



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

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: CD741-334D2-DD49F



Acórdão 00535/2023-8 - Plenário

Processo: 02230/2022-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Denúncia

UGs: ES - Governo do Estado do Espírito Santo, INOVA CAPIXABA - Fundação Estadual de Inovação Em Saúde

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Denunciante: Identidade preservada

Interessado: JASSON HIBNER AMARAL

Responsável: RAFAEL AMORIM RICARDO

Procuradores: RENATA MONTEIRO TOSTA (OAB: 11943-ES), ALEXANDRE ZAMPROGNO (OAB: 7364-ES), JASSON HIBNER AMARAL (OAB: 17189-ES), VANUZA LOVATI POLTRONIERI (OAB: 12404-ES)

**DENÚNCIA – GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
– FUNDAÇÃO ESTADUAL DE INOVAÇÃO EM SAÚDE –
NÃO CONHECER – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia apresentada pelo Sindicato dos Trabalhadores da Saúde do Estado do Espírito Santo – SINDSAUDE/ES, em face do Governo do Estado do Espírito Santo e da Fundação Estadual de Inovação em Saúde – INOVA Capixaba, em razão de supostas irregularidades na criação e atuação da fundação

pública dotada de personalidade jurídica de direito privado para a execução de ações e prestação de serviços de saúde pública.

Na inicial, o SINDSAUDE-ES trata dos seguintes pontos assim sintetizados:

- a. Ilegalidade/inconstitucionalidade da Lei Complementar 924 de 17/10/2019 que autorizou o Governo do Estado do Espírito Santo a criar fundação estatal de direito privado para a execução de ações e serviços públicos na área de saúde, personificada por meio do Decreto nº 4.585-R, violando diversos princípios insculpidos na Constituição Federal e Estadual;
- b. suposta irregularidade no processo de doação de terrenos para formação do patrimônio da fundação e de migração de funcionários da Secretaria de Saúde do Estado - SESA para a fundação criada (“precarização do trabalhador”);
- c. irregularidades em procedimentos de compra/aquisição que, na sua maioria, seriam realizados na modalidade de dispensa de licitação.

Por meio da Decisão Monocrática 365/2022-5 foi determinada a notificação do Governo do Estado do Espírito Santo, por meio da Procuradoria Geral do Estado, na pessoa do Sr. Jasson Hibner Amaral – Procurador Geral do Estado e do Sr. Rafael Amorim Ricardo – Diretor Geral da Fundação Estadual de Inovação em Saúde – INOVA CAPIXABA, para prestarem as informações que julgassem pertinentes.

Consta dos autos Resposta de Comunicação 659/2022-8 subscrita pelo Procurador Geral do Estado e Defesa/justificativa 0592/2022-8 do Diretor Geral da Fundação INOVA, acompanhada da documentação de suporte constante dos eventos 20 a 29. Por meio do Despacho 20128/2022-1, analisei os requisitos de admissibilidade previstos no art. 94 da Lei Orgânica deste Tribunal, e conheci a Denúncia. Após, foram remetidos os autos ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, ocasião na qual foi elaborada a Instrução Técnica Conclusiva ITC 2468/2022-5, que propôs o não conhecimento da Denúncia e seu posterior arquivamento.

Ato contínuo, foram os autos encaminhados ao Ministério Público de Contas, tendo sido emitido o Parecer 1766/2023-1, anuindo os termos da ITC 2468/2022-5.

Após, vieram os autos a este Gabinete.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando os autos, verifico que o Denunciante sustenta uma possível ilegalidade/inconstitucionalidade da Lei Complementar 924 de 17/10/2019, que autorizou o Governo do Estado do Espírito Santo a criar fundação estatal de direito privado para a execução de ações e serviços públicos na área de saúde, personificada por meio do Decreto nº 4.585-R, afirmando terem sido violados diversos princípios insculpidos na Constituição Federal e Estadual.

Alega, também, ocorrência de suposta irregularidade no processo de doação de terrenos para formação do patrimônio da fundação e de migração de funcionários da Secretaria de Saúde do Estado - SESA para a fundação criada (“precarização do trabalhador”).

Igualmente, indica possíveis irregularidades em procedimentos de compra/aquisição que, conforme afirma, na sua maioria, seriam realizados na modalidade de dispensa de licitação.

No caso vertente, não obstante o conhecimento da Denúncia, manifestado inicialmente no Despacho 20128/2022-1, aprofundando a análise dos documentos posteriormente juntados pelos notificados, bem com o entendimento firmado pela área técnica, por meio da ITC 2468/2022-5, corroborado pelo Parecer 1766/2023-1 do Ministério Público de Contas, posiciono-me de acordo com os termos da referida ITC, destacando, ainda, o seguinte trecho:

[...]

A Lei Complementar Estadual nº 476 de 23/12/2008 na forma do seu art. 1º autoriza o Poder Executivo, mediante lei específica, criar ou autorizar a instituição de fundação sem fins lucrativos para integrar a Administração Pública Indireta, com personalidade jurídica de direito público ou privado. Nesse compasso, a Fundação INOVA Capixaba foi criada consoante autorização da Lei Complementar Estadual nº 924 de 17/10/2019 e do Decreto Estadual nº 4585-R de 06/03/2020.

A INOVA Capixaba é uma fundação pública com personalidade jurídica de direito privado e integra a Administração Pública Indireta do Poder Executivo Estadual, e está vinculada à Secretaria de Estado da Saúde – SESA, compondo o Sistema Único de Saúde – SUS, na forma do art. 1º e 2º da LC 924/2019.

Consoante os artigos 5º e 6º do seu Estatuto, “*tem por finalidade executar ações e prestar serviços de saúde e atuará visando assegurar a prevalência do interesse da população na garantia de seu direito à saúde e prestação de serviços de forma digna, célere, humana, altruísta, qualificado e eficiente.*”

A Fundação INOVA, conforme art. 2º e parágrafo único do Decreto Estadual 4585-R/2020, será sustentada, integralmente, por suas receitas, oriundas da prestação de serviços, dos resultados financeiros de suas aplicações, de doações e legados de qualquer natureza. Seu patrimônio inicial será constituído dos bens móveis e imóveis, direitos e obrigações que lhe forem transferidos, assim como o aporte financeiro inicial de R\$ 75 milhões de reais, em parcelas a serem definidas pela Secretaria da Fazenda -SEFAZ, Secretaria de Estado de Economia e Planejamento - SEP e Secretaria Estadual de Saúde -SESA.

Em síntese, a exordial apresentada trata dos seguintes pontos:

- a. Ilegalidade/inconstitucionalidade da Lei Complementar 924 de 17/10/2019 que autorizou o Governo do Estado do Espírito Santo a criar fundação estatal de direito privado para a execução de ações e serviços públicos na área de saúde personificada por meio do Decreto nº 4.585-R, violando diversos princípios insculpidos na Constituição Federal e Estadual;
- b. supostas irregularidades no processo de doação de terrenos para formação do patrimônio da fundação e de migração de funcionários da Secretaria de Saúde do Estado - SESA para a fundação criada;
- c. irregularidades em procedimentos de compra/aquisição que, na sua maioria, seriam realizados na modalidade de dispensa de licitação.

No tocante ao primeiro ponto, a par de toda formulação apresentada pelo denunciante acerca dessa questão, faz-se, inicialmente, necessário proceder a uma análise acerca da competência constitucional e legal desta Corte de Contas em face da demanda nodal por ele trazida.

Conforme depreende-se da exordial está sendo suscitada pelo denunciante possível ilegalidade/inconstitucionalidade da Lei Complementar 924 de 17/10/2019 que autorizou o Governo do Estado do Espírito Santo a criar fundação estatal de direito privado para a execução de ações e serviços públicos na área de saúde e do Decreto nº 4.585-R, que, na sua visão, estaria violando diversos princípios insculpidos na Constituição Federal e Estadual.

De início, por pertinente, vale a indagação se a matéria trazida em foco está adstrita às competências deste Tribunal para sua apreciação, consoante o que estabelece o art. 71 da Consituição do Estado do Espírito Santo, reproduzido na Lei Orgânica desta Corte de Contas, conforme art. 1º da Lei Complementar nº 621, de 8 de março de 2012.

Os requisitos extrínsecos contidos no art. 94 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2013, para a admissibilidade da denúncia, são aqueles que se referem às formalidades processuais, permitindo, assim, o desenvolvimento válido e regular do processo. E há ainda, além desses

requisitos, um requisito intrínseco descrito no caput do art. 94 que trata da competência do Tribunal de Contas, ou seja, em juízo de admissibilidade serão recepcionadas somente as que versem “*sobre matéria de competência do Tribunal*”.

Em que pese a importância do tema trazido aos autos – criação de fundação pública dotada de personalidade jurídica de direito privado para executar ações e prestar serviços de saúde -, entende-se, contudo, que sua apreciação no âmbito deste Tribunal deve se limitar à esfera de sua competência, muito bem definida na Constituição Estadual.

Nesse particular, não se vislumbra no rol das competências deste Tribunal, conforme elencadas no art. 71 da Constituição Estadual, apreciar/examinar sobre a organização administrativa do Estado e de Municípios. No que refere a esses entes federativos, a atuação dessa Corte de Contas se restringe à verificação da regularidade da aplicação dos recursos públicos repassados, em conformidade com a legislação pertinente.

O Tribunal de Contas da União, examinando caso semelhante, de representação acerca de possíveis irregularidades envolvendo a criação e a atuação de fundação estatal dotada de personalidade de direito privado (Fundação Estatal Saúde da Família –Fesf), nos autos do TC 012.819/2011-5, manifestou o seguinte entendimento:

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 012.819/2011-5

Natureza: Representação

Entidade: Fundação Estatal Saúde da Família – Fesf/BA.

Interessada: Procuradoria da República no Estado da Bahia.

Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. ANÚNCIO DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA CRIAÇÃO E ATUAÇÃO DE FUNDAÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL PARA CRIAÇÃO DE FUNDAÇÃO ESTADUAL DE DIREITO PRIVADO. CRITÉRIOS IRREGULARES EM CONCURSO PÚBLICO. ADMISSÃO DE PESSOAL PELA CLT. MATÉRIA ESTRANHA À COMPETÊNCIA DESTES TRIBUNAL. NÃO CONHECIMENTO. CIÊNCIA À REPRESENTANTE E AO TCM/BA.

Em seu voto, o Conselheiro Relator Andre Luis de Carvalho, assevera:

(...)

22. De todo modo, a despeito de, no presente caso concreto, não se mostrar adequada a manifestação do TCU sobre a estrutura organizacional da aludida Fundação, deve-se reafirmar que, no âmbito do multicitado Acórdão 983/2013-Plenário, restou confirmada a competência do TCU para fiscalizar ações da Fesf, quando essa entidade for responsável pela aplicação de recursos de origem federal, independentemente de se tratar de fundação pública com natureza jurídica de direito privado.

23. Por essas razões, enfim, é que manifesto concordância com a proposta apresentada pelo Ministério Público junto ao Tribunal no sentido de **não conhecer da presente representação, por não envolver, no presente caso concreto, matéria afeta à jurisdição do TCU, nos termos dos arts. 237, parágrafo único, e 235 do RITCU.**

Conquanto a matéria esteja fora da jurisdição deste Tribunal, convém ressaltar que a criação da Fundação Inova Capixaba não subtrai a competência legal e constitucional desta Corte de Contas para fiscalizar a boa e regular aplicação dos recursos estaduais, eventualmente, transferidos do Tesouro Estadual à referida fundação, independentemente da personalidade jurídica adotada, se de direito público ou privado, isso porque, a eventual delegação da gestão de recursos públicos a outras entidades, como no caso da INOVA Capixaba, não exime aquele que delega, da obrigação de demonstrar a boa e regular aplicação dos valores repassados.

Da mesma forma que, na qualidade de fundação instituída e mantida pelo Estado, encontra-se subordinada ao controle e à fiscalização desse Tribunal de Contas, conforme artigo 71 da Constituição Estadual e art. 1º, inc. IV da Lei Orgânica deste Tribunal

Nesse aspecto, Diógenes Gasparini afirma que *“a fundação pública está sujeita ao controle do Poder Legislativo competente auxiliado pelo respectivo Tribunal de Contas, consistente na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 70 da CF)”*.

Hely Lopes Meirelles comenta no mesmo sentido: *“O orçamento é formalmente idêntico ao das entidades estatais (Lei n. 4.320/64), devendo-se atender ao disposto no art. 165, §5º, da CF”*.

Ainda, quanto ao controle exercido sobre essas entidades, independente de sua natureza jurídica, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, assevera que *“quando a Administração Pública cria fundação de direito privado, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público”* e, mais adiante, afirma:

Assim, afora as derrogações previstas nas leis instituidoras e as ressalvas contidas na Lei n. 7.596 (válidas somente para a União), pode-se dizer que se aplicam às fundações de direito privado, instituídas ou mantidas pelo poder público, as seguintes normas de natureza pública:

1. Subordinação à fiscalização, controle e gestão financeira, o que inclui fiscalização pelo Tribunal de Contas e controle administrativo, exercido pelo Poder Executivo (supervisão ministerial), com sujeição a todas as medidas indicadas no artigo 26 do Decreto-lei nº 200 (arts. 49, inciso X, 72 e 73 da Constituição). - grifei

Tal juízo ocorre em função da própria origem dessas entidades que, independente da sua natureza jurídica, a par de serem instituídas por ato do Poder Executivo, formam-se a partir do patrimônio público, conforme no caso concreto. Essa premissa, portanto, vem balizando as decisões judiciais sobre o tema, conforme se infere dos julgados a seguir transcrito:

TJ-SP - Apelação Cível AC 10148785520178260344 SP 1014878-55.2017.8.26.0344
(TJ-SP) Data de publicação: 04/06/2019

COMPETÊNCIA RECURSAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE GASES E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS. **DEMANDADA QUE É FUNDAÇÃO PÚBLICA COM REGIME DE DIREITO PRIVADO. CONTRATAÇÃO QUE ESTÁ SUJEITA À LEI DE LICITAÇÃO E SE SUBMETE A CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS.** MATÉRIA INERENTE À COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. NÃO CONHECIMENTO E DETERMINAÇÃO DE REMESSA. *A demandada é fundação instituída pelo poder público e sujeita ao regime de direito privado. A contratação que realizou com a autora decorre de procedimento licitatório específico, sujeito a controle e fiscalização do Tribunal de Contas do Estado. A matéria trazida à discussão, portanto, insere-se no âmbito de competência da Seção de Direito Público deste Tribunal, falecendo competência a esta Câmara para julgamento do recurso. Daí a determinação de remessa para redistribuição.*

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO AJUIZADAS CONTRA O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO. PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS.** CABIMENTO. *Mesmo tendo sido constituída como pessoa jurídica de direito privado, a **Fundação Educacional do Menor e do Adolescente de Passo Fundo** está submetida à fiscalização do Tribunal de Contas, pois o Município de Passo Fundo participou de sua criação, contribuindo para a constituição de seu patrimônio. Ademais, ficou previsto que o Poder Executivo incluiria todos os anos, em sua proposta orçamentária, uma dotação em favor da Fundação. O art. 71, II, da Constituição Federal preceitua que as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos ficam sob o controle do correspondente Tribunal de Contas. Também a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 70, dispõe que se sujeitam ao controle da Corte de Contas quaisquer entidades constituídas ou mantidas pelo Estado. APELOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70073753626 , Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 14/09/2017).*

Pelo que se depreende dos autos, a Lei Complementar Estadual 924 de 17/10/2019 autorizou a criação da Fundação Inova Capixaba que se personificou por meio do Decreto Estadual 4585-R/2020, tendo sido transferidos bens e recursos públicos na sua instituição e para sua manutenção. Tal fato é suficiente para determinar, no caso, a sua submissão ao controle externo exercido por este Tribunal de Contas.

Portanto, a discussão acerca da sua natureza jurídica, se pública ou privada, é irrelevante. Isso porque, segundo **o artigo 71, inciso III, da Constituição Estadual¹¹, submetem-se ao controle do Tribunal de Contas** os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta, indireta, **incluídas as fundações** e sociedades **instituídas e mantidas pelo poder público estadual**. De sorte que não é a natureza jurídica fator decisivo na sujeição ao controle pelo Tribunal de Contas. Mas o fato de se tratar de entidade criada mediante autorização legal e com a transferência de bens públicos, como do presente caso.

Em face do exposto, os elementos carreados aos autos no tocante à ilegalidade/inconstitucionalidade da lei estadual que instituiu a fundação pública Inova Capixaba, com personalidade jurídica de direito privado, não residem na esfera de competência deste Tribunal de Contas.

Mesmo que se admitisse a jurisdição desse Tribunal para o exame da questão, ainda assim, esta Corte somente poderia determinar a inexecutabilidade de norma quando a questão da ilegalidade ou inconstitucionalidade, que lhe comprometem a eficácia, exsurgir de maneira incidental. Equivale dizer que a decretação da inexecutabilidade de um ato ou norma, por vício de legalidade ou inconstitucionalidade, se dá, nos processos submetidos a este TCEES, **apenas quando, no exame de um caso concreto.**

Tal entendimento emana da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº. 35.410/DF, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS *ERGA OMNES* E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e *vinculantes* no âmbito de toda a Administração Pública Federal.

2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal.

3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes.

Palavras do Min. Roberto Barroso quando do julgamento do MS em referência:

*“1. Acompanho o relator para assentar a **impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos erga omnes e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União – TCU**. Reconheço também que – pela estrutura decisória do acórdão proferido no processo TC 021.009/2017-1 e **pelas características daquele procedimento, que não tratava de nenhum caso concreto – o controle de constitucionalidade ali exercido pelo TCU teve efeitos transcendentais e equivaleu ao afastamento da eficácia dos arts. 7º, §§ 2º e 3º, e 17 da Lei nº 13.464/2017. Trata-se, portanto, de provimento vedado pela Constituição.***

*2. Ressalvo, contudo, minha discordância em relação ao primeiro dos dois fundamentos expostos no voto do relator, como tenho feito nas demais ações em que se discute a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por órgãos administrativos. **Toda autoridade administrativa de nível superior pode, a meu ver, incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto.** No presente caso, considerando que tal restrição de efeitos não foi observada, voto igualmente pelo afastamento.”*

O fundamento da competência dos Tribunais de Contas para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos em matéria de sua competência, está nos artigos 70 e 71 da Carta Magna, que atribuem ao Tribunal de Contas da União a competência para o julgamento da legalidade dos atos, contratos, reformas e pensões, com o objetivo de evitar a ocorrência de danos ao erário ou com o objetivo de se aplicar sanções, quando efetivamente caracterizada a ocorrência desses danos, ou ainda quando caracterizada graves infrações a normas legais.

Em sendo a Constituição Federal a Lei Maior, que fundamenta a validade de todas as demais leis, a competência dos Tribunais de Contas resta evidenciada. Assim, a **competência do Tribunal de Contas se efetiva no caso concreto**, como prejudicial de mérito à decisão pretendida, **atingindo não a validade da norma, posto que continue a subsistir seus**

efeitos, mas atingindo sua eficácia, portanto, retirando da norma a capacidade de produção de efeitos no caso concreto, no lecionar de Roberto Rosas, como transcrito:

*[...] **Ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 97, que dá essa competência aos tribunais enumerados no art. 92. Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição, o Tribunal de Contas pode negar-se à aplicação porque há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais**, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado (ROSAS, 2004, p.153). – (g.n.).*

Portanto, com base no alinhamento das decisões desta Corte de Contas à jurisprudência empreendida pelo Supremo Tribunal Federal, caso admitida sua competência para sua apreciação, o que ao meu ver não se aplica, mesmo assim, **restaria prejudicado o prosseguimento de tal análise no tocante à possível declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que tenha criado fundação pública, no caso, a fundação Inova Capixaba, uma vez que a questão suscitada não se trata de nenhum caso concreto, o que por si só excluiria a atuação desta Corte de Contas para declarar a lei estadual inconstitucional**, na forma pretendida.

Com relação às demais questões acerca de supostas irregularidades envolvendo doações de terrenos para formação do patrimônio da fundação e precariedade na migração de funcionários da Secretaria de Saúde do Estado - SESA para a fundação criada; assim como possíveis irregularidades em procedimentos de compra/aquisição pela fundação Inova Capixaba, insta esclarecer que **o denunciante não trouxe aos autos nenhum documento/elemento de prova para corroborar a existência de irregularidades supostamente havidas em razão da atuação da Fundação Inova Capixaba**.

Ademais, ressalta-se que o ônus probatório na presente hipótese cabe a quem afirma, o que não se verificou no presente caso, pois, **a presente denúncia carece de meios probatórios, não tendo o denunciante trazido os autos nenhum elemento de convicção, o que inviabiliza uma adequada verificação da autenticidade e verossimilhança das alegações ofertadas**.

Neste ponto, importante reproduzir o que prevê o art. 373 do Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Portanto, segundo o inciso I do mencionado artigo, os fatos relatados na exordial, e que servem de fundamento para a apreciação por este Tribunal, devem ser comprovados pelo autor. Assim seguem algumas considerações sobre o ônus da prova:

Para que o autor seja o vencedor na demanda, deve comprovar (demonstrar) a veracidade dos fatos que trouxe aos autos para convencer o juiz de seu direito, ou seja, deverá evidenciar o direito e sua ligação com os fatos ocorridos (a própria constituição de seu direito).

Portanto, seu ônus seria o de provar a veracidade dos fatos trazidos, não como dever, mas para evitar uma consequência desfavorável que se apresenta inevitável, pois, diante da ausência de determinada prova, a parte onerada assume o risco de ter uma decisão contrária da pretendida.

Quando o CPC imputa ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, está possibilitando que este estructure os fatos nos moldes da essência que visa demonstrar, fazendo, assim, que a própria ligação direito-fato se constitua, nasça para o mundo jurídico.^[2]

Por oportuno, coleciona-se, a título de exemplo, algumas jurisprudências sobre o ônus da prova:

*Recurso Especial nº 1849.486 –SE (2019/0346040-7) Relator: Ministro Herman Benjamin. Decisão: “(...) Descumprimento pela autora do art. 373, I do CPC – Manutenção do comando sentencial. “(...) caberia a si o ônus da prova nos moldes do art. 373, I do CPC. **É que toda proposição necessita de uma sustentação com base em fatores firmes e concretos, capazes de gerar veracidade ao fim que se pretende, através de vias judiciais, e não se desencumbindo a autora do ônus probanti do fato constitutivo do seu direito...**”^[3]*

*Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – TJ –MS – Apelação Civil AC 0837736-50.2016.8.12.0001. MS 0837736-50.2016.8.12.0001. 1ª Câmara Civil. “(...) **aquele que relata os fatos e formula pretensão em juízo, deve fazer prova daquilo que alega, conforme assim disciplina o art. 373, I do CPC...**”*

Assim, ao indicar irregularidade, sobretudo, quando enseja um possível prejuízo deve com igual ênfase, na busca da dita verdade real e privilegiando o princípio constitucional da motivação, trazer aos autos provas objetivas e congruentes, de forma a fundamentar sua alegação, o que não ocorreu no caso sob exame.

Desta maneira, não se vislumbra nestes autos, a partir do que dele se contem, a ocorrência de prova inequívoca de que tenha havido as irregularidades relacionadas na doação de terrenos, na migração de funcionários da SESA para a Fundação e nos procedimentos de aquisições/compras pela fundação, posto não terem sido carreados aos autos os elementos probantes a ensejar convicção dos fatos alegados pelo denunciante.

Nesse compasso, o artigo 94, III da Lei Complementar nº 621/2012, ao tratar dos requisitos de admissibilidade de denúncia, dispõe que essa deverá estar acompanhada de indício de prova^[4].

Conforme jurisprudência deste Tribunal, a existência de indício de prova da irregularidade é elemento essencial para o recebimento de denúncia e representações:

ACÓRDÃO TC-1364/2015 – PLENÁRIO

Trata-se de Representação, com pedido de provimento liminar cautelar, formulada pela empresa (...), questionando a sua desclassificação na Concorrência Pública 13/2014, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para construção e demolição da ponte na travessia do Rio Muqui, na estrada que liga as localidades de Brejo Grande do Norte a Garrafão, no Município de Itapemirim .

(...) Constatou o setor técnico que a representação em tela não preenche os requisitos do artigo 94 da LC 621/2012, que prevê a existência de indício de prova da irregularidade como um elemento essencial para o recebimento de denúncias e representações (...). Assiste razão à área técnica, pois, do conteúdo dos autos, não é possível inferir que houve qualquer irregularidade na condução da Concorrência Pública 13/2014 pela administração municipal.

Por todo exposto, com fundamento no art. 90 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas–RITCEES, sugere-se o **NÃO CONHECIMENTO DA DENÚNCIA**, por não envolver, no presente caso concreto, matéria afeta à jurisdição desta Corte de Contas e ainda, por não terem sido carreados aos autos indícios de prova a ensejar convicção dos fatos alegados pelo denunciante, elemento essencial para o recebimento da denúncia, consoante estabelece o art. 94, inciso III e § 1º da Lei Complementar n. 621/20121.

(g. n)

[...]

Ante todo o exposto, acompanhando o posicionamento da área técnica e do Ministério Público de Contas, de modo que VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-00535/2023-8:

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. NÃO CONHECER da Denúncia, nos termos do artigo 94, III e §1º da LC 621/12, tendo em vista não restarem cumpridos todos os requisitos de admissibilidade;

1.2. DAR ciência ao Denunciante e aos interessados acerca da decisão, nos termos regimentais;

1.3. ARQUIVAR os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 15/06/2023 - 27ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANUEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUÍS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões