



Acórdão 00644/2022-1 - 2ª Câmara

Processo: 10143/2019-1

Classificação: Tomada de Contas Especial Instaurada

UG: PMA - Prefeitura Municipal de Anchieta

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: FABRICIO PETRI, PABLO RICARDO LOPES DAMAZIO

Responsável: ROBERTO RODRIGUES DA SILVA, ALESSANDRO TOBIAS MATOS,
SAFELY SOLUCOES INTELIGENTES E ECOLOGICAS LTDA

Procuradores: MARCELLO PINTO RODRIGUES (OAB: 28123-ES)

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – MUNICÍPIO DE ANCHIETA/ES – INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DE LEI MUNICIPAL – COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO DESTA CORTE DE CONTAS – REVOGAÇÃO DO PARÂMETRO LEGISLATIVO TIDO POR INCONSTITUCIONAL – PERDA DO OBJETO DO INCIDENTE – MÉRITO – AFASTAMENTO DAS IRREGULARIDADES – JULGAR REGULAR A TOMADA DE CONTAS ESPECIAL - ARQUIVAR.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

I - RELATÓRIO

Tratam os autos de instauração de Tomada de Contas Especial (TCE), determinada nos termos da Instrução Normativa TC n. 32/ 2014, dessa Egrégia Corte de Contas, tendo em vista possíveis danos causados ao erário na contratação da Empresa

Safely Soluções Inteligentes e Ecológicas Ltda, por parte do Município de Anchieta/ES.

Conforme se extrai dos autos, a referida empresa foi contratada após adesão a Ata de Registro de Preços nº. 0152/2014, objeto do procedimento licitatório do Pregão Presencial nº. 73/2014 (processo administrativo nº. 16.857/2014) de titularidade do Município de Piúma/ES, cujo objeto consistia na aquisição de luminárias de “led”.

Após a devida instrução processual, citação dos envolvidos através da **Instrução Técnica Inicial (ITI) nº. 0029/2020-4** e apresentação da defesa/justificativa, a área técnica elaborou a respectiva **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 054515/2020-5** propondo, no que importa para o momento, a arguição de inconstitucionalidade do art. 9º., I, II e III, da Lei Municipal nº. 838/2009, em vista de suposta violação ao art. 37, incisos II e V, da CRF/88.

Por meio da **Decisão TC nº. 01781/2021-9** foi instaurado o incidente correspondente, bem como determinada a notificação da Procuradoria Jurídica do Município de Anchieta/ES para que, querendo, promovesse a defesa do ato impugnado o que efetivamente se concretizou por meio de peça escrita juntada aos autos.

Em face das manifestações do jurisdicionado o feito foi submetido, novamente, à análise da área técnica, razão pela qual foi elaborada a **Manifestação Técnica nº. 2958/2021**, cuja proposta de encaminhamento restou assim ementada:

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante todo o analisado, propõe-se ao relator a manutenção da apreciação da constitucionalidade da legislação municipal em tela, se abstendo de fazê-lo com efeito vinculante (*erga omnes*), mas sim no caso concreto (*inter partes*), valendo-se da força orientativa na formação de precedente jurisprudencial no âmbito desta Corte de Contas, nos termos do art. 335 do RITCEES.

Ato contínuo, os autos foram direcionados ao Ministério Público Especial de Contas que, por meio do **Parecer Ministerial nº. 6321/2021**, cujo teor acompanhou, em parte, a manifestação da área técnica divergindo quanto à “força orientativa na formação de precedente jurisprudencial (...) nos termos do art. 335 do RITCEES”.

A seguir, os autos foram encaminhados ao gabinete do Relator para elaboração de voto.

Todavia, após encerrada a fase instrutória do incidente de inconstitucionalidade proposto, e admitido, pela área técnica através da **Manifestação Técnica nº. 2958/2021**, seguida pelo **Parecer Ministerial nº. 6321/2021**, foram acostados aos autos novos documentos que, a princípio, influem na análise final de mérito, razão pela qual fez-se necessária nova oitiva do corpo técnico, sobrevivendo a **Manifestação Técnica nº. 00646/2022** e, posteriormente, o **Parecer Ministerial nº. 1338/2022**, ambos opinando pela perda do objeto do presente incidente em vista da revogação da legislação municipal em análise.

Assim, vieram os autos ao gabinete do Relator para elaboração de voto.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme acima exposto, trata-se Tomada de Contas Especial instaurada para averiguar a existência de danos em contratação realizada pelo Município de Anchieta/ES, através de Ata de Adesão de Registro de Preços elaborada pelo Município de Píuma/ES, em contratação similar.

Após a regular instrução do feito, a **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 054515/2020-5**, consolidando os apontamentos constantes da **Instrução Técnica Inicial (ITI) nº. 0029/2020-4**, em cotejo com as defesas apresentadas pelos responsáveis identificados, subdividiu a análise dos temas tratados nos autos em questões preliminares e questões de mérito propriamente ditas, assim consideradas as supostas irregularidades identificadas.

Quanto às preliminares, restaram assim elencadas:

- Da arguição de inconstitucionalidade da lei municipal n. 838/2013;
- Da intempestividade da defesa e a busca da verdade material;
- Da nulidade da tomada de contas em virtude da suspeição do controlador geral (teoria dos frutos da árvore envenenada);
- Da nulidade de citação por vício no mandado enviado em sede de procedimento interno, uma vez que não detinha elementos mínimos de validade e condição em que os justificantes seriam ouvidos;

- Da irregularidade quanto ao prefeito não compor o polo passivo deste feito;
- Da irregularidade quanto ao procurador geral do município não compor o polo passivo deste feito.

De outro turno, quanto às supostas irregularidades de mérito, estas foram assim descritas em manchete:

- Adesão imprópria da ARP nº. 152/2014;
- Irregularidades na execução.

Após análise dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados nas peças técnicas e de defesa, o subscritor da **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 054515/2020-5** entendeu por bem manter, somente, a preliminar referente à sugestão de instauração de incidente de inconstitucionalidade para verificação da compatibilidade da Lei Municipal nº. 838/2013 com a vigente ordem constitucional federal e estadual. Com relação às supostas irregularidades de mérito, também entendeu por bem não desconsidera-las, promovendo seu afastamento.

Este opinamento foi objeto de divergência por parte do Ministério Público Especial de Contas manifestada por meio do **Parecer Ministerial nº. 2153/2021, da lavra do Dr. Luis Henrique Anastacio da Silva.**

Assim, a área técnica indicou a necessidade de instauração de incidente de inconstitucionalidade do art. 9º., I, II, e III, da Lei Municipal nº. 838/2013, cujo teor versa acerca da composição e preenchimento de cargos no âmbito da Controladoria Interna do Município de Anchieta/ES.

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, tanto a Lei Complementar Estadual nº. 621/2012 (art. 176, parágrafo único), quanto a Resolução TCEES nº. 261/2013 (art. 335, *caput*), atribuem ao Plenário da Corte de Contas, a competência para o julgamento do incidente de inconstitucionalidade.

Neste sentido, encerrada a fase instrutória do incidente de inconstitucionalidade proposto e admitido pela área técnica e Ministério Público Especial de Contas, foram acostados aos autos novos documentos que, a princípio, influem na análise final de mérito, haja vista a nova manifestação técnica apresentada pelo corpo técnico após realização de diligência interna.

Com propriedade e precisão, a **Manifestação Técnica nº. 00636/2022**, posteriormente acompanhada pelo **Parecer Ministerial nº. 1388/2022**, apontam que a revogação do parâmetro legislativo objeto de análise neste incidente de inconstitucionalidade acarretam a necessidade de encerramento prematuro do mesmo pela perda de sua finalidade precípua que é verificar a compatibilidade da legislação com a ordem constitucional, federal ou estadual, vigente.

De fato, esta é, também, a orientação seguida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, senão vejamos:

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVOGAÇÃO DA NORMA OBJETO DA AÇÃO DIRETA. COMUNICAÇÃO APÓS O JULGAMENTO DO MÉRITO. DESPROVIMENTO.

1. Há jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal no sentido de que a revogação da norma cuja constitucionalidade é questionada por meio de ação direta enseja a perda superveniente do objeto da ação. Nesse sentido: ADI 709, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ, 20.05.1994; ADI 1442, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 29.04.2005; ADI 4620-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje, 01.08.2012.

2. Excepcionam-se desse entendimento os casos em que há indícios de fraude à jurisdição da Corte, como, a título de ilustração, quando a norma é revogada com o propósito de evitar a declaração da sua inconstitucionalidade. Nessa linha: ADI 3306, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe, 07.06.2011.

3. Excepcionam-se, ainda, as ações diretas que tenham por objeto leis de eficácia temporária, quando: (i) houve impugnação em tempo adequado, (ii) a ação foi incluída em pauta e (iii) seu julgamento foi iniciado antes do exaurimento da eficácia. Nesse sentido: ADI 5287, Rel. Min. Luiz Fux, Dje, 12.09.2016; ADI 4.426, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje, 17.05.2011; ADI 3.146/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ, 19.12.2006.

4. Com maior razão, a prejudicialidade da ação direta também deve ser afastada nas ações cujo mérito já foi decidido, em especial se a revogação da lei só veio a ser arguida posteriormente, em sede de embargos de declaração. Nessa última hipótese, é preciso não apenas impossibilitar a fraude à jurisdição da Corte e minimizar os ônus decorrentes da demora na prestação da tutela jurisdicional, mas igualmente preservar o trabalho já efetuado pelo Tribunal, bem como evitar que a constatação da efetiva violação à ordem constitucional se torne inócua.

5. Embargos de declaração desprovidos. (ADI 951 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 20-06-2017 PUBLIC 21-06-2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. FIXAÇÃO DO PISO SALARIAL. SUPRESSÃO DA EXPRESSÃO ORA IMPUGNADA POR LEI POSTERIOR. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. PREJUDICIALIDADE. 1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a intercorrência de revogação da norma impugnada gera a prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, em decorrência da perda superveniente do objeto. Precedentes. 2. Exceção à referida diretriz jurisprudencial diante dos casos de eventual fraude processual, ou seja, quando a revogação dos atos normativos visa burlar a jurisdição constitucional da Corte, ocasião em que o julgamento final da ação não fica

prejudicado. Hipótese não verificada no presente caso concreto. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF; ADI-AgR 4.939; SP; Tribunal Pleno; Rel. Min. Edson Fachin; Julg. 23/08/2019; DJE 09/09/2019; Pág. 20)

Impõe-se observar não haver qualquer indício que a revogação do ato por parte do Município de Anchieta/ES tenha por propósito deixar de estar ao alcance da jurisdição desta Corte de Contas, caracterizando-se a chamada “fraude jurisdicional” referida na primeira decisão supra transcrita.

De fato, e sem a apresentação de evidências neste sentido, deve-se sempre admitir que a tomada de decisão política-legislativa se deu sob o pálio dos princípios da legalidade, legitimidade, moralidade e persecução do interesse público, com vistas a expurgar do mundo jurídico legislação questionada por vício de inconstitucionalidade.

Diante disso, e considerando que a vigência da norma é pressuposto indispensável para tanto instauração, quanto julgamento do incidente de inconstitucionalidade, a sua revogação impõe a extinção do mesmo sem se adentrar à análise de mérito, na forma do que dispõe o art. 427, §4º., da Resolução TCEES nº. 261/2013.

Por fim, no que tange ao mérito, ainda que manifestada divergência por parte do Ministério Público Especial de Contas através dos termos do **Parecer Ministerial nº. 2153/2021**, da lavra do Dr. Luis Henrique Anastacio da Silva, tenho que razão assiste aos fundamentos expostos pela **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 054515/2020-5** quanto ao afastamento das supostas irregularidades de mérito, senão vejamos.

Em relação à suposta irregularidade condizente com a “*Adesão imprópria da ARP nº. 152/2014*”, bem observou o subscritor da peça conclusiva que se chegou a este posicionamento considerando vícios inerentes ao procedimento licitatório do ente federado que elaborou a Ata de Registro de Preços, qual seja, o Município de Piúma/ES, e não máculas no procedimento adotado pelo atual jurisdicionado.

Assim, pretende-se estender ao Município de Anchieta/ES, e aos atos administrativos praticados por este, efeitos deletérios praticados por outrem, o que acarretaria transcendência imprópria da responsabilidade pelos atos, recaindo sobre este jurisdicionado toda a culpabilidade pelos vícios.

Logo, não há possibilidade de se admitir a imputação de tais atos aos responsáveis indicados, razão pela qual o afastamento da suposta irregularidade referente à “Adesão imprópria da ARP nº. 152/2014” é adequado.

Já com relação às irregularidades na execução do contrato celebrado após a adesão à ata de registro de preços, a **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 054515/2020-5** deixou evidente a existência de comprometimento da certeza dos argumentos expostos pela área técnica quando da realização da análise dos documentos referentes à tomada de contas especial instaurada por determinação desta Corte de Contas, especialmente quanto à responsabilidade dos agentes públicos e/ou particulares pela perpetração de prejuízos ao Erário.

Restou trazido à tona que o decurso de longo prazo - três anos - entre a instalação dos equipamentos e a realização do procedimento de fiscalização inviabilizou, em parte, a identificação das causas prováveis da ocorrência dos fatos, bem como da responsabilidade daí decorrente, conforme bem descrito na peça conclusiva no trecho a seguir transcrito:

(...)

Na hipótese aventada, portando, **afastada se apresenta a possibilidade de ressarcimento do valor dos bens supostamente não entregues e os entregues com suposta qualidade inferior à definida no contrato**, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do ente público, sobretudo, em razão do tempo decorrido, pois passado o período de três anos da entrega dos produtos contratados, não refuta a possibilidade de furto ou de depredação dos postes (caso fortuito), nem mesmo servem para afastar as hipóteses de que a quebra dos parafusos e das hastes que sustentavam as luminárias e as próprias luminárias não tenham sido ocasionadas por força da natureza, como exemplo, vendavais, ferrugens e maresias, que podem perfeitamente acarretar destruição dos equipamentos.

(...)

A necessidade de certeza quanto aos fatos ocorridos, e sua comprovação para fins de responsabilização, é condição *sine qua non* ao procedimento de fiscalização, sendo inviável a aplicação de qualquer tipo de sanção (multa ou ressarcimento) a agentes públicos e/ou particulares, quando não identificado de forma clara e

inafastável a responsabilidade por sua prática, ou efetiva ocorrência, sob pena de, ao final, ser promovido julgamentos com base em premissas equivocadas das quais o próprio agente não conseguiria se desvincular.

Sendo assim, acolho o entendimento manifestado pela **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 054515/2020-5** para, ao final, afastar o pretendido ressarcimento de valores decorrentes de falhas na execução do contrato celebrado à partir da adesão a ata de registro de preços.

Tendo em vista tais considerações, VOTO, em consonância com o entendimento da área técnica e em divergência ao do Ministério Público Especial de Contas, no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-644/2022:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. RECONHECER A PERDA DO OBJETO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE, deixando de instaurá-lo, na forma do art. 427, §4º., da Resolução TCEES nº. 261/2013, tendo em vista a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

1.2. ACOLHER AS RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS apresentadas pelos seguintes gestores, em seus respectivos itens para declarar a quitação da responsabilidade atribuída aos mesmos:

- **Roberto Rodrigues da Silva** (Fiscal do Contrato) quanto aos (itens 2.2.1 e 2.2.2 da ITI 0029/2020), tendo em vista a ausência de culpabilidade comprovada em sua respectiva conduta, na forma da fundamentação constante no item 3.2 da **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 054515/2020-5;**

- **Alessandro Tobias** (Secretário Municipal de Infraestrutura) quanto aos itens 2.2.1 e 2.2.2 da ITI 0029/2020, tendo em vista a ausência de culpabilidade comprovada em sua respectiva conduta, na forma da fundamentação constante no item 3.2 da **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 054515/2020-5**;
- **Safely Soluções Inteligentes e Ecológicas LTDA**, tendo em vista a ausência de nexos causal entre sua conduta na execução contratual realizada e a irregularidade a ela imputada, o que evidencia em sua conduta ausência de culpa, de forma a ocasionar o dano ao erário indicado, conforme fundamentação constante no item 3.2 da **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 054515/2020-5**;

1.3. JULGAR REGULAR a Tomada de Contas Especial instaurada pelo Município de Anchieta/ES, nos termos da Instrução Normativa TC n. 32/2014 dessa Egrégia Corte de Contas, tendo em vista possíveis danos causados ao Erário na contratação da Empresa Safely Soluções Inteligentes e Ecológicas Ltda, após adesão a Ata de Registro de Preços nº. 0152/2014, objeto do procedimento licitatório do Pregão Presencial nº. 73/2014 (processo administrativo nº. 16.857/2014) de titularidade do Município de Piúma/ES, cujo objeto consistia na aquisição de luminárias de “led”;

1.4. DAR CIÊNCIA às partes quanto ao teor da decisão proferida;

1.5. ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 20/05/2022 – 19ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator), Domingos Augusto Taufner e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões