ACÓRDÃO - AC00 - 295/2023

PROCESSO TC/MS	: TC/6138/2010/001
PROTOCOLO	: 2117873
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE SONORA
RECORRENTE	: ZELIR ANTÔNIO MAGGIONI
ADVOGADO	: BRUNO ROCHA SILVA – OAB/MS 18.848
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – ACÓRDÃO – CONTRATO DE OBRA – FORMALIZAÇÃO DOS TERMOS ADITIVOS – CONTAMINAÇÃO PELA IRREGULARIDADE DAS FASES ANTERIORES – AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL JUNTO AO ESTADO – IRREGULARIDADE – RAZÕES RECURSAIS – FASES DISTINTAS E REQUISITOS PRÓPRIOS – JULGAMENTOS DAS MATÉRIAS JURIDICAMENTE DISTINTOS – NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA NO CASO CONCRETO – REFORMA DA DECISÃO – REGULARIDADE DOS TERMOS ADITIVOS – PROVIMENTO.

1. Os julgamentos das matérias, no âmbito das fases referentes ao procedimento licitatório, à formalização do contrato e à execução financeira, são juridicamente distintos (120, § 1º, do Regimento Interno TCE/MS, aprovado pela Resolução 98/2018).

2. Considerando a inaplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada no caso, a irregularidade tanto no procedimento licitatório como na formalização do contrato administrativo, pela ausência da comprovação de regularidade fiscal junto ao Estado, não tem o condão de acarretar, a automática declaração de irregularidade da fase posterior, celebração dos termos aditivos, uma vez verificada a regularidade dos atos, assim como o cumprimento do objeto da contratação.

3. Provimento do recurso ordinário para reformar o acórdão e declarar a regularidade dos termos aditivos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 2ª Sessão Ordinária Virtual do Tribunal Pleno, realizada de 10 a 13 de julho de 2023, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pelo **conhecimento** do Recurso Ordinário interposto pelo Sr. **Zelir Antônio Maggioni**, Prefeito no Município de Sonora, na época dos fatos; e **dar provimento** ao presente recurso para reformar o item 1 do Acórdão – **AC01- 477/2020** (peça 61, fls. 1.151-1.156, TC/6138/2010) para

declarar a regularidade do 1º ao 7º Termos Aditivos ao Contrato de Obra n. 060/2010, celebrado entre o Município de Sonora/MS, por entender que não se aplica a teoria dos frutos da árvore envenenada, no caso em concreto, segundo disposição do art. art. 121, § 1º , (aprovado pela Resolução n. 98/2018), mantendo na íntegra os demais termos daquela Deliberação.

Campo Grande, 13 de julho de 2023.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Referem-se estes autos ao Recurso Ordinário interposto pelo Sr. **Zelir Antônio Maggioni,** Prefeito do Município de Sonora, à época dos fatos**,** em face do Acórdão AC01 – 477/2020, proferido no TC/6138/2010 (peça 61, fls. 1.151-1.156), nos seguintes termos:

> Acolhendo parcialmente a manifestação da Equipe Técnica e o parecer do Ministério Público de Contas, VOTO:
>
> I – Pela **IRREGULARIDADE** da formalização do 1º ao 7º Termos Aditivos do Contrato de Obra n. 060/2010, celebrado entre o Município de Sonora/MS, e a empresa Celcom – Construção, Comércio e Serviços Ltda EPP, em decorrência da contaminação pela ilicitude da primeira fase, nos termos do inciso III do art. 59 da Lei Complementar nº 160/2012;
>
> II - Pela **REGULARIDADE** da execução financeira do Contrato de Obra n. 060/2010, celebrado entre o Município de Sonora/MS e a empresa Celcom – Construção, Comércio e Serviços Ltda-EPP, em face do cumprimento de seu objeto, com exatidão dos seus valores e regular adimplemento das obrigações nos termos do inciso I do art. 59 da Lei Complementar nº 160/2012;
>
> III - Pela **QUITAÇÃO** ao Ordenador de Despesa, Sr. Zelir Antônio Maggioni, CPF/MF n. 321.982.721- 72, para efeitos do art. 59, §1º, I, da Lei Complementar nº 160/2012, considerando o pagamento da multa aplicada anteriormente;

O julgamento tratou da formalização do 1º ao 7º Termos Aditivos ao Contrato Administrativo nº 60/2010, originários da Tomada de Preços nº 9/2010, celebrados entre o Município de Sonora e a empresa Celcom Construção, Comércio e Serviços Ltda. que teve como objeto a construção de uma praça urbanizada no lote 2 da quadra 86, localizada na Avenida do Povo no valor pactuado de 1.497.635,47, bem como sua execução financeira.

Apesar de apurada tanto a regularidade do 1º ao 7º Termos Aditivos celebrados, como também da execução financeira, foram todos julgados irregulares em decorrência da contaminação sofrida pela anterior Decisão DS01 – 0526/2011 (peça 5, fls. 203-204) que julgou irregulares tanto o procedimento licitatório como a formalização do contrato administrativo, pela ausência da comprovação de regularidade fiscal junto ao Estado.

O jurisdicionado irresignado com o já citado Acórdão AC01 – 477/2020, proferido no TC/6138/2010 (peça 61, fls. 1.151-1.156) intenta reformá-lo por meio do presente recurso, sustentando os seguintes pontos:

Inicialmente no seu recurso sustentou que a Resolução nº 88/2011, no seu art. 121, III, prevê a separação na fase de julgamentos desvinculando uma da outra e de

que a análise dos termos aditivos são apreciados na terceira fase o que independeria da análise anterior:

> - Em primeiro lugar, a Resolução 88/2018 (Regimento Interno do TCE/MS), em seu artigo 121, inciso III, diz que os termos aditivos integram a terceira fase (...)
>
> - Assim, como consta corretamente na decisão que "o exame da 3º fase é juridicamente independente das que a precederam", o que culminou com a declaração de regularidade da execução financeira, bem como pelo fato de que os Termos Aditivos integram, na verdade, a 3ª Fase, como demonstrado acima, evidente a necessidade de reforma da decisão, para declarar a regularidade e legalidade da formalização do 1º ao 7º Termos Aditivos do Contrato de Obra n. 060/2010.
>
> - De qualquer maneira, destacamos que o julgamento da formalização dos termos aditivos deve ocorrer separado do que foi decidido nas fases anteriores.
>
> - Em suma, o cerne da questão é a possibilidade de haver uma declaração de irregularidade do procedimento licitatório e formalização do contrato, o que contaminaria, em tese, as fases seguintes.

Arguiu, ainda, que deve haver a separação de fases para o julgamento por serem autônomas, *in verbis:*

> - Os julgamentos das fases devem ser independentes, onde o julgamento de uma fase não atingirá a outra. Assim, caso uma fase seja declarada irregular e ilegal, este fato não abrangerá as demais fases, haja vista a separação no julgamento das mesmas, conforme se depreende do artigo 121 da Resolução 98/2018 (...)
>
> - Portanto, deve haver a separação das fases para julgamento, sendo que, hipoteticamente, se uma fase estiver ilegal e irregular, não abrangerá as demais, pois estas são autônomas entre si, a teor do disposto no artigo 121 da Resolução 98/2018.

Por fim, clamou pela aplicação do art. 22 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) suscitando pelas dificuldades reais do gestor e levando em consideração que no momento da formalização dos termos aditivos, as fases anteriores não haviam sido julgadas.

Ao final formulou os seguintes pedidos:

> - Conhecer o Recurso interposto visto estarem presentes os pressupostos processuais e de admissibilidade pertinentes à legalidade, interesse e tempestividade, na forma dos artigos 68 e 69 da lei complementar 160/2012 e artigo 161 c/c art. 162 da Resolução n.º 98/2018;
>
> - Dar provimento total ao recurso em questão, para declarar a regularidade e legalidade da formalização do 1º ao 7º Termos Aditivos do Contrato de Obra n. 060/2010.

O Conselheiro-Presidente desta Corte de Contas, ao realizar o juízo de admissibilidade, considerou o pedido tempestivo e cabível, em conformidade com as normas estabelecidas no art. 68 da Lei Complementar 160/2012, determinando a sua distribuição a esta Relatoria, conforme Despacho DSP-GAB.PRES – 19594/2021 (peça 5, fl. 11).

Após, conforme DESPACHO DSP – G.FEK- 20239/2021 (peça 7, fl.13) determinei a remessa dos autos à Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente que na sua Análise ANA – DFEAMA – 8881/2021 (peça 8, fls. 14-18) concluiu pelo desprovimento do presente recurso.

No mesmo sentido o Ministério Público de Contas no seu Parecer PAR – 2ª PRC – 11936/2021 (peça 10, fls. 44-420-22) opinou também pelo seu desprovimento, mantendo inalterados os comandos da Deliberação (AC01-477/2020).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Inicialmente, conheço do presente Recurso Ordinário na forma que admitido pela Presidência, fazendo-se presentes os requisitos necessários à sua admissibilidade, nos termos do art. 68 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012).

Como já dito, o Recurso Ordinário visa combater o Acórdão AC01 – 477/2020, proferido no TC/6138/2010 (peça 61, fls. 1.151-1.156), o qual decidiu pela irregularidade da formalização do 1º ao 7º Termos Aditivos do Contrato de Obra n. 060/2010, celebrado entre o Município de Sonora/MS, e a empresa Celcom – Construção, Comércio e Serviços Ltda. EPP, em decorrência da contaminação pela ilicitude da primeira fase.

Pois bem, enfrentarei cada um dos pontos levantados pelo recorrente no seu Recurso Ordinário.

Já adianto que nas minhas decisões não tenho aplicado a Teoria dos frutos da árvore envenenada criada no direito norte-americano e de larga aplicação na esfera penal com a seguinte metáfora: *“se a árvore está envenenada, todos os seus frutos também estarão”.*

Aqui, neste egrégio tribunal, adaptado para o entendimento de que se irregular o procedimento licitatório por um algum vício ou nulidade, eivados estariam às demais fases da celebração contratual, termos aditivos e a sua execução.

No caso em tela, ainda que tenha sido detectada irregularidade tanto no procedimento licitatório como na formalização do contrato administrativo, *pela ausência da comprovação de regularidade fiscal junto ao Estado*, conforme se

depreende da Decisão Simples DS01 –S.SESS – 00526/2011 (peça 5, fls. 203-204, TC/6138/2010), a mesma não tem o condão de acarretar, a automática, declaração de irregularidade da fase posterior – celebração do 1º ao 7º termos aditivos.

Tal fato somente ocorreria caso fosse declarada a nulidade do certame, o que não ocorreu neste caso.

Neste sentido, se no acórdão recorrido houve o reconhecimento da regularidade do 1º ao 7º Termos Aditivos ao Contrato Administrativo de Obra n. 060/2010, não vejo como julga-los irregulares em decorrência da anterior irregularidade, tanto do procedimento como da celebração do contrato, por entender que são fases distintas e por possuírem requisitos próprios.

Não é demais ressaltar que conforme previsão contida no art. 120, § 1º do Regimento Interno desta Corte vigente à época (aprovado pela Resolução n. 76/2013), reproduzida no atual Regimento no art. 121, § 1º[1], (aprovado pela Resolução n. 98/2018), de que os julgamentos das matérias referentes ao procedimento licitatório, à formalização do contrato e à execução financeira são fases juridicamente distintas e realizadas subsequentemente.

Cito aqui um julgado de minha própria lavra:

> EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS – ERRO FORMAL NO PARECER JURÍDICO – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – NÃO CONTAMINAÇÃO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – REGULARIDADE. A discrepância do fundamento do parecer jurídico elaborado pela Assessoria Jurídica do Município, referindo-se a licitação com objeto diverso, é considerada erro formal grosseiro que impõe ressalva ao julgamento regular do procedimento licitatório e recomendação ao atual gestor para adoção das providências necessárias quanto à impropriedade. A impropriedade constatada no procedimento licitatório não contamina necessariamente a formalização da Ata de

[1] Art. 121. O controle externo dos atos de contratação pública e de execução do objeto do contrato será exercido, pelo Tribunal, nos âmbitos das seguintes fases:
I - primeira fase, serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do procedimento: a) licitatório, inclusive, conforme o caso, da formalização ou da adesão à ata de registro de preços; b) de dispensa ou de inexigibilidade de licitação;
II - segunda fase, serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do contrato administrativo firmado, quanto ao teor do seu termo ou do instrumento que o substituiu, tal como carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço;
III - terceira fase, serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade dos atos de execução do objeto do contrato, especialmente quanto: a) ao cumprimento dos prazos e condições pactuados no instrumento contratual, observado, quanto ao termo aditivo e a outras eventuais alterações das cláusulas contratuais, o disposto no § 4º;
§ 1º Os julgamentos das matérias no âmbito das fases de que trata este artigo, são juridicamente distintos; todavia, em decorrência da cronologia dos eventos:
I - a matéria compreendida na fase subsequente não poderá ser julgada antes do julgamento da matéria compreendida na fase antecedente;
II - será sobrestado o julgamento de matéria na fase subsequente, se houver matéria pendente de julgamento na fase antecedente.

> Registro de Preço, e verificado que atendeu aos requisitos legais vigentes, deve ser declarada regular. (TCEMS. TC/18788/2017. Deliberação AC01 -791/2019. Cons. Rel. Flávio Kayatt. Data do julgamento 22/10/2019).

Como também a Decisão singular DSG – G.FEK – 3754/2021, nos autos TC/10382/2016, proferida por mim no mesmo entendimento.

Convergente estaria também o entendimento de outro julgador deste Egrégio Tribunal, *in verbis:*

> EMENTA: CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO JULGADO IRREGULAR –INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DE FASES - IRREGULARIDADE QUE NÃO AFETA AS FASES POSTERIORES FORMALIZAÇÃO DE TERMO ADITIVO – JUSTIFICATIVA – PARECER JURÍDICO – AUTORIZAÇÃO – EXECUÇÃO FINANCEIRA – NOTA DE EMPENHO – NOTAS FISCAIS – TERMO DE ENCERRAMENTO TEMPESTIVIDADE DA PUBLICAÇÃO E REMESSA DOCUMENTAL REGULARIDADE. O julgamento pela irregularidade do procedimento licitatório não acarreta a irregularidade das fases posteriores em razão da independência e autonomia das fases de prestação de contas. São regulares a formalização de termo aditivo e execução financeira de contrato que realizadas de acordo com a lei.
>
> (TCEMS. TC/3567/2003. Deliberçaão AC01 -660/2016. Cons. Rel. Jerson Domingos. Data do julgamento 15/03/2016).

Pelos fundamentos acima expostos, entendo que a declaração de irregularidade da licitação ocorrida no presente caso, por si só, não tem o condão de atingir as fases subsequentes da contratação acima mencionada, até porque o objeto da contratação foi devidamente cumprido.

DISPOSITIVO

Logo, venho com fundamento na regra do art. 68, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, **VOTAR** nos seguintes termos:

I – conheço o Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Zelir Antônio Maggioni**,** Prefeito no Município de Sonora, na época dos fatos;

II – dou provimento ao presente recurso para reformar o item 1 do Acórdão – AC01- 477/2020 (peça 61, fls. 1.151-1.156, TC/6138/2010) para declarar a regularidade do 1º ao 7º Termos Aditivos ao Contrato de Obra n. 060/2010, celebrado entre o Município de Sonora/MS, por entender que não se aplica a teoria dos frutos da árvore envenenada, no caso em concreto, segundo disposição do art. art. 121, § 1º[2],

[2] Art. 121. O controle externo dos atos de contratação pública e de execução do objeto do contrato será exercido, pelo Tribunal, nos âmbitos das seguintes fases:
I - primeira fase, serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do procedimento: a) licitatório, inclusive, conforme o caso, da formalização ou da adesão à ata de registro de preços; b) de dispensa

(aprovado pela Resolução n. 98/2018), mantendo na íntegra os demais termos daquela Deliberação;

III – determino a intimação do resultado do julgamento ao recorrente, nos termos do art. 50, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e do art. 99 do Regimento Interno deste Tribunal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto do Relator, pelo conhecimento e provimento do recurso ordinário.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo, Marcio Campos Monteiro e os Exmos. Srs. Conselheiros-Substitutos Patrícia Sarmento dos Santos e Célio Lima de Oliveira.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 13 de julho de 2023.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

TST/MSS

---

ou de inexigibilidade de licitação;
II - segunda fase, serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do contrato administrativo firmado, quanto ao teor do seu termo ou do instrumento que o substituiu, tal como carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço;
III - terceira fase, serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade dos atos de execução do objeto do contrato, especialmente quanto: a) ao cumprimento dos prazos e condições pactuados no instrumento contratual, observado, quanto ao termo aditivo e a outras eventuais alterações das cláusulas contratuais, o disposto no § 4º;
§ 1º Os julgamentos das matérias no âmbito das fases de que trata este artigo, são juridicamente distintos; todavia, em decorrência da cronologia dos eventos:
I - a matéria compreendida na fase subsequente não poderá ser julgada antes do julgamento da matéria compreendida na fase antecedente;
II - será sobrestado o julgamento de matéria na fase subsequente, se houver matéria pendente de julgamento na fase antecedente.