



Acórdão 00014/2024-1 - Plenário

Processos: 07201/2022-1, 03421/2023-4, 07186/2022-1, 06825/2022-1, 04257/2020-4

Classificação: Pedido de Reexame

UGs: AGERSA - Agência Municipal de Regulação Dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim, PMCI - Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim

Relator: Marco Antônio da Silva

Interessado: VANDERLEY TEODORO DE SOUZA, VILSON CARLOS GOMES COELHO, FERNANDO SANTOS MOURA, KLEBER TADEU MASSENA PAIVA, AGERSA - AGENCIA MUNICIPAL DE REGULACAO DOS SERVICOS PUBLICOS DELEGADOS DE CCHOEIRO DE ITAPEMIRIM

Recorrente: AUGUSTO MILHORATO CALLEGARIO

Procuradores: ATILIO GIRO MEZADRE (OAB: 10221-ES), MILENA GUIDONI MASSENA PAIVA (OAB: 29546-ES)

PEDIDO DE REEXAME – ACÓRDÃO TC 00733/2022-6 – PRIMEIRA CÂMARA – CONHECER E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO – REFORMAR O V. ACÓRDÃO – AFASTAR IRREGULARIDADE, RESPONSABILIDADE E MULTA – MANTER IRREGULARIDADES, SEM GRAVIDADE – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

1. A presença dos requisitos de admissibilidade, aliado à documentação constante dos autos, às razões recursais e técnicas apresentadas, impõe o conhecimento e, no mérito, provimento ao presente Pedido de Reexame para efeito de reformar o v. Acórdão atacado, afastando-se a multa aplicada ao recorrente, no seu subitem 1.2, bem como a irregularidade tratada no item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva 01640/2021-7, além de se manter, sem gravidade, as irregularidades contidas nos itens 3.2 e 3.3 daquela Instrução Técnica Conclusiva.

2. Estender os termos desta decisão ao agente responsabilizado no item 1.6 do v. Acórdão objurgado, conforme disposição contida no art. 324 do Regimento Interno, tendo em vista a similitude da decisão recorrida com aquela relativa ao gestor em referência.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA:

Tratam os presentes autos de Pedido de Reexame, recurso interposto pelo Sr. **Augusto Milhorato Callegário**, na qualidade de Diretor Técnico I da Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim – AGERSA, em face do v. **Acórdão TC 00733/2022-6 – Primeira Câmara**, prolatado nos autos do **Processo TC 04257/2020-4**, apenso, que, dentre outras decisões, aplicou multa ao recorrente em razão de irregularidades listadas na Instrução Técnica Conclusiva 01640/2021-7.

Encontram-se apensos os **Processos TC 04257/2020-4** – referente à Auditoria de Conformidade realizada; **TC 07186/2022-1** – referente ao Pedido de Reexame interposto pelo Sr. Kleber Tadeu Massena Paiva; **TC 06825/2022-1** – referente ao Pedido de Reexame interposto pelo Sr. Vilson Carlos Gomes Coelho; e, **TC 03421/2023-4** - referente ao Pedido de Reexame interposto pelo Sr. Fernando Santos Moura.

Ressalte-se que, dentre os agentes responsabilizados no v. Acórdão recorrido, o Sr. Vanderley Teodoro de Souza, Diretor Presidente, a partir de 26/3/2018, teve sua responsabilidade afastada.

O recorrente, em síntese, almeja o conhecimento e provimento do presente Pedido de Reexame para que sejam afastadas as irregularidades, bem assim a multa a ele aplicada.

Por meio da Decisão Monocrática 01106/2022-4, este Relator conheceu do Pedido de Reexame encaminhando o feito à área técnica para a devida instrução.

A área técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, nos termos da Instrução Técnica de Recurso 00486/2022-1, opinou pelo **provimento** do Pedido de Reexame em apreço.

O Ministério Público Especial de Contas, por meio do Parecer 00313/2023-6, de lavra do Procurador, Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, em consonância com a área técnica pugnou no mesmo sentido.

Assim, conforme regular distribuição vieram os autos a este Magistrado de Contas para emissão de relatório e voto para efeito de deliberação do Colegiado, nos termos do art. 29 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013.

É o sucinto relatório.

VOTO

Tendo sido apresentado o presente Pedido de Reexame, interposto pelo Sr. Augusto Milhorato Callegário, na qualidade de Diretor Técnico I da Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim – AGERSA, em face do v. Acórdão TC 00733/2022-6 – Primeira Câmara, prolatado nos autos do Processo TC 04257/2020-4, apenso, cumpre a sua análise, em razão da documentação que lhe deu suporte.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Da análise dos autos, verifico que a área técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, nos termos da Instrução Técnica de Recurso – ITR 00486/2022-1, opinou pelo **provimento** do Pedido de Reexame em apreço.

Assim, transcreve-se o posicionamento da área técnica, nos termos da Instrução Técnica de Recurso – ITR 00486/2022-1, *in verbis*:

[...]

Assim como na ITR 483/2022, dada a similaridade das responsabilidades relatadas na ITC 1640/2020, em relação ao Recorrente **Augusto Milhorato Callegário** e ao agente Kleber Tadeu Massena Paiva, replicamos aqui a conclusão daquela ITR 483/2022, na qual entendemos por:

a) Quanto à irregularidade “3.1- A1(Q2, Q3) - Descumprimento contratual - ausência de atuação tempestiva da Agersa diante da não implantação de pontos de vendas” ficou demonstrado que vários pontos de venda foram efetivamente instalados, ao contrário do relato do RAO 10/2020, de forma que se conclui por afastar a responsabilidade do agente;

b) Quanto as irregularidades “3.2- A2(Q2, Q3) - Descumprimento contratual - ausência de atuação tempestiva da Agersa em relação à não adequação da idade média da frota” e “3.3- A3(Q2, Q3) - Descumprimento contratual - ausência de atuação tempestiva da Agersa quanto à não aquisição de veículos para renovação de frota” da ITC 1640/2021, concluímos que não se trata de irregularidades graves, de forma que entendemos não caber a aplicação de multa;

c) Como argumentamos, a atuação desta Corte, ao fiscalizar o Contrato 56/2016 (entre o município de Cachoeiro de Itapemirim e a Novotrans) representa a sobreposição de controles, que interfere diretamente na atividade regulatória, uma vez que dentre as competências finalísticas da Agersa está a fiscalização dos contratos de concessão firmados e, não havendo narrativas de que tal atuação tenha violado o ordenamento jurídico, a fiscalização deste Tribunal deve ser evitada sob o risco de gerar forte insegurança jurídica;

d) Argumentamos, ainda, que dentre as competências finalísticas das agências reguladoras se encontra a possibilidade de firmar termos de ajustamento de conduta (TAC) em substituição à instauração de processo administrativo sancionador, de forma que o TAC firmado com a Novotrans – na forma de *controle de primeira ordem* – estabelece negócio jurídico perfeito, não sendo possível a fiscalização (*controle de segunda ordem*) por parte desta Corte, sem que exista motivação suficiente na forma de violação do ordenamento jurídico.

4- CONCLUSÃO.

Diante do exposto nesta instrução técnica de recurso, opinamos pelo **CONHECIMENTO** do **PEDIDO DE REEXAME** interposto agente **AUGUSTO MILHORATO CALLEGÁRIO** quanto ao mérito, pelo **PROVIMENTO**, devendo ser **ALTERADO** o **ACÓRDÃO 733/2022** com o objetivo de afastar a sua responsabilidade em face das irregularidades relatadas na ITC 1640/2020. – g.n.

O Ministério Público Especial de Contas, por meio do Parecer 00313/2023-6, de lavra do Procurador, Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhando o posicionamento da área técnica, pugnou no mesmo sentido.

2. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO:

Os pressupostos de admissibilidade do Pedido de Reexame foram devidamente analisados, por meio da Decisão Monocrática 01106/2022-4, verificando-se estarem presentes todos os requisitos legais e regimentais, concluindo este Relator pelo seu **CONHECIMENTO**.

Assim sendo, passa-se à análise meritória do feito.

3. DO MÉRITO:

Inicialmente, reitera-se que o Processo TC 04257/2020-4, do qual se originou o v. Acórdão recorrido, tratou da realização de Auditoria de Conformidade realizada na AGERSA e na Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, referente a execução do Contrato 56/2015, relativo à concessão de transporte coletivo municipal, celebrado entre o Município e a empresa NOVOTRANS, cabendo à AGERSA, dentro das suas funções reguladoras, o controle e a fiscalização da execução do referido contrato.

A *priori*, forçoso é ponderar que, embora o Recorrente não tenha indicado, especificamente, os indícios das irregularidades que culminaram na sua responsabilização, vê-se das ponderações trazidas a arguição de que o julgamento proferido nos termos do v. Acórdão, ora objurgado, ocorrera em *error in procedendo* e *error in iudicando*, no que entendo assistir-lhe parcial razão conforme adiante assentado.

Neste sentido, o Recorrente almeja, em síntese, o conhecimento e provimento do presente recurso visando o afastamento das irregularidades tratadas nos itens 3.1, 3.2 e 3.3 da Instrução Técnica Conclusiva - ITC 01640/2021-7, exarada nos autos do Processo TC 04257/2020-4, bem como da multa a ele aplicada, com a consequente reforma do v. Acórdão TC 00733/2022-6 – Primeira Câmara.

Portanto, cumpre a este Relator, o enfrentamento das irregularidades mantidas no v. Acórdão TC 00733/2022-6, quais sejam: **A1(Q2, Q3)** – “Descumprimento Contratual – Ausência de atuação tempestiva da AGERSA diante da não implantação de pontos de revenda”; **A2(Q2, Q3)** – “Descumprimento Contratual – Ausência de atuação tempestiva da AGERSA em relação à não adequação da idade média da frota”; e, **A 3(Q2, Q3)** – “Descumprimento Contratual – Ausência de atuação tempestiva da AGERSA quanto à não aquisição de veículos para renovação da frota”, vejamos:

3.1. ITEM 3.1 DA ITC 01640/2021-7: A1(Q2, Q3) – “DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE ATUAÇÃO TEMPESTIVA DA AGERSA DIANTE DA NÃO IMPLANTAÇÃO DE PONTOS DE REVENDA”.

Conforme anteriormente assentado, o Recorrente deixou de indicar, especificamente, os indícios das irregularidades que culminaram na sua

responsabilização, todavia, em observância ao Princípio da Verdade Material, tem-se que as ponderações recursais apresentadas merecem acolhimento.

De modo que, o cerne recursal consiste, basicamente, no tratamento distintivo atribuído aos agentes responsáveis, donde propõe o corpo técnico desta Egrégia Corte a aplicação do mesmo entendimento firmado no Pedido de Reexame interposto pelo Senhor Kleber Tadeu Massena Paiva, nos autos dos Processos TC 07186/2022-1 - em pauta.

No tocante a este item, especificamente, o subscritor da Instrução Técnica de Recurso 00483/2022-6, exarada nos autos do Processos TC 07186/2022-1, sugeriu o afastamento da irregularidade e, posteriormente, da responsabilidade daquele recorrente, contra-argumentando, em síntese, quanto a este item, o seguinte:

- Resta evidente que o Recorrente não se quedou omissos frente à dificuldade de cumprimento dos termos contratuais pela Concessionária;

- As informações prestadas pelo Presidente da AGERSA, em 22/9/2020, considerada prova tanto no RAO 10/2020, quanto na MTD 21/2020, não apresentam suporte documental ou qualquer forma de comprovação objetiva, não sendo útil para constituir prova quanto aos fatos alegados ou relatados;

- Não há a indicação de reclamações, por parte dos usuários, quanto à ausência ou deficiência dos pontos de revenda de bilhetes instalados no município.

Quanto a este item, vislumbra-se assistir razão a aquele Recorrente, visto que ao analisar a documentação acostada aos autos do Processo TC 04257/2020-4, conforme relatado na ITR 00483/2022-6, observa-se, de fato, a ausência de comprovação da irregularidade identificada pelo RAO 10/2020 e ITC 01640/2021-7, a *contrário senso*, tais documentos comprovam a existência de pontos de venda, logo, conclui-se por se afastar a irregularidade, também, em favor deste Recorrente.

Ato contínuo, em razão da similaridade quanto ao conteúdo, os dois outros itens serão analisados em conjunto, tal qual feito nos autos do Processo TC 07186/2022-1.

3.2. ITEM 3.2 DA ITC 01640/2021-7: A2(Q2, Q3) – “DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE ATUAÇÃO TEMPESTIVA DA AGERSA EM RELAÇÃO À NÃO ADEQUAÇÃO DA IDADE MÉDIA DA FROTA”; e, **3.3. ITEM 3.3 DA ITC 01640/2021-7: A3(Q2, Q3) – “DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE ATUAÇÃO TEMPESTIVA DA AGERSA QUANTO À NÃO AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS PARA RENOVAÇÃO DA FROTA”.**

No tocante aos sobreditos itens, aquele Recorrente sustentou, em síntese, que houve o cumprimento das demandas relacionadas à frota, dando ênfase ao Processo AGERSA nº 1619/2016, instaurado para deliberar sobre o questionamento apresentado pelo Consórcio Novotrans nº 002/01/2016.

O subscritor da Instrução Técnica de Recurso 00483/2022-6, exarada nos autos do Processos TC 07186/2022-1, sugeriu a manutença das irregularidades constantes dos itens 3.2 e 3.3, porém, não de natureza grave, a ponto de sancionar com multa e, posteriormente, opinou pelo afastamento da responsabilidade do Recorrente, contra-argumentando, em síntese, o seguinte:

- Conforme se verifica dos documentos de suporte trazidos pelo Recorrente, ainda em 2016 havia o debate entre a concessionária e a AGERSA acerca do critério para definir a idade média da frota, não só para adequar a frota a padrões recomendáveis de uso, mas também para definir a tarifa a ser cobrada;

- Considerando o critério adotado pela AGERSA, a idade média dos veículos da concessionária era de 7,6 anos, em 2016, 8,6 anos em 2017, e, 9,6 anos em 2018;

- Estaria, portanto, descumprindo a exigência quanto à idade mínima, em 0,6 ano em 2016 e 1,6 ano em 2017 – considerando o período em que o Recorrente respondia pela Diretoria Técnica I da AGERSA, além de 2,6 anos, considerando a assinatura do TAC em dezembro de 2018;

- A metodologia utilizada para a definição da idade média da frota é possivelmente o fator gerador da diferença entre o cálculo da equipe técnica e da AgerSA, irregularidade que resta dentre as três (itens 3.1, 3.2 e 3.3 da ITC 1640/2021) pelas quais o Recorrente foi responsabilizado;

- Por si só, tal irregularidade não apresenta alto grau de gravidade, em especial porque não resultou em insatisfação dos usuários, conforme já demonstrado (ausência de reclamações feitas), o que bastaria para afastar a penalidade de multa imposta ao Recorrente;

- Entretanto, não só pela ausência de gravidade da irregularidade é que concluímos pela não aplicação de penalidade ao gestor, mas também por dois elementos que, em nosso entendimento, devem ajustar a fiscalização das agências reguladoras: a instauração do termo de ajustamento de conduta e a competência para fiscalizar as atividades finalísticas da agência.

Examinando o feito, verifico que a análise técnica se mostra adequada, sendo já acolhida pelo *Parquet* de Contas, assim, diante da completude da análise técnica que dispensa qualquer acréscimo, adoto tal entendimento, acolhendo-o como razão de decidir.

Em sendo assim, afasto o indicativo de irregularidade tratado no item 3.1 desta Decisão (**Item 3.1 da ITC 1640/2020: A1-Q2, Q3**), mantenho, porém, afastando a natureza grave, os indicativos de irregularidades tratados nos itens 3.2 e 3.3 desta Decisão (**3.2. Item 3.2 da ITC 1640/2020: A2-Q2, Q3**, e, **3.3. Item 3.3 da ITC 1640/2020: A3-Q2, Q3**), afastando a responsabilidade indicada do Recorrente, em razão das peculiaridades aduzidas, bem como a multa a ele aplicada, devendo o v. Acórdão TC 00733/2022-6 ser reformado para se excluir o subitem 1.3.

4. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, acolhendo o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, proponho **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove o seguinte teor de **ACÓRDÃO** que submeto à sua consideração.

MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator

1. ACÓRDÃO TC-0014/2024:

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

1.1. CONHECER e, no **MÉRITO, DAR PROVIMENTO** ao Pedido de Reexame interposto pelo Sr. **Augusto Milhorato Callegário**, Diretor Técnico I da Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim – AGERSA, em face do v. **Acórdão TC 00733/2022-6 – Primeira Câmara**, prolatado nos autos do Processo TC 04257/2020-4, reformando-se o v. **Acórdão TC 00733/2022-6**, com extensão dos seus efeitos ao Sr. **Fernando Santos Moura** - agente responsabilizado no **item 1.6** do v. Acórdão objurgado, conforme art. 324 do Regimento Interno, para:

1.1.1. AFASTAR o indicativo de irregularidade tratado no item 3.1 desta Decisão: **Item 3.1 da ITC 01640/2021-7: A1(Q2, Q3)** – “Descumprimento contratual – ausência de atuação tempestiva da AGERSA, diante da não implantação de pontos de revenda”;

1.1.2. MANTER, porém, afastando-se a natureza grave dos indicativos de irregularidades tratados nos **Itens 3.2 e 3.3** desta Decisão: **Item 3.2 da ITC 01640/2021-7: A2(Q2, Q3)** – “Descumprimento contratual – ausência de atuação tempestiva da AGERSA em relação à não adequação da idade média da frota”, e, **3.3. Item 3.3 da ITC 01640/2021-7: A3(Q2, Q3)** – “Descumprimento contratual – ausência de atuação tempestiva da AGERSA quanto à não aquisição de veículos para renovação da frota”, conforme razões aduzidas;

1.1.3 AFASTAR a responsabilidade do Recorrente, bem como a multa a ele imputada no **subitem 1.2 do v. Acórdão**, nos termos das razões externadas;

1.2. DAR CIÊNCIA aos interessados e **ARQUIVAR** os presentes autos, após o respectivo trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 25/01/2024 - 2ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiros substitutos: Marco Antonio da Silva (relator/em substituição) e Donato Volkens Moutinho (em substituição conforme Ato Convocatório nº 1/2024).

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator/Em substituição

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO SUBSTITUTO DONATO VOLKERS MOUTINHO

Em substituição conforme Ato Convocatório nº 1/2024

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

Secretário-geral das Sessões