



Acórdão 00376/2023-1 - Plenário

Processos: 00513/2023-7, 07760/2022-1, 02267/2016-6

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Serra

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Interessado: AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS, ALVARO ROQUE TOSTA DA CUNHA, ANDREA TONGO AMORIM, FLAVIO NARCISO CAMPOS, HERMAN MATTOS DE SOUZA, JEFFERSON ZANDONADI, JOAO CARLOS MENESES, JOSE MARIA DE ABREU JUNIOR, KLODAILSON MARTINHO MACHADO ROLLA, MARCELO BORGES DE CARVALHO, SAMUEL DIAS DE SOUZA FILHO, TANIA LUCIA COUTINHO DE OLIVEIRA, ANTONIO SERGIO ALVES VIDIGAL, HALPHER LUIGGI MONICO ROSA, VICTOR LEITE WANICK MATTOS

Recorrente: EMEC - OBRAS E SERVICOS LTDA

Procuradores: ALINE DUTRA DE FARIA (OAB: 12031-ES), CLAUDIA RODRIGUES NASCIMENTO (OAB: 9787-ES), FELIPE OSORIO DOS SANTOS (OAB: 6381-ES), KARLA LYRIO DE OLIVEIRA (OAB: 19807-ES), LUCIANA DE OLIVEIRA SACRAMENTO (OAB: 19260-ES), MILENA GOTARDO COSME (OAB: 19148-ES), THIAGO LOPES PIEROTE (OAB: 14845-ES), MARIANA GOMES AGUIAR (OAB: 22270-ES), POLIANE DIAS COCO (OAB: 26492-ES), RODRIGO BARCELLOS GONCALVES (OAB: 15053-ES), ANDERSON SANT ANA PEDRA (OAB: 9712-ES), TALYTТА DAHER RANGEL FORATTINI PEDRA (OAB: 16120-ES)

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO –PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA – ACOLHER AS RAZÕES DO RECURSO – RESSARCIMENTO INDEVIDO – EXPEDIÇÃO DE RECOMENDAÇÕES – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

VOTO DO RELATOR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

1. RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de **RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO** (Petição Recurso 00027/2023-1) interposto pela empresa **EMEC OBRAS E SERVIÇOS LTDA.**, em face do Acórdão 00982/2022-5 (TC 2267/2016-6) e Acórdão 01404/2022-3 (TC 7760/2022-1).

O referido processo TC 2267/2016-6 trata de **DENÚNCIA** formulada por cidadão, em face de Audifax Charles Pimentel Barcelos, Prefeito do Município da Serra, noticiando irregularidades cometidas quando da execução da reforma da praça “Encontro das Águas”, localizada no bairro Jacaraípe.

O Plenário do TCEES, por meio do Acórdão 00982/2022-5, julgou o Processo TC 2267/2016-6 nos seguintes termos:

1. ACÓRDÃO TC-982/2022-5

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 por:

1.1. CONSIDERAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A DENÚNCIA, com fulcro no inciso I e II do art. 178 do Regimento Interno do TCEES – Resolução TC nº 261/2013;

1.2. REJEITAR A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM do sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos, Prefeito Municipal;

1.3. REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE DE INVALIDAÇÃO de atos processuais e decisórios, bem como a preliminar no sentido de requerer a intimação do município da Serra para apresentação do processo de encontro de contas/rescisão amigável, e sua análise pela Área Técnica, conforme item 2.1, “d” do presente *decisum*.

1.4. CONSIDERAR PREJUDICADA A PRELIMINAR de Legalidade das alterações da planilha orçamentária antes da celebração do contrato;

1.5. ACOLHER PARCIALMENTE A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA DA PRETENSÃO PUNITIVA deste TCEES, a fim de considerar prescrita exclusivamente a análise da irregularidade de “Ausência de composições unitárias no processo de licitação, restringindo a análise de enquadramento ao preço de mercado”;

1.6. CONVERTER O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, nos termos do artigo 115, caput, da Lei Complementar 621/2012 e do artigo 207, VI c/c art. 317, caput e § 2º, do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013, em razão dos achados que resultaram em dano ao erário;

1.7. ACOLHER AS JUSTIFICATIVAS DO SZENHOR AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS para afastar a irregularidade de pagamento de “serviços inseridos na planilha orçamentária através do 1º Termo Aditivo, no qual constam: (i) serviços já existente na planilha, porém com preços superiores e (ii) serviços novos com preços superfaturados” em relação a tal agente público.

1.8. IMPUTAR SOLIDARIAMENTE, com base no art. 87, II e V da LC 621/2012, a responsabilidade pelo **ressarcimento ao erário** municipal da Serra dos valores dispostos no quadro abaixo, bem como a **aplicação de multa** com amparo nos **arts. 134 e 135, III, da LC 621/2012**, tendo em vista o cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, dispostos no quadro abaixo, com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e” da LC 621/2012:

[...]

1.9. ACOLHER AS JUSTIFICATIVAS DOS AGENTES DO QUADRO ABAIXO para afastar as irregularidades mencionadas, conforme fundamentação acima:

[...]

1.10. REJEITAR AS JUSTIFICATIVAS DOS AGENTES DO QUADRO ABAIXO, TENDO EM VISTA A PRÁTICA DE ATOS ILEGAIS DISPOSTOS NA MANIFESTAÇÃO TÉCNICA 837/2018, sendo aplicada multa de R\$ 500,00 reais por irregularidade, com amparo no art. 135, II, da LC 621/2012:

[...]

1.11. **DAR CIÊNCIA** aos responsáveis e à Representante;

1.12. **REMETER** os autos ao Ministério Público de Contas, para acompanhar a execução da multa;

1.13. **ARQUIVAR OS PRESENTES AUTOS**, na forma do inciso IV, do art. 330 do Regimento Interno deste Tribunal.

Inconformada com o *decisium*, a empresa Emec Obras e Serviços opôs Embargos de Declaração (TC 7760/2022-1).

Após todo trâmite processual, os autos foram a julgamento no Plenário, tendo sido prolatado o Acórdão 01404/2022-3, que acompanhou a área técnica nos seguintes termos:

1. ACÓRDÃO TC-1404/2022-3

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 dos Embargos de Declaração opostos pela empresa Emec – Obras e Serviços Ltda., em face do **Acórdão TC 00982/2022 - Plenário**, constante do Processo TC 2267/2016-6 (Tomada de Contas Especial Convertida), para no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, em razão da inexistência de omissão, mantendo-se incólume os termos do referido **Acórdão**, conforme razões expendidas no item 2.3 do voto;

1.2. DAR CIÊNCIA aos interessados, **ARQUIVANDO-SE** os autos após o trânsito em julgado.

Inconformada com os Acórdãos 982/2022 e 1404/2022, a Recorrente propôs o presente Recurso de Reconsideração.

Foram, então, os autos encaminhados à Área Técnica para manifestação, a qual foi feita por meio da Instrução Técnica de Recurso n. 43/2023-9, concluindo o que segue:

5.CONCLUSÃO.

Considerando-se os argumentos fáticos e jurídicos apresentados, opina-se **pelo CONHECIMENTO** do presente **RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO** e quanto ao **MÉRITO**, opina-se pelo **NÃO PROVIMENTO** do presente recurso de reconsideração, mantendo incólume o **Acórdão 982/2022**.

No mesmo sentido, foi a manifestação do Ministério Público de Contas por meio do Parecer n. 01224/2023-3, transcrevendo a conclusão da Área Técnica e acrescentando o seguinte:

Por derradeiro, com fulcro no inciso III do art. 41 da Lei 8.625/93[1], bem como no parágrafo único do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12[2], este órgão ministerial reserva-se o direito de manifestar-se oralmente por ocasião da sessão de julgamento/apreciação em defesa da ordem jurídica.

É o Relatório.

2. ADMISSIBILIDADE

Verifica-se que a parte é capaz e possui legitimidade processual.

Quanto à tempestividade, o presente Recurso de Reconsideração, protocolado em **06/02/2023**, é tempestivo, de acordo com o Despacho 05644/2023-9.

No que tange ao cabimento, constata-se que a decisão recorrida foi prolatada em sede de processo de tomada de contas especial, sendo impugnável pela via recursal utilizada (Recurso de Reconsideração), a teor do disposto no art. 405, *caput*, do RITCEES.

Portanto, estando satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso e, abaixo, passo às considerações sobre o mérito.

3. FUNDAMENTOS

Como parte integrante do presente voto, ratifico e transcrevo abaixo o entendimento da Área Técnica, por meio da Instrução Técnica de Recurso n. 43/2023-9, quanto ao mérito, senão vejamos:

“4. ANÁLISE.

De início, cabe salientar que a ITC 4241/2021 apontou as seguintes irregularidades e ressarcimentos em relação à empresa EMEC Obras e Serviços, ora Recorrente, na execução do Contrato 157/2015, firmado com a prefeitura da Serra:

[...}

O Acórdão 982/2022 manteve, *in totum*, as irregularidades apontadas pela área técnica.

Nos Embargos apresentados, conforme já exposto, a análise da área técnica tratou de demanda idêntica feita no presente Recurso de Reconsideração, conclusão também acolhida pelo Acórdão 982/2022:

ITR 435/2022

(...)

No item 1.3 do **Acórdão 982/2022** consta expressamente que houve a rejeição do pedido preliminar de análise do termo de rescisão amigável. Tal indeferimento decorre de fundamentação que consta no acórdão, conforme se assevera:

“[...]

Em relação à fundamentação trazida pela empresa que culminou nos pedidos para que houvesse a intimação do Município de Serra para que trouxesse aos autos os documentos que ensejaram a formulação do termo de rescisão amigável, para posterior análise por parte da Área Técnica, é preciso observar que o Tribunal não se encontra vinculado a qualquer conclusão ou decisão exarada no âmbito da Administração Pública

municipal. Ainda assim, a apresentação de qualquer documentação no intuito de proporcionar a sua análise, caso se verifique a sua fundamentalidade para o deslinde da matéria, é ônus que recai sobre os defendentes, estejam na figura de autoridade responsável ou pessoa jurídica sujeita à jurisdição do Tribunal.

Destarte, eventual procedimento executório, a ser manuseado pelos serviços jurídicos do próprio município, poderá desencadear a apreciação de eventuais valores já ressarcidos pelos responsáveis ou compensados, servindo, inclusive, de matéria de defesa.”

É neste sentido que se analisa aqui o argumento central do presente recurso: de que já teria havido o termo de rescisão amigável – cujo mérito não teria sido analisado pela área técnica ou acórdãos – que não apontou ilicitudes ou ressarcimento, rescisão essa que seria suficiente para afastar as irregularidades e os débitos apontados.

Assim, como se observa, a existência de “termo de rescisão amigável” firmado entre a Prefeitura e a Recorrente (empresa contratada), em 14 de setembro de 2018, trata de acordo entre as partes que, em momento algum, fez referência às irregularidades e ressarcimentos [apontados](#) no Relatório de Inspeção e demais peças técnicas, mantidas pelo Acórdão 982/2022.

Foi o que bem salientou o referido Acórdão: “eventual procedimento executório, a ser manuseado pelos serviços jurídicos do próprio município, poderá desencadear a apreciação de eventuais valores já ressarcidos pelos responsáveis ou compensados, servindo, inclusive, de matéria de defesa”.

Todas as peças técnicas havidas no processo, na forma do relatado pelo RI 08/2017 e ITI 585/2017 (anteriores, portanto, ao termo de rescisão amigável), entenderam ter havido superfaturamento (seja por quantidade, seja por qualidade, seja por preço, conforme relatado nos itens 2.4, 2.5 e 2.6 da ITC 4241/2021) e, conforme se observa, não houve, a qualquer tempo, justificativas – seja por parte dos agentes responsabilizados, seja por parte da contratada – suficientes e capazes de demonstrar situação contrária, de que os preços correspondiam aos de mercado e que as quantidades e qualidades contratadas eram adequadas à realização da obra e previsão contratual.

Outro fato a ser destacado diz respeito ao próprio “termo de rescisão amigável” que em nenhum momento trata dos superfaturamentos apontados pelo RI 08/2017 (e demais peças técnicas) ou define valores ou direitos,

exceto o de que a “contratada deverá solicitar o pagamento de indenização através de processo administrativo”.

Neste sentido, não há contradição ou qualquer condição do referido “termo de rescisão amigável” em face do superfaturamento apontado e mantido no TC 2267/2016-6 (e Acórdão 982/2022), apenas o direito da contratada em solicitar indenização, o que envolve pagamentos não realizados pela prefeitura por serviços efetivamente prestados.

Não há, repetimos, em qualquer dos documentos anexados pelo Recorrente, menção à situação da contratada no referido processo TC 2267/2016-6 e seu julgamento (Acórdão 982/2022), da condenação ao ressarcimento e respectivos valores e, menos ainda, algo parecido com uma “conciliação” ou encontro de contas.

Mais ainda, seria extremamente preocupante, por ausência de previsão legal, de razoabilidade e de lógica jurídica, que um processo interno da prefeitura da Serra (sindicância) viesse a afastar irregularidades e ressarcimentos julgados pelo Tribunal de Contas.

Ademais, entendemos que a afirmação do Acórdão 982/2022, de que “eventual procedimento executório, a ser manuseado pelos serviços jurídicos do próprio município, poderá desencadear a apreciação de eventuais valores já ressarcidos pelos responsáveis ou compensados”, refere-se unicamente à possibilidade de pedido de ressarcimento, por parte da prefeitura, por eventual superfaturamento (como apurou esta Corte), configurar *bis in idem*, frente ao prejuízo apurado no RI 08/2022, mantido pelo Acórdão 982/2022.

Assim, **não se confunde**, como parece querer a Defesa, a cláusula primeira do “termo de rescisão amigável” (“solicitar pagamento de indenização”, calculada pela sindicância em “R\$112.974,22 menos o valor que será pago através de indenização de R\$81.154,35, totalizando o valor R\$31.819,87”, conforme “Relatório Final - Sindicância Portaria nº 47/2017”, [Peça Complementar 04073/2023-7](#), fls. 5-17) com os ressarcimentos por superfaturamentos pela qual a Recorrente foi condenada nesta Corte (total de R\$742.510,59 ou 262.475,42 VRTE): se há despesas anteriores não pagas pela prefeitura, que sejam, por direito, adimplidas, num procedimento que deve ser registrado na rubrica “44 93 90 00 – indenizações e restituições”, conforme NE 609-000/2018 e OB 701/2018, como foi feito:

[...]

O que não existe, como afirmamos, nos argumentos e documentos anexados pela Defesa, é a comprovação efetiva de que não houve os superfaturamentos e, ainda que tal situação pudesse ter sido enfrentada pela sindicância realizada pela prefeitura da Serra (não há informações a respeito do tema), de forma que entendemos não **haver** fundamento para alterar as conclusões da peças técnica e o próprio Acórdão 982/2022, **uma vez que as decisões dos tribunais de contas são independentes e não são alteradas por quaisquer atos ou decisões administrativas dos jurisdicionados.**

Quanto à referência ao art. 22 da LINDB, de que esta Corte deveria levar em consideração as circunstâncias delineadas pela Defesa – “quando a licitação foi realizada, quando o contrato foi assinado, em que condições esse contrato foi executado (a “toque de caixa” a pedido da municipalidade), as medidas adotadas pela Recorrente e pela municipalidade para corrigir as irregularidades verificadas” – entendemos em sentido contrário.

Em primeiro, porque a Recorrente não estabelece objetivamente o nexo entre os fatos indicados (época da licitação, condições de execução do contrato, medidas adotadas para corrigir as irregularidades) e as irregularidades e os ressarcimentos apontados.

Em segundo, não há de ser considerada de maior importância a atipicidade de tais fatos – em especial quanto às irregularidades – uma vez que não há registro de qualquer forma de insatisfação ou contestação, à época das ocorrências, por parte da contratada, o que significa, s.m.j., comportamento contraditório (*nemo auditur turpitudinem allegans*), inaceitável no direito pátrio.

Tal alegação não se mostra, s.m.j., pertinente, em especial porque as “circunstâncias” citadas pela Recorrente foram consideradas pela área técnica e, como resta evidente, tiveram, todas, a participação e anuência da Recorrente (contratada), que delas se beneficiou à época, de forma que, no atual momento, tal estratégia tangencia o princípio do “venire contra factum proprium”, já consolidado na jurisprudência desta Corte e na jurisprudência, que veda o *comportamento contraditório*, sob o risco de se configurar má-fé:

Acórdão TCEES 01049/2018-1

[...]

O Código de Processo Civil de 2015, aplicado subsidiariamente ao TCEES por força do art. 70 da Lei Complementar 621/12, traz em seu primeiro

capítulo as normas fundamentais do processo civil, estabelecendo o dever de boa-fé processual no artigo 5º:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

A figura da boa-fé processual está diretamente relacionada ao seu âmbito objetivo. Na visão de TARTUCE (2017) a boa-fé subjetiva está relacionada à intenção do agente, ao passo que a boa-fé objetiva foca na conduta, que deve ser leal e ética. Inclusive, o autor entende pela aplicação dos conceitos parcelares da boa-fé objetiva, no âmbito processual. Sobre a função de controle, Tartuce apresenta:

A segunda função da boa-fé objetiva é a denominada função de controle, conforme o art. 187 do Código Civil, segundo o qual aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito (...). Vale mais uma vez lembrar que, segundo o Enunciado n. 37 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art. 187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico. (TARTUCE, 2017, p. 127)

Dentre as figuras parcelares da boa-fé objetiva, duas ganham relevo para os presentes autos: "*venire contra factum proprium non potest*" e "*tu quoque*". A primeira é traduzida como a impossibilidade de benefício decorrente da própria torpeza. Na visão de TARTUCE (2017, p. 146), uma pessoa não pode exercer um direito que contraria um comportamento anterior. A segunda refere-se à impossibilidade daquele que viola uma norma jurídica possa exercer o direito dessa mesma norma.

Aplicando os dois conceitos ao caso verifica-se que a representante busca exercer o direito de representação apontando indício de irregularidade que fora por ela mesma cometido. Além disso, quando apresenta o indício, age de forma torpe, omitindo que também estaria em situação irregular, buscando um benefício, seja de contratação, por estar na segunda colocação, ou buscando anular um edital que não sagrou vencedora.

[...]

No conceito de boa-fé objetiva, presente como norma programática em nosso Código Civil, ingressa como forma de sua antítese, ou exemplo de má-fé objetiva, o que se denomina "proibição de comportamento contraditório" - ou, na expressão latina, "*venire contra factum proprium*". Trata-se da circunstância de um sujeito de direito buscar favorecer-se em

um processo judicial, assumindo uma conduta que contradiz outra que a precede no tempo e, assim, constitui um proceder injusto e, portanto, inadmissível.

Cuida-se de uma derivação necessária e imediata do princípio de boa-fé e, como sustenta a doutrina comparada, especialmente na direção que concebe essa boa-fé como um modelo objetivo de conduta. São poucos os autores que se preocuparam com o tema no direito brasileiro. Trata-se de um imperativo em prol da credibilidade e da segurança das relações sociais e, conseqüentemente, das relações jurídicas que o sujeito observe um comportamento coerente, como um princípio básico de convivência. O fundamento situa-se no fato de que a conduta anterior gerou, objetivamente, confiança em quem recebeu reflexos dela.

Assim, o comportamento contraditório se apresenta no campo jurídico como uma conduta ilícita, passível mesmo, conforme a situação concreta de prejuízo, de indenização por perdas e danos, inclusive de índole moral. A aplicação do princípio não exige um dano efetivo, porém: basta a potencialidade do dano. O exame do caso concreto deve permitir a conclusão, uma vez que nem sempre um ato que se apresenta como contraditório verdadeiramente o é.

Embora a doutrina do **comportamento contraditório** não tenha sido sistematizada nos ordenamentos como uma formulação autônoma, tal não impede que seja aplicada como corolário das próprias noções de direito e Justiça, e como conteúdo presente na noção de boa-fé, como afirmamos.

O conteúdo do instituto guarda proximidade com a proibição de alegação da própria torpeza, esta de há muito decantada na doutrina: "nemo auditur turpitudinem allegans", ou seja, ninguém pode ser ouvido ao alegar a própria torpeza. Esta orientação sempre foi tida como conteúdo implícito no ordenamento, no tocante ao comportamento das partes.

Trata-se de princípio geral de uso recorrente. Nesse princípio, dá-se realce à própria torpeza, aspecto subjetivo na conduta do agente que se traduz em dolo, malícia. Por outro lado, o "nemo potest venire contra factum proprium" (ninguém pode agir contra sua própria legação) é de natureza objetiva, dispensa investigação subjetiva, bastando a contradição objetiva do agente entre dois comportamentos.

[...]

Já se decidiu, a propósito, que "a parte que autoriza a juntada pela parte contrária, de documento contendo informações pessoais suas, não pode depois ingressar com ação pedindo indenização, alegando violação do direito de privacidade pelo fato da juntada do documento". Este acórdão - o Recurso Especial nº 605.687, do Amazonas, relatado pela ministra Nancy Andrighi no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e publicado no Diário Oficial de Justiça de 20 de junho de 2005 - faz referência expressa ao princípio da proibição de comportamento contraditório. Outras situações de aplicação do princípio podem ser encontradas em outros julgados do STJ, como o Recurso Especial nº 47.015, de São Paulo, relatado pelo ministro Adhemar Maciel e publicado em 9 de dezembro de 1997, e no Recurso Especial nº 95.539, também de São Paulo, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar e publicado em 14 de outubro de 1996.

[...]

(Venosa, Sílvio de Salvo. **A proibição do 'comportamento contraditório'**. Fonte: Valor Econômico, 23/05/2008, Legislação & Tributos, p. E2, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/486339/noticia.htm?sequence=1>, capturado em 28/02/2023).

Mais ainda, a equipe de fiscalização levou em consideração as condições reais da referida contratação, pois uma das irregularidades, como bem salientou a ITC 627/2020:

(...) foi justamente o “aproveitamento” de uma licitação não adjudicada, defasada em cerca de cinco anos, quando a conduta esperada seria a realização de nova licitação, submetendo o objeto – já ajustado – ao crivo do mercado no momento da necessidade da contratação.

Em outros termos, a obrigação da Administração é licitar, exceto nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, que não se amoldam ao caso.

Ainda que fosse aceitável o aproveitamento de uma licitação defasada em cerca de cinco anos, realizada sob uma situação mercadológica e econômica diversa do momento da necessidade de contratação, as alterações realizadas no projeto básico e conseqüentemente no orçamento tornariam obrigatória a repetição do certame.

Assim, como se vê, a Recorrente não contesta os ressarcimentos e não apresenta justificativas suficientes para afastar as irregularidades relatadas na ITC 4241/2021, todos mantidos pelo Acórdão 982/2022.

As principais alegações – de que a existência de um “termo de rescisão amigável”, assim como de uma sindicância realizada no contrato 157/2015, que indicou a necessidade da prefeitura da Serra de pagar despesas anteriores na forma de ressarcimento – não apenas não justificam os superfaturamentos apontados e respectivos ressarcimentos e não afastam as irregularidades, como também não têm procedência e fundamentação jurídicas capaz de alterar as decisões desta Corte.”

Portanto, no mérito, nego provimento ao presente recurso ratificando os argumentos trazidos pelo Corpo Técnico dessa Corte de Contas.

4. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), **acompanho** o entendimento do Corpo Técnico e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

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 pelo relator, em:

- 1.** Com base nos argumentos fáticos e jurídicos apresentados, acompanhando os entendimentos da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, conheço o presente **Recurso de Reconsideração e o seu não provimento quanto ao mérito**, mantendo incólume o **Acórdão 982/2022**;
- 2. Conforme requerido pelo *parquet* e** com fulcro no inciso III do art. 41 da Lei 8.625/93[1], bem como no parágrafo único do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12[2], seja garantido o direito desse Órgão Ministerial de manifestar-se oralmente por ocasião da sessão de julgamento/apreciação em defesa da ordem jurídica;
- 3. Dar ciência aos interessados**, arquivando-se os presentes autos após o devido trânsito em julgado.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I - RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração de interposto pela empresa EMEC OBRAS E SERVIÇOS LTDA., em face do Acórdão 00982/2022-5 (TC 2267/2016-6) e Acórdão 01404/2022-3 (TC 7760/2022).

Com relação aos demais atos processuais, peço vênias aos meus pares para adotar o relatório formulado pelo Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, por ocasião da prolação de seu voto durante a 15ª Sessão Ordinária do Plenário desta Corte de Contas, ocorrida na data de 13/04/2023.

Ao final do *decisium*, concluiu o Relator pelo não provimento recursal.

Em razão das considerações contidas no voto, entendi por bem solicitar vista dos autos para melhor analisar os fatos e fundamentos que compõem este caderno processual.

Sendo assim, passo a assinalar os fundamentos de voto que entendo pertinentes ao deslinde da questão, a fim de que esta Corte busque uma solução que salvasse com mais justiça os princípios constitucionais a um julgamento justo e equânime.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A peça de irresignação visa modificar os Acórdãos 00982/2022-5 (TC 2267/2016-6) e Acórdão 01404/2022-3 (TC 7760/2022) que condenaram o recorrente ao ressarcimento, tendo este alegado, em síntese, os seguintes fundamentos:

- a) “2.1 dos fatos e das circunstâncias da contratação e da execução da obra objeto de análise do acórdão recorrido”. Que a referida contratação deve ser considerada atípica por conta do decurso de tempo entre a fase interna da licitação (2009) e o início da execução do contrato (junho de 2015), cujo tempo de execução foi reduzido à metade para a execução do “lado A” da

obra, pois, a época de veraneio se aproximava e, em decorrência da crise financeira e da ausência de recurso para a reforma total da praça (lado A + lado B), houve a suspensão da execução do contrato (lado B).

b) “2.2 Contrato nº 157/2015 em vigência. Pendência de execução do lado “B”. inoocorrência de recebimento definitivo das obras. Política de integridade da recorrente”. Que o Contrato 157/2015 estava em vigência – embora suspenso – no momento da inspeção com parcelas do objeto executado (“Lado A”), outras parcelas não executadas (“Lado B”), de forma que não foram realizados, naquele momento (pois só seriam feitos após a execução do contrato) os procedimentos de controle decorrente da política de integridade da empresa.

c) “2.3 da imperiosa análise do termo de rescisão amigável e do “encontro de contas” celebrado. juntada de processo administrativo”. Que a área técnica e o Acórdão 982/2022 deixaram de analisar o Termo de Rescisão Amigável do Contrato 157/2015 (Peça Complementar 34801/2021-1), e sua natureza jurídica, que menciona expressamente o pagamento de indenização do Município à EMEC (Recorrente), sendo que tal documento faz parte dos anexos do Relatório de Inspeção 8/2017, de forma que “se ocorreu uma rescisão amigável inclusive com o reconhecimento de direito a indenização à Recorrente é porque alfim [sic] e ao cabo o serviço foi executado de modo adequado para a municipalidade”

d) “2.4 da necessária observância do primado da realidade”. Pelo primado da realidade a análise pela área técnica do TCEES e pelo Plenário devem considerar “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas seu cargo (art. 22 da LINDB) e não apenas um agir administrativo conforme a lei e o Direito (art. 2º, par. único, inc. I da Lei nº 9.784/1999), numa ressignificação [sic] do princípio da legalidade estrita”. Assim, para a Recorrente, algumas circunstâncias devem ser ponderadas no momento do julgamento: quando a licitação foi realizada, quando o contrato foi assinado, em que condições esse contrato foi executado (a “toque de caixa” a pedido da municipalidade), as medidas adotadas pela Recorrente e pela municipalidade para corrigir as irregularidades verificadas.

Conforme se verifica, o Conselheiro Relator reproduziu no Voto 1460/2023 as conclusões externadas pela equipe técnica através da Instrução Técnica de Recurso 00043/2023, anuindo *in totum* às deliberações ali exteriorizadas, sem maiores ressalvas, mantendo a condenação do recorrente, em que pese os documentos e ações apresentados pelo mesmo.

Assim sendo, com as devidas vênias, entendo que esta não se perfaz como a melhor solução para o presente caso.

Explico.

De início, cumpre asseverar que o recorrente demonstrou, desde o início, postura pautada na boa-fé objetiva, com a adoção de uma conduta diligente e proatividade no que se refere a execução do Contrato nº 157/2015, considerando que, assim que

tomou conhecimento das inconsistências apontadas por esta Corte através de relatório, enviou uma equipe de engenheiros para atuar *in loco*, juntamente com o Sr. Marcelo Borges de Carvalho, fiscal do contrato à época dos supostos fatos irregulares, para verificar as supostas irregularidades apontadas pelo TCEES.

Pontua, ainda, a existência do **Termo de Rescisão Amigável** do Contrato nº 157/2015 no qual aponta o pagamento de indenização do Município à EMEC, aduzindo no seguinte sentido:

Tal Termo de Rescisão Amigável foi precedido de um procedimento de apuração pelo Município de Serra em que a Recorrente apresentou e dialogou com a Administração Municipal sobre os serviços executados, inclusive, sobre eventuais alterações quantitativas e qualitativas ocorridas durante a execução contratual que com o Termo de Rescisão Amigável foram ratificadas pela Administração como alterações legítimas realizadas durante a execução do contrato – registra-se que a auditoria realizado pelo TCEES ocorreu ainda durante a execução do Contrato e não após o seu término.

Essa circunstância quanto ao momento da auditoria é fundamental para qualquer conclusão pelo TCEES, notadamente em razão de a área técnica do TCEES considerar como indevido eventuais pagamentos em suposto “desacordo” com o contrato (pagamento fora de previsão contratual).

Contudo, tal conclusão desconsidera a vontade última do Município estratificada no Termo de Rescisão Amigável que encampou e anuiu com tudo que foi realizado pela Recorrente.

Não obstante, o recorrente traz também aos autos a juntada do **Processo Administrativo 61675/2108**, no qual evidencia os serviços e os materiais que já foram devidamente disponibilizados à municipalidade.

Há que se considerar, ainda, que o Contrato nº 157/2015, apesar de ter se iniciado em 2009, teve sua fase externa ocorrida por intermédio da Concorrência nº 17/2010, com a **assinatura** do contrato se dando apenas em maio de 2015 – Contrato nº 157/2015, com o início da execução em junho de 2015.

O lapso temporal aqui verificado abre margem para inúmeros acontecimentos, tanto socioeconômicos como políticos e administrativos, com reflexos diretos na execução da obra.

Há, portanto, inúmeras nuances e acontecimentos que interferiram na execução do contrato e que necessitam consideração, visto que condenar o recorrente aos

valores arbitrados, quando diante de um conjunto probatório que comprove justamente a execução dos serviços, ainda que com algumas inconsistências e equívocos, é certo que a condenação à quase totalidade dos valores da obra não se perfaz de modo proporcional, podendo incorrer esta Corte, inclusive, em enriquecimento ilícito.

No que toca a este aspecto, é preciso ter em mente que houve necessidade de aceleração da obra por demanda da própria municipalidade em razão do período de veraneio que se aproximava, fazendo com que as condições desse contrato fossem executadas a "toque de caixa", o que deixa evidente, mais uma vez, que a conduta tida pela Administração contribuiu, em grande parcela, para o cometimento dos equívocos apontados.

O presente caso exige deste Tribunal que a análise se dê com certa sensibilidade e sensatez do cenário como um todo, e não somente de um exame tão seco e frio acerca dos equívocos perpetrados durante a execução do contrato como sendo suficientes de, por si sós, comprovar que os serviços não teriam sido executados.

Manter o ressarcimento de serviços em razão tão simplesmente da existência de falhas na execução do contrato, reduz a atividade fiscalizatória desta Corte a punições desprovidas de critérios razoáveis.

De certo que, no presente caso, avalia-se a necessidade de expedição de recomendações para que os equívocos aqui perpetrados não voltem a ocorrer.

Contudo, manter o ressarcimento dos serviços sob comento foge a completa justiça que demandam de nossos julgamentos. **Não se deve confundir a existência de falhas na execução do contrato com a inexistência da prestação de serviços.** Tanto uma quanto outra irregularidade devem ser analisadas em separado.

Outrossim, é necessário se ter em consideração igualmente a conduta adotada pelo recorrente durante a execução do contrato, vez que restou evidenciado estar, sempre, buscando corrigir eventuais falhas cometidas.

Não somente a atuação diligente, é necessário também que se considere, ainda, o histórico da empresa, que possui currículo idôneo no mercado.

A impossibilidade, portanto, de se quantificar de fato qual teria sido o dano bem como de se apontar pormenorizadamente de quem teria sido a responsabilidade, de forma a considerar os documentos aqui juntados, os serviços evidentemente prestados e diante do extenso lapso temporal desde o início da obra até a presente data, deixam sem sombra de dúvidas que o ressarcimento tal como imputado não se perfaz de todo justo, tampouco razoável.

Ainda que a equipe técnica entenda que o termo de rescisão amigável não teria feito referência às irregularidades e ressarcimentos apontados no Relatório de Inspeção e demais peças técnicas mantidas pelo Acórdão 982/2022, o fato é que, ao ter reconhecido o respectivo termo de rescisão amigável justamente a ausência de ilicitudes ou ressarcimento, realmente não haveria como se falar em análise ou sequer apontamento no sentido de existir qualquer irregularidade ou ressarcimento, porque o que restou certificado foi justamente o oposto.

É neste sentido que resta prejudicada as conclusões externadas através do Voto do Relator n. 1460/2023, vez que, diante dos fatos e documentos apresentados, a condenação tal como se apresenta não se sustenta no âmbito da legalidade, de modo que entendo que deva ser afastada, no bojo destes autos.

Assim sendo, acolho as razões do recorrente, entendendo, lado outro, pela expedição de recomendação à Municipalidade para que, nas próximas contratações, realize acompanhamento contratual *pari passu* à obra, delimite de forma clarividente como se darão os serviços e verifique de imediato qualquer inconsistência ou serviço fora dos padrões legais.

Ante todo o exposto, divergindo do entendimento firmado pela área técnica e do Ministério Público Especial de Contas e do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

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

- 1) **CONHECER** do presente recurso, e, no mérito, dar **PROVIMENTO** ao mesmo a fim de **REFORMAR** o Acórdão 00982/2022-5 (TC 2267/2016-6) e Acórdão 01404/2022-3 (TC 7760/2022), **AFASTANDO** a imputação de multa e ressarcimento ao recorrente;
- 2) **DAR CIÊNCIA** aos interessados;
- 3) **ARQUIVAR**, após o trânsito em julgado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Conselheiro

1. ACÓRDÃO TC-00376/2023-1

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 do presente recurso, e, no mérito, dar **PROVIMENTO** ao mesmo a fim de **REFORMAR** o Acórdão 00982/2022-5 (TC 2267/2016-6) e Acórdão 01404/2022-3 (TC 7760/2022), **AFASTANDO** a imputação de multa e ressarcimento ao recorrente;

1.2 DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.3. ARQUIVAR, após o trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto vista do conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, anuído pelo relator. Vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que divergiu, acompanhando os pareceres técnico e ministerial.

3. Data da Sessão: 04/05/2023 - 19ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões