



Acórdão 00921/2022-9 - Plenário

Processos: 02472/2022-7, 02412/2022-5, 04583/2016-7

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: PMA - Prefeitura Municipal de Aracruz

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: JAIME BORLINI JUNIOR, ALMIR GONCALVES VIANNA, MARIA DE FATIMA FURTADO NUNES, FAVALESSA, SOUZA & CIA LTDA, MARGARETH DA PENHA SPINASSE LECHI, AGUAPE ADMINISTRACAO E SERVICOS EIRELI

Recorrente: A.R.CONSTRUCAO E SERVICOS LTDA

Procuradores: PRISCILA PIMENTEL COUTINHO (OAB: 15062-ES), IGOR BITTI MORO (OAB: 16694-ES), WELLINGTON RIBEIRO VIEIRA (OAB: 8115-ES)

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – CONHECER –
DAR PROVIMENTO – REFORMAR O ACÓRDÃO TC-
234/2022 – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

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

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **Recurso de Reconsideração** interposto pela pessoa jurídica **A.R. Construção e Serviços Ltda**, em face do **Acórdão 00234/2022-7 - Primeira Câmara**, prolatado nos autos do Processo TC 04583/2016-7 (Tomada de Contas Especial Convertida).

A recorrente, em síntese, almeja o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformado o v. Acórdão atacado, afastando-se a multa aplicada.

Registre-se que o presente recurso foi conhecido, através da Decisão Monocrática nº 00427/2022-2 (evento 5).

Instada a se manifestar, a Área Técnica, através do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 00225/2022-

8 (evento 7), opinou, em síntese, pela negativa de provimento do presente recurso.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer nº 02045/2022-3 (evento 11), da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, anuiu o posicionamento da Área Técnica.

É o sucinto Relatório.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Verifico que o feito se encontra devidamente instruído, portanto, apto a julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Vale ressaltar que o **Acórdão 00234/2022-7 – 1ª Câmara**, atacado através do presente recurso de reconsideração pela pessoa jurídica **A.R. Construção e Serviços Ltda**, é oriundo de Fiscalização / Auditoria, convertida em Tomada de Contas Especial (Processo TC nº 4583/2016-7), realizada na Prefeitura Municipal de Aracruz, consubstanciada no Relatório de Auditoria 0033/2016-2 (fls.02/40), onde apontou indícios de irregularidades, tendo o Colegiado assim deliberado, *litteris*:

[...]

1. ACÓRDÃO TC-234/2022-7:

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

1.1. MANTER as seguintes irregularidades:

1.1.1. Ausência de Justificativa para Contratação Direta e Emergencial – Ausência de Procedimento Licitatório (item 2.1 da Instrução Técnica Conclusiva 01438/2020-6).

Critério: Infringências aos artigos 2º, 3º e Inciso I do Parágrafo Único do art. 26, todos da Lei Federal nº 8.666/93.

Responsáveis: Jaime Borlini Junior (Secretário de Transportes e Serviços Urbanos)

Almir Gonçalves Vianna (Secretário da Agricultura).

1.1.2. Contratação de Veículos Pesados de Forma Global e não por item (item 2.2 da Instrução Técnica Conclusiva 01438/2020-6);

Critério: infringências ao inciso IV do artigo 15 c/c art. 23 § 1º e incisos II e III do artigo 26, todos da Lei Federal n. 8.666/93, bem como, o Princípio da Economicidade.

Responsáveis: Jaime Borlini Junior (Secretário de Transportes e Serviços Urbanos)

Almir Gonçalves Vianna (Secretário de Agricultura).

Ressarcimento: 32.985,75 VRTE

1.1.3. Subcontratação indevida de empresa impedida judicialmente de contratar com a Administração Pública. (item 2.3 da Instrução Técnica Conclusiva 01438/2020-6)

Critério – infringência a cláusula 7, item 7.1 dos Contratos Administrativos ns.046/2016 e 047/2016, inciso II do artigo 30 e 72, ambos da Lei Federal n. 8.666/93, bem como, inciso IV do artigo 77 da Lei federal n. 13.105/2015.

Responsáveis: Jaime Borlini Júnior (Secretário e Ordenador de Despesas da Secretaria de Transportes e Serviços Urbanos).

Almir Gonçalves Vianna (Secretário de Agricultura).

A. R. Construção e Serviços Ltda. EPP.

Aguapé Administradora e Serviços Ltda.

1.2. JULGAR IRREGULARIDADES AS CONTAS dos Srs. **Jaime Borlini Junior** (Secretário de Transportes e Serviços Urbanos) e **Almir Gonçalves Vianna** (Secretário de Agricultura), pela prática de atos ilegais consubstanciados nos itens 1.1 e 1.3 acima, e pelo cometimento de infração que causou dano injustificado ao erário disposta no item 1.2 acima, condenando-os solidariamente ao ressarcimento no valor de **32.985,75 VRTE**, com amparo no art. 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei Complementar Estadual 621/2012;

1.2.1. APLICAR MULTA individual aos Srs. **Jaime Borlini Junior** e **Almir Gonçalves Vianna** de **R\$1.000,00** em razão das irregularidades dispostas nos itens 1.1 e 1.3 acima, com amparo no art. 135 da Lei Complementar 621/2012, na forma do art. 389, II do RITCEES, e, em razão da irregularidade descrita no item 1.2 acima, MULTA proporcional ao dano no valor de **R\$ 1.000,00** com base no art. 134 da LC 621/2012 e, também, MULTA individual de **R\$ 3.000,00**, com amparo com amparo no art. 135, II e III da LC 621/2012, na forma do art. 389, III do RITCEES;

1.3. JULGAR REGULARES AS CONTAS das Sras. **Margareth da Penha Spinassé Lechi** e **Maria de Fátima Furtado Nunes** tendo em vista o afastamento da suposta irregularidade descrita no item 2.4 da Instrução Técnica Conclusiva 01438/2020-6;

1.4. REJEITAR as razões de justificativas das empresas **A. R. Construção e Serviços Ltda EPP** e **Aguapé Administradora e Serviços Ltda.** em razão da irregularidade disposta no item 1.3 acima, condenando-os ao pagamento individual de **MULTA** individual no valor de **R\$ 5.000,00** (cinco mil reais), com espeque no art. 135, inciso II, da LC n. 621/12 c/c. o art. 389, II da Resolução TC 261/2013 (RITCEES);

1.5. DETERMINAR aos atuais gestores, nos termos do art. 1º, inciso XVI, da LC n. 621/2012 c/c art. 329, § 7º, do Regimento Interno, para que proceda com as ações de controle nos contratos de serviços de transporte e similares, como planilha de controle de quilometragem, de trajetos e anotação dos recibos junto aos processos de pagamentos;

1.6. CIENTIFICAR os responsáveis;

1.7. ARQUIVAR após trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 09/03/2022 – 8ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente/relator) e Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

4.2. Conselheira substituta: Márcia Jaccoud Freitas (convocada)

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

(...)

Em suas razões recursais, a Recorrente, em síntese, alega o seguinte:

[...]

DAS RAZÕES DE REFORMA – DA AUSÊNCIA DE CONLUIO – AUSÊNCIA DE PROVAS

Ao contrário do que entendido no v. acórdão, não há provas e nem mesmo indícios de conluio entre as partes, não havendo provas de dolo na atuação da Recorrente.

Como dito em sede de defesa, a Requerida não tinha conhecimento acerca do impedimento de contratação entre o Município de Aracruz e a Empresa Aguapé e somente realizou a locação dos veículos após a autorização por parte da administração.

Afirma que não houve subcontratação, pois, o contrato tem por objeto a prestação de serviços de transportes, enquanto apenas locou veículos da empresa Aguapé, sem qualquer mão de obra.

Afirma que agiu com boa-fé pois, apesar de não concordar que teria havido impedimento da locação, tão logo foi aventada a dúvida, inicial a substituição dos veículos locados e finalizou a troca total de forma imediata após a orientação da procuradoria do município.

Em suma, a tese tecida no acórdão foi de que a prova de conluio se deu pela rapidez na aprovação da “subcontratação” e pela demora em resposta por parte da Procuradoria Municipal, o que levaria à dedução lógica acerca do conluio.

Contudo, a tese não demonstra em momento algum a presença do elemento imprescindível à condenação, qual seja, o dolo.

Com o devido respeito, a utilização da dedução para constatação do dolo não pode ser admitida posto que o método é falho e dotado de incertezas, o que pode se observar nas alegações do Ministério Público e no próprio acórdão, que utilizam expressões de incerteza como “sugerem”, “aparente arranjo” e “fortes indícios de conivência da Administração Municipal”.

Não há provas de que houve conluio da Recorrente com os demais atores do processo, não havendo demonstração nesse sentido.

A suposta rapidez na aprovação decorre do fato da necessidade do serviço e, assim, não pode ser uma prova ou mesmo indício do conluio.

Na mesma linha, a demora de 04 meses na resposta pela procuradoria não prova de conluio pois, apesar de entender que houve desídia da administração e todo o quadro de funcionários da prefeitura sabia acerca do impedimento, nenhum dos procuradores (reais responsáveis pelo suposto atraso na resposta) foi incluído no polo passivo.

Ora, se a prova do conluio é a demora na resposta por parte da procuradoria, qual o motivo de os causadores da demora não estarem a responder nos presentes autos? Certamente vez que o fato (04 meses para resposta) não é capaz de demonstrar qualquer violação legal.

Os indícios citados no acórdão são apenas datas, não havendo em momento algum a demonstração de ajuste, encontro ou reunião entre a Recorrente e qualquer pessoa da administração.

Com o devido respeito, uma condenação não pode ser fundada em uma suposição, uma dedução ou porque faria sentido, sob pena de impossibilitar até mesmo o direito de defesa pois o julgador, que chegou a uma conclusão sobre um processo, jamais será convencido a alterar a sua conclusão, daí por que a lei exige a demonstração do dolo.

Como a Recorrente poderia se contrapor a tese adotada se esta se funda apenas em datas e, principalmente, em atraso provocado pela Procuradoria Municipal, por pessoas que não estão incluídas no processo? Ora, se tivesse havido conluio, este somente se perpetrou em razão da atuação dos procuradores e assim pergunta-se: Qual a razão de os procuradores não estarem nos presentes autos? Certamente pois o mero atraso não é prova de ilícito!

E se o atraso não é prova de ilícito da procuradoria (que causou o atraso), certamente não pode ser prova de ilícito por parte da Recorrente!

A ausência de demonstração do dolo, a ausência de acusação em face da procuradoria, o fato de que a Recorrente somente realizou a locação após a autorização do Município e, principalmente, a ausência de prova de conluio demonstram que a Recorrente não agiu em contrariedade à lei e sempre agiu com boa-fé, não havendo razão para a sua condenação.

Ainda que se admitida que as provas indiciárias seriam suficientes à condenação, a ausência de demonstração do dolo impede a condenação da Recorrente vez que a boa-fé se é presumida e a má-fé deve ser demonstrada!

Portanto, requer a reforma do julgado para afastar a condenação da Recorrente no pagamento de multa, nos termos acima expostos.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer a Recorrente o provimento do presente recurso para reformar o acórdão, afastando o pagamento de multa aplicada, nos termos da fundamentação.

Assim, passa-se a análise se presentes estão os requisitos de admissibilidade do recurso interposto.

2.2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Da análise dos autos, verifica-se que o presente recurso foi conhecido, através da Decisão Monocrática nº 00427/2022, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, razão pela qual entendo que deve ser mantido o conhecimento do recurso intentado, conforme antes decidido.

Ultrapassada esta fase, passo à análise do mérito recursal.

2.3. DO MÉRITO RECURSAL:

Das irregularidades examinadas no v. Acórdão atacado, a Recorrente foi responsabilizada apenas pela **“subcontratação indevida de empresa impedida judicialmente de contratar com a Administração Pública”**.

A área técnica, por meio da Instrução Técnica de Recurso 225/2022, assim se manifestou:

2. ANÁLISE DAS RAZÕES RECURSAIS

Em síntese apertada, a recorrente almeja a reforma do acórdão para afastar sua responsabilização e a sanção pecuniária que lhe foi imposta em face da irregularidade intitulada “Subcontratação indevida de empresa impedida judicialmente de contratar com a Administração Pública”.

Após síntese da demanda, afirma que o *decisum* responsabilizou a empresa “*por entender que a sucessão de eventos levaria a conclusão lógica dedutiva de existência de conluio entre a Recorrente com as demais partes*”, e entende que esta conclusão está divorciada dos fatos e provas dos autos.

Expõe que “a tese tecida no acórdão foi de que a prova de conluio se deu pela rapidez na aprovação da ‘subcontratação’ e pela demora em resposta por parte da Procuradoria Municipal, o que levaria à dedução lógica acerca do conluio”.

Argumenta que tal “*tese não demonstra em momento algum a presença do elemento imprescindível à condenação, qual seja, o dolo*”.

Alega que a utilização da dedução para constatação do dolo é falha e dotada de incerteza, o que seria observado nas alegações do Ministério Público e do Acórdão ao utilizar as expressões como; “sugere”, “aparente arranjo” e “fortes indícios de conivência da Administração Municipal”.

Afirma que a rapidez na contratação decorreu da necessidade do serviço, não podendo ser utilizado como prova ou indício de conluio.

Do mesmo modo, infere não ser prova de conluio a demora de quatro meses na manifestação da procuradoria “*pois, apesar de entender que houve desídia da administração e todo o quadro de funcionários da prefeitura sabia acerca do impedimento, nenhum dos procuradores (reais responsáveis pelo suposto atraso na resposta) foi incluído no polo passivo.*”

Alega que os indícios citados no acórdão são apenas datas, não havendo a demonstração do ajuste, encontro ou reunião entre a recorrente e qualquer pessoa da administração.

Argumenta que a “*condenação não pode ser fundada em uma suposição, uma dedução ou porque faria sentido, sob pena de impossibilitar até mesmo o direito de defesa pois o julgador, que chegou a uma conclusão sobre um processo, jamais será convencido a alterar a sua conclusão, daí por que a lei exige a demonstração do dolo*”.

Acrescenta que a “*ausência de demonstração do dolo, a ausência de acusação em face da procuradoria, o fato de que a Recorrente somente realizou a locação após a autorização do Município e, principalmente, a ausência de prova de conluio demonstram que a Recorrente não agiu em contrariedade à lei e sempre agiu com boa-fé, não havendo razão para a sua condenação*”.

Ainda, argumenta que mesmo admitida a prova indiciária, a ausência da demonstração do dolo impediria a condenação da recorrente, eis que “*a boa-fé se é presumida e a má-fé deve ser demonstrada!*”.

Análise

O âmago do presente recurso refere-se à possibilidade da responsabilização por esta Corte de Contas fundada em provas indiciárias.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que “indícios vários e coincidentes são prova”. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal de Contas da União em diversas situações como podemos citar os seguintes Acórdãos:

Acórdão 333/2015 – Plenário

Processo 020111/2005-8

Relator: Ministro Bruno Dantas

Enunciado:

A prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam na mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude a licitação por meio de conluio de licitantes, não se exigindo prova técnica inequívoca para tanto.

Acórdão 1223/2015 – Plenário

Processo 002198/2010

Relator: Ministra Ana Arras

Enunciado:

É lícito ao julgador formar seu convencimento com base em prova indiciária quando os indícios são vários, fortes e convergentes, e o responsável não apresenta contraindícios de sua participação nas irregularidades.

Acórdão 2735/2010 – Plenário

Processo: 004779/2005-8

Relator: Ministro Benjamin Zymler

Enunciado:

Indícios concatenados e harmônicos constituem prova indireta ou indiciária. Indícios vários e coincidentes são prova.

Acórdão: 1433/2010 – Plenário

Processo: 001083/2004-0

Relator: Ministro Valmir Campelo

Enunciado:

É possível afirmar-se a existência de conluio entre licitantes a partir de prova indiciária.

Conforme jurisprudência abordada, não é exigido prova técnica da existência de conluio, até porque, seria extremamente difícil de ser obtido, já que os participantes vão sempre tentar simular a legalidade da situação. O conluio é um acerto entre os participantes, geralmente uma combinação verbal, não documentado.

Assim, não se faz imprescindível a presença de provas irrefutáveis e cabais para fins de responsabilização, sendo suficiente um conjunto de fatos (indícios) que convençam o julgador acerca da conduta.

Para tanto, é preciso verificar, no caso concreto, quais são os indícios e se eles são suficientes para constituir prova do que se alega.

No caso em exame, o Acórdão TC 234/2022, ao contrário do que faz entender o Recorrente, não se baseou tão somente em rapidez e demora nos eventos ocorridos na contratação, mas em um somatório de evidências convergentes que sustentam o entendimento do *decisum*, vejamos:

Razões de Voto

A equipe de auditoria trouxe robustas evidências que comprovaram a irregularidade na subcontratação de empresa impedida de contratar com a Administração Pública.

De início a contratação direta indevida da empresa A.R. Construções e Serviços Ltda. – EPP para o serviço de locação de veículos pesados com motorista, com fulcro no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 (situação emergencial e calamitosa), pela Administração municipal, por intermédio das Secretarias de Transportes e Serviços Urbanos e de Agricultura, firmando os administrativos de nºs 046/2016 e 047/2016, respectivamente, beneficiando-se da própria inércia em proceder o planejamento adequado e tempestivo, visto que já se conhecia da situação de impedimento cautelar meses antes do fim do contrato com a empresa impedida Aguapé Administradora e Serviços Ltda.

A inobservância de 6 itens mais econômicos nos orçamentos apresentados para a contratação direta, afastando o ajuste por itens para beneficiar apenas a empresa A.R. Construções e Serviços Ltda. – EPP com a admissão de contratação por preço global.

A subcontratação pela empresa A.R. Construções e Serviços Ltda. – EPP da totalidade dos veículos contratados (sem motorista) da empresa Aguapé Administradora e Serviços Ltda., tendo aquela apresentado apenas 1 (um) veículo pesado requerido de sua propriedade na contratação, revelando incapacidade técnica para a execução dos serviços e evidenciando a realidade da subcontratação com a empresa Aguapé Administradora e Serviços Ltda.

A autorização imediata das secretarias envolvidas para a subcontratação, em época, quando já era de conhecimento o impedimento da empresa que seria subcontratada, conforme cronograma abaixo:

02 de março de 2016 – assinatura dos contratos;

03 de março de 2016 – ofícios endereçados às secretarias competentes solicitando permissão para a subcontratação;

04 de março de 2016 – as secretarias autorizam a contratadas a realizar a subcontratação;

Observa-se que a documentação dos veículos acostada aos autos no anexo 11 do Relatório de Auditoria 0033/2016-2, deve ter sido apresentada à administração quando da contratação como exigência impositiva à assinatura do contrato, e mesmo se foi indevidamente apresentada apenas após a autorização para a subcontratação, demonstrou a administração municipal o conhecimento prévio de que a propriedade dos veículos era da empresa Aguapé Administradora e Serviços Ltda.

04 de março de 2016 – foi emitida Ordem de Serviço pela Secretaria de Transportes e Serviços Urbanos;

14 de março de 2016 – foi emitida Ordem de Serviço pela Secretaria de Agricultura;

21 de março de 2016 – o Secretário de Transportes e Serviços Urbanos envia memorando a Procuradoria Geral do Município, sob nº 310/2016, solicitando parecer sobre a legalidade na subcontratação (Anexo 13 do Relatório de Auditoria 0033/2016-2);

22 de março de 2016 – o Subprocurador para assuntos administrativos, envia os autos a Procuradora do Município de Aracruz, a fim de que sejam tomadas todas as providências e/ou diligências cabíveis;

29 de março de 2016 – a Procuradoria do Município não adentra à questão suscitada da subcontratação diante de surgimento de situação urgente e prioritária;

Neste íterim foram realizados 2 aditivos contratuais e termos de rerratificações.

22 de junho de 2016 – a Procuradoria do Município manifesta-se em parecer exarado sob nº 366/2016/LC, (Anexo 13 do Relatório de Auditoria 0033/2016-2) opinando da seguinte forma:

“ III – CONCLUSÃO

Portanto, devido a situação de fato existente, OPINO pela irregularidade da sublocação dos Contratos nº 046 e 047/2016 que dá azo à aplicação de penalidades aos eventuais responsáveis, inclusive com aplicação de penalidades contratuais à(s) empresa(s) que deu(eram) contribuição para a ocorrência da situação irregular apontada. Recomendo a imediata interrupção da sublocação com a empresa AGUAPÉ, cessando a prestação de serviços por ela, em decorrência de que, desde o início da sublocação, estava impedida de contratar com o Poder Público.”

Como se constata na auditoria, “todo o quadro de servidores envolvido no tema era sabedor da situação da empresa subcontratada há, pelo menos, quase 04 (quatro) meses, quando da apresentação dos documentos dos veículos que serviriam para executar os serviços requeridos.”.

A Equipe de Auditoria alerta, ainda, para a “desídia da administração em tomar uma atitude urgente já que a demanda estacionou na Procuradoria Geral do Município alguns dias após a solicitação para a subcontratação e, esta, demorou quase que a totalidade da vigência do contrato para emitir parecer de algo que exigia da mesma a celeridade que requer o caso, ou seja, urgência máxima, visando não colocar a Administração em situação de irregularidade.”.

Em 30 de junho de 2016 os veículos começaram a ser trocados, ou seja, 4 meses após a assinatura dos contratos.

O Ministério Público entende não só pela inequívoca responsabilidade dos gestores, mas também responsabilização das empresas envolvidas na contratação, por conta de aparente arranjo prévio entre elas e a conivência da Administração Pública Municipal, em favorecimento da empresa Aguapé Administradora e Serviços Ltda.

Assim se manifesta o parecer ministerial:

“[...] conclui-se que a **A.R. Construções e Serviços Ltda. – EPP** contava com o apoio prévio da empresa **Aguapé Administradora e Serviços Ltda.**, a lhe salvaguardar a execução dos serviços, e assim, dessa sinergia de operações demonstrou-se que a integração se constituía em verdadeira via de mão dupla a favorecê-las à margem da legalidade, pois, a primeira não possuía o maquinário necessário à execução dos serviços, conquanto paradoxalmente obtivera formalmente a contratação junto à Administração Pública; a outra, perdera a habilitação para contratar com o Poder Público, precisamente por conta de “jogo de **‘cartas marcadas’** nas licitações” anteriores no município de Aracruz, objeto de ação judicial por improbidade administrativa. Assim, **somente ilicitamente conjunimadas poderiam atuar no setor público.** [...]”

[...] Seria pueril, portanto, imaginarmos como natural esta cadeia de eventos: **(i) que a A.R. Construções e Serviços Ltda. – EPP desconhecia o impedimento judicial da Aguapé Administradora e Serviços Ltda.; e, principalmente, (ii) que a Aguapé Administradora e Serviços Ltda. imediatamente disponibilizaria, sem demora, à A.R. Construções e Serviços**

Ltda. – EPP, com pureza de intenções, justamente os veículos necessários à execução de serviços públicos que se vira impedida de fazê-los. [...]

Diante da robustez das provas e constatações feitas na ocasião, a área técnica concluiu pela manutenção da irregularidade responsabilizando os gestores das Secretarias Municipais de Transportes e Serviços Urbanos e de Agricultura.

Coaduno com o entendimento do Ministério Público de Contas pela responsabilização também das empresas envolvidas.

Neste sentido, nos termos dos indícios de irregularidades apontados na Instrução Técnica, evidenciam-se os requisitos que configuram o nexo de causalidade entre as condutas subjetivas dos envolvidos e a irregularidade apontada.

Todos esses indícios, coincidentes e convergentes, sugerem a existência de ajuste entre as partes envolvidas com fins de esquivar-se da ilegalidade da prorrogação do contrato com empresa impedida de contratar com a administração pública.

O Supremo Tribunal Federal decidiu abraçar as chamadas provas indiciárias – aquelas que não comprovam diretamente um fato, mas, vistas em conjunto e analisadas sob o prisma da lógica dedutiva, fazem crer que o tal fato ocorreu.

Tomando o conjunto de provas indiciárias acima sustentadas e analisando-o sob o prisma da lógica dedutiva, confirma-se o conluio entre a administração municipal e as empresas A.R. Construções e Serviços Ltda. EPP e Aguapé Administradora e Serviços Ltda.,

Pelo exposto, entendo deva ser mantida a irregularidade de subcontratação indevida de empresa impedida judicialmente de contratar com a Administração Pública, sendo responsabilizados os Srs. Jaime Borlini Junior (Secretário e Ordenador de Despesas da Secretaria de Transportes e Serviços Urbanos) e Almir Gonçalves Vianna (Secretário de Agricultura), e as empresas A.R. Construções e Serviços Ltda. EPP e Aguapé Administradora e Serviços Ltda.

Além dos eventos acima citados, observa-se na Certidão de Registro e Quitação de Pessoa Física e na Certidão de Registro e Quitação de pessoa Jurídica¹ que as empresas AR Construção e Serviços Ltda. e Aguapé Administradora e Serviços Eireli - EPP possuem o mesmo responsável técnico: Sr. Marcelo Nunes Thomazi.

A recorrente também não apresentou contra indícios de sua participação.

Lembramos que, ao contrário do que afirma a recorrente, a boa-fé, no âmbito dos Tribunais de Contas, não pode ser presumida, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos. Neste sentido, citamos a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 3882/2014-Segunda Câmara

Processo: 001.905/2013-9

Relator: Ana Arraes

Enunciado:

A boa-fé não pode ser deduzida pela simples apresentação de alegações de defesa.

¹ Evento 9, fls. 43 a 46 do processo TC 4583/2016.

Acórdão 1895/2014-Segunda Câmara

Processo 016620/2013-5

Relator: Ana Arraes.

Enunciado:

A boa-fé não pode ser presumida, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos.

Acórdão 8928/2015-Segunda Câmara

Processo 039.677/2012

Relator: Marcos Bemquerer.

A boa-fé, no âmbito dos processos do TCU, não decorre de presunção legal geral. Deve estar corroborada em contexto fático e de condutas propício ao reconhecimento dessa condição em favor dos responsáveis.

Acórdão TCU 4667/2017 – Primeira Câmara

Processo 008.977/2015

Relator: Bruno Dantas.

Enunciado

A boa-fé não pode ser presumida ou acatada a partir de mera alegação, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos, corroborada em contexto fático propício ao reconhecimento dessa condição em favor dos responsáveis.

No caso dos autos, por todo o exposto, percebe-se que são várias ações que convergem para o desígnio da prorrogação contratual com a empresa Aguapé Administradora e Serviços Ltda, em inobservância da decisão judicial.

Assim, entende-se que os indícios verificados são suficientes para a responsabilização da recorrente perante esta Corte de Contas. E, portanto, corroborando-se com o entendimento do Acórdão TC 234/2022, opina-se por negar provimento ao presente recurso.

[...]

Pois bem, a fundamentação deste Voto não terá como ponto central a discussão sobre se há indícios aptos a permitir uma imputação de responsabilidade à recorrente, ponto este, onde houve divergência entre o Ministério Público de Contas e a Área Técnica nos autos do Acórdão recorrido (Processo 4583/2016), haja vista que a Instrução Técnica Conclusiva 1438/2020 daquele processo assim fundamentou ao sugerir o afastamento de responsabilidade da recorrente:

[...]

A questão crucial é que, não se vislumbra, *a priori*, dever jurídico violado por qualquer das duas empresas.

A empresa A.R. expôs nas razões de defesa que não tinha conhecimento do impedimento da empresa Aguapé e, como não era parte relacionada ou interessada no processo judicial, a alegação é verossímil.

Em relação a referida defendente, o dever jurídico de informar à Administração sobre qual empresa seria subcontratada e sobre a situação de regularidade (ou não) da mesma só surgiria a partir de demanda da própria Administração. Demanda esta que deveria sim ter ocorrido, conforme entendimento acima expressado.

Todavia, como a Administração emitiu autorização para subcontratação sem exigir as informações cabíveis, não é possível estabelecer um liame entre a conduta esperada da empresa A. R. e a irregularidade identificada. Ainda mais se considerarmos que a Administração somente notificou a empresa sobre o problema quatro meses após o início da execução do contrato.

O mesmo pode ser afirmado em relação à Aguapé. Esta alega desconhecer que os veículos alugados pela empresa A. R. seriam usados para atendimento ao município de Aracruz e não há evidência nos autos em sentido contrário.

Como somente os veículos da empresa Aguapé foram locados pela A.R. e não o serviço de motoristas, não há provas, como já mencionado, de que a Aguapé sabia onde as máquinas seriam usadas. Também não se vislumbra dever jurídico obrigando a empresa a obter tal informação de sua contratante.

Diferentemente seria se a Administração tivesse imediatamente demandado da A. R. as informações necessárias, como já destacado alhures.

Assim, **entendemos pelo afastamento da irregularidade em relação às duas empresas, recaído a responsabilidade sobre os gestores citados.** – g.n.

O ponto principal será outro. No caso concreto houve sanção de multa à pessoa jurídica contratada sem que tenha ocorrido imputação de débito em relação a ela.

Esta Corte de Contas, seguindo posicionamento do Tribunal de Contas da União, tem se manifestado pela não possibilidade de aplicação de multa nestas situações.

Vejamos o entendimento do TCU:

17. Sabe-se também que somente é cabível a aplicação de multa à pessoa jurídica quando verificada a ocorrência de débito (art. 57 da Lei 8.443/92) e que a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92 (grave infração à norma legal ou regulamentar) é inaplicável à pessoa jurídica, uma vez que tal pena pecuniária requer análise da conduta do agente que praticou o ato tido como irregular. TCU, Acórdão 491/2017 – Plenário, Rel. Augusto Nardes)

Ora, o fundamento utilizado no caso concreto para apenar a pessoa jurídica recorrida foi o art. 135, inciso II², da Lei Complementar Estadual n. 621/12 c/c. o art. 389, II³ da Resolução TC 261/2013 (RITCEES), e eles se referem exatamente a “prática de ato ou omissão com grave infração à norma legal ou regulamentar [...]”, o que, por si só, não permite a aplicação de penalidade à pessoa jurídica, haja vista que tal previsão de penalidade exigiria uma análise da conduta do agente que praticou o ato tido como irregular.

Da mesma forma, na linha das considerações acima, a multa aplicada à pessoa jurídica exigiria a imputação de débito, o que não ocorreu no caso presente, razão pela qual, divergindo da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, entendo pelo provimento ao recurso para afastar a multa aplicada à Recorrente.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, divergindo do posicionamento 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.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

² Art. 135. O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:
[...]

II - prática de ato ou omissão, com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

³ Art. 389. O Tribunal poderá aplicar a multa pecuniária prevista no art. 135 de sua Lei Orgânica, atualizada na forma prescrita no seu §3º, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação:
[...]

II - prática de ato ou omissão, com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial: multa no valor compreendido entre meio e cem por cento;

1. ACÓRDÃO TC-921/2022:

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

1.1. CONHECER do presente Recurso de Reconsideração, interposto pela pessoa jurídica **A.R. Construção e Serviços Ltda**, em face do **Acórdão 00234/2022-7 - Primeira Câmara**, prolatado nos autos do Processo TC 04583/2016-7 (Tomada de Contas Especial Convertida), para, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO, REFORMANDO-SE** o v. Acórdão atacado de modo a afastar a multa aplicada à Recorrente, conforme as razões expendidas no item 2.3 do voto;

1.2. DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.3. ARQUIVAR os presentes autos após o respectivo trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 28/07/2022 – 37ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões