuja designação se fazia necessária para a fiscalização da execução do Convênio 30/2010.

Vale lembrar, que, no que tange à aplicação de recursos públicos, o ônus da prova da regular utilização recai sobre o gestor público, nos termos do art. 113 da Lei 8.666/93 e da jurisprudência do STF (MS 20.335/DF), de modo que caberia ao gestor ter se desincumbido desse ônus, inclusive, valendo-se do seu direito à ampla defesa e contraditório no presente processo, o que não ocorre, tendo em vista o silêncio nos presentes autos, ensejador, aliás, da decretação da revelia em seu desfavor.

Destaco, que quanto ao item ora analisado que corresponde ao 1.2 da ITI 1166/2014, inexistente a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta Corte, uma vez que, com a citação das partes (Leonardo Deptulski em 18/12/2017 e APAE em 04/12/2017), houve a interrupção e conseqüente reinício do computo do prazo prescricional, estando o presente feito perfeitamente passível de julgamento de mérito.

Diante disso, mantenho a irregularidade em relação ao sr. Leonardo Deptulski, Prefeito Municipal de Colatina nos exercícios de 2009/2012 e 2013/2016 e à Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES – APAE, condenando-os solidariamente à restituição ao erário municipal da quantia equivalente a 4.950.477,04 (quatro milhões, novecentos e cinquenta mil, quatrocentos e setenta e sete inteiros e quatro centésimos), devendo, ainda, ser aplicada multa pecuniária individual ao gestor e à APAE de Colatina no montante de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) em virtude da manutenção da irregularidade.

2.3. DA FRAUDE AO INSTITUTO DO CONCURSO PÚBLICO

No tópico em destaque, devidamente indicado na ITI 1166/2014, identifica-se a conduta imputada ao sr. Leonardo Deptulski de ter firmado convênio com entidade privada sem fins lucrativos visando à execução de programas na área de saúde, quando deveria ter executado objeto diretamente com os profissionais de seu quadro de pessoal permanente, o que teria atentado contra art. 37, *caput* e incisos II e IX, da Constituição da República, que tratam sobre regras e princípios que devem reger a administração na esfera pública, bem como comandos relacionados à realização de concursos públicos e contratação de temporários.

Assim como nos itens anteriores, ressalto que uma vez citado para se manifestar sobre este apontamento, o sr. Leonardo Deptulski não apresentou defesa no prazo da citação, o que motivou a decretação da revelia, conforme consta nos autos, mais especificamente no Despacho nº 20.930/2018.

Adentrando, portanto, ao exame do indício de irregularidade em questão, verifico que a equipe de auditoria, analisando convênios (e termos aditivos) pactuados pela administração municipal junto à APAE entre os anos de 2001 e 2013, constatou que as atribuições dos postos de trabalho terceirizados de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias correspondiam a atribuições típicas da administração pública, classificadas como atividades-fim, muitas delas coincidindo com atribuições pertencentes a cargos efetivos integrantes da estrutura administrativa do órgão.

Via de regra, a Constituição estabelece que a investidura em cargos e empregos públicos se dará mediante a realização de concursos públicos, excepcionando as nomeações em cargos em comissão e contratações por tempo determinado para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme está previsto no art. 37, II e IX, da CRFB.

Há, ainda, entendimento jurisprudencial no sentido de se admitir algumas hipóteses de terceirização de serviços públicos, desde que tais serviços correspondam a atividades-meio da administração pública, ou seja, atividades cujo núcleo finalístico não compõe a área de competência legal do órgão ou entidade.

Especificamente para a contratação de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias, a mesma Constituição reservou dispositivo próprio³, definindo que para tais funções a contratação se daria mediante a realização de processo seletivo público, posição esta reforçada por outros diplomas normativos, tais quais Resolução TC 216/2007 e o Parecer Consulta nº 06/2009. Sobre tais

³ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

documentos de natureza normativa, a ITC 2780/2018-6 tece os seguintes comentários:

[...]

Não bastasse a lucidez do comando constitucional, o Tribunal de Contas do Espírito Santo elaborou a **Resolução TC 216/2007** que Institui o **Manual de Orientação para o Estado e Municípios Capixabas sobre a Gestão das Ações e Serviços Públicos de Saúde**. O referido Manual, em seu **item 4.1**, dispõe sobre os **recursos humanos utilizados na saúde**, cujo entendimento nele consignado colacionamos a seguir:

Para o quadro de servidores que atuam na área de saúde, assim como nas demais áreas, a forma de contratação está definida na Constituição Federal (art. 37, incisos I, II e IX) e na Constituição Estadual e nas leis estaduais, bem como na legislação de cada município (leis orgânicas e leis municipais), assim entendemos que:

É obrigatório o concurso público de provas, ou provas e títulos, **para provimento de cargos e empregos públicos**, na Administração Direta e Indireta, cabendo aos gestores do SUS implementar o plano de carreira, cargos e salários e a educação permanente, como ferramenta de gestão imprescindível para a sustentabilidade do sistema.

As contratações para atender **situações temporárias de excepcional interesse público** podem ocorrer **apenas nas hipóteses do inciso IX, do art. 37, da CF**, precedidas de lei que especifique pelo menos a função, o quantitativo, o prazo contratual máximo, os direitos e os deveres dos servidores contratados, respeitados, ainda, o **acesso universal e a seleção por critérios objetivos** de eliminação e classificação dos candidatos. (g.n.)

Assim, **a seleção pública é obrigatória**, ainda que se ventile a contratação temporária de excepcional interesse. É possível extrair-se também, com base em todas as normas apresentadas, que **nenhuma previu a possibilidade de contratação indireta de tais agentes**. Seja por meio de **concurso público, seleção pública ou contratação temporária** por excepcional interesse público **o vínculo para a prestação do serviço é criado diretamente entre o Município e o Agente**.

Nessa esteira, acostamos o **Parecer Consulta nº 06/2009**, exarado pelo Plenário desta E. Corte de Contas, no sentido da **obrigatoriedade da contratação direta** de **Agente Comunitário de Saúde** e de **Agente de Combate às Endemias** pelos **Municípios**, Estados e DF, senão vejamos:

a contratação de agentes comunitários de saúde e de combate a endemias deve realizar-se diretamente pelo órgão ou pela entidade da administração direta, autárquica ou fundacional dos entes federados. Dessa forma, após a promulgação da mencionada emenda, os estados, o Distrito Federal e os municípios **deverão contratar diretamente os agentes comunitários de saúde, por meio de processo seletivo público de provas, ou de provas e títulos, que atenda aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, observando-se o limite de gasto estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal**. Somente ficarão dispensados de se submeterem ao processo seletivo público aqueles que tenham sido contratados **a partir de anterior processo de seleção pública** efetuado por órgãos ou entidades da administração direta ou indireta do Estado, do Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação. Vale ressaltar que o processo seletivo público deve obedecer aos princípios insculpidos no caput, do art. 37, da CF, devendo ser amplamente divulgado, inclusive por meio da Imprensa Oficial.

[...]

No caso em tela, nota-se que tais regramentos constitucionais e infralegais não foram devidamente observados, porquanto mesmo havendo lei municipal⁴ criando na estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Colatina cargos com atribuições para o desempenho das referidas funções, consentiu o gestor, de modo ostensivamente negligente, com a terceirização ilícita dos referidos serviços à

⁴ Lei Municipal nº 4.679/2001.

APAE/Colatina, situação esta que configura clara burla aos comandos constitucionais e legais que versam sobre a investidura em cargos oferecidos por meio de concursos ou seleções públicas.

Nesse ínterim, é necessário observa a ocorrência da prescrição punitiva desta Corte quanto aos fatos praticados por Leonardo Deptulski até 17/12/2012, o que não se verifica quanto aos fatos ocorridos a partir de 18/12/2012.

Por tudo isso, em consonância com a área técnica e com o Ministério Público de Contas, mantenho a irregularidade em relação ao sr. Leonardo Deptulski, devendo ser aplicada multa pecuniária individual ao gestor no montante de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) em função da manutenção da presente irregularidade.

2.4. DA ESTIPULAÇÃO E DESTINAÇÃO DE RECURSOS DE CONVÊNIO PARA CONSTITUIÇÃO DE FUNDO DE RESERVA VOLTADO PARA O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES TRABALHISTAS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO FIRMADA EM RAZÃO DO CONVÊNIO

No que se refere ao presente item – não contestado pelo responsável, haja vista a sua revelia no presente processo –, apontado na ITI 1166/2014, imputa-se ao sr. Leonardo Deptulski a conduta de ter assinado termo de convênio (Convênio nº. 049/2009 e nº 030/2010) com cláusula lesiva ao erário, ato este que teria contribuído diretamente para a afronta ao artigo 71⁵, *caput* e § 1º da Lei Federal nº 8.666/1993, que preveem, em suma, que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; e que a sua inadimplência não transfere à administração pública a responsabilidade pelo seu pagamento.

De início, é preciso salientar que mesmo se tratando de uma norma com aplicação voltada essencialmente para contratos administrativos firmados pela administração pública, tais normas, com supedâneo no Decreto Federal nº 6.170/2007, também

⁵ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

produz efeitos jurídicos sobre convênios firmados pelo Poder Público, conforme preconizado em seu art. 11-B, §5º⁶.

Tais normas têm especial relevância no âmbito do cotidiano administrativo brasileiro, uma vez que esclarecem o fato de que a administração pública não responde direta ou solidariamente com o contratado/conveniente por eventuais encargos resultantes do cumprimento do objeto pactuado no respectivo contrato ou convênio.

Trata-se, na realidade, de uma decorrência lógica da interpretação de um plexo de regras de matriz constitucional, legal e jurisprudencial, como, a título de exemplo, o art. 100 da CRFB, a súmula 331 do TST e os artigos da Lei 8.666/1993 acima citados, que examinadas sistematicamente, ou seja, em seu conjunto, apontam inegavelmente para a impossibilidade de se transferir, mediante um ato discricionário, materializado por meio de convênio, ao ente público a responsabilidade por eventuais dívidas da conveniente, de modo a subjugar normas de ordem pública criadas justamente para salvaguardar a administração pública frente a situações dessa natureza.

Esse entendimento encontra respaldo no posicionamento esposado na ITC 2780/2018-6, o qual transcrevo, em parte, logo abaixo:

[...] o **Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou a constitucionalidade** do art. 71, § 1º da Lei Nacional nº 8.666/93, estabelecendo que, **em regra, deve ser excluída a responsabilidade do Ente Público**, contratante ou concedente, **por verbas trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da inadimplência do contratado ou conveniente**, fixando que **somente**, caso seja **comprovada a culpa da Administração Pública na fiscalização da execução do contrato ou convênio**, pode ser **reconhecida judicialmente a responsabilidade subsidiária** do Ente Público pelo inadimplemento de tais verbas. Nesse sentido encontram-se as decisões proferidas na **ADC 16/DF**, com **efeito vinculante erga omnes**, e no **RE 760.931/DF**, em sede de **repercussão geral (tema nº 246)**, cujas ementas reproduzimos a seguir:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. **Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma.** Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. **É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666**, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16/DF, Relator Min. Cezar Peluso, Plenário, julgamento em 24/11/2010, DJe-173: Divulg. 08-09-2011; Public. 09-09-2011)
Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM **REPERCUSSÃO GERAL**. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO

⁶ § 5º A inadimplência da entidade privada sem fins lucrativos em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à administração pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do convênio ou contrato de repasse.

TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. **CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.** TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. **PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES.** RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. **FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.** [...] 7. **O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.** 8. **Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16,** Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para **fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.** (RE 760931/DF, Relator p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Plenário, julgamento em 26/04/2017, DJe-206: Divulg. 11-09-2017; Public. 12-09-2017)

[...]

Como se observa, a **norma contida no art. 71, § 1º da Lei 8.666/93,** que, em regra, **exclui a responsabilidade do Ente Público** com relação às dívidas da empresa ou entidade terceirizada, **constitui norma de ordem pública (cogente), amparada no interesse público,** de modo que **não pode ter seus efeitos alterados ou afastados por vontade das partes, mediante disposição contratual.**

Por isso, **revelam-se ilegais,** perante o **art. 71, § 1º da Lei 8.666/93,** as **cláusulas contidas nos convênios,** firmados entre a Prefeitura Municipal de Colatina e a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAEE), que autorizaram a **transferência de valores para a constituição de um fundo de reserva,** cuja finalidade consistia em **cobrir eventuais indenizações, decorrentes de condenações judiciais,** em prol dos **profissionais contratados pela entidade convenente.**

Com efeito, a **constituição do fundo de reserva** consubstancia a **assunção direta e automática de responsabilidade (e não subsidiária)** pela Prefeitura Municipal de Colatina, resultante do **mero inadimplemento** de encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais pela entidade convenente, que tenham sido objeto de condenação judicial, **independentemente da comprovação de culpa decorrente de fiscalização inadequada por parte da Administração Pública.**

Não bastasse isso, as **cláusulas dos convênios,** que estipulam a **constituição do fundo de reserva,** revelam-se ainda **inconstitucionais** por violarem o **regime de precatórios,** instituído no **art. 100 da CRFB/88,** a que estão submetidos os **débitos suportados pelos Entes Públicos.**

Dessa forma, a Prefeitura Municipal de Colatina, ao estipular as referidas **cláusulas nos convênios,** **abdicou de todas as prerrogativas legais e constitucionais,** instituídas em prol do **interesse público** e amplamente **respaldadas pela jurisprudência,** **permitindo a oneração do objeto do convênio em decorrência de fatos cuja responsabilidade deveria ser da entidade convenente,** o que configurou frontal **violação a expressa vedação** contida no **art. 171, § 1º da Lei 8.666/93.** Esta situação denota **atuação, ao menos, culposa** da Administração Pública.

[...]

Mais uma vez, destaco que os fatos praticados por Leonardo Deptulski até 17/12/2012 restam prescritos, razão pela qual a presente apuração prossegue tão somente quanto aos praticados de 18/12/2012.

Assim, pelos motivos acima expostos, em conformidade com os posicionamentos explicitados pela área técnica e pelo Ministério Público de Contas, mantenho a irregularidade em relação ao sr. Leonardo Deptulski, devendo, em decorrência desta manutenção, ser aplicada multa pecuniária individual ao gestor no montante de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), conforme autoriza a legislação que rege a atuação desta Corte de Contas.

2.5. DO DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA TERCEIRA (“DAS OBRIGAÇÕES”), ITEM 6 (SEIS), INCISO VII – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO SALDO REMANESCENTE DE RECURSOS VERIFICADOS AO FIM DO CONVÊNIO

Quanto ao presente indício de irregularidade – também não contestado pelo responsável, tendo em vista a sua revelia no presente processo –, assinalado na ITI 1166/2014, imputa-se à APAE de Colatina/ES a conduta de não ter recolhido aos cofres públicos municipais o saldo remanescente de recursos verificados ao fim do convênio, tendo causado, por consequência, dano ao erário municipal.

Conforme consta na referida ITI, entre as cláusulas estipuladas no Convênio nº 030/2010, encontravam-se as cláusulas segunda e terceira, que tratavam, respectivamente, da avença em relação ao repasse que seria efetuado do órgão concedente para a entidade convenente; e das obrigações concernentes à APAE de Colatina.

Da leitura dessas cláusulas, depreende-se que cabia ao município efetuar os repasses para a consecução dos fins do objeto do convênio, mas, além disso, a complementação dos custos dos programas com recursos próprios do Fundo Municipal de Saúde, repassando à APAE, mensalmente, a quantia correspondente ao número de profissionais colocados a disposição da Secretaria Municipal de Saúde para o cumprimento das metas estabelecidas, com o acréscimo de uma taxa de 5% (cinco por cento) sobre o valor repassado, para constituição do fundo de reserva, destinado à cobertura de eventuais indenizações judiciais provenientes dos contratos de trabalho dos profissionais à disposição dos programas. Restava à convenente a comprovação de recolhimento do saldo remanescente de recursos, na ocasião desta hipótese se concretizar.

Fato é que, de acordo com a ITI, “[...] ao final do exercício financeiro do ano de 2013, quando do encerramento das atividades atinentes ao Convênio nº 030/2010, a conta bancária aberta junto à instituição financeira com vistas a permitir a movimentação dos recursos destinados à sua execução contava com saldo financeiro de crédito”, no montante, à época, correspondente a R\$ 6.097.844,78 (seis milhões, noventa e sete mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e setenta e oito centavos).

Em suas alegações de defesa, a APAE de Colatina aduziu o seguinte:

O convênio foi encerrado em 31/12/2013, ou seja, no Fundo só existem valores depositados até aquela data, sendo que a partir de tal data passou a produzir os rendimentos do mercado financeiro, e, mensalmente quitados os valores obrigatórios decorrentes do passivo trabalhista. Importante relatar que com o final do convênio em 31/12/2013, **129 (cento e vinte e nove) empregados, diga-se os de maiores salários (médicos, odontólogos, enfermeiros, técnicos de enfermagem e técnicos de laboratórios)**, não foram demitidos porque a Secretária de Saúde do Município de Colatina, não dispunha de meios para as necessárias demissões.

Diante de tal realidade fática, a viabilidade encontrada foi a realização da transferência de empregador, sem que ocorresse a demissão (artigo 10 da CLT), o que garante àqueles empregados transferidos direitos sobre o período em que estavam com os contratos com a APAE, por um período de 05 (cinco) anos, porque vigente o mesmo contrato, alterando apenas o empregador, o que na pacífica jurisprudência trabalhista, tal prescrição só ocorrerá em 31/12/2018, no que diz respeito ao período da APAE.

Obviamente que durante este interregno houve ou haverá algumas rescisões, que se levará em consideração às duas situações de prescrição (quinquenal para os que continuam com os contratos em vigência ou bienal para àqueles que tiveram seus contratos rescindidos após 31/12/2013).

Atualmente existem em andamentos 12 (doze) reclamações trabalhistas, cuja responsabilidade em cada uma das 11 (onze) primeiras representa um valor de aproximadamente, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), que redundará em uma obrigação de R\$ 660.000,00 (seiscentos e sessenta mil reais).

Como demonstração de toda a responsabilidade da **APAE, resta ainda grandes surpresas na área trabalhista, que embora usando de todos os recursos legais e previstos na legislação, nunca se tem certeza do resultado final.**

Para tanto, das reclamações pendentes, a 12ª (cópia em anexo), em andamento, RT 0001050-37.2017.5.17.0141, protocolada em 28/06/2017, onde a ex empregada de contrato objeto do convenio 30/2010, pede a importância de R\$ 317.169,00 (trezentos e dezessete mil, cento e sessenta e nove reais).

Para realização das 60 (sessenta) rescisões há responsabilidade da multa por demissão sem justa causa, (50% do FGTS) (fato notório porque os profissionais graduados raramente pedem demissão e com contratos com início de 2001, e faixa salarial média de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), que multiplicado pela média de 180 (cento e oitenta) meses de duração do contrato o montante de cada multa individual representa R\$ 57.600,00 (cinquenta e sete mil e seiscentos reais) resultando numa responsabilidade total que ultrapassa o valor total de R\$ 3.456.000,00 (três milhões quatrocentos e cinquenta e seis mil reais).

Com as transferências, (**NÃO RESCISÕES**) dos 129 (cento e vinte e nove) empregados em 31/12/2013 e a prescrição total só ocorrerá em 31/12/2018, temos ainda como período imprescrito, 12 (doze) meses, para mais de 60 (sessenta) empregados transferidos, que com base na última reclamação restará ainda como provisão a cada empregado o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) totalizando em uma responsabilidade de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais).

Evidentemente, que diante da probabilidade existente, a soma de todos os valores cuja responsabilidade é do fundo criado pelo convênio 30/2010, restará uma obrigação de R\$ 7.433.169,00 (sete milhões, quatrocentos e trinta e três mil, cento e sessenta e nove reais), de

cujo saldo aplicado não suportará, razão porque entende ser impossível a devolução neste momento, do saldo remanescente do fundo.

Portanto, em momento algum houve qualquer desvio de finalidade da reserva do fundo garantidor, que continuará sendo utilizado exclusivamente para quitação das responsabilidades previstas no antigo convênio 30/2010 e em seus antecessores.

Decorridos os prazos prescricionais, quitados os processos em andamento, **HAVENDO SALDO REMANESCENTE ESTE SERA RESTITUIDO AO FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE COLATINA**, da mesma forma e com a mesma seriedade como são tratados os interesses da APAE, e como já demonstrado no DECORRER DA VIGÊNCIA DO CONVÊNIO, que quando o fundo demonstrou excesso foi restituído ao Fundo Municipal de Saúde de Colatina, em duas oportunidades, o montante de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Entretanto, em reunião ocorrida em 27/12/2017, com o Sr. Prefeito de Colatina e sua Procuradoria com a Direção da APAE, houve entendimento pelo qual já fora restituída a importância de R\$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais) conforme depósito realizado na conta do Fundo Municipal de Saúde de Colatina em 28/12/2017 e serão restituídos ainda mais duas parcelas de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) cada em 20/06/2018 e 20/12/2018, ficando o saldo para garantia do passivo trabalhista, tendo o Município assumido o compromisso por eventual saldo do passivo trabalhista que exceder ao saldo remanescente do Fundo.

Diante de tal realidade, com as provas documentais ora anexadas, espera ter encerrado a discussão do saldo disponível no fundo, que abatidos os valores constantes do Instrumento de Compromisso, deverá ser mantido até a total prescrição e quitação de débitos trabalhistas e em havendo saldo remanescente ser devolvido ao FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE COLATINA, com a prestação de contas final.

Com base em detida análise dos argumentos aventados pela defesa, a área técnica deste Tribunal de Contas, por intermédio da ITC 2780/2018-6, fundamentadamente refutou uma a uma as alegações trazidas, demonstrando, sobretudo, ser juridicamente injustificável a retenção dos valores provisionados – diga-se de passagem, ao arripio da lei e de entendimentos jurisprudenciais acerca da possibilidade de transferência de responsabilidade da entidade conveniente ao ente público em questões afetas – e repassados pelo ente concedente à entidade conveniente, com base no convênio firmado.

Percebe-se, portanto, que os valores sequer deveriam ter sido retidos pelo ente conveniado, não se podendo permitir, por ter havido a retenção, que os valores não retornem aos cofres públicos.

O convênio do município de Colatina com a APAE se encerrou em 31/12/2013, momento no qual deveria a associação ter feito a devolução dos valores retidos à municipalidade e, não o tendo feito, nasce o dever não só do Município de Colatina de reaver os valores, mas também desta Corte de Contas de investigar e perquirir o ressarcimento dos valores a quem de direito.

Nessa toada, em 01/01/2014 iniciou-se o prazo prescricional desta Corte de Contas para averiguação do dano e consequente ressarcimento, interrompido em

04/12/2017, em decorrência do ato citatório da associação, razão pela qual inexistente qualquer dúvida quanto ao prosseguimento do presente feito.

Por estar convencido da correção da instrução consubstanciada na referida ITC, acompanhado pelo Ministério Público de Contas, encampo aquela fundamentação, fazendo-a parte integrante desta decisão, ressaltando o trecho abaixo colacionado:

[...]

Com efeito, a Prefeitura Municipal de Colatina cumpria sua obrigação de repassar mensalmente, a título de provisão, tudo o que era necessário para atender a todos os direitos trabalhistas dos empregados da Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE), sempre depositando integralmente, a cada mês, os valores solicitados em planilha, elaborada unilateralmente pela entidade convenente.

Por sua vez, caberia a esta entidade quitar corretamente todas as verbas trabalhistas, mensais e rescisórias, com os valores provisionados pela Prefeitura, cumprindo, assim, suas obrigações assumidas no convênio. Dessa forma, não haveria necessidade de se instituir um fundo para cobrir a responsabilidade da entidade convenente no que tange a verbas que já haviam sido provisionadas pela Prefeitura Municipal de Colatina.

Quanto às ações judiciais, eventualmente propostas, caberia à Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE) comprovar em juízo que os antigos empregados nada têm a receber, demonstrando que já foram quitadas corretamente todas as verbas trabalhistas (ao menos, deveriam ter sido quitadas), não subsistindo qualquer responsabilidade da referida entidade, tampouco da Prefeitura Municipal de Colatina.

Portanto, uma vez reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade da instituição do fundo de reserva, não subsiste qualquer fundamento, apresentado pela Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE) em sua defesa (ausência de prescrição, etc.), para continuar retendo, nas contas bancárias vinculadas à execução do Convênio 30/2010, os valores depositados pela Prefeitura Municipal de Colatina para a constituição de tal fundo.

Não obstante esta conclusão alcançada, passaremos a analisar a seguir a inconsistência de outros argumentos e informações aduzidas pela Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE) em sua defesa:

- 1) Está contrária à prova constante nos autos a alegação do defendente de que o salário médio dos profissionais contratados pela entidade convenente seria de **R\$ 8.000,00** (oito mil reais). Na verdade, com relação aos profissionais atuantes no programa saúde da família (PSF), a média salarial era de **R\$ 1.809,71** (mil, oitocentos e nove reais e setenta e um centavos), valor a que se chega a partir da divisão do montante de R\$ 309.461,48 (trezentos e nove mil, quatrocentos e sessenta e um reais e quarenta e oito centavos), provisionado para cobrir salários no mês de janeiro de 2013, pelo total de 171 (cento e setenta e um) trabalhadores que supostamente prestaram serviços naquele mês. Já, com relação aos profissionais atuantes no programa de vigilância epidemiológica, a média salarial era de **R\$ 707,14** (setecentos e sete reais e quatorze centavos), valor a que se chega a partir da divisão do montante de R\$ 129.407,78 (cento e vinte e nove mil, quatrocentos e sete reais e setenta e oito centavos), provisionado para cobrir salários no mês de janeiro de 2013, pelo total de 183 (cento e oitenta e três) trabalhadores que supostamente prestaram serviços naquele mês. Tais informações foram obtidas com base nas planilhas elaboradas unilateralmente pela própria entidade convenente, presentes,

respectivamente, nos arquivos “Anexo+4611-2017-8” e “Anexo+4627-2017-9” do Processo TC 405/2014.

- 2) Não bastasse isso, o defendente conjecturou uma projeção de cálculo das rescisões dos contratos de trabalho, transferidos da entidade conveniente para a Prefeitura Municipal de Colatina, considerando como parâmetro, além do irreal salário médio de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), que todos os trabalhadores contratados estariam atuando há 180 (cento e oitenta) meses nos programas saúde da família (PSF) e de vigilância epidemiológica, isto é, desde o exercício de 2001, quando iniciou-se a parceria da Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE) com a Prefeitura. No entanto, a defendente não trouxe aos autos quaisquer documentos para comprovar que tantos contratos de trabalho se encontram vigentes durante tão longo período de tempo, fato que é bastante improvável;
- 3) Não procede a alegação da defendente de que a transferência de contratos de trabalho, relativos a empregados contratados pela Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE) para a Prefeitura Municipal de Colatina, foi necessária diante da insuficiência de recursos financeiros para custear as rescisões de todos os contratos de trabalho. Com efeito, a Prefeitura Municipal de Colatina promovia o repasse mensal de valores para provisionar o custeio de verbas rescisórias em benefício dos trabalhadores contratados pela entidade conveniente, tais como provisões de 13º salário, de 1/12 de férias e abono de 1/3 de férias, de INSS, FGTS e PIS sobre 13ª salário e férias, de FGTS sobre demissões (50% sobre FGTS mensal) e de aviso prévio indenizado, dentre outras, conforme consta nas planilhas, elaboradas unilateralmente pela entidade conveniente, para solicitar os pagamentos mensais à Prefeitura (“PROVISÃO FGTS S/ DEMISSÕES”, “AVISO INDENIZADO E SALÁRIO E RESCISÃO”, “PROVISÃO 1/1 2 FERIAS + 1/3”, “PROVISÃO 13º SALÁRIO”, “PROVISÃO PIS S/ 13º SALÁRIO E FÉRIAS”, “PROVISÃO INSS S/ 13º SALÁRIO E FÉRIAS”, “PROVISÃO FGTS S/ 13º SALÁRIO E FÉRIAS” e “PROVISÃO IRRF S/ 13º SALÁRIO E FÉRIAS”). Dessa forma, ao término do contrato de trabalho, nenhuma verba rescisória deveria ser devida, independentemente do “salário médio” dos trabalhadores e do “tempo de vigência” dos respectivos contratos de trabalho;
- 4) Caso tivessem sido rescindidos os contratos de trabalho dos empregados contratados pela Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE), ao final do exercício de 2013, o que teria sido perfeitamente possível devido aos provisionamentos mensais de verbas rescisórias pela Prefeitura Municipal de Colatina durante toda a vigência do convênio, o prazo prescricional para o ajuizamento de eventuais demandas trabalhistas seria de 2 (anos) após o término da vigência dos contratos de trabalho, consumando-se ao final do

exercício de 2015. No entanto, adotou-se a esdrúxula “solução” de transferir os contratos de trabalho dos empregados contratados pela Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE) para a Prefeitura Municipal de Colatina, sem a realização de qualquer processo seletivo público, em frontal violação ao art. 198, § 4º da CRFB/88, alongando-se suas vigências e, consequentemente, os prazos prescricionais;

- 5) Não procede a alegação do defendente de que as 11 ações trabalhistas em andamento, propostas em face da Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE) por trabalhadores contratados para a execução dos programas saúde da família (PSF) e de vigilância epidemiológica, possuiriam aproximadamente valor unitário de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e valor total de R\$ 660.000,00 (seiscentos e sessenta mil reais). De acordo com informação fornecida pela Procuradoria do Município de Colatina para a equipe de auditoria, as 11 ações trabalhistas em andamento possuem um valor total de R\$ 404.220,78 (quatrocentos e quatro mil reais, duzentos e vinte reais e setenta e oito), o que representa um valor unitário de aproximadamente R\$ 36.747,34 (trinta e seis mil, setecentos e quarenta e sete reais e trinta e quatro centavos);
- 6) Quanto ao 12º processo (RT 0001050-37.2017.5.17.0141), indicado pela defendente, com trâmite em andamento no TRT da 17ª Região, cujo valor pleiteado seria de R\$ 317.169,00 (trezentos e dezessete mil, cento e sessenta e nove reais), inicialmente cabe registrar que a defesa não juntou em anexo cópia do referido processo, ao contrário do que tinha afirmado. Além disso, ao se realizar a consulta processual⁷ no sítio eletrônico do TRT da 17ª Região, verifica-se que o referido processo se encontra transitado em julgado desde 27 de abril de 2018, tendo sido concedido ganho de causa para a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE), com base justamente no acolhimento da alegação de prescrição por parte desta entidade. Não bastasse isso, a Prefeitura Municipal de Colatina não integrou o polo passivo da lide, de modo que não poderia ser responsabilizada subsidiariamente, ainda que a entidade convenente fosse condenada;
- 7) Portanto, conforme demonstrado, a defendente realizou projeções utilizando dados equivocados ou inconsistentes, sem amparo em qualquer substrato fático.

Ante o exposto, sugere-se a manutenção da irregularidade disposta no tópico 2.5 desta ITC com relação à Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE), entidade convenente, bem como a sua condenação à restituição ao Erário Municipal da quantia de R\$ 6.097.844,78⁸ (seis milhões, noventa e sete mil, oitocentos e quarenta e quatro

⁷ https://pje.trtes.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1870_18&p_grau_pje=1&popup=0&dt_autuacao=&cid=45036

⁸ Valor mantido em depósito nas contas bancárias da Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE), vinculadas à execução do Convênio nº 30/2010, no momento da realização da auditoria, em 29 de agosto de 2017.

reais e setenta e oito centavos), equivalente a **2.559.968,42** (dois milhões, quinhentos e cinquenta e nove mil, novecentos e setenta e oito inteiros e quarenta e dois centésimos) **VRTEs-2013**.

Logo, com amparo na fundamentação acima delineada, mantenho a irregularidade em relação à APAE de Colatina/ES, condenando a responsável ao ressarcimento ao erário municipal do montante equivalente a 2.559.968,42 (dois milhões, quinhentos e cinquenta e nove mil, novecentos e setenta e oito inteiros e quarenta e dois centésimos) VRTE, devendo, também, ser aplicada multa pecuniária individual à aludida entidade no montante de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) em razão da manutenção da irregularidade tratada neste item.

Ante o exposto, em consonância com a o entendimento da área técnica deste Tribunal de Contas, bem como com o Parecer elaborado pelo Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

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

1. Converter os presentes autos em tomada de contas especial em face da existência de dano ao erário, conforme consta nos itens 2.2 e 2.5 desta decisão;

2. Manter as seguintes irregularidades:

- CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM ENTIDADE SEM FINALIDADE SOCIAL PARA ATUAR NA ÁREA EXIGIDA.

Base legal: art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (princípio da legalidade); art. 30 e 116, da Lei Federal nº. 8.666/93.

Responsáveis:

a) João Guerino Balestrassi (Prefeito Municipal de Colatina – 2001/2004 e 2005/2008)

b) Leonardo Deptulski (Prefeito Municipal de Colatina – 2009/2012 e 2013/2016)

- AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE CONTAS REFERENTE ÀS DESPESAS DE 2013.

Base legal: Cláusula Terceira (“DAS OBRIGAÇÕES”) do Convênio nº. 030/2010 c/c art. 70 da Constituição Federal.

Responsáveis:

a) Leonardo Deptulski (Prefeito Municipal de Colatina – 2009/2012 e 2013/2016)

b) ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS DE COLATINA – APAE (Entidade Convenente)

- FRAUDE AO INSTITUTO DO CONCURSO PÚBLICO.

Base legal: art. 37, *caput*, e incisos II e IX, da Constituição da República Federativa do Brasil; art. 30 e 116, da Lei Federal nº. 8.666/93.

Responsável:

a) Leonardo Deptulski (Prefeito Municipal de Colatina – 2009/2012 e 2013/2016)

- ESTIPULAÇÃO E DESTINAÇÃO DE RECURSOS DE CONVÊNIO PARA CONSTITUIÇÃO DE FUNDO DE RESERVA VOLTADO PARA O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES

TRABALHISTAS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO FIRMADA EM RAZÃO DO CONVÊNIO.

Base legal: inobservância do art. 71 da Lei Federal nº 8.666/93 e art. 100 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Responsável:

a) **Leonardo Deptulski** (Prefeito Municipal de Colatina – 2009/2012 e 2013/2016)
- **DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA TERCEIRA (“DAS OBRIGAÇÕES”), ITEM 6 (SEIS), INCISO VII – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO SALDO REMANESCENTE DE RECURSOS VERIFICADOS AO FIM DO CONVÊNIO.**

Base legal: Descumprimento da Cláusula Terceira (“DAS OBRIGAÇÕES”) do termo de Convênio nº 030/2010.

Responsável:

a) **ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS DE COLATINA – APAE** (Entidade Conveniente)

3. Decretar a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas, na forma do art. 71 da Lei Complementar 621/2012, em relação ao sr. João Guerino Balestrassi, conforme fundamentação apresentada no item 2.1 desta decisão;

4. Decretar a parcial prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas, na forma do art. 71 da Lei Complementar 621/2012, em relação ao sr. Leonardo Deptulski dos fatos ocorridos até 17/12/2012, conforme fundamentação apresentada no item 2.1, 2.3 e 2.4 desta decisão;

5. Rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela APAE de Colatina/ES, em razão da manutenção das irregularidades tratadas nos itens 2.2 e 2.5 desta decisão;

6. Julgar irregulares as contas do sr. Leonardo Deptulski, ex-prefeito municipal de Colatina nos exercícios de 2009/2012 e 2013/2016, pela prática de atos ilegais presentes no item 2.2 desta decisão, que causaram dano injustificado ao erário;

7. Condenar, na condição de revel, o sr. Leonardo Deptulski, ex-prefeito municipal de Colatina nos exercícios de 2009/2012 e 2013/2016, pela prática de atos ilegais descritos nos itens 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4 desta decisão, aplicando-lhe multa pecuniária individual no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), com amparo nos artigos 88 e 135, II e III da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c art. 389, II e III do RITCEES.

8. Condenar, na condição de revel, o sr. Leonardo Deptulski, ex-prefeito municipal de Colatina nos exercícios de 2009/2012 e 2013/2016, em razão do cometimento de irregularidade, que causou dano injustificado ao erário, descrita no item 2.2 desta decisão, ao ressarcimento ao erário municipal da quantia equivalente a 4.950.477,04 (quatro milhões, novecentos e cinquenta mil, quatrocentos e setenta e sete inteiros e

quatro centésimos) VRTE, solidariamente à Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES – APAE, entidade conveniente, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, art. 89 da Lei Complementar 621/2012;

8. Condenar a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES – APAE, pela prática de atos ilegais descritos nos itens 2.2 e 2.5 desta decisão, aplicando-lhe multa pecuniária individual no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com amparo nos artigos 88 e 135, II e III da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c art. 389, II e III do RITCEES.

9. Condenar a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES – APAE, em razão do cometimento de irregularidade, que causou dano injustificado ao erário, descrita no item 2.5 desta decisão, ao ressarcimento ao erário municipal da quantia equivalente a 2.559.968,42 (dois milhões, quinhentos e cinquenta e nove mil, novecentos e setenta e oito inteiros e quarenta e dois centésimos) VRTE, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, art. 89 da Lei Complementar 621/2012;

10. Determinar ao atual gestor responsável pela Prefeitura Municipal de Colatina, com fulcro no inciso III do art. 57 da LC 621/2012:

a) Quanto ao item 2.2 desta decisão, que promova a instauração de tomada de contas especial para averiguar a ocorrência de dano ao erário nos processos de liquidação de despesa relativos à execução, durante os exercícios de 2001 a 2013, dos Convênios e respectivos aditivos, firmados com a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES – APAE, cujos objetos consistiam na prestação de serviços referentes aos programas saúde da família (PSF) e de vigilância epidemiológica;

b) Quanto ao item 2.5 desta decisão, que promova a instauração de tomada de contas especial para apurar a ocorrência de dano ao erário decorrente da utilização de valores do fundo de reserva para pagamento de encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais ou comerciais, resultantes de condenações judiciais da Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE), nas quais a Prefeitura Municipal de Colatina não tenha figurado no título executivo judicial. Por outro lado, mesmo nas condenações em que a Prefeitura Municipal de Colatina

conste no título executivo judicial, tendo sido reconhecida sua responsabilidade subsidiária em decorrência de culpa na fiscalização das obrigações da entidade conveniente com relação aos seus empregados, promova a instauração de tomada de contas especial para apurar a responsabilidade dos agentes públicos que tenham dado causa ao reconhecimento judicial da culpa da Administração Pública por ausência de fiscalização e, por conseguinte, ao dano ao erário suportado por esta e,

c) que sejam adotadas as medidas judiciais cabíveis para o ressarcimento aos cofres públicos da quantia devida.

11. Dar ciência aos signatários da representação, bem como aos responsáveis acerca da decisão ora proferida;

12. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação formulada pelo Ministério Público de Contas em razão de indícios de irregularidades verificados nos convênios firmados entre a Prefeitura Municipal de Colatina e a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina – APAE, nos exercícios de 2001 a 2013.

Tendo o eminente Relator apresentado seu r. voto, solicitei, na 50ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara, vista dos autos, e passo a apresentar o presente

VOTO VISTA

2. FUNDAMENTAÇÃO

Considerando que o eminente Relator já apresentou relatório, passo à fundamentação.

Em seu r. voto, o eminente Relator trouxe o seguinte dispositivo:

1. Converter os presentes autos em tomada de contas especial em face da existência de dano ao erário, conforme consta nos itens 2.2 e 2.5 desta decisão;

2. Manter as seguintes irregularidades:

- CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM ENTIDADE SEM FINALIDADE SOCIAL PARA ATUAR NA ÁREA EXIGIDA.

Base legal: art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (princípio da legalidade); art. 30 e 116, da Lei Federal nº. 8.666/93.

Responsáveis:

a) João Guerino Balestrassi (Prefeito Municipal de Colatina – 2001/2004 e 2005/2008)

b) Leonardo Deptulski (Prefeito Municipal de Colatina – 2009/2012 e 2013/2016)

- AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE CONTAS REFERENTE ÀS DESPESAS DE 2013.

Base legal: Cláusula Terceira (“DAS OBRIGAÇÕES”) do Convênio nº. 030/2010 c/c art. 70 da Constituição Federal.

Responsáveis:

a) Leonardo Deptulski (Prefeito Municipal de Colatina – 2009/2012 e 2013/2016)

b) ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS DE COLATINA – APAE (Entidade Conveniente)

- FRAUDE AO INSTITUTO DO CONCURSO PÚBLICO.

Base legal: art. 37, caput, e incisos II e IX, da Constituição da República Federativa do Brasil; art. 30 e 116, da Lei Federal nº. 8.666/93.

Responsável:

a) Leonardo Deptulski (Prefeito Municipal de Colatina – 2009/2012 e 2013/2016)

- ESTIPULAÇÃO E DESTINAÇÃO DE RECURSOS DE CONVÊNIO PARA CONSTITUIÇÃO DE FUNDO DE RESERVA VOLTADO PARA O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES TRABALHISTAS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO FIRMADA EM RAZÃO DO CONVÊNIO.

Base legal: inobservância do art. 71 da Lei Federal nº 8.666/93 e art. 100 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Responsável:

a) Leonardo Deptulski (Prefeito Municipal de Colatina – 2009/2012 e 2013/2016)

- DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA TERCEIRA (“DAS OBRIGAÇÕES”), ITEM 6 (SEIS), INCISO VII – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO SALDO REMANESCENTE DE RECURSOS VERIFICADOS AO FIM DO CONVÊNIO.

Base legal: Descumprimento da Cláusula Terceira (“DAS OBRIGAÇÕES”) do termo de Convênio nº 030/2010.

Responsável:

a) ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS DE COLATINA – APAE (Entidade Conveniente)

3. Decretar a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas, na forma do art. 71 da Lei Complementar 621/2012, em relação ao sr. João Guerino Balestrassi, conforme fundamentação apresentada no item 2.1 desta decisão;

4. Decretar a parcial prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal de Contas, na forma do art. 71 da Lei Complementar 621/2012, em relação ao sr. Leonardo

Deptulski dos fatos ocorridos até 17/12/2012, conforme fundamentação apresentada no item 2.1, 2.3 e 2.4 desta decisão;

5. Rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela APAE de Colatina/ES, em razão da manutenção das irregularidades tratadas nos itens 2.2 e 2.5 desta decisão;

6. Julgar irregulares as contas do sr. Leonardo Deptulski, ex-prefeito municipal de Colatina nos exercícios de 2009/2012 e 2013/2016, pela prática de atos ilegais presentes no item 2.2 desta decisão, que causaram dano injustificado ao erário;

7. Condenar, na condição de revel, o sr. Leonardo Deptulski, ex-prefeito municipal de Colatina nos exercícios de 2009/2012 e 2013/2016, pela prática de atos ilegais descritos nos itens 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4 desta decisão, aplicando-lhe multa pecuniária individual no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), com amparo nos artigos 88 e 135, II e III da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c art. 389, II e III do RITCEES.

8. Condenar, na condição de revel, o sr. Leonardo Deptulski, ex-prefeito municipal de Colatina nos exercícios de 2009/2012 e 2013/2016, em razão do cometimento de irregularidade, que causou dano injustificado ao erário, descrita no item 2.2 desta decisão, ao ressarcimento ao erário municipal da quantia equivalente a 4.950.477,04 (quatro milhões, novecentos e cinquenta mil, quatrocentos e setenta e sete inteiros e quatro centésimos) VRTE, solidariamente à Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES – APAE, entidade conveniente, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, art. 89 da Lei Complementar 621/2012;

8. Condenar a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES – APAE, pela prática de atos ilegais descritos nos itens 2.2 e 2.5 desta decisão, aplicando-lhe multa pecuniária individual no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com amparo nos artigos 88 e 135, II e III da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c art. 389, II e III do RITCEES.

9. Condenar a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES – APAE, em razão do cometimento de irregularidade, que causou dano injustificado ao erário, descrita no item 2.5 desta decisão, ao ressarcimento ao erário municipal da quantia equivalente a 2.559.968,42 (dois milhões, quinhentos e cinquenta e nove mil, novecentos e setenta e oito inteiros e quarenta e dois centésimos) VRTE, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, art. 89 da Lei Complementar 621/2012;

10. Determinar ao atual gestor responsável pela Prefeitura Municipal de Colatina, com fulcro no inciso III do art. 57 da LC 621/2012:

a) Quanto ao item 2.2 desta decisão, que promova a instauração de tomada de contas especial para averiguar a ocorrência de dano ao erário nos processos de liquidação de despesa relativos à execução, durante os exercícios de 2001 a 2013, dos Convênios e respectivos aditivos, firmados com a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES – APAE, cujos objetos consistiam na prestação de serviços referentes aos programas saúde da família (PSF) e de vigilância epidemiológica;

b) Quanto ao item 2.5 desta decisão, que promova a instauração de tomada de contas especial para apurar a ocorrência de dano ao erário decorrente da utilização de valores do fundo de reserva para pagamento de encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais ou comerciais, resultantes de condenações judiciais da Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Colatina/ES (APAE), nas quais a Prefeitura Municipal de Colatina não tenha figurado no título executivo judicial. Por outro lado, mesmo nas condenações em que a Prefeitura Municipal de Colatina conste no título executivo judicial, tendo sido reconhecida sua responsabilidade subsidiária em decorrência de culpa na fiscalização das obrigações da entidade conveniente com relação aos seus empregados, promova a instauração de tomada de contas especial para apurar a responsabilidade dos agentes públicos que tenham dado causa ao reconhecimento judicial da culpa da Administração Pública por ausência de fiscalização e, por conseguinte, ao dano ao erário suportado por esta e,

c) que sejam adotadas as medidas judiciais cabíveis para o ressarcimento aos cofres públicos da quantia devida.

11. Dar ciência aos signatários da representação, bem como aos responsáveis acerca da decisão ora proferida;

12. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

Pois bem.

Verifico que as questões tratadas nos autos envolvem a suposta ocorrência de dano ao erário. Também se verificou a ocorrência de prescrição em relação a algumas irregularidades, mas não em relação a todas.

Sabe-se que este Tribunal sempre teve o entendimento, igualmente em relação a outras cortes de contas, no sentido de que o dano ao erário seria imprescritível. Mas,

recentemente, no julgamento do **Recurso Extraordinário 636886** (Tema 899) a Suprema Corte concluiu, por unanimidade, pela prescritebilidade da ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas, desmistificando, a meu ver, a premissa da pura simples imprescritebilidade sempre que se referisse à categoria dano ao erário, pois somente seriam imprescriteveis as ações de ressarcimento ao erário com base na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), hipótese esta que não se amolda no caso dos autos.

Assim, penso que é fundamental, no momento, o encaminhamento dos atos à Área Técnica, a fim de que verifique eventuais impactos do *decisum* em relação às questões postas nos autos. Isso considerando que, para darmos um exemplo, a instrução técnica conclusiva e demais instruções técnicas foram proferidas antes do trânsito em julgado desse novo parâmetro (Tema 899), que é capaz de modificar integralmente o entendimento tradicional em relação ao tema.

Deve-se ressaltar que consta dos autos a Petição Intercorrente 00889/2021-6, encaminhada por um dos responsáveis, manifestando oposição ao julgamento virtual do feito, e também manifestando interesse na realização de sustentação oral. Na oportunidade, o eminente Relator, na condição de juiz do feito, poderá decidir quanto ao requerido.

Ante o exposto, divergindo do eminente Relator, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os senhores Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas no voto vista, em:

1. INSTAURAR procedimento de DILIGÊNCIA, com o encaminhamento dos autos à Área Técnica, no intuito de verificar a congruência do decidido no bojo do Tema 899 pelo Supremo Tribunal Federal, com o que consta dos autos, suspendendo-se o transcurso do lapso prescricional até que a diligência seja totalmente cumprida, nos termos do artigo 71, § 3º da Lei Orgânica deste TCEES.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro

1. DECISÃO TC-3784/2021-6:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os senhores Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas no voto vista, em:

1.1. INSTAURAR procedimento de DILIGÊNCIA, com o encaminhamento dos autos à Área Técnica, no intuito de verificar a congruência do decidido no bojo do Tema 899 pelo Supremo Tribunal Federal, com o que consta dos autos, suspendendo-se o transcurso do lapso prescricional até que a diligência seja totalmente cumprida, nos termos do artigo 71, § 3º da Lei Orgânica deste TCEES.

2. Unânime, nos termos do voto vista do conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, computado conforme o art. 86, §2º, do Regimento Interno e anuído pelo relator.

3. Data da Sessão: 26/11/2021 - 54ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator) e Domingos Augusto Taufner.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Heron Carlos Gomes de Oliveira.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente