EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador que esta subscreve, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da Lei Complementar nº. 451/2008, oferecer

R E P R E S E N T A Ç Ã O

Em face de
ORLY GOMES DA SILVA – ex-Prefeito de Guarapari,

em razão da prática de **grave infração à norma legal,** mediante a utilização de recursos públicos em finalidade diversa à estabelecida na legislação, consoante se passa a demonstrar a seguir.

O Ministério Público de Contas, por meio de documentos encaminhados pela Procuradora Geral do Município de Guarapari, **ANA PAULA COSTA DA SILVA**, tomou conhecimento da existência de ilícitos na destinação dos recursos vinculados a conta n. 17.457.664 do Banco Banestes.

Da documentação colacionada ao caderno informativo[1] denota-se que a Prefeitura de Guarapari utilizou, ao longo dos exercícios de 2013 a 2015, os recursos vinculados à conta n.17457.664 para pagamentos estranhos a finalidade almejada, em límpida afronta ao art. 2º da Lei Municipal n. 2.832/2008, *in verbis*:

[1] Documentação anexa como peça complementar.

LEI Nº. 2832/2008

(ALTERADA PELA LEI 2940/2009)

DISPÕE SOBRE AUTORIZAÇÃO PARA ALIENAÇÃO PARA VENDA OU PERMUTA DE BEM IMÓVEL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O **PREFEITO MUNICIPAL DE GUARAPARI**, Estado do Espírito Santo, no uso de suas atribuições legais, com fulcro no Art. 88, Inciso IV da **LOM** – Lei Orgânica do Município, faz saber que a Câmara Municipal **APROVOU** e eu **SANCIONO** a seguinte

L E I:

Art. 1º - Fica o Poder Executivo Municipal autorizado proceder a alienação para venda direta ou através de permuta, mediante avaliação prévia e através de processo licitatório na modalidade própria, nos termos da Lei nº. 8.666/1993 do imóvel situado na Avenida José Anchieta (Rodovia do Sol), s/nº, Bairro Aeroporto, com área de aproximadamente 8.000,00 m² (oito mil metros quadrados), onde atualmente abriga o almoxarifado central desta municipalidade.

~~**Art. 2º** - Os recursos apurados com a alienação serão utilizados na aquisição de imóvel objetivando a construção do Edifício Sede do Município (Prefeitura) e o restante em aplicação de outros empreendimentos, conforme as necessidades, mediante avaliação e preço de mercado vigente na época.~~

"Art. 2º - Os recursos apurados com a alienação serão utilizados na aquisição de imóvel objetivando a construção do Edifício Sede do Município (Prefeitura)." **(REDAÇÃO DADA PELA LEI 2940/2009)**

Art. 3º - Após a venda do bem imóvel descrito no Art. 1º desta Lei o Poder Executivo Municipal apresentará relatório circunstanciado dos trabalhos, inclusive com o resultado final da alienação, se houver.

~~**Art. 4º** - Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a abrir crédito adicional especial correspondente ao valor apurado com a venda do bem imóvel, suplementando as dotações próprias.~~

"Art. 4º - Os valores apurados com a alienação ficarão depositados em conta própria para destinação exclusiva de que trata o artigo 2º, não podendo ser objeto de suplementação ou dotação diversas sem o respectiva autorização legislativa." **(REDAÇÃO DADA PELA LEI 2940/2009)**

Na espécie, constata-se que os valores apurados na alienação de imóvel, situado na Avenida José de Anchieta, deveria ser utilizado, exclusivamente, para aquisição de imóvel objetivando a construção do Edifício Sede da Prefeitura e não em serviços ou objetos outros.

Verifica-se, consoante despacho exarado pelo Secretário Municipal da Fazenda de Guarapari, Watson de Araujo Monteiro, liquidação de despesas com verbas vinculadas a fim específico, ensejando afronta à legalidade e à finalidade do normativo acima citado:

DESPACHO

Processo Administrativo Nº. 15.545/2017
Solicitante: Secretaria Municipal de Fazenda – SEMFA
Assunto: Solicita levantamento da conta Nº. 17.457.664 do Banco Banestes e o destino da utilização dos recursos.

