

## RECOMENDAÇÃO n. 002/2023

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, por seu representante legal infra-assinado, em pleno exercício de suas atribuições junto à 2ª Procuradoria de Contas;

**CONSIDERANDO** que o art. 127, “*caput*”, da Constituição Federal, preceitua que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

**CONSIDERANDO** que o art. 129, inciso II, da Constituição Federal, prescreve que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

**CONSIDERANDO** que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, prescreve que é função institucional do Ministério Público promover a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

**CONSIDERANDO** que cabe ao Ministério Público, nos termos do art. 5º, inciso I, alínea “h”, da Lei Complementar Federal n. 75/1993 c/c art. 80 da Lei Federal n. 8.625/1993, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, podendo, para tanto, prover as medidas necessárias ao efetivo respeito ao ordenamento jurídico;

**CONSIDERANDO** que, a teor do art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal n. 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), c/c artigo 29, inciso I, e parágrafo único, inciso III, da LC Estadual n. 95/1997, cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito pelos poderes estaduais ou municipais e, no exercício dessas

atribuições, promover recomendações dirigidas a órgãos e entidades, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito;

**CONSIDERANDO** que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do patrimônio público, da moralidade, da legalidade e da eficiência administrativa, nos termos dos artigos 127, *caput*, e 129, III, da Constituição da República (CR/88); artigo 25, IV, “a” e “b”, da Lei Federal nº 8.625/93;

**CONSIDERANDO** que são princípios norteadores da Administração Pública, dentre outros, a legalidade a impessoalidade, a moralidade, publicidade e eficiência, expressamente elencados no artigo 37, *caput*, da CCR/88;

**CONSIDERANDO** o **Contrato de Concessão Administrativa n. 214/2020**, celebrado pelo **município de Vila Velha** com a **Concessionária SRE-IP Vila Velha SPE S/A**, cujo objeto é a prestação dos serviços de iluminação pública naquele município, incluídos a implantação, a instalação, a recuperação, a modernização, o melhoramento, a efficientização, a expansão, a operação e a manutenção da rede municipal de iluminação pública;

**CONSIDERANDO** que, em sede de Auditoria de Conformidade realizada com o objetivo de verificar o cumprimento das obrigações legais e contratuais referentes ao Contrato n. 214/2020, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, por intermédio do **Acórdão 01478/2022-7 – Plenário**, reconheceu graves irregularidades, as quais comprovam o descumprimento do termo contratual, razão pela qual foram expedidas determinações e recomendação, bem como aplicada multa aos responsáveis. Vejamos o dispositivo de referida decisão:

#### **1. ACÓRDÃO TC-1478/2022-7**

Vistos, relatados e discutidos os autos, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, ante as razões expostas, em:

**1.1. Dar ciência** aos notificados pelo achado 2.1 do RA 10/2021 da conclusão do monitoramento do Acórdão TC 266/2020 – Plenário pelo Acórdão TC 355/2021 – Plenário e do consequente arquivamento dos autos do Processo TC 2345/2019, conforme fundamentação no subitem 3.1 da ITC 3078/2022-1.

**1.2. Manter achados descritos nos itens** III.1.2, III.1.3, III.1.4, IV.1 e IV.2 deste voto, que correspondem, respetivamente, aos subitens 3.2, 3.3, 3.4, 4.1 e 4.2 da ITC 3078/2022-1, conforme segue:

II.2.1 - A2(Q2) - VERIFICAÇÃO INSUFICIENTE DO CADASTRO BASE (subitem 2.2 do RA 10/2021 e 3.2 da ITC);

II.2.2 - A3(Q3) - DESCONFORMIDADE NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS - SEGUROS GARANTIA DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS (subitem



2.3 do RA 10/2021 e 3.3 da ITC);

II.2.3 - A4(Q3) - DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS - PROCEDIMENTOS AMBIENTAIS (subitem 2.4 do RA 10/2021 e 3.4 da ITC);

II.2.4 - A5 - DEFICIENTE ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CONTRATUAL (subitem 3.1 do RA 10/2021 e 4.1 da ITC);

II.2.5 - A6 - INCONSISTÊNCIA QUANTO À RASTREABILIDADE DA DESTINAÇÃO DOS RECURSOS DA COSIP (subitem 3.2 do RA 10/2021 e 4.2 da ITC).

**1.3. Acolher parcialmente as razões de justificativas** apresentadas por **Menara Ribeiro Santos Magnago de Hollanda Cavalcante** - Secretária Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes, de 9/2/2021 - em atividade, **condenando-a** ao pagamento da multa individual no valor de R\$ 1.500,00, prevista no artigo 135, inciso II, da LC 621/2012, pela prática dos atos ilícitos descritos nos subitens 6.1.1, 6.1.3 e 6.1.4 da ITC 3078/2022-1, conforme fundamentação contida nos subitens III.1.2, III.1.4 e IV.1 deste voto;

**1.4. Acolher parcialmente as razões de justificativas** apresentadas por **Igor Odilon Barbosa** - Fiscal do Contrato 214/2020, de 13/1/2021 a 30/6/2021, **condenando-o** ao pagamento da multa individual no valor de R\$ 1.500,00, prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática dos atos ilícitos descritos nos subitens 6.1.1, 6.1.3 e 6.1.4 da ITC 3078/2022-1, conforme fundamentação contida nos subitens III.1.2, III.1.4 e IV.1 deste voto;

**1.5. Acolher parcialmente as razões de justificativas** apresentadas por **Fellipe Marques Frota** - Gestor do Contrato 214/2020, de 13/1/2021 - em atividade, **condenando-o** ao pagamento da multa individual no valor de R\$ 1.500,00, prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática dos atos ilícitos descritos nos subitens 6.1.1, 6.1.3 e 6.1.4 da ITC 3078/2022-1, conforme fundamentação contida nos subitens III.1.2, III.1.4 e IV.1 deste voto;

**1.6. Acolher parcialmente as razões de justificativas** apresentadas por **Luiz Otavio Machado de Carvalho** - Secretário Municipal de Obras, de 1º/1/2017 a 31/12/2020, **deixando de condená-lo** ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, conforme fundamentação contida no subitem III.1.4 deste voto;

**1.7. Rejeitar as razões de justificativas** apresentadas por **Vinicius de Souza Schmitd** - Fiscal do Contrato 214/2020, de 1º/7/2021 a 12/10/2021, **condenando-o** ao pagamento da multa individual no valor de R\$ 1.000,00, prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática dos atos ilícitos descritos nos subitens 6.1.3 e 6.1.4 da ITC 3078/2022-1, conforme fundamentação contida nos subitens III.1.2, III.1.4 e IV.1 deste voto;

**1.8. Determinar ao Município de Vila Velha e à Secretaria Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes**, nas pessoas do Sr. Prefeito e da Sra. Secretária de Planejamento, com a advertência de que seu descumprimento pode acarretar imposição da multa prevista no artigo 135, inciso IV, da LOTCEES, a fim de que:

**1.8.1 - (I)** comprovem nos presentes autos, **antes da aprovação dos marcos de modernização e eficientização**, que o processo administrativo específico para a aprovação de cada Marco de Modernização e Eficientização da Rede de Iluminação Pública de Vila Velha foi instruído ao menos **(a)** por relatório da concessionária sobre as vistorias *in loco*, datado, assinado, com indicação dos responsáveis técnicos e comprovação da responsabilidade técnica, contendo, plano de amostragem, o resultado da comparação das características definidas no ANEXO 4 do Contrato provenientes da verificação de cada um dos indivíduos da amostra em relação às mesmas características registradas no cadastro base, com registro fotográficos, indicação das fontes de informações, dos métodos e procedimentos de verificação, dos equipamentos utilizados, datas e horários das verificações, dentre outras informações fundamentais a formalizar o ato, de modo a cumprir rigorosamente as disposições do Contrato 214/2020 e de seus respectivos Anexos aplicáveis ao tema; **(b)** por registros fiscalizatórios devidamente datados e assinados pelos responsáveis pela fiscalização; e **(c)** por parecer técnico sobre



a coerência do Cadastro da Rede de Iluminação Pública em relação aos dados obtidos nas verificações *in loco*, registrando o nível de precisão da amostragem realizada, **(II) na verificação dos marcos de modernização e efficientização**, adotem como população amostral todas as unidades de iluminação pública do Cadastro da Rede de Iluminação Pública de Vila Velha (atualizado) e amostras aleatórias estratificadas proporcionais, de modo a cumprir o disposto no Contrato e no subitem 4.6.1 da NBR 5426/1985 ABNT, e **(III) na aferição dos indicadores de desempenho**, adotem amostras aleatórias estratificadas proporcionais, de modo a cumprir o disposto no Contrato e no subitem 4.6.1 da NBR 5426/1985 ABNT, tudo conforme fundamentação contida no subitem 3.2 desta ITC;

**1.9. RECOMENDAR** à Secretaria Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes - Semplape, na pessoa de sua Secretária, a fim de que elabore e aplique Manual de Gestão e Fiscalização do Contrato 214/2020, com definição de ações e responsabilidades dos agentes, incluindo as ações necessárias na ausência de Verificador Independente, conforme fundamentação contida no subitem 3.2 da ITC 3078/2022-1;

**1.10. DETERMINAR** à Secretaria Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes - Semplape, na pessoa de sua Secretária, com a advertência de que seu descumprimento pode acarretar imposição da multa prevista no artigo 135, inciso IV, da LOTCEES, a fim de que avalie se a manutenção do seguro patrimonial “compreensivo empresarial” em vez da contratação do seguro patrimonial de “riscos nomeados” traz algum prejuízo ao interesse público da Administração Municipal no âmbito da execução do Contrato 214/2020 e, em caso positivo, estabeleça prazo para a Concessionária contratar o seguro patrimonial de riscos nomeados, conforme fundamentação contida no subitem 3.3 da ITC 3078/2022-1;

**1.11. DETERMINAR** à Secretaria Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes - Semplape, na pessoa de sua secretária, com a advertência de que seu descumprimento pode acarretar imposição da multa prevista no artigo 135, inciso IV, da LOTCEES, a fim de que **(I)** exija da Concessionária e fiscalize continuamente a correta execução do Procedimento de Tratamento Ambiental (PTA), do Plano de Gestão de Resíduos Sólidos (PGRS) e do Plano de Tratamento e Descarte de Materiais (PTDE), por ela elaborados e vinculantes, cobrando a realização das inspeções ambientais mensais e seus respectivos registros e a apresentação do relatórios mensais de todas as movimentações de resíduos ocorridas, não permitindo a repetição das irregularidades apontadas no Relatório de Auditoria 10/2021, e **(II)** fiscalize periodicamente as instalações da Concessionária, registrando essas atuações, buscando verificar o cumprimento das normas ambientais e aplicando as sanções contratuais cabíveis à Concessionária, conforme previsto no Contrato 214/2020, conforme fundamentação contida no subitem 3.4 da ITC 3078/2022-1.

**1.12. DETERMINAR** à Secretaria Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes - Semplape, na pessoa de sua Secretária, com a advertência de que seu descumprimento pode acarretar imposição da multa prevista no artigo 135, inciso IV, da LOTCEES, a fim de que fiscalize e avalie, de forma tempestiva, fundamentada e documentada, nos precisos termos do Contrato e seus respectivos Anexos, os serviços prestados pela Concessionária, bem como os Relatórios de Indicadores de Desempenho (mensais e trimestrais) e os Relatórios Executivos por ela apresentados, aplicando as sanções contratuais cabíveis, sem prejuízo das repercussões na contraprestação pública devida, para que assim se garanta a eficiência, a efetividade e o desempenho almejados com a contratação da PPP, conforme fundamentação contida no subitem 4.1 da ITC 3078/2022-1;

**1.13. DETERMINAR** ao Município de Vila Velha, na pessoa de seu Prefeito, com a advertência de que seu descumprimento pode acarretar imposição da multa prevista no artigo 135, inciso IV, da LOTCEES, a fim de que **(I)** comprove nos presentes autos, em prazo a ser estabelecido por esta Corte de Contas, a disponibilização das informações sobre a Cosip, através de publicação no site da Prefeitura e da emissão de relatórios mensais, conforme disposto nos artigos 12 e 13 da LCM 72/2019, e **(II)** observe o disposto no Parecer Consulta TCE-ES 33/2021 quanto a eventual cobrança de despesas a título

de gastos com arrecadação/cobrança da Cosip pela concessionária de energia, abstendo-se de pagar tais despesas com receitas da Cosip.

**1.14.** Sugere-se a ciência ao Município, nas pessoas do Prefeito, do Procurador-Geral e do Controlador-Geral da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas.

**CONSIDERANDO** o descumprimento da recomendação anteriormente encaminhada por este parquet ao Município de Vila Velha, para regularização do contrato administrativo n. 214/2020, diante das cláusulas não cumpridas pela **Concessionária SRE-IP Vila Velha SPE S/A**;

**CONSIDERANDO** que o descumprimento da recomendação anterior ensejaria à Administração o dever de declarar a Caducidade do contrato;

**CONSIDERANDO** que, segundo a Prefeitura Municipal de Vila Velha, há descumprimento generalizado das cláusulas contratuais pela **Concessionária SRE-IP Vila Velha SPE S/A**;

**CONSIDERANDO** que nenhum dos MARCOS DO CRONOGRAMA DE MODERNIZAÇÃO E EFICIENTIZAÇÃO estabelecidos no ANEXO 5 do contrato foi totalmente cumprido até a presente data, apesar de prazos exauridos;

**CONSIDERANDO** que a **Concessionária SRE-IP Vila Velha SPE S/A** tem requerido autorização para exploração de receitas acessórias como condição para adimplir as cláusulas contratuais por ela não cumpridas;

**CONSIDERANDO**, contudo, que o desempenho de atividades econômicas relacionadas ao objeto da PPP para auferir receitas acessórias deve visar a modicidade das tarifas na PPP patrocinada, a diminuição da contraprestação por Parte do Poder Público na PPP administrativa, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e benefícios para coletividade usuária do serviço público, na forma do art. 11, parágrafo único, da Lei 8987/1995;

**CONSIDERANDO** que a metodologia que levou ao estabelecimento do valor da Contraprestação Mensal Máxima, de R\$ 1.320.475,82 (um milhão, trezentos e vinte mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e oitenta e dois centavos), constante no item 13.2.1, VI do Edital 010/2020, foi resultado de profundo estudo realizado ao longo dos anos de 2018 a 2020, que contou com o suporte do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) especialmente contratado pela Prefeitura Municipal para tanto;

**CONSIDERANDO** que as obrigações continuam a ser as inicialmente previstas no Edital e no contrato, ou seja, foram as albergadas pela metodologia que fixou o valor da Contraprestação Mensal;

**CONSIDERANDO** que, nestes termos, a **Concessionária SRE-IP Vila Velha SPE S/A** objetiva com as receitas acessórias ter alguma compensação financeira na sua proposta vencedora ou aumentar sua lucratividade, o que viola o art. 11, parágrafo único, da Lei 8987/1995, bem como a competitividade e o princípio da igualdade, já que se outros licitantes soubessem de antemão da possibilidade de que as receitas acessórias pudessem custear as obrigações inicialmente previstas no edital, suas propostas poderiam ser mais competitivas;

**CONSIDERANDO** que as receitas acessórias expressas no contrato são aquelas constantes nas cláusulas 2.1.53, 25.1.5, 25.3, 25.5 e 25.9;

**CONSIDERANDO** que pareceres emitidos pela Procuradoria do Município de Vila Velha opinam que somente as receitas derivadas das cláusulas acima seriam passíveis de arrecadação pela Concessionária;

**CONSIDERANDO**, ainda, que outras verbas acessórias não estão contempladas no contrato;

**CONSIDERANDO** que há um consenso entre as partes que sem as verbas acessórias não constantes do contrato, este se torna inviável economicamente, ou seja, conjugando-se o desconto substancial apresentado pela proposta vencedora, com a impossibilidade de realização de outras verbas acessórias, o contrato tornou-se inexecutável financeira e economicamente;

**CONSIDERANDO** que, nos termos do art. 32 da Lei n. 8.987/95, "*o poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes*";

**CONSIDERANDO** que a cláusula 47 do Contrato n. 214/2020 dispõe que a concessão pode se extinguir por caducidade;

**CONSIDERANDO** que a cláusula 50 do Contrato n. 214/2020 estabelece que o Poder Concedente poderá declarar a caducidade nos casos ali previstos, **sem prejuízo das hipóteses previstas na legislação aplicável**;

**CONSIDERANDO** que a cláusula 1 do Contrato n. 214/2020 prevê que a referida Concessão Administrativa “*será regida pelas regras previstas neste CONTRATO e seus ANEXOS, pela Lei Complementar Municipal n.º 72/2019; pela Lei Complementar Municipal n.º 73/2019; pela Lei Municipal n.º 5.431, de 04 de julho de 2013; pela Lei Federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004; pela Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; pela Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993; pela Resolução Normativa da ANEEL n.º 414, de 9 de setembro de 2010, e demais normas vigentes sobre a matéria*” (g.n.);

**CONSIDERANDO** que a Lei n. 8987/1995, art. 38, prevê que:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão; [...]

**CONSIDERANDO** que serviços de iluminação pública são serviços essenciais para segurança e lazer, principalmente em relação à população de classe mais necessitada;

**CONSIDERANDO** que compete ao Ministério Público, consoante previsto no art. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93, expedir recomendações visando ao efetivo respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover e ingressar com as ações civis públicas competentes para resguardar tais direitos e interesses;

#### **RESOLVE:**

**RECOMENDAR**, à **Secretária Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes do Município de Vila Velha**, Menara Ribeiro Santos Magnago de Hollanda Cavalcante, que proceda, nos termos da cláusula 50 c/c o art. 38 da Lei 8987/1995, à declaração da Caducidade do contrato administrativo n. 214/2020, sem interrupção dos serviços, essenciais para a comunidade.

Ressalva-se a possibilidade de extinção amigável nos termos da Cláusula 53 e seguintes do

Contrato.

Outrossim, **REQUISITA-SE** à autoridade acima nominada, com fundamento no art. 130 da Constituição Federal, no art. 26, inciso I, alínea “b”, da Lei n.º 8.625/1993, no art. 27, § 2º, inciso I, alínea “b”, da Lei Complementar Estadual n.º 95/1997 e no art. 3º, inciso VI, da Lei Complementar Estadual n.º 451/2008, que, **no prazo de 30 (trinta) dias**, comunique ao Ministério Público de Contas o cumprimento da presente recomendação.

Adverte-se que esta Recomendação dá ciência ao destinatário quanto às providências solicitadas, podendo a omissão na adoção das medidas recomendadas implicar o manejo de todas as medidas legais cabíveis.

Oficie-se ao Ente recomendado e ao Prefeito Municipal, encaminhando-se cópia desta Recomendação.

Vitória, 11 de julho de 2023.

**LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA**  
Procurador de Contas