



Voto Vista 00040/2023-5

Produzido em fase anterior ao julgamento

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

Classificação: Recurso de Reconsideração

Setor: GAC - Sérgio Borges - Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

Criação: 25/04/2023 18:27

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), TALYT TA DAHER RANGEL FORATTINI PEDRA (OAB: 16120-ES)

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

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I - RELATÓRIO



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GBG



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

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 vênha 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 *decisum*, 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 justeza 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”. incoerência 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.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiç, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GBG



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

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 resignação [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.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GBG



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

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 comprova justamente a execução dos serviços, **ainda que com algumas inconsistências e equívocos**, é certo



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GBG



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

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 justeza 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.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GBG



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

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.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Conselheiro



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GBG



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

ACÓRDÃO

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.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

GBG