Senhora Dra. Procuradora Geral,

Trata-se de pedido de levantamento relativo a movimentação financeira da Conta Nº. 17.457.664, junto ao Banco do Estado do Espírito Santo – **BANESTES**, atinente a recursos financeiro advindo da alienação do imóvel, com aproximadamente 8.000,00m² (oito mil, metros quadrados), alcunhado por "**ALMOXARIFADO**", situado na Avenida José de Anchieta, no Bairro Aeroporto, anuído pelo subscritor, endereçado ao Serviço de Tesouraria, subordinado a este órgão.

Assim, objetivando atendimento ao solicitado, o serviço de tesouraria da **SEMFA**, fez juntar cópia reprográfica da Lei Nº. 2832/2008, fls. 03/04.

Já as fls. 05/188, consta fotocópia da movimentação financeira, para fins diversos, estranhas ao positivado pelo Art. 2º da Lei Nº. 2832/2008 e Lei Nº. 2940/2009.

As fls. 189, consta tabela, por onde demonstra movimentação financeira a partir de 12/2013.

Salta aos olhos que foram liquidadas despesas variadas estranhas ao prelecionado no Art. 2º, da Lei Nº. 2832/2008, ou seja, na contramão da legalidade.

Em princípio – albergado na filosofia de que todos são prisioneiros da Lei, significa dizer que, qualquer ato que viola uma norma jurídica, é antijurídico, injusto ou ilícito.

Quando a autoridade pública agride a Lei, mesmo de forma velada e disfarçada, praticando ato com finalidade diversa daquela visada pelo legislador, direcionando pagamentos e liquidando despesas com verba específica do Custeio da Iluminação Pública, para atuar em setores diferentes daqueles nominados nas Leis, no mínimo, incorre em crime de responsabilidade, pelo exorbitante desvio de numerário e finalidade, podendo os ordenadores da ilegalidade ser penalizados, com as sanções cabíveis.

Face ao exposto, solicitamos adoção de medidas jurídicas acerca das ações a serem implementadas pela Administração Municipal, especialmente pelo Chefe do Poder Executivo, junto aos Órgãos Fiscalizadores e do Sistema de Controle do Poder Público constituídos, para este fim.

SMJ.

Guarapari – ES., 20 de setembro de 2017.

WATSON DE ARAÚJO MONTEIRO
Secretário Municipal de Fazenda

A Lei n. 2.832/2008 é clara em seu art. 2º quanto à delimitação da aplicação dos recursos, havendo predeterminado as aplicações específicas, não podendo os recursos serem utilizados para transferências e pagamentos de MDE 25%[2], Dual Engenharia Ltda., INSS, Concrevit, Horizonte Construtora[3], MT Soluções e Serviços[4], iluminação pública, quitação de ISS, consoante extratos bancários anexos a esta representação[5].

Houve, assim, abuso de poder, na modalidade **desvio de finalidade,** haja vista a utilização dos recursos em finalidade diversa da prevista na lei de regência.

Transcrevem-se abaixo julgados do Tribunal de Contas da União a respeito do desvio de finalidade, *verbis*:

> - Em princípio, cabe enfatizar que *"o desvio de objeto se configura quando o convenente, sem autorização prévia do concedente, executa ações não previstas no plano de trabalho da avença, mas, em alguma medida, preserva o fim a que se destinam os recursos.* ***O desvio de finalidade ocorre quando os recursos são aplicados em finalidade diversa daquela anteriormente pactuada ou ainda quando o escopo específico da avença não é atendido em decorrência de irregularidades na execução do ajuste"*** (TCU, Acórdão 1798/2016 – Primeira Câmara, Rel. Marcos Bemquerer).
> - A propósito, ***"o desvio de finalidade pode ocorrer tanto no emprego dos recursos do ajuste em objeto diverso daquele pactuado quanto na destinação do objeto***

[2] Fls. 23, 29 e 77/78.
[3] Fls.
[4] Fls. 35 e 47.
[5] Cheques 0016, 0017, 0013, 0014, 0015, 00115, 00117, 00116, 00241 e 00242.

> ***pactuado em finalidade diversa para a qual foi construído e/ou adquirido"*** (TCU, Acórdão 846/2013 – Segunda Câmara, Rel. José Jorge).
>
> Noutra oportunidade, manifestou também o egrégio TCU:
>
> **[...] voto**
>
> 5. Coloco-me de acordo, então, com a proposta formulada, pois, de fato, **a jurisprudência deste tribunal é firme no sentido de que o desvio de finalidade na aplicação de recursos oriundos de convênio enseja o julgamento das contas pela irregularidade com a condenação do município e a aplicação de multa ao gestor municipal.**
> 6. Por derradeiro, cabe consignar que, por engano, constou do acórdão que rejeitou as alegações de defesa do município que a data do débito no valor de R$ 4.800,0 seria dia 2/7/2007. No entanto, a data correta seria 2/7/2004, conforme demonstra o extrato bancário juntado aos autos. (Relator Aroldo Cedraz Processo: TC 013.649/2005-2 - Acórdão n. 2136/2008 - TCU - 2ª Câmara - Tomada de Contas Especial Sala das Sessões, em 15 de julho de 2008).
>
> **Relatório**
>
> [...] 14. Neste diapasão, **urge destacar ainda que a jurisprudência desta Corte de Contas é pacífica no sentido de que compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova**. Esse entendimento está presente nos seguintes julgados: Acórdãos TCU n°s 11/97 - Plenário; 87/97 - Segunda Câmara; 234/95 - Segunda Câmara; 291/96 - Segunda Câmara; 380/95 - Segunda Câmara; e Decisões n°s 200/93 - Plenário; 225/95 - Segunda Câmara; 545/92 - Plenário. Vale citar elucidativo trecho do voto proferido pelo insigne Ministro Adylson Motta nos autos do TC nº 929.531/1998-1 (Decisão nº 225/2000 - Segunda Câmara):
>
> **'A não-comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na sua aplicação. Ressalto que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito** administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público. Aliás, a jurisprudência deste Tribunal consolidou tal entendimento no Enunciado de Decisão nº 176, verbis: 'Compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova'. *Grifos nossos* [...]
>
> ***[...] O desvio de finalidade ocorre quando os recursos são aplicados em finalidade diversa daquela anteriormente pactuada*** *ou ainda quando o escopo específico da avença não é atendido em decorrência de irregularidades na execução do ajuste"* (TCU, Acórdão 1798/2016 – Primeira Câmara, Rel. Marcos Bemquerer).

A propósito*, "o desvio de finalidade pode ocorrer tanto no emprego dos recursos do ajuste em objeto diverso daquele pactuado quanto na destinação do objeto pactuado em finalidade diversa para a qual foi construído e/ou adquirido"* (TCU, Acórdão 846/2013 – Segunda Câmara, Rel. José Jorge).

Acerca do tema, convém, ainda, fazer menção ao Acórdão TC-818/2017 – Plenário[6], dessa Corte de Contas, que se posiciona no sentido de que **o desvio de finalidade ocorre quando o agente busca fim diverso do interesse público, pratica atos com motivos estranhos ao interesse público ou quando o interesse, ainda que público, é distinto daquele previsto na regra de competência do fim específico**.

[6] Informativo de Jurisprudência n. 65.

3. Aplicação de recursos de convênio com desvio de finalidade em benefício de ente convenente e dever de ressarcimento do débito.
Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela SEAG na Prefeitura de Mantenópolis, para apuração de desvio de finalidade de recursos provenientes do Convênio 034/2007, que tinha por objeto a aquisição de um caminhão trucado com capacidade de 15 (quinze) toneladas de carga, porém foi indevidamente utilizado pela prefeitura na realização de pagamentos diversos. **Conforme análise do relator restou caracterizado desvio de finalidade, observando que "este ocorre quando o agente busca fim diverso do interesse público ou pratica atos com motivos estranhos ao interesse público seja por motivo pessoal, político, de terceiro ou ocorre quando, mesmo sendo o interesse público, o interesse é distinto daquele previsto na regra de competência do fim específico".** Quanto ao dever de ressarcimento dos recursos, acrescentou: "nas situações em que um ente político se beneficia da aplicação irregular, cogente a responsabilização direta deste, com sua condenação à restituição dos valores. Nessa linha, considerando que a utilização dos recursos recebidos, mesmo de forma diversa daquela pactuada, importou benefício ao ente, uma vez que tais importâncias foram transferidas aos cofres municipais para pagamentos diversos, o Município deverá ser condenado ao ressarcimento do débito". No tocante à responsabilização do gestor, pontuou: "não havendo indício de ocorrência de locupletamento, o entendimento pacífico no TCU é de que, embora não sejam condenados à restituição dos valores, devam ter suas contas julgadas irregulares, com aplicação de multa". Ressalvou, entretanto, que essa medida não poderia ser adotada, eis que verificado o óbito do gestor, sustentando ser "aplicável ao presente caso o Princípio da Intranscendência que veda, com âncora no art. 5º, XLV, da Carta Magna, que a pena, sanção jurídica personalíssima, se transfira a terceiros que não o próprio causador do ilícito". Assim, concluiu por julgar irregulares as contas do ex-prefeito municipal e condenar a prefeitura municipal ao ressarcimento do débito com os acréscimos legais pertinentes. O Plenário deliberou, à unanimidade, nos termos do voto do relator. Acórdão TC-818/2017-Plenário, TC-3218/2012, relator conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicado em 04/09/2017.

Ademais, no **Acórdão 1227/2017-2**, também dessa Casa de Contas, foi determinando ao Município de Alegre a regular aplicação dos valores vinculados, bem como a recomposição a conta específica da quantia utilizada em finalidade diversa, além de aplicação de multa aos reponsáveis, como segue:

ACÓRDÃO TC-1227/2017 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO: TC 4010/2012
CLASSIFICAÇÃO: Representação
UNIDADE GESTORA: Prefeitura Municipal de Alegre
REPRESENTANTE: Ministério Público do Estado do Espírito Santo
RESPONSÁVEL: José Guilherme Gonçalves Aguilar
ADVOGADOS: Luis Guilherme Dutra Aguilar (OAB/ES 19.659), Rafael Vargas De Moraes Cassa (OAB/ES 17.916) e Vinicius Pavesi Lopes (OAB/ES 10.586).

REPRESENTAÇÃO EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ALEGRE – APLICAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO – PROCEDÊNCIA – MULTA – DETERMINAÇÃO – ARQUIVAR

[...]
1. ACÓRDÃO:
VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos na Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo Relator:

1.1 Por **Rejeitar** as razões de justificativas apresentadas pelo **senhor José Guilherme Gonçalves De Aguilar**, Prefeito Municipal no exercício de 2010, em razão da irregularidade disposta no item disposta no item 3.1.1 da Instrução Técnica Conclusiva;

1.2 Pela **PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO**, nos termos dos artigos 95, inciso II c/c artigo 99, §2º1 , da Lei Complementar nº 621/2012, diante da constatação da seguinte irregularidade:

3.1.1. Não Aplicação de Recursos em Despesas de Investimento
Base legal: infringência ao art. 3º da Lei 8.308/2006. (item II.1 da ITI 197/2014)
Responsável: José Guilherme Gonçalves de Aguilar –Prefeito Municipal

1.3 Pela expedição de **DETERMINAÇÃO** na forma do art. 57, inciso III2 , da Lei Complementar nº 621/2012, para que o Município de Alegre, na pessoa de seu atual Prefeito Municipal, proceda a regular aplicação dos valores vinculados, transferidos pelo Governo Estadual, nos moldes previstos pelas leis vigentes e recomponha a conta específica dos royalties a quantia de R$ 202.000,00 (duzentos e dois mil reais), equivalentes a 100.627,6775 VRTE3 , até o término do prazo do atual mandato (2017-2020), devendo a área técnica acompanhar o cumprimento mediante **MONITORAMENTO** na forma do art. 102, §2º da LC 621/20124 ;

1.4 Pela aplicação de **multa** pecuniária ao responsável, com amparo no artigo 62 da LC 32/93 e na forma do artigo 96, inciso II, da Lei Complementar 32/93, por ser a legislação aplicável à época, no valor correspondente a **500 VRTE.**
1.5 Dar ciência ao Representante e Representado.
[...]
5. Fica o responsável obrigado a comprovar 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.

Noutro giro, traçando uma analogia com os recursos dos royalties/petróleo, o **Tribunal de Contas de Minas Gerais** proferiu o seguinte entendimento em sede de parecer consulta no que se refere a sua utilização:

Consulta n. 838.756
EMENTA: CONSULTA — PREFEITURA MUNICIPAL — I. RECURSOS DO FUNDO ESPECIAL DE ROYALTIES/PETRÓLEO — APLICAÇÃO EM ENERGIA, PAVIMENTAÇÃO DE RODOVIAS, ABASTECIMENTO DE ÁGUA, RECUPERAÇÃO E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E SANEAMENTO BÁSICO — POSSIBILIDADE — VEDAÇÃO DO PAGAMENTO DE DÍVIDAS E QUADRO PERMANENTE DE PESSOAL — EXCEÇÕES DO ART. 8º DA LEI N. 7.990/89 — II. TERCEIRIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS — LICITAÇÃO POR PREÇO GLOBAL — POSSIBILIDADE, DESDE QUE INVIÁVEL O PARCELAMENTO DO OBJETO
1. As receitas recebidas a título de compensação financeira advindas do Fundo Especial de Royalties/Petróleo **podem ser aplicadas em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento de água, recuperação e proteção ao meio ambiente e saneamento básico, sendo vedada sua utilização para pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal, excetuando-se o adimplemento dos débitos com a União e com entidades a ela ligadas, bem como sua aplicação para capitalização de fundos de previdência (art. 8º da Lei n. 7.990/89, com as alterações da Lei n. 10.195/01).**
2. A opção pelo preço global na contratação de empresa terceirizada para realizar serviços, objetivando a aquisição de materiais e mão de obra, mediante licitação, somente será legítima quando inviável o parcelamento do objeto, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei n. 8.666/93.

Mutatis mutandis, o mesmo entendimento deve ser aplicado **ao presente caso.**

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 25, § 2º, veda expressamente a

aplicação de recursos transferidos em finalidade diversa da estabelecida no termo de convênio, por exemplo, vejamos:

> Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.
> [...]
>
> § 2º **É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.** (grifos nossos)
> [...]

Outrossim, a Lei de Ação Popular - Lei n. 4.717/1965 - em seu artigo 2º, parágrafo único, preceitua ser nulo o ato administrativo no caso de ocorrência de desvio de poder, nestes termos:

> **Art. 2º** São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
> [...]
> **e) desvio de finalidade.**
>
> **Parágrafo único.** Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:
> [...]
> **e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.**

A situação ora apurada consubstancia, na lição de Diógenes Gasparini, *desvio de finalidade,* motivo de nulidade, pois em suma:

> O ato que favorece ou persegue interesses particulares, tanto quanto o que, expressa ou tacitamente, propugna fim diverso do previsto na regra de competência, são nulos por desvio de finalidade, conforme estatui o art. 2º, parágrafo único, alínea *e,* da Lei Federal nº 4.717/65, chamada Lei da Ação Popular".[7]

Trata-se, portanto, de **grave violação à norma**, conduta que configura, em tese, o **ato de improbidade administrativa** descrito no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e o **crime de responsabilidade** tipificado no art. 1°, inciso III, do Decreto-Lei n. 201/1967[8], e punível na forma do art. 135, II, da LC n. 621/12.

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas**:

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do artigo 99, § 1º, inciso VI, da LC nº. 621/12 c/c artigos 181 e 182, inciso IV, e 264, inciso IV, do RITCEES;

2 – cumpridos os procedimentos legais e regimentais de fiscalização, seja o responsável, nos termos do art. 56, inciso II, da LC 621/2012, citado para, querendo, deduzir defesa;

---

[7] *In* Corrupção, ética e moralidade administrativa. Coordenadores: Luis Manoel Fonseca Pires, Maurício Zockun, Renata Porto Adri. Belo Horizonte: Fórum 2008. P. 95.

[8] **Art. 1º** São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...] III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

3 – NO MÉRITO, seja julgada procedente, com a consectária aplicação de multa pecuniária e outras sanções cabíveis ao responsável, bem como seja expedida determinação ao atual gestor para que proceda à devolução dos recursos aplicados com desvio de finalidade à conta específica, nos termos da lei de regência, devidamente atualizados monetariamente e com incidência de juros moratórios.

Vitória, 17 de maio de 2018.

LUCIANO VIEIRA:07506989778

Assinado digitalmente por LUCIANO VIEIRA:07506989778
Data: 2018.05.17 15:27:07 -0300

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR-GERAL
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS