



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: 07FFF-B7125-BF419



Voto do Relator 01679/2022-7

Processos: 04722/2016-6, 04723/2016-1, 04091/2016-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

Setor: GAC - Carlos Ranna - Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Criação: 22/03/2022 16:50

UG: PMG - Prefeitura Municipal de Guarapari

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Representante: A.M.O. BRAMBATI TRANSPORTES E TURISMO

Responsável: ORLY GOMES DA SILVA, ARIANE DE SOUZA DE FREITAS, WEDERSON BRAMBATI MAIOLI, OTAVIO JUNIOR RODRIGUES POSTAY, MARIA APARECIDA DA SILVA RAMOS, RUTH ALVES PEREIRA, MARCOS PAULO GOMES DIAS, DANILO CARLOS BASTOS PORTO, IVETE DA SILVA ALMEIDA LOSS, MARCELO DE OLIVEIRA, GIANCARLO BISSA MARCHEZI, SARA NALU RAMOS, C LORENZUTTI PARTICIPACOES LTDA

Terceiro interessado: EDSON FIGUEIREDO MAGALHAES, C LORENZUTTI PARTICIPACOES LTDA

Procuradores: FAUSTO ANTONIO POSSATO ALMEIDA (OAB: 6721-ES), JOCILENE APARECIDA POLI (OAB: 16597-ES), MARCOS PAULO GOMES DIAS (OAB: 15044-ES), OTAVIO JUNIOR RODRIGUES POSTAY (OAB: 27952-ES), IZABELLA DAYANNA BUENO CAVALCANTI (OAB: 20640-ES), ADRIESLEY ESTEVES DE ASSIS (OAB: 14596-ES), ALCURE, PEREIRA & PUPPIM ADVOGADOS (CNPJ: 05.131.637/0001-30), ALEXANDRE PUPPIM (OAB: 8265-ES), ALVARO AUGUSTO LAUFF MACHADO (OAB: 15762-ES), ANDRE PRUDENCIO FIGUEIREDO (OAB: 23906-ES), CIRO BENEVENUTO SOARES (OAB: 23577-ES), DEISE EVANGELISTA LIMA PEZZIN (OAB: 17935-ES), FABIO NEFFA ALCURE (OAB: 12330-ES), MARCUS FELIPE BOTELHO PEREIRA (OAB: 8258-ES), RICARDO SCHNEIDER (OAB: 28471-ES), THIAGO MELO DA PENHA (OAB: 6358E-ES), WANDERSON GONCALVES MARIANO (OAB: 11660-ES), WILMA VARGAS DELPUPO (OAB: 26058-ES), ANDERSON SANT ANA PEDRA (OAB: 9712-ES)

Processo TC: 4722/2016-6

Jurisdicionados: Prefeitura Municipal de Guarapari

Assunto: Representação

Representante: A.M.O Brambati Transportes e Turismo

Responsáveis: Orly Gomes da Silva e outros

Terceiros Interessados: Edson Figueiredo Magalhães e outro



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

**REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO LIMINAR –
PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARAPARI –
QUESTÃO PRÉVIA - RECONHECER A
COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS
PARA APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DE
LEIS E ATOS PÚBLICOS – SÚMULA 347 DO STF –
RECENTE JULGADO DO STF NO MANDADO DE
SEGURANÇA Nº 35.410 – EFEITOS APENAS *INTER
PARTES* E NÃO VINCULANTE – NEGAR
APLICABILIDADE AO PARÁGRAFO ÚNICO DO
ARTIGO 12 DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL
2/2006 – DEVOLVER OS AUTOS AO GABINETE DO
RELATOR PARA PROSSEGUIMENTO DA
DEMANDA.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1 RELATÓRIO

Tratam os autos de **Representação** apresentada pela empresa **A.M.O. Brambati Transportes e Turismo - EPP**, com pedido liminar, contra atos perpetrados pela **Comissão Permanente de Licitação de Guarapari (Copel)**, alegando a ocorrência de possíveis irregularidades em atos praticados no procedimento licitatório deflagrado pelo **Edital de Concorrência Pública nº 02/2016**, cujo objeto reporta-se à concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros no Município de Guarapari.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Em síntese processual, após a instauração do procedimento e notificação dos Responsáveis, foi elaborada a Manifestação Técnica 737/2016-1 (evento 14, p. 31), sugerindo que os autos fossem apensados ao **Processo TC 4723/2016** – Representação protocolizada por Walter da Silva Viana - ME com idênticos questionamentos –, e que fosse determinada nova notificação dos Responsáveis, entendimento que fora acompanhado integralmente pelo Conselheiro Relator, consoante **Decisão Monocrática 1107/2016-4** (evento 14, p. 34).

Após a juntada de novos documentos e manifestações dos Responsáveis, os processos foram encaminhados à Secex Denúncias que elaborou a **Manifestação Técnica 936/2016-1** (evento 15, p. 46), sugerindo o recebimento das Representações, indeferimento da medida cautelar e prosseguimento do feito sob o rito ordinário. Esse entendimento foi integralmente acompanhado no **Voto do Relator 2882/2016-1** (evento 15, p. 54) e na **Decisão 2986/2016-1 – Plenário** (evento 15, p. 59).

Após justificativas apresentadas pelo Sr. Procurador-Geral de Guarapari e pela Sra. Presidente da Copel, os autos seguiram para a Secex Engenharia que apresentou a **Manifestação Técnica 163/2017-4** (evento 17, p. 43), encampada pelo Conselheiro Relator na **Decisão Monocrática 162/2017-1** (evento 17, p. 46).

Tendo em vista que o requerimento desta Decisão não foi cumprido pelo Sr. Prefeito Municipal de Guarapari, foi elaborada nova **Manifestação Técnica 553/2017-1** (evento 17, p. 55), reiterando o requerimento formulado na **MT 0163/2017-4**, a qual foi seguida pela **Decisão Monocrática 436/2017-5** (evento 17, p. 60).

O Prefeito Municipal de Guarapari à época, Sr. Edson Figueiredo Magalhães, atendendo à solicitação, protocolizou os documentos demandados, assim como outros complementares que entendeu pertinentes à instrução do feito.

A Secex Engenharia novamente apresentou a **Manifestação Técnica 1372/2017-1** (evento 69, p. 12), opinando pelo apensamento ao **Processo TC 04091/2016-8**, a fim



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

de evitar decisões conflitantes, uma vez que o objeto deste consistia no monitoramento de determinações contida no **Acórdão TC 0221/2014 – Plenário (Processo TC 5603/2012)**, referentes ao cumprimento de lei no âmbito da **Concorrência Pública nº 02/2016**.

O pensamento foi realizado e, em razão do trâmite mais avançado do **Processo TC 04091/2016-8**, a relatoria passou a mim.

Após, os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Regimes Especiais, que emitiu a **Instrução Técnica Inicial 288/2018-5** (evento 71, p. 3-134 e evento 72, p. 1-84), com a seguinte **Conclusão e Proposta de Encaminhamento**:

8. CONCLUSÃO

Com relação aos questionamentos levantados nas Representações interpostas, após análises realizadas na presente manifestação, conclui-se opinando pela:

8.1 Insubistência das preliminares suscitadas pelos Representados (doc. eletrônico 11, p. 8) e pela Concessionária C. Lorenzutti (doc. eletrônico 232), na forma da fundamentação contida no subitem “5.1” desta Instrução Técnica Inicial.

8.2 Improcedência da Representação, nos termos do artigo 178, inciso I, c/c o parágrafo único do artigo 186, ambos da Resolução 261/2013 (RITCEES), quantos às supostas irregularidades analisadas nos seguintes subitens desta Instrução Técnica Inicial: “**6.2** Falta de Publicidade da licitação”; “**6.6** Previsão editalícia de reajuste tarifário em periodicidade menor que um ano”; “**6.8** Falta de previsão de controle de benefícios tarifários e gratuidades”; “**6.9** Previsão nos subitens 13.4 e 13.4.1.1 e 13.7 do edital de definição de criação linhas e horários sem licitação e feita a critério da concessionária e não pelo poder público”; “**6.10** Concessão em caráter de exclusividade, a uma mesma empresa, do transporte convencional e seletivo, contrariando a Lei Complementar Municipal 2/2006 e alterações”; “**6.12** Inclusão no edital de uma linha intermunicipal, entre os municípios de Guarapari e Anchieta, sob a jurisdição do DER, a LINHA 56 – PRAÇA VITÓRIA x SÃO FÉLIX”; “**6.13** Desrespeito à Lei Complementar Municipal 002/2006 e à lei de licitações ao não estipular no edital e no contrato valor para a outorga onerosa”; “**6.15** Participação simulada de licitante”; “**6.16** Sistema de bilhetagem eletrônica gerenciado pela concessionária; e “**6.20** Licitação embasada em lei Revogada”.

8.3 Citação dos Responsáveis quanto aos achados descritos nos seguintes subitens desta Instrução Técnica Inicial: “**6.1** Descumprimento de determinações impostas no Acórdão Plenário TC 221/2014 (processo TC



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

5603/2012”); “6.3 Licitação e concessão de serviço público com projeto básico/termo de referência/estudos de viabilidade técnica e econômico financeira deficientes e desatualizados”; “6.4 Utilização de critério indevido de julgamento de propostas”; “6.5 Restrição indevida à competitividade da CP 2/2016”; “6.7 Licitação e concessão de serviço público inadequado”; “6.11 Previsão no edital de prorrogação do contrato em desacordo com a Lei Complementar Municipal nº 2/2006”; “6.14 Habilitação indevida e não fundamentada de licitante”; “6.17 Imposição, em edital de licitação, de obrigação não prevista em lei”; “6.18 Declaração falsa em atestados de capacidade técnico-operacional”; “6.19 Direcionamento da licitação”.

8.4 Instauração, pelo Plenário desta Corte de Contas, de **incidente de inconstitucionalidade** do parágrafo único do artigo 12 da LCM 2/2006, de Guarapari, na forma dos artigos 9º, inciso IX e 332/339, do RITCEES, conforme fundamentação contida no subitem 5.2 desta Instrução Técnica Inicial.

Quanto à responsabilização dos envolvidos nos achados, salienta-se que a análise realizada nesta Instrução Técnica Inicial está adequada às normas da nova redação dada à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei 12.655, de 25 de abril de 2018.

Ainda quanto à responsabilização do parecerista jurídico, esclarece-se que foi adotado o entendimento desta Corte e do MS 24584/DF do STF, como se transcreve no excerto do Acórdão TC 1233/2017-Segunda Câmara, proferido no Processo TC 7437/2012:

No entanto, o protagonismo conferido ao advogado no sistema institucional do Estado Brasileiro não lhe confere imunidade absoluta por atos praticados no exercício profissional. Antes ao contrário, a prática dolosa ou culposa acarreta sua responsabilização perante o sistema judicial e/ou administrativo sujeitando-o a medidas punitivas e corretivas, conforme destaca o referido Estatuto da Advocacia:

*Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com **dolo ou culpa**.*

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

VI - **advogar contra literal disposição de lei**, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior;

Da mesma forma, a disposição de inibir más práticas no exercício da advocacia é encontrada no Título VI, do **novo Código de Processo Civil, quando este, ao tratar da Advocacia Pública atribui-lhe, no art. 182, “... a incumbência de defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta”, mas também determina, no art. 184, que o “... membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.**



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Se neste contexto é inegável a possibilidade de responsabilização do advogado, esta não se dá por mera presunção, expressamente inadmitida no parágrafo único do art. 5º da Lei Complementar nº 621/2012, mas decorre da existência de elementos que cumulativamente lhe possam caracterizar, como: ação comissiva ou omissiva; existência de dano ou infração à norma legal; relação de causa efeito ou entre conduta e resultado e existência de dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente.

(...)

Se insuficientes os argumentos acima expendidos, **decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos do MS 24584/DF**, fere de forma inapelável a pretensão suscitada pelo justificante quanto à falta de legitimidade dos Tribunais de Contas para fiscalizar manifestações jurídicas praticadas por advogado público em processos de licitação, exigência prevista no art. 38 da Lei nº 8.666/93:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (MS 24584, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00362)

Cumprir, finalmente, que, em cumprimento ao disposto no artigo 313, inciso V, da Resolução TC 261/2013 (RITCEES), foram feitas pesquisas no sistema de jurisprudência (Mapjuris), nas Súmulas, nos Pareceres em Consulta e nos Prejulgados desta Corte de Contas, colacionando-se na presente Manifestação julgados pertinentes aos assuntos aqui tratados.

9. PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO

9.1 Considerando o exposto nesta Instrução Técnica Inicial, especialmente quanto aos achados descritos nos subitens 6.1, 6.3, 6.4, 6.5, 6.7, 6.11, 6.14, 6.17, 6.18 e 6.19, propõem-se ao TCE-ES os seguintes **encaminhamentos**:

I. Instauração, pelo Plenário desta Corte de Contas, **de incidente de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 12 da LCM 2/2006**, na forma dos artigos 9º, inciso IX e 332/339, do RITCEES, conforme fundamentação contida no subitem 5.2 desta Instrução Técnica Inicial, notificando-se o Sr. Prefeito e o Sr. Procurador-Geral de Guarapari para se manifestarem quanto ao incidente.

II. Citação dos Responsáveis descritos no quadro adiante, nos termos dos artigos 56, inciso II, da LCE 621/2012 (LOTCEES), 207, inciso I, e 359 da Resolução 261/2013 (RITCEES)77, para que, no prazo estipulado, querendo, apresentem, individual ou coletivamente, as justificativas que tiverem, bem como documentos que entendam necessários, em razão dos achados de fiscalização apontados nesta Instrução Técnica Inicial, constando nos Termos de Citação a informação acerca da possibilidade de condenação dos Responsáveis ao pagamento de multa, na forma dos incisos III e IV do artigo 135 da LOTCEES, bem como às penas previstas nos artigos 139 e 140 da LOTCEES.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

RESPONSÁVEIS	SUBITENS/ACHADOS
Sr. Wederson Brambati Maioli – Secretário Adjunto de Trânsito e Transporte	6.1 Descumprimento de determinações impostas no Acórdão Plenário TC 221/2014 (processo TC 5603/2012) 6.3 Licitação e concessão de serviço público com projeto básico/tema de referência/estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira deficientes e desatualizados 6.4 Utilização de critério indevido de julgamento de propostas
Sr. Orly Gomes da Silva – Prefeito de Guarapari 2013/2016	6.1 Descumprimento de determinações impostas no Acórdão Plenário TC 221/2014 (processo TC 5603/2012) 6.3 Licitação e concessão de serviço público com projeto básico/tema de referência/estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira deficientes e desatualizados 6.4 Utilização de critério indevido de julgamento de propostas 6.5 Restrição indevida à competitividade da CP 2/2016 6.7 Licitação e concessão de serviço público inadequado 6.11 Previsão no edital de prorrogação do contrato em desacordo com a Lei Complementar Municipal nº 2/2006 6.14 Habilitação indevida e não fundamentada de licitante 6.17 Imposição de obrigação não prevista em lei em edital de licitação 6.19 Direcionamento de licitação
Sra. Ariane de Souza de Freitas – Presidente da Copel/Secretária da Copel	6.1 Descumprimento de determinações impostas no Acórdão Plenário TC 221/2014 (processo TC 5603/2012) 6.4 Utilização de critério indevido de julgamento de propostas 6.5 Restrição indevida à competitividade da CP 2/2016 6.7 Licitação e concessão de serviço público inadequado 6.11 Previsão no edital de prorrogação do contrato em desacordo com a Lei Complementar Municipal nº 2/2006 6.14 Habilitação indevida e não fundamentada de licitante 6.17 Imposição de obrigação não prevista em lei em edital de licitação

	6.19 Direcionamento de licitação
Sr. Otávio Júnior Rodrigues Postay – Secretário da Copel/Membro técnico da Copel	6.14 Habilitação indevida e não fundamentada de licitante 6.19 Direcionamento de licitação
Sra. Maria Aparecida da Silva – Membro efetivo da Copel e Secretária da Copel	6.14 Habilitação indevida e não fundamentada de licitante 6.19 Direcionamento de licitação
Sra. Ruth Alves Pereira Radael – Membro efetivo da Copel	6.14 Habilitação indevida e não fundamentada de licitante 6.19 Direcionamento de licitação



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

S
P
G

S
S

S
P

S
M
M

S
E
G
V

S
P
C
C
P

III. Notificação da Concessionária C. Lorenzutti Participações Ltda., na pessoa de seu representante legal, na forma do artigo 63, inciso III, da Lei Complementar Estadual 621/201278, para que se manifeste sobre todos os termos da presente ITI, tendo em vista a possibilidade de anulação da CP 2/2016 e do Contrato 106/2016.

9.2 Preliminarmente, sugere-se:



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

I. a rejeição da preliminar de perda de objeto das representações, na forma do subitem 5.1 desta ITI;

II. o provimento do incidente de inconstitucionalidade sugerido no subitem 5.2 desta ITI.

9.3 Caso as razões de justificativas e documentos apresentados não elidam os fundamentos dos achados de auditoria, sugere-se ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, no julgamento deste processo e **após o regular contraditório**, as seguintes proposições:

I. **procedência dos achados** descritos nos subitens 6.1, 6.3, 6.4, 6.5, 6.7, 6.11, 6.14, 6.17, 6.18 e 6.19 desta ITI;

II. **aplicação das multas** previstas no artigo 135, incisos III e IV, da Lei complementar Estadual 621/2012 aos devidos Responsáveis;

III. **aplicação** aos agentes públicos responsáveis, em relação aos achados descritos nos subitens 6.18 e 6.19 desta ITI, **das penas de multa e de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança**, por prazo não superior a cinco anos, na forma do inciso III do artigo 135 e do artigo 139 da LCE 621/2012 (LOTCEES);

IV. **aplicação** à empresa C. Lorenzutti Participações Ltda. **das penas de multa e de inidoneidade para licitar** e contratar com a Administração Pública Estadual e Municipal, por até cinco anos, na forma do inciso III do artigo 135 e do artigo 140 da LCE 621/2012 (LOTCEES);

V. **expedição de DETERMINAÇÃO** à autoridade competente, na decisão do processo, conforme artigos 1º, incisos XVI a XIX, 111, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (LOTCEES) c/c os artigos 300, § 3º e 329, § 7º da Resolução 261/2013 (RITCEES)79, a fim de que:

a. **anule** a Concorrência Pública 2/2016 de Guarapari, nos termos do artigo 35, inciso V c/c o caput do artigo 49 da Lei 8.666/93, e realize nova licitação destinada à concessão do serviço público de transporte coletivo regular de passageiros, escoimada dos vícios apontados nesta Instrução Técnica Inicial;

b. **anule** o Contrato 106/2016, nos termos do artigo 35, inciso V c/c o §2º do artigo 49 da Lei 8.666/93 c/c o artigo 111 da LCE 621/2012 (LOTCEES), após a conclusão da nova Concorrência Pública destinada à concessão do serviço público de transporte coletivo regular de passageiros, de modo a não comprometer a continuidade do serviço;

VI. **expedição de RECOMENDAÇÃO** ao Sr. Prefeito de Guarapari a fim de que: a. envie projeto de lei à Câmara Municipal com o objetivo de definir na LCM 2/2006 o serviço público de transporte coletivo seletivo de passageiros, previsto apenas na redação alterada do parágrafo único do artigo 84; b. publique, por no mínimo uma vez, em jornal diário de grande circulação nacional, o aviso contendo o resumo do edital de nova licitação destinada à concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros, caso



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

seja determinada por esta corte a anulação da CP 2/2016 e do Contrato 106/2016.

VII. **expedição de ofício ao DER**, com cópia desta Instrução Técnica Inicial, a fim de informá-lo sobre os termos do presente subitem, requisitando providências destinadas a apurar e sanar eventuais irregularidades na Linha 56 – Praça Vitória x São Félix do transporte público coletivo de passageiros de Guarapari.

VIII. **expedição de ofício ao Ministério Público Estadual**, com cópia integral desta Instrução Técnica Inicial, a fim de apurar o possível cometimento dos crimes previstos no artigo 299 do Código Penal Brasileiro e no artigo 90 da Lei 8.666/93, conforme fundamentação contida nos subitens 6.18 e 6.19 da presente peça.

Devidamente citados, os Responsáveis apresentaram as justificativas pertinentes. Ato seguinte, os autos foram encaminhados ao **NRE – Núcleo de Controle Externo de Regimes Especiais** para elaboração da **Instrução Técnica Conclusiva 01382/2019-1** (evento 94, p. 3-114; evento 95, p. 1-121; evento 96, p. 1-67; e evento 97, p. 01-63), cuja **Proposta de Encaminhamento** foi assim enunciada:

6. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

6.1 Por todo o exposto e com base no inciso II do artigo 95 c/c o parágrafo único do artigo 101, ambos da Lei Complementar Estadual 621/2012 (LOTCEES) c/c o artigo 378 da Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013 (RITCEES), sugere-se que seja reconhecida a **procedência das representações** veiculadas no presente **Processo TC 4722/2016**, tendo em vista a manutenção dos achados descritos nos subitens 4.1 a 4.10 desta ITC, conforme segue:

6.1.1 **DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÕES IMPOSTAS NO ACÓRDÃO TC 221/2014 - PLENÁRIO (PROCESSO TC 5603/2012)**

Critérios: subitens 4.2.3 e 4.2.6, do Acórdão TC 221/2014; artigos 3º e 135, inciso IV, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (LOTCEES); e arts. 389, inciso IV e § 1º, e 452, da Resolução TC 261/2013 (RITCEES).

Responsáveis: **DANILO CARLOS BASTOS PORTO** - Secretário Municipal de Fiscalização

WEDERSON BRAMBATI MAIOLI - Secretário Adjunto de Trânsito e Transporte de Guarapari

ARIANE DE SOUZA DE FREITAS - Presidente da Copel

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

6.1.2 LICITAÇÃO E CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COM PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA/ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICO - FINANCEIRA DEFICIENTES E DESATUALIZADOS

Critérios: artigo 6º, inciso IX, c/c artigo 124, da Lei 8.666/93; inciso IV do artigo 18 e artigo 21 da Lei 8.987/95; § 1º do artigo 9º e artigo 10, da Lei 12.587/2012; Acórdão TC 221/2014-Plenário; Acórdãos TCU Plenário 2052/2014, 2104/2008, 682/2010, 683/2010 e 684/2010; Voto GC-7, de 26/4/2017, prolatado no Processo TCE/RJ 808.681-5/2016.

Responsáveis: **DANILO CARLOS BASTOS PORTO** - Secretário Municipal de Fiscalização

WEDERSON BRAMBATI MAIOLI - Secretário Adjunto de Trânsito e Transporte de Guarapari

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.3 UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO INDEVIDO DE JULGAMENTO DE PROPOSTAS

Critérios: artigo 9º, caput, da Lei 12.587/2012 e Voto GC-7, de 26/4/2017, do Processo 808.681-5/2016 TCE-RJ.

Responsáveis: **WEDERSON BRAMBATI MAIOLI** - Secretário Adjunto de Trânsito e Transporte de Guarapari

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

ARIANE DE SOUZA DE FREITAS - Presidente da Copel

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.4 RESTRIÇÃO INDEVIDA À COMPETITIVIDADE DA CP 2/2016

Critérios: inciso I do §1º do art. 3º da Lei 8.666/93 combinado com: **i)** inciso I do §1º do art. 30 da Lei 8.666/93; **ii)** inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93, Acórdão TCE/ES 460/2015-Plenário, Acórdão TCU Plenário 1851/2015, Acórdão TCU 1ª Câmara 3663/2016 e doutrina de Marçal Justen Filho; **iii)** artigos 44, caput e 45, caput, da Lei 8.666/93, doutrina de Marçal Justen Filho, Súmula 22 TCE/SP, Acórdãos TCU Plenário 1993/2008 e 124/2002, Súmula 272 TCU, Acórdão TCU Plenário 126/2007 e Voto GC-7, de 29/8/2017, do Processo TCE/RJ 808.681-5/16; **iv)** § 5º do art. 31, da Lei 8.666/93 e Súmula TCU 289, Acórdão TCE/ES 221/2014-Plenário, Acórdãos TCU Plenário, 2.338/2006, 932/2013, 6130/2012, 2495/2012, 452/2008, 402/2008 e 268/2003; **v)** § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93, Acórdão TCU Primeira Câmara 6463/2011; **vi)** art. 33, da Lei 8.666/93, RMS 6597/MS, 2ª Turma STJ, Acórdão TCU Plenário 108/2006, Acórdão TCU Primeira Câmara 1316/2010 e doutrina de Marçal Justen Filho; **vii)** inciso III e §§ 2º e 3º do artigo 31 da



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Lei 8.666/93, Acórdãos TCE/ES Plenário 448/2013, 221/2014, 901/2014 e 1289/2017, Acórdãos TCU Plenário 1533/2011 e 1824/2013, Acórdão TCU Segunda Câmara 2329/2014, Súmula 50 TCE/SP; **viii)** inciso XXI do artigo 37 e art. 170 da Constituição da República, § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93, doutrina de Marçal Justen Filho, Acórdão TCE/ES Plenário 1906/2017 e Acórdão TCU Primeira Câmara, 6233/2009; **ix)** § 5º do art. 30 da Lei 8.666/93 e Acórdãos TCU Plenário 123/1999 e 473/2004; **x)** inciso I do caput e inciso I, do § 1º do artigo 30 da Lei 8.666/93 e Acórdão TCE/ES Plenário 412/2016, artigo 1º da Lei 6.839/1980 e Acórdão TCU 1ª Câmara 4.608/2015.

Responsáveis: ARIANE DE SOUZA DE FREITAS - Presidente da Copel

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.5 LICITAÇÃO E CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO INADEQUADO

Critério: artigo 6º, caput e §1º, e artigo 7º, caput e inciso I, todos da Lei 8.987/95.

Responsáveis: ARIANE DE SOUZA DE FREITAS - Presidente da Copel

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.6 PREVISÃO NO EDITAL DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO EM DESACORDO COM A LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL 2/2006

Critério: artigo 11, § 3º, da Lei Complementar Municipal 2/2006

Responsáveis: ARIANE DE SOUZA DE FREITAS - Presidente da Copel

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.7 HABILITAÇÃO INDEVIDA E NÃO FUNDAMENTADA DE LICITANTE

Critério: princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (artigos 41, caput, 44, caput e §§ 1º a 3º, e 45, caput, da Lei 8.666/93); artigo 43, § 3º, da Lei 8.666/93; artigo 25 do Decreto-Lei 9294/1946, que cria o Conselho Federal de Contabilidade e define as atribuições do contador; Acórdãos TCU Plenário 1112/2006, 642/2014 e Decisão Plenário TCU 285/2000.

IVETE DA SILVA ALMEIDA LOSS – Presidente da Copel



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

ARIANE DE SOUZA DE FREITAS – Secretária da Copel

OTÁVIO JÚNIOR RODRIGUES POSTAY – Membro técnico da Copel

MARIA APARECIDA DA SILVA – Membro efetivo da Copel

RUTH ALVES PEREIRA RADAEL – Membro efetivo da Copel

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

6.1.8 IMPOSIÇÃO, EM EDITAL DE LICITAÇÃO, DE OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI

Critério: inciso II, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; Voto GC-2, de 6/2/2017, do processo 808.681-5/16 do TCE-RJ; Acórdão da 2ª Turma do STF no AI 627586

Responsáveis: **ORLY GOMES DA SILVA** - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.9 DECLARAÇÃO FALSA EM ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL

Critério: princípios da moralidade, da impessoalidade e da probidade da Administração Pública, previstos no artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 14 da Lei 8.987/95 e no artigo 3º, caput, da Lei 8.666/93; artigo 299 do Código Penal Brasileiro

Responsáveis: **DANILO CARLOS BASTOS PORTO** - Secretário Municipal de Fiscalização de Guarapari

MARCELO DE OLIVEIRA – Secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano e Mobilidade de Vila Velha

GIANCARLO BISSA MARCHEZI – Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Município de Vila Velha

SARA NALÚ RAMOS MAGNONI – Presidente da Comissão municipal de Cadastro de Fornecedores de Vila Velha

6.1.10 DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO

Critérios: inciso I do §1º do artigo 3º da Lei 8.666/93; princípios da moralidade, da impessoalidade e da probidade da Administração Pública, previstos no artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 14 da Lei 8.987/95 e no artigo 3º, caput, da Lei 8.666/93, artigo 90 da Lei 8.666/93

Responsáveis: **MARCOS PAULO GOMES DIAS** - Procurador-Geral do Município de Guarapari

IVETE DA SILVA ALMEIDA LOSS – Presidente da Copel

ARIANE DE SOUZA DE FREITAS – Secretária da Copel



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

OTÁVIO JÚNIOR RODRIGUES POSTAY – Membro técnico da Copel

MARIA APARECIDA DA SILVA – Membro efetivo da Copel

RUTH ALVES PEREIRA RADAEL – Membro efetivo da Copel

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

DANILO CARLOS BASTOS PORTO – Secretário Municipal de Fiscalização de Guarapari

6.2 Diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/2013, **conclui-se propondo:**

6.2.1 **rejeitar** as preliminares suscitadas pelos defendentes e pelo terceiro interessado, conforme fundamentação contida no item 3 desta ITC;

6.2.2 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Orly Gomes da Silva, Ex-Prefeito do Município de Guarapari, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.2, 6.1.3, 6.1.4, 6.1.5, 6.1.6, 6.1.7, 6.1.8 e 6.1.10, desta ITC e; **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso VII, do diploma legal citado, pela reincidência no descumprimento de determinação, descrito no subitem 6.1.1 desta ITC;

6.2.3 **acolher, parcialmente, as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Sr. Marcos Paulo Gomes Dias, Ex-Procurador-Geral do Município de Guarapari, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.2, 6.1.3, 6.1.4, 6.1.5, 6.1.6, 6.1.8 e 6.1.10 desta ITC e; **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso VII, do diploma legal citado, pela reincidência no descumprimento de determinação, descrito no subitem 6.1.1 desta ITC;

6.2.4 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Danilo Carlos Bastos Porto - Ex-Secretário Municipal de Fiscalização, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.2, 6.1.3, 6.1.9 e 6.1.10 desta ITC e; **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso VII, do diploma legal citado, pela reincidência no descumprimento de determinação, descrito no subitem 6.1.1;



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

6.2.5 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Wederson Brambati Maioli - Ex-Secretário Adjunto de Trânsito e Transporte de Guarapari, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.2 e 6.1.3 desta ITC e; **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso VII, do diploma legal citado, pela reincidência no descumprimento de determinação, descrito no subitem 6.1.1;

6.2.6 **acolher, parcialmente, as razões de justificativas** apresentadas pela senhora Ariane de Souza de Freitas Presidente, **condenando-a**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único 158 da LCE621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II 159, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.3, 6.1.6, 6.1.7 e 6.1.10, desta ITC e; ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso VII, do diploma legal citado, pela reincidência no descumprimento de determinação, descritos nos subitens 6.1.1;

6.2.7 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Otávio Junior Rodrigues Postay, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.7 e 6.1.10 desta ITC;

6.2.8 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pela senhora Maria Aparecida da Silva Ramos, **condenando-a**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.7 e 6.1.10 desta ITC;

6.2.9 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pela senhora Ivete da Silva Almeida Loss, **condenando-a**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE621/2012(LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.7 e 6.1.10 desta ITC;

6.2.11 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pela senhora Ruth Alves Pereira Radael, **condenando-a**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.7 e 6.1.10 desta ITC;



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

6.2.12 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Giancarlo Bissa Marchezi, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descrito no subitem 6.1.9 desta ITC;

6.2.13 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Marcelo de Oliveira, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos no subitem 6.1.9 desta ITC;

6.2.14 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pela senhora Sara Nalú Ramos Magnoni, **condenando-a**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descrito no subitem 6.1.9 desta ITC;

6.3 Propõe-se, ainda:

6.3.1 Conforme fundamentação contida no subitem 3.4 desta ITC, **instauração**, pelo Plenário desta Corte de Contas, **de incidente de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 12 da LCM 2/2006**, na forma dos artigos 9º, inciso IX e 332/339, do RITCEES;

6.3.2 A concessão do direito de **sustentação oral** solicitado pela Sra. Ariane de Souza Freitas, Sra. Ivete da Silva Almeida Loss, Sra. Maria Aparecida da Silva Ramos, Sr. Marcos Paulo Gomes Dias; Sr. Orly Gomes da Silva; Sr. Otávio Junior Rodrigues Postay, Sra. Ruth Alves Pereira Radael e Sr. Wederson Brambati Maioli.

6.3.3 Expedição de **ofício ao Ministério Público Estadual**, com cópia integral desta Instrução Técnica Conclusiva, a fim de apurar o possível cometimento do crime previsto no Art. 90 da Lei 8666/1993, conforme fundamentação contida no subitem 6.2.10.

6.7 Ainda, considerando a competência atribuída a este TCEES pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, caput e §1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do RITCEES, propõe-se a seguinte decisão no âmbito das determinações à Unidade Gestora:

6.7.1 Assinar prazo para que a Prefeitura Municipal de Guarapari submeta a este TCEES um **Cronograma de Ações** para promoção de nova licitação da concessão dos serviços público de transporte coletivo de passageiros e para a antecipação do término do Contrato 106/2016, contendo, no mínimo, as seguintes etapas:



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

- (a) elaboração de estudos econômico-financeiros para estabelecer a redução do prazo do Contrato 106/2016;
- (b) levantamento dos bens passíveis de caracterização como reversíveis, inseridos no objeto do Contrato 106/2016;
- (c) elaboração de estudos necessários à regular licitação da concessão dos serviços de transporte público coletivo de passageiros no Município de Guarapari, contemplando:
 - (c.1) a reutilização de bens reversíveis do Contrato 106/2016;
 - (c.2) o investimento com implantação de garagem adequada ao PDU;
 - (c.3) a verificação da viabilidade para instalação dos abrigos por meio do contrato de concessão de transporte coletivo de passageiros, tendo em vista a possibilidade de receita acessória proveniente desse equipamento público;
- (d) caso a Prefeitura Municipal opte pela contratação de serviços especializados para elaboração dos estudos referenciados nas alíneas (a), (b) e/ou (c), faça incluir no referido cronograma as ações e os respectivos prazos necessários também a esta etapa;
- (e) remessa periódica a cada 90 (noventa) dias da atualização do Cronograma de Ações ao TCEES;
- (f) na ocorrência de prejuízo ao erário decorrente da redução do prazo do Contrato 106/2006 realização de Tomada de Contas Especial, na forma da Seção IV do RITCEES, para apurar o dano ao erário decorrente da redução do prazo do Contrato 106/2006.

6.8 Tendo em vista a competência atribuída a este TCEES pelo art. 1º, inciso XXXIX, de sua Lei Complementar 621 de 8 de março de 2012 (LOTCEES), conclui-se opinando pela celebração de **Termo de Ajustamento de Gestão**, em autos apartados, para o controle da execução do Cronograma de Ações a que se refere o subitem 6.7.1 acima.

Por fim, registra-se que, em cumprimento ao disposto no artigo 313, inciso V, da Resolução TC 261/2013 (RITCEES), esta Instrução Técnica foi elaborada considerando pesquisas no sistema de jurisprudência (Mapjuris), nas Súmulas, nos Pareceres em Consulta e nos Prejulgados desta Corte de Contas.

Os autos aportaram no *Parquet* de Contas que emitiu o **Parecer do Ministério Público de Contas 1823/2019-7** (evento 99, p. 3) anuindo aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na **ITC 01382/2019-1**.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Levado à Sessão Plenária em 22/10/2019, realizou-se sustentação oral pelo advogado da Concessionária C. Lorenzutti Participações Ltda. e deferido seu pleito de juntada de Memorial e novos documentos comprobatórios (evento 99, p.44 e seguintes).

Assim, o processo foi retirado de pauta e enviado ao **Núcleo de Controle Externo de Regimes Especiais – NRE** para manifestação, tendo sido emitida a **Manifestação Técnica de Defesa Oral 37/2019-5** (evento 100, p. 7), com a seguinte nova **Conclusão e Proposta de Encaminhamento:**

3. Conclusão

Diante do exposto, opina-se que a proposta de encaminhamento da ITC tenha seus itens: 4.6 e 4.7 mantidos; 6.8 excluído e o 6.7 adequado de acordo com o entendimento da Corte sobre a manutenção ou não do item 6.7 da ITC (sendo que, no caso do afastamento do item 6.7 da ITC, propõe-se a criação de um novo item 6.8 determinando que o Contrato 106/2016 não seja prorrogado).

Ressalta-se que **a decisão a ser tomada (sobre a manutenção ou não do item 6.7 da ITC) deverá considerar os arts. 20 e 21 da LINDB.**

Por fim, **cabe destacar que tramita nesta Corte o Processo TC 2765/2019**, que discute supostas inexecuções (e dificuldades na execução) no Contrato 106/2016, oriundas, em sua maioria, da irregularidade descrita no item 4.2 da ITC 1382/201910, sendo que o referido processo está propondo, como única forma de se manter o mencionado contrato em execução sem causar mais danos ao município e à população uma revisão ordinária de vários elementos contratuais.

Diante disso, importante registrar que o encaminhamento do Proc. TC 2765/19 depende do que for decidido no presente processo.

4. Proposta de encaminhamento

Considerando as alterações mencionadas nesta MTD, a proposta de encaminhamento constante na ITC 1382/2019, ficaria a seguinte:

6.1 Por todo o exposto e com base no inciso II do artigo 95 c/c o parágrafo único do artigo 101, ambos da Lei Complementar Estadual 621/2012 (LOTCEES) c/c o artigo 378 da Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013. (RITCEES), sugere-se que seja reconhecida a **procedência das representações veiculadas** no presente **Processo TC 4722/2016**, tendo em vista a manutenção dos achados descritos nos subitens 4.1 a 4.10 desta ITC, conforme segue:

6.1.1 DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÕES IMPOSTAS NO ACÓRDÃO TC 221/2014-PLENÁRIO (PROCESSO TC 5603/2012)



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Critérios: subitens 4.2.3 e 4.2.6, do Acórdão TC 221/2014; artigos 3º e 135, inciso IV, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (LOTCEES); e arts. 389, inciso IV e § 1º, e 452, da Resolução TC 261/2013 (RITCEES).

Responsáveis: **DANILO CARLOS BASTOS PORTO** - Secretário Municipal de Fiscalização

WEDERSON BRAMBATI MAIOLI - Secretário Adjunto de Trânsito e Transporte de Guarapari

ARIANE DE SOUZA DE FREITAS - Presidente da Copel

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.2 LICITAÇÃO E CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COM PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA/ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA DEFICIENTES E DESATUALIZADOS

Critérios: artigo 6º, inciso IX, c/c artigo 124, da Lei 8.666/93; inciso IV do artigo 18 e artigo 21 da Lei 8.987/95; § 1º do artigo 9º e artigo 10, da Lei 12.587/2012; Acórdão TC 221/2014-Plenário; Acórdãos TCU Plenário 2052/2014, 2104/2008, 682/2010, 683/2010 e 684/2010; Voto GC-7, de 26/4/2017, prolatado no Processo TCE/RJ 808.681-5/2016.

Responsáveis: **DANILO CARLOS BASTOS PORTO** - Secretário Municipal de Fiscalização

WEDERSON BRAMBATI MAIOLI - Secretário Adjunto de Trânsito e Transporte de Guarapari

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.3 UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO INDEVIDO DE JULGAMENTO DE PROPOSTAS

Critérios: artigo 9º, caput, da Lei 12.587/2012 e Voto GC-7, de 26/4/2017, do Processo 808.681-5/2016 TCE-RJ.

Responsáveis: **WEDERSON BRAMBATI MAIOLI** - Secretário Adjunto de Trânsito e Transporte de Guarapari

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

ARIANE DE SOUZA DE FREITAS - Presidente da Copel

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.4 RESTRIÇÃO INDEVIDA À COMPETITIVIDADE DA CP 2/2016

Critérios: inciso I do §1º do art. 3º da Lei 8.666/93 combinado com: *i)* inciso I do §1º do art. 30 da Lei 8.666/93; *ii)* inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93, Acórdão TCE/ES 460/2015-Plenário, Acórdão TCU Plenário 1851/2015, Acórdão TCU 1ª Câmara 3663/2016 e doutrina de Marçal



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Justen Filho; **iii)** artigos 44, caput e 45, caput, da Lei 8.666/93, doutrina de Marçal Justen Filho, Súmula 22 TCE/SP, Acórdãos TCU Plenário 1993/2008 e 124/2002, Súmula 272 TCU, Acórdão TCU Plenário 126/2007 e Voto GC-7, de 29/8/2017, do Processo TCE/RJ 808.681-5/16; **iv)** § 5º do art. 31, da Lei 8.666/93 e Súmula TCU 289, Acórdão TCE/ES 221/2014- Plenário, Acórdãos TCU Plenário, 2.338/2006, 932/2013, 6130/2012, 2495/2012, 452/2008, 402/2008 e 268/2003; **v)** § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93, Acórdão TCU Primeira Câmara 6463/2011; **vi)** art. 33, da Lei 8.666/93, RMS 6597/MS, 2ª Turma STJ, Acórdão TCU Plenário 108/2006, Acórdão TCU Primeira Câmara 1316/2010 e doutrina de Marçal Justen Filho; **vii)** inciso III e §§ 2º e 3º do artigo 31 da Lei 8.666/93, Acórdãos TCE/ES Plenário 448/2013, 221/2014, 901/2014 e 1289/2017, Acórdãos TCU Plenário 1533/2011 e 1824/2013, Acórdão TCU Segunda Câmara 2329/2014, Súmula 50 TCE/SP; **viii)** inciso XXI do artigo 37 e art. 170 da Constituição da República, § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93, doutrina de Marçal Justen Filho, Acórdão TCE/ES Plenário 1906/2017 e Acórdão TCU Primeira Câmara, 6233/2009; ix) § 5º do art. 30 da Lei 8.666/93 e Acórdãos TCU Plenário 123/1999 e 473/2004; x) inciso I do caput e inciso I, do § 1º do artigo 30 da Lei 8.666/93 e Acórdão TCE/ES Plenário 412/2016, artigo 1º da Lei 6.839/1980 e Acórdão TCU 1ª Câmara 4.608/2015.

Responsáveis: ARIANE DE SOUZA DE FREITAS - Presidente da Copel

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.5 LICITAÇÃO E CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO INADEQUADO

Critério: artigo 6º, *caput* e §1º, e artigo 7º, *caput* e inciso I, todos da Lei 8.987/95.

Responsáveis: **ARIANE DE SOUZA DE FREITAS** - Presidente da Copel

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.6 PREVISÃO NO EDITAL DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO EM DESACORDO COM A LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL 2/2006

Critério: artigo 11, § 3º, da Lei Complementar Municipal 2/2006

Responsáveis: **ARIANE DE SOUZA DE FREITAS** –

Presidente da Copel

ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.7 HABILITAÇÃO INDEVIDA E NÃO FUNDAMENTADA DE LICITANTE



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Critério: princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (artigos 41, caput, 44, caput e §§ 1º a 3º, e 45, caput, da Lei 8.666/93); artigo 43, § 3º, da Lei 8.666/93; artigo 25 do Decreto-Lei 9294/1946, que cria o Conselho Federal de Contabilidade e define as atribuições do contador; Acórdãos TCU Plenário 1112/2006, 642/2014 e Decisão Plenário TCU 285/2000.

IVETE DA SILVA ALMEIDA LOSS – Presidente da Copel
ARIANE DE SOUZA DE FREITAS – Secretária da Copel
OTÁVIO JÚNIOR RODRIGUES POSTAY – Membro técnico da Copel
MARIA APARECIDA DA SILVA – Membro efetivo da Copel
RUTH ALVES PEREIRA RADAEL – Membro efetivo da Copel
ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016

6.1.8 IMPOSIÇÃO, EM EDITAL DE LICITAÇÃO, DE OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI

Critério: inciso II, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; Voto GC-2, de 6/2/2017, do processo 808.681-5/16 do TCE-RJ; Acórdão da 2ª Turma do STF no AI 627586

Responsáveis: **ORLY GOMES DA SILVA** - Prefeito de Guarapari 2013/2016

MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

6.1.9 DECLARAÇÃO FALSA EM ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL

Critério: princípios da moralidade, da impessoalidade e da probidade da Administração Pública, previstos no artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 14 da Lei 8.987/95 e no artigo 3º, caput, da Lei 8.666/93; artigo 299 do Código Penal Brasileiro

Responsáveis: DANILO CARLOS BASTOS PORTO - Secretário Municipal de Fiscalização de Guarapari

MARCELO DE OLIVEIRA – Secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano e Mobilidade de Vila Velha

GIANCARLO BISSA MARCHEZI – Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Município de Vila Velha

SARA NALÚ RAMOS MAGNONI – Presidente da Comissão municipal de Cadastro de Fornecedores de Vila Velha

6.1.10 DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO Critérios: inciso I do §1º do artigo 3º da Lei 8.666/93; princípios da moralidade, da impessoalidade e da probidade da Administração Pública, previstos no artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 14 da Lei 8.987/95 e no artigo 3º, caput, da Lei 8.666/93, artigo 90 da Lei 8.666/93

Responsáveis: MARCOS PAULO GOMES DIAS - Procurador-Geral do Município de Guarapari

IVETE DA SILVA ALMEIDA LOSS – Presidente da Copel



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

ARIANE DE SOUZA DE FREITAS – Secretária da Copel
OTÁVIO JÚNIOR RODRIGUES POSTAY – Membro técnico da Copel
MARIA APARECIDA DA SILVA – Membro efetivo da Copel
RUTH ALVES PEREIRA RADAEL – Membro efetivo da Copel
ORLY GOMES DA SILVA - Prefeito de Guarapari 2013/2016
DANILO CARLOS BASTOS PORTO – Secretário Municipal de Fiscalização de Guarapari.

6.2 Diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/2013, **conclui-se propondo**:

6.2.1 **rejeitar** as preliminares suscitadas pelos defendentes e pelo terceiro interessado, conforme fundamentação contida no item 3 desta ITC;

6.2.2 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Orly Gomes da Silva, Ex-Prefeito do Município de Guarapari, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.2, 6.1.3, 6.1.4, 6.1.5, 6.1.6, 6.1.7, 6.1.8 e 6.1.10, desta ITC e; **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso VII, do diploma legal citado, pela reincidência no descumprimento de determinação, descrito no subitem 6.1.1 desta ITC;

6.2.3 **acolher, parcialmente, as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Sr. Marcos Paulo Gomes Dias, Ex- Procurador-Geral do Município de Guarapari, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.2, 6.1.3, 6.1.4, 6.1.5, 6.1.6, 6.1.8 e 6.1.10 desta ITC e; **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso VII, do diploma legal citado, pela reincidência no descumprimento de determinação, descrito no subitem 6.1.1 desta ITC;

6.2.4 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Danilo Carlos Bastos Porto - Ex-Secretário Municipal de Fiscalização, condenando-o, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.2, 6.1.3, 6.1.9 e 6.1.10 desta ITC e; **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso VII, do diploma legal citado, pela reincidência no descumprimento de determinação, descrito no subitem 6.1.1;

6.2.5 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Wederson Brambati Maioli - Ex-Secretário Adjunto de Trânsito e Transporte de Guarapari, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

individual prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.2 e 6.1.3 desta ITC e; **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso VII, do diploma legal citado, pela reincidência no descumprimento de determinação, descrito no subitem 6.1.1;

6.2.6 **acolher, parcialmente, as razões de justificativas** apresentadas pela senhora Ariane de Souza de Freitas Presidente, **condenando-a**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.3, 6.1.6, 6.1.7 e 6.1.10, desta ITC e; **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso VII, do diploma legal citado, pela reincidência no descumprimento de determinação, descritos nos subitens 6.1.1;

6.2.7 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Otávio Junior Rodrigues Postay, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.7 e 6.1.10 desta ITC;

6.2.8 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pela senhora Maria Aparecida da Silva Ramos, **condenando-a**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.7 e 6.1.10 desta ITC;

6.2.9 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pela senhora Ivete da Silva Almeida Loss, **condenando-a**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.7 e 6.1.10 desta ITC;

6.2.11 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pela senhora Ruth Alves Pereira Radael, **condenando-a**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.7 e 6.1.10 desta ITC;

6.2.12 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Giancarlo Bissa Marchezi, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descrito no subitem 6.1.9 desta ITC;



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

6.2.13 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pelo senhor Marcelo de Oliveira, **condenando-o**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos no subitem 6.1.9 desta ITC;

6.2.14 **rejeitar as razões de justificativas** apresentadas pela senhora Sara Nalú Ramos Magnoni, **condenando-a**, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), **ao pagamento da multa individual** prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descrito no subitem 6.1.9 desta ITC;

6.3 Propõe-se, ainda:

6.3.1 Conforme fundamentação contida no subitem 3.4 desta ITC, **instauração**, pelo Plenário desta Corte de Contas, **de incidente de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 12 da LCM 2/2006**, na forma dos artigos 9º, inciso IX e 332/339, do RITCEES;

6.3.2 A concessão do direito de **sustentação oral** solicitado pela Sra. Ariane de Souza Freitas, Sra. Ivete da Silva Almeida Loss, Sra. Maria Aparecida da Silva Ramos, Sr. Marcos Paulo Gomes Dias; Sr. Orly Gomes da Silva; Sr. Otávio Junior Rodrigues Postay, Sra. Ruth Alves Pereira Radael e Sr. Wederson Brambati Maioli.

6.3.3 Expedição de **ofício ao Ministério Público Estadual**, com cópia integral desta Instrução Técnica Conclusiva, a fim de apurar o possível cometimento do crime previsto no Art. 90 da Lei 8666/1993, conforme fundamentação contida no subitem 6.2.10.

6.7 Considerando a competência atribuída a este TCEES pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, *caput* e § 1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do RITCEES, propõe-se a seguinte decisão no âmbito das determinações à Unidade Gestora:

6.7.1 Assinar prazo para que a Prefeitura Municipal de Guarapari submeta a este TCEES um **Cronograma de Ações** para promoção de nova licitação da concessão dos serviços público de transporte coletivo de passageiros e para a antecipação do término do Contrato 106/2016, contendo, no mínimo, as seguintes etapas:

(a) elaboração de estudos econômico-financeiros para estabelecer a redução do prazo do Contrato 106/2016;

(b) levantamento dos bens passíveis de caracterização como reversíveis, inseridos no objeto do Contrato 106/2016;



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

(c) elaboração de estudos necessários à regular licitação da concessão dos serviços de transporte público coletivo de passageiros no Município de Guarapari, contemplando:

(c.1) a reutilização de bens reversíveis do Contrato 106/2016;

(c.2) o investimento com implantação de garagem adequada ao PDU;

(c.3) a verificação da viabilidade para instalação dos abrigos por meio do contrato de concessão de transporte coletivo de passageiros, tendo em vista a possibilidade de receita acessória proveniente desse equipamento público;

(d) caso a Prefeitura Municipal opte pela contratação de serviços especializados para elaboração dos estudos referenciados nas alíneas (a), (b) e/ou (c), faça incluir no referido cronograma as ações e os respectivos prazos necessários também a esta etapa;

(e) remessa periódica a cada 90 (noventa) dias da atualização do Cronograma de Ações ao TCEES;

6.8 No caso de afastamento da determinação constante no item 6.7 desta ITC, que seja determinado ao Prefeito Municipal que se abstenha de prorrogar o Contrato 106/2016, haja vista as irregularidades constantes no procedimento licitatório que o originou.

Por fim, registra-se que, em cumprimento ao disposto no artigo 313, inciso V, da Resolução TC 261/2013 (RITCEES), esta Instrução Técnica foi elaborada considerando pesquisas no sistema de jurisprudência (Mapjuris), nas Súmulas, nos Pareceres em Consulta e nos Prejulgados desta Corte de Contas.

O Ministério Público de Contas, por meio do **Parecer 3501/2020** (evento 103), da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, divergiu da Manifestação Técnica de Defesa Oral 37/2019-5 e ratificou o posicionamento anterior apresentado pelo Parquet de Contas por meio do Parecer 1823/2019-7.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Analisando os autos, verifico que o feito se encontra devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

2.1 PRELIMINARES

2.1.1 DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE¹

A Instrução Técnica Inicial

A ITI 288/2018 (doc. eletrônico 243), apontou o seguinte:

Antes da apreciação e julgamento do mérito do presente feito, faz-se necessária a declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 12 da Lei Complementar 2/2006 de Guarapari, no caso concreto, haja vista que adentrou em competência privativa da União, prevista no inciso XXVII do artigo 22 da CRFB, dispondo sobre regras gerais de licitação e contratação.

Oportuno frisar que é vedado aos municípios legislar sobre regras gerais de licitações e contratações, em virtude da competência privativa a União na matéria.

Não bastasse isto, o parágrafo único do artigo 12 da LCM 2/2006 limitou o julgamento do procedimento licitatório para concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros em Guarapari a apenas um único critério, o de “melhor técnica com tarifa fixada”.

Art. 12. Os contratos de concessão ou permissão deverão conter, no mínimo, as seguintes cláusulas:

(..)

Parágrafo Único. *O julgamento da licitação observará a melhor técnica com preço fixado. (Redação dada pela Lei Complementar nº 11/2008)*

Dessa forma, contrariou a regra prevista no artigo 15 da Lei 8.987/95, que trata de normas gerais de licitações e contratações relativas a concessões de serviços públicos.

Isto porque, o artigo 15 da Lei 8.987/95 prevê sete critérios de julgamento da licitação referente à concessão de serviços públicos:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

¹ Suscitado pela área técnica e pelas partes.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Assim, Lei municipal não poderia restringir os critérios de julgamentos previstos no artigo 15 da Lei 8.987/95.

Além disso, o artigo 9º da Lei 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, estabeleceu que a tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público coletivo será resultante do processo licitatório.

Art. 9º O regime econômico e financeiro da concessão e o da permissão do serviço de transporte público coletivo serão estabelecidos no respectivo edital de licitação, **sendo a tarifa de remuneração da prestação de serviço de transporte público coletivo resultante do processo licitatório da outorga do poder público.** (DESTACOU-SE)

Essa previsão legal contida no artigo 9º da Lei 12.587/2012, proveniente de norma editada pela União, fez com que a interpretação do artigo 15 da Lei 8.987/95 fosse reformulada.

A partir da Lei 12.587/2012, norma mais nova e mais específica que a Lei 8.987/95, pois trata da mobilidade urbana em nível nacional, todos os critérios de julgamento previstos no artigo 15 da Lei 8.987/95 têm que ser conjugados com a disputa do valor da tarifa no procedimento licitatório. Ou seja, o critério de menor tarifa tem que estar presente em qualquer combinação de critérios.

Essa questão do critério de julgamento será melhor abordada nesta Instrução Técnica Inicial.

Mas, mesmo sem essa interpretação proveniente da Lei 12.587/2012, a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 12 da LCM 2/2006 é flagrante, pois **lei municipal não poderia criar, modificar e nem restringir os critérios de julgamento de licitação relativa à concessão de serviço público previstos no artigo 15 da Lei 8.987/95**, haja vista que a edição de regras gerais sobre licitação e contratações, como dito, é de competência privativa da União.

Diante do exposto, sugere-se que o Plenário desta Corte de Contas, antes de apreciar o mérito no presente processo, instaure incidente de inconstitucionalidade, assegurando o contraditório, para o fim de, no caso concreto, negar a aplicação do parágrafo único do artigo 12 da Lei Complementar Municipal 2/2006 de Guarapari, nos termos dos artigos 9º,



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

inciso IX e 332-339, todos da Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013 (RITCEES)².

Manifestação da Procuradoria-Geral do Município

O Município de Guarapari, na pessoa de seu Prefeito, Sr. Edson Figueiredo Magalhães, respondeu (doc. eletrônico 327) à notificação deste TCEES nos termos de Parecer da Procuradoria-Geral do Município³ (doc. eletrônico 328):

RELATÓRIO

Vieram-me os autos para análise e parecer jurídico acerca da solicitação de análise e orientação em relação ao incidente de inconstitucionalidade suscitado pelo Tribunal de Contas deste Estado em relação ao parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar Municipal nº 02/2006.

É o relatório.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

Inicialmente, registra-se que a análise desta Procuradoria se restringe ao caráter jurídico do presente requerimento, não sendo considerados os aspectos técnicos ou econômicos do pleito, aspectos esses que se presumem apreciados pelos órgãos técnicos competentes para tanto (art. 378, parágrafo único, da Lei 8.666/93, em combinação com o art. 3º, inc. VII, da Lei Complementar Estadual nº 88/96).

B) ANÁLISE

Dispõe o art. 12 da Lei Complementar Municipal nº 02/2006:

Art. 12. Os contratos de concessão ou permissão deverão conter, no mínimo, as seguintes cláusulas:

(...)

Parágrafo único. O julgamento da licitação observará a melhor técnica com preço fixado. (Redação dada pela Lei Complementar nº 11/2008)

I – Menor custo quilométrico, e,

² **Art. 9º** Ao Plenário, órgão máximo de deliberação, dirigido pelo Presidente do Tribunal e composto por sete Conselheiros, compete:

(...)

IX - apreciar incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público;

³ Parecer emitido pela Procuradora do Município, Dra. Aline Balarini Resende de Almeida, acompanhado pelo Procurador-Geral, Dr. Américo Soares Mignone, conforme despacho à fl. 4 do doc. elet. 328.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

II – Maior oferta de pagamento mensal ao Poder Concedente pela outorga da concessão, conforme critérios mínimos estabelecidos no regulamento ou no edital.

Tal disposição, segundo o TCEES, adentra em competência privativa da União, haja vista que o art. 22, XXVII da Constituição Federal estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação.

Alega o TCEES que a disposição legal municipal limitou o julgamento do procedimento licitatório para a concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros em Guarapari em apeno um único critério: o da melhor técnica com tarifa fixada.

Defende que tal disposição municipal contrariou a regra prevista no art. 15 da Lei nº 8987/95, que trata de normas gerais de licitação e contratações relativas a concessões de serviços públicos.

Estabelece a mencionada lei:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

§1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.

§2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.

§3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

§4º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

Pois bem.

Conforme observo, a lei municipal não inovou ao prever disposição estranha à legislação para o julgamento da licitação referente à concessão de serviços públicos, entretanto, considerando que a lei federal – geral – estabelece sete



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

critérios de julgamento, que podem ser utilizados à escolha do ente, a depender do caso concreto, conforme disposições contidas no art. 15 (Lei nº 8987/95), e que a legislação municipal estabeleceu que apenas a melhor técnica com preço fixado seria utilizada no julgamento da licitação, entendendo ter realmente havido limitação no julgamento.

Este é o parecer. s.m.j.

Manifestação do Ex-Prefeito e do Ex-Procurador-Geral do Município

O Sr. Orly Gomes da Silva, Ex-Prefeito do Município de Guarapari apresentou peça conjunta de defesa com o Sr. Marcos Paulo Gomes Dias, à época dos fatos, Procurador-Geral do Município (doc. eletrônico 333). A seguir é transcrita a manifestação dos referidos agentes públicos quanto à preliminar de incidente de inconstitucionalidade suscitada na ITI.

XI. DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA ESCOLHA DE MODALIDADE LICITATÓRIA PELA LEI MUNICIPAL

No que tange à modalidade escolhida pela municipalidade, ficou consignado no parecer da Procuradoria Geral quando da análise do procedimento:

"A concorrência é a modalidade de licitação prevista no art. 22, §1º da Lei nº 8.666/93 e, por força dos arts. 1º e 2º I e II, da legislação específica que regulamenta a concessão e permissão da prestação de serviços públicos, Lei nº 8.987 /95:

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa Jurídica ou consórcio de



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. (g.n.)

Nota-se da norma legal supracitada que a concorrência é a modalidade destinada à concessão de serviços públicos, o que se justifica, haja vista que a principal característica da concorrência se refere à admissibilidade da participação de quaisquer interessados na licitação, independentemente de serem cadastrados ou não no órgão promotor do certame, desde que atendam às exigências do edital especial no que se referem às condições preliminares de habilitação.

Neste contexto, a concorrência possui um prazo de publicidade (entre a última publicação do seu resumo ou a disponibilidade do edital até a data de abertura) maior do que o das demais modalidades, sendo de no mínimo 30 (trinta) dias para as do tipo "menor preço", e de no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias para as do tipo "técnica e preço" ou "melhor técnica".

Além disso, a concorrência exige gastos com publicações de seu resumo em diário oficial, jornal de grande circulação, afixação em local visível no órgão, dentre outros, conforme o caso, em conformidade com o disposto no art. 21 da Lei nº. 8.666/93.

Assim sendo, sopesando que o presente caso consiste na concessão dos serviços de transporte coletivo de passageiros desta municipalidade, resta acertada a escolha da modalidade de licitação-concorrência.

Todavia, impera verificar se, também, resta acertada a escolha do respectivo tipo "melhor técnica com tarifa fixada".

Por força das disposições dos arts. 44, *caput*, e 45, *caput*, da Lei nº 8.666/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (g.n.)

Abstrai-se do comando legal alhures o princípio do julgamento objetivo/ o qual, necessariamente, integra a licitação, de sorte que, quando não respeitado, acarreta o descumprimento de outros princípios norteadores da Administração Pública, do procedimento licitatório e da própria concessão de serviços públicos, tais como a isonomia, a impessoalidade, a vantajosidade e a economicidade.

Nesse sentido, dado o grau de complexidade que envolve o tipo "melhor técnica", na análise das propostas, quando da concessão de serviço de transporte público coletivo, o julgamento objetivo pode ser prejudicado ou, até mesmo, inviabilizado.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Ao ministrar o assunto em voga, o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho exemplifica que:

Isso se traduzirá na previsão do número mínimo de veículos, na descrição das suas condições operacionais (o que abrange idade média da frota) e assim por diante. [...] Nesse caso e supondo-se que a licitação fosse de menor tarifa, seria selecionada a proposta de menor valor tarifário mas tomando em vista apenas aquelas propostas que atendessem às exigências necessárias. (em: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2003, p. 255)

E, sopesando a relevância dos critérios de avaliação, assevera o citado doutrinador que:

Poderá ocorrer da proposta mais apta a satisfazer a necessidade pública e economicamente a mais vantajosa ser derrotada por outra, selecionada em virtude de critérios técnicos desnecessários. Ou seja, determinada proposta será vencedora porque o critério de julgamento foi inadequadamente eleito. Um fator técnico, desnecessário ou inadequado, terá influenciado o resultado da licitação. Isso ofenderá tanto o interesse público, por não ser solucionada a proposta mais vantajosa, quanto ao privado, por preferir-se o particular que formulara a melhor proposta. (em: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2003, p. 422)

Tem-se, portanto, que, em não sendo possível a utilização de critérios capazes de afastar a subjetividade quando do julgamento das propostas, o "melhor preço" se revela o tipo mais adequado na concorrência para concessão de serviços públicos.

Nesta seara, em forte crítica à utilização do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço", leciona Ivan Barbosa Rigolin que:

Com todo efeito, são tantas e tamanhas as inafastáveis subjetividades que cercam a concepção e a especificação dos fatores de julgamento, das outrora tão odiadas notas técnicas, e também dos pesos que darão a ponderação nas licitações de técnica e preço, que praticamente não existe como assegurar o princípio do julgamento objetivo no certame de técnica, uma vez que 100% objetivo é, sempre foi e sempre será única e exclusivamente o critério do menor preço, eis que em qualquer lugar do mundo 10 são, sempre mais que 9 e menos que 11, independentemente do gosto ou do humor dos julgadores. (em: Convite por Melhor Técnica, ou Técnica e Preço. Boletim de Licitações e Contratos -BLC -, nº 3, Vol. 22, 2009, p. 213)

Por toda fundamentação supra, forçoso concluir que, na licitação para concessão de serviço de transporte público coletivo, deve-se afastar o tipo "melhor técnica" do procedimento, pois que se mostra mais compatível ao princípio do julgamento objetivo a utilização do critério "menor preço", de modo a obter a melhor proposta para a administração, o que desaguará em observância aos princípios da vantajosidade e da economicidade para a Administração Pública.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Por tais razões, esta Procuradoria Geral entende que a modalidade de "melhor técnica com menor preço", leia-se, "menor tarifa", para a presente concorrência, nos termos do art. 15, 1, da Lei nº 8.987/95, seria a mais adequada e justa para garantir melhor o interesse público, em observância ao princípio do julgamento objetivo e todos mais que dele decorrem nesta modalidade de licitação.

Todavia, diante da limitação imposta pela Lei autorizativa da concessão do transporte público no Município (LC 002/2006), que vincula à modalidade de concorrência com tarifa fixada, e que eventuais ajustes demandarão tempo, prejudicando a conclusão da licitação e conseqüente atendimento à população, assim como também a modalidade, embora não compreendida como a melhor ao caso, tem fundamento da lei geral de concessões, poderá a Administração Municipal adotá-la, devendo, no entanto, fixar critérios objetivos para análise da melhor técnica, de modo que não permita desvios da finalidade e do interesse público no procedimento.

Para tanto, em tópico próprio, a Procuraria Geral complementa as orientações quanto aos critérios apresentados, sugerindo as alterações e eventuais acréscimos."

A despeito de todas as críticas ofertadas na manifestação, a Lei de Concessões Públicas confere aos entes o dever de editar lei autorizado e regulamentação cada concessão pretendida, assim como também a autonomia para escolher a modalidade que entender mais adequada, dentro daquelas dispostas no art. XX, na qual se incluiu a de "melhor técnica com tarifa fixada".

Nesse aspecto, não há inovação ou violação de competência por porta do Município, mas pleno exercício de sua autonomia, dentro daquilo que a própria lei lhe autoriza, como se observa:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica;

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Diante desta prerrogativa, o Município edital a lei específica adotando, na forma do art. 15, IV, como critério "melhor proposta técnica, com preço fixado no edital".



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Reporta-se que o Ministério Público, em parecer oferecido no processo administrativo, também teve o entendimento pela possibilidade da modalidade e critério, asseverando a competência do Município para escolha. Assim, em que pese as críticas pessoais à modalidade fixada na lei municipal, não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na norma nesse ponto.

Manifestação de agentes públicos membros da Copel

Os agentes públicos Sr. Otávio Junior Rodrigues Postay, Sra. Maria Aparecida da Silva Ramos, Sra. Ivete da Silva Almeida Loss e Ruth Alves Pereira Radael apresentaram peça conjunta com seus argumentos de defesa (doc. eletrônico 331) na qual combatem a preliminar de incidente de inconstitucionalidade contida na ITI 288/2018.

Também a Sra. Ariane de Souza Freitas, Presidente da Copel à época dos fatos, em sua peça de defesa (doc. eletrônico 340), trouxe preliminar no mesmo sentido e conteúdo idêntico, conforme transcrição a seguir:

2.2 Da não possibilidade da abertura de incidente de Inconstitucionalidade pelo TCE/ES

Muito nos espanta o apontamento da Instrução Técnica trazer até abertura de incidente de Inconstitucionalidade, mesmo sabedores que se trata de matéria competente ao Tribunal de Justiça Comum.

A ITI aduziu acerca da suposta Inconstitucionalidade do Art. 12 Lei Complementar Municipal nº 02/2016 de Guarapari, taxando que a Lei supra não poderia praticar os verbos quanto aos critérios de julgamento licitatórios já previstos na Lei Federal 8.987/95.

Contudo, tal apontamento vem somente agora, sendo cristalino que o artigo vige até os dias atuais, assim, pertence ao sistema jurídico, e deve ser aplicado até sua remoção do Ordenamento.

Portanto, não caberia ao Poder Executivo tal, controle de Constitucionalidade, data vênua, também não sendo de competência da Corte de Contas, nem no momento da licitação, nem nos dias atuais.

Eis a questão: Se não aplica-se o artigo fere-se o princípio da Legalidade, pois o artigo está positivado no Ordenamento, mas se aplica, a área técnica da Corte de Contas entende por irregular, haja vista possível incidente de inconstitucionalidade!

Ora, a decisão do Executivo foi corretíssima, aplicou-se do artigo, e deve continuar aplicando até que ele seja declarado inconstitucional ou não.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Entretanto, nossa preliminar é tangente à competência, onde rechaçamos o apontamento da área técnica, para que não seja acolhida tal abertura de incidente de Inconstitucionalidade por falta de competência da d. Corte de Contas, ratificado no Art. 125, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Manifestação da Concessionária

Com relação à proposta contida na ITI de instauração de incidente de inconstitucionalidade, a concessionária C. Lorenzutti Participações Ltda. alegou em sua peça de defesa (doc. eletrônico 318) o seguinte:

[...]

Na instrução técnica *sub examen* postulou-se pela abertura de incidente de inconstitucionalidade para que fosse declarada como inconstitucional o art. 12 da LCM 02/2006 do Município de Guarapari/ES.

Segundo narrado, a lei municipal não poderia criar, modificar ou restringir critérios de julgamento de licitação relativa à concessão de serviço público previstos no art. 15 da Lei 8.987/95.

Inicialmente, é importante salientar que, data máxima vênua, não é de competência desta Corte de Contas a realização de controle de constitucionalidade de normas.

Isso por dois motivos.

Primeiro, porque pela interpretação do **art. 125, §2º da Constituição Federal** dada pelo **Supremo Tribunal Federal**, a competência para o controle de constitucionalidade de Lei Municipal em face de Constituição Estadual, seria do Tribunal de Justiça, *in verbis*:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 4.770/2009. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. **O entendimento deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais, em face de Constituição estadual, compete aos Tribunais de Justiça dos Estados, razão pela qual não há falar em violação do art. 125, § 2º, da Lei Fundamental.** 2. Ausência de demonstração da suposta norma de reprodução obrigatória prevista na Constituição estadual que teria sido violada. Aplicável, na hipótese, o entendimento jurisprudencial vertido na Súmula nº 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". 3. Agravo regimental conhecido e não provido.

(ARE 903509 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 05-09-2017 PUBLIC 06-09-2017)

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. REITERAÇÃO DO PEDIDO INICIAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL CONTRÁRIO A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I –As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. 11 - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. (Rei 23216 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 19-03-2018 PUBLIC 20-03-2018)

Assim, não cabe a esse e. Tribunal de Contas promover o controle de constitucionalidade de lei municipal.

Sobre o tema, Daniel Amorim Assumpção Neves ensina que:

Importante destacar que também os Tribunais de Justiça são competentes para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, mas, nesse caso, a alegada ofensa atinge a Constituição Estadual. Aduz o art. 125, §2º, da CF a possibilidade de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, considerados em face da Constituição Estadual. Registre-se a correta lição doutrinária a apontar a incorreção gramatical do texto constitucional, considerando-se que a chamada "representação" nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade. **Mesmo na hipótese de lei municipal que se limite a reproduzir dispositivo da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados, quando contestada em face da Constituição Estadual, a ação direta de inconstitucionalidade será de competência do Tribunal de Justiça**, restando a participação do Supremo Tribunal Federal relegada ao julgamento de eventual recurso extraordinário.

Segundo, porque a suposta inconstitucionalidade apontada foi entre o art. 12 da Lei Complementar 02/2006 e o art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal.

Assim, em se tratando de busca de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal frente a Constituição Federal, a competência para a sua análise é do Supremo Tribunal Federal e não da Corte Estadual, que é competente apenas para análise de inconstitucionalidade de Lei Municipal frente a Constituição Estadual.

Nesse sentido, válida a leitura das lições de **Hely Lopes Meirelles**:

O parâmetro de controle do juízo abstrato perante o STF haverá de ser apenas a Constituição Federal. O controle abstrato de normas perante o Tribunal de Justiça estadual ou do Distrito Federal será apenas e tão



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

somente a Constituição estadual, para o caso dos Estados-membros; e a Lei Orgânica distrital, como veremos a seguir, para o Distrito Federal.

Tendo em vista que não foi apontada na instrução técnica *sub examen* nenhuma violação a Constituição estadual e, ainda, haja vista que a competência para a realização do controle de constitucionalidade de lei municipal em face de Constituição estadual seria do Tribunal de Justiça, não deve ser acatado o pedido de abertura do incidente de inconstitucionalidade por este Egrégio Tribunal de Contas.

Ademais, não se pode olvidar que uma vez inserida no sistema por agente competente e mediante processo legislativo válido e regular, a norma jurídica possui validade e eficácia até que seja retirada do sistema por outra norma individual e concreta.

É o que ensina o professor Paulo de Barros Carvalho, *in verbis*:

Uma norma "N" é válida no sistema jurídico "S" se, e somente se, pertencer a esse conjunto, o que significa admitir que foi produzida por órgão previsto pelo sistema, consoante procedimento específico nele também estipulado. Para lógica deôntica, as normas jurídicas, proposições prescritivas que são, têm sua valência própria. Delas, não se pode dizer que sejam verdadeiras ou falsas, valores iminentes às proposições descritivas da Ciência do Direito, **mas as normas jurídicas serão sempre válidas ou inválidas, com referência a determinado sistema "S", E ser norma válida quer significar que mantém relação de pertinencialidade com o sistema "S" ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim.**

No presente caso, a norma jurídica foi produzida por agente competente e mediante procedimento legislativo regular, o que a torna válida, aplicável e, sobretudo, de observância obrigatória – em atenção ao princípio da estrita legalidade – pelos agentes públicos municipais até que seja retirada no sistema por norma individual e concreta.

Inclusive, caso tal norma jurídica não fosse observada pelos agentes públicos municipais, poderiam os mesmos responder por improbidade administrativa, na forma do art. 10, VIII da Lei de Improbidade Administrativa.

Portanto, não há que se falar em abertura de incidente de inconstitucionalidade sobre o art. 12 da Lei Complementar n. 02/2006 por incompetência dessa h. Corte, bem como não há que se falar em qualquer irregularidade na aplicação da referida norma pelos agentes públicos municipais.

[...]

Análise da unidade técnica

A ITI 288/2018 propôs a instauração de incidente de inconstitucionalidade em face do parágrafo único do artigo 12 da Lei Complementar 2/2006 de Guarapari, uma vez que,



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

no caso concreto, adentrou em competência privativa da União, prevista no inciso XXVII do artigo 22 da CRFB, conforme argumentação transcrita mais acima.

A concessionária e os agentes públicos Sr. Otávio Junior Rodrigues Postay, Sra. Maria Aparecida da Silva Ramos, Sra. Ivete da Silva Almeida Loss, Sra. Ruth Alves Pereira Radael e Sra. Ariane de Souza Freitas, em suas manifestações, argumentaram estar fora da competência do TCEES a realização de controle de constitucionalidade de normas e trouxeram jurisprudência e doutrina sobre controle abstrato de constitucionalidade de lei ou de ato normativo. Além disso, argumentaram que uma vez inserida no sistema por agente competente e mediante processo legislativo válido e regular, a norma jurídica possui validade e eficácia até que seja retirada do sistema por outra norma individual e concreta.

Realmente, têm razão os defendentes quando afirmaram que inexistente competência do TCEES para analisar a constitucionalidade de norma apenas em abstrato. Sucede que o controle de que fala a ITI 288/2018 é o controle concreto, cuja competência do TCEES é reconhecida pelo STF⁴, bem como pela Lei Orgânica do TCEES – LOTCEES⁵ e o Regimento Interno do TCEES – RITCEES⁶ que estabelecem,

⁴ Súmula 347: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

⁵ Lei Complementar 621/2012

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XXXV – negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;

[...]

Art. 176. O Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do poder público.

Parágrafo único. Verificada a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, na apreciação de qualquer feito, a matéria será apreciada pelo Plenário, em pronunciamento preliminar.

Art. 177. A decisão, contida no acórdão que deliberar sobre o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejudgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas.

Art. 178. A Câmara não submeterá a arguição de inconstitucionalidade ao Plenário, quando já houver o pronunciamento deste ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 179. Poderá o Plenário, por iniciativa do Presidente ou a requerimento de Conselheiro ou do representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, ato ou procedimento da administração.

⁶ Resolução TC 261/2013.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

claramente, o mecanismo pelo qual se dá tal apreciação bem como as suas consequências.

Portanto, o TCEES poderá afastar a aplicação de lei ainda que, no caso concreto, para garantia da segurança jurídica e excepcional interesse público, module os efeitos da decisão, que, quando definitiva, será comunicada, por representação, ao Poder Judiciário, para os fins devidos.

Para ainda melhor compreensão quanto ao procedimento, podemos citar o Parecer/Consulta TC 5/2007, os Prejulgados 3, 4, 5, 6, 7 e 8 do TCEES⁷ e o Acórdão TC-176/2018-Plenário.

A competência do TCEES para o exame da constitucionalidade de leis e atos do poder público pressupõe a análise de atos administrativos que materializem seus efeitos, não se admitindo a apreciação de atos normativos em abstrato. Trata-se de representação oferecida pelo Prefeito de Mimoso do Sul, objetivando que o TCEES apurasse ilegalidades e inconstitucionalidades nos processos legislativos de aprovação das Leis

Art. 9º Ao Plenário, órgão máximo de deliberação, dirigido pelo Presidente do Tribunal e composto por sete Conselheiros, compete:

[..]

IX - apreciar incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público;

[...]

Art. 332. O Tribunal, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do Poder Público.

[...]

§ 2º Na fase de instrução, as unidades técnicas poderão propor a arguição de incidente de inconstitucionalidade.

§ 3º Ao Ministério Público junto ao Tribunal será oportunizado que se manifeste também por escrito, antes da deliberação do Plenário.

Art. 334. Verificada a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, na apreciação ou julgamento de qualquer feito, assegurado o contraditório, o Plenário, em pronunciamento preliminar, poderá negar aplicação da lei ou do ato, total ou parcialmente.

Art. 335. A decisão, contida no acórdão que deliberar, por maioria absoluta dos membros do Plenário, sobre o incidente de inconstitucionalidade, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejulgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal.

Parágrafo único. Poderá o Plenário, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse público, por maioria absoluta, modular os efeitos da decisão.

Art. 336. Tornada definitiva a decisão denegatória da aplicação da lei ou ato, o Tribunal representará ao Procurador-Geral de Justiça, para os devidos fins.

⁷ Disponível em <https://www.tce.es.gov.br/nucleo-de-jurisprudencia-e-sumula/>. Acesso em: 20 fev. 2019.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Municipais nº 2296/2016 e 2307/2016. O representante requereu a declaração de nulidade das leis e a suspensão cautelar de seus efeitos. Em análise da questão, a área técnica reconheceu que: “Os indícios de irregularidades trazidos na Representação, em suma, conduzem à ilegalidade no processo legislativo de aprovação da Lei Municipal que introduziu o novo plano de cargos, carreiras e salários dos servidores municipais”. Contudo, observou que, até o presente momento, não houve nenhum pagamento de despesa com pessoal decorrente daqueles normativos durante o exercício de 2017. Nesse sentido, pontuou que: “A competência do Tribunal de Contas em relação à apreciação da constitucionalidade das normas se efetiva no caso concreto, não atingindo a validade da norma, mas sim a sua eficácia, retirando da norma a capacidade de produção de efeitos no caso concreto”. Acrescentou que a ausência de atos administrativos capazes de 7.1 Competência materializar os efeitos da lei, assim entendida como a ausência de execução de despesa praticada sob o amparo das leis questionadas, afasta a competência dessa Corte de Contas na apreciação da constitucionalidade das leis. E ainda lembrou que: “No caso em tela, cabe ao Poder Judiciário a apreciação do controle de constitucionalidade em abstrato, sendo, inclusive, o Prefeito Municipal parte legítima para propositura da ação, nos termos do art. 112 da Constituição Estadual”. Ante todo o exposto, o relator acompanhou integralmente o opinamento técnico. O Plenário deliberou, à unanimidade, segundo o voto do Relator, por não conhecer da representação e expedir ofício à Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo, a fim de avaliar a propositura da ação de inconstitucionalidade e apurar possíveis crimes de responsabilidade e/ou improbidade administrativa. **Acórdão TC-176/2018-Plenário, TC-4027/2017, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 21/05/2018. / Informativo de Jurisprudência nº 78**

Ademais, tal matéria foi colocada novamente em discussão no Plenário desta Corte de Contas, em razão de recente julgado da Suprema Corte brasileira, ao apreciar o Mandado de Segurança nº 35.410/DF.

Em breve síntese, a matéria em debate se trata da possibilidade de este Egrégio Tribunal de Contas apreciar a constitucionalidade de lei e demais atos normativos, por meio do incidente de inconstitucionalidade previsto nos arts. 332 e seguintes da Resolução 261/2013 e 176 e seguintes da Lei 621/2012.

Tal discussão foi aventada inicialmente nos autos do Processo TC 7512/2011-1, que tem como relator o Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, que proferiu o Voto do Relator 3390/2021-1, em 13/07/2021, no sentido de julgar prejudicada a instauração do incidente de inconstitucionalidade, em razão da alteração da jurisprudência do



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Supremo Tribunal Federal manifestada no julgamento do Mandado de Segurança nº. 35.410/DF.

Por ocasião do julgamento do Processo TC 2943/2020-8, proferi o Voto 3716/2021-1, em 05/08/2021, no sentido de, preliminarmente, instaurar o incidente de inconstitucionalidade e negar exequibilidade a lei objeto da demanda, por entender, inicialmente, que o recente julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal não altera o posicionamento já adotado por esta Corte de Contas.

Em sequência, o Conselheiro Sr. Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha proferiu voto vista em ambos os processos (Voto Vista 73/2021-3 em 13/08/2021 e Voto Vista 75/2021-2 em 18/08/2021), sugerindo o retorno dos autos a área técnica para que essa se manifestasse acerca da possibilidade ou não desta Corte de Contas enfrentar a constitucionalidade dos atos normativos.

Nesse sentido, a matéria, antes pacificada no Plenário deste Tribunal, foi novamente colocada em discussão em razão de recente julgado do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Mandado de Segurança nº 35.410/DF, razão pela qual proferi o Voto Complementar 4235/2021 nos autos do Processo TC 2943/2020-8 sugerindo o retorno dos autos à área técnica, para que esta se manifestasse expressamente acerca da possibilidade ou não desta Corte de Contas enfrentar a constitucionalidade dos atos normativos, com quesitos a serem respondidos.

A área técnica apresentou a Manifestação Técnica 2891/2021, respondendo aos quesitos e, em suma, reafirmando a higidez do arcabouço constitucional, legal e regimental que autoriza o controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais de contas, em especial pelo Tribunal de Contas deste Estado, alertando-se, contudo, para a necessidade de uma interpretação conforme aos artigos 177 da LC n. 621/2012 e art. 335, *caput*, do Regimento Interno de forma a evitar a transcendência dos efeitos dos prejulgados. Posicionamento corroborado e completado pelo Parecer do Ministério Público de Contas 6071/2021, da lavra do Procurador de Contas Luciano Vieira.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Pois bem, ratifiquei integralmente o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, prolatando o **Voto do Relator 160/2022-7** nos autos do Processo 2943/2020-8, tomando como razão de decidir a fundamentação exarada na Manifestação Técnica 2891/2021, complementada pelo Parecer do Ministério Público de Contas 6071/2021, cujo teor peço vênica para reproduzir:

Manifestação Técnica 2891/2021:

2. ANÁLISE:

Acerca do tema questionado, salienta-se que o Brasil adotou duas formas de controle repressivo de constitucionalidade: o Concentrado e o Difuso. O primeiro, também chamado de Abstrato, é da competência originária do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 102, I, "a", da Constituição da República, sendo o seu exame realizado de forma direta, por intermédio de ação própria, e tem por objetivo a declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese.

O Controle Difuso, por sua vez, também conhecido como Concreto ou Incidental, é exercido no curso de um processo no qual se tenha suscitado a inconstitucionalidade de uma norma, sendo da competência de qualquer magistrado (singular) ou Tribunal, seja ele ordinário ou especial.

Embora não se possa afirmar que os Tribunais de Contas estejam inseridos no capítulo constitucional que trata do Poder Judiciário, não é possível negar as suas funções judicantes, conferidas pela própria Constituição Federal, em seu artigo 71, incisos II e III, tendo em vista as suas competências para realizarem julgamentos técnico-jurídicos, como órgãos fiscalizadores dos recursos públicos e da Administração Pública, razão pela qual os seus membros possuem as mesmas prerrogativas e impedimentos daqueles do Poder Judiciário.

As Cortes de Contas, ao realizarem as suas funções, constitucionalmente previstas, apreciam a aplicabilidade ou não de uma norma jurídica ao caso concreto, o que decorre não só das regras que regulam a atuação das mesmas, mas das normas jurídicas que as regem, o que alcança leis e atos normativos em sentido estrito, assim como, os princípios jurídicos e as súmulas.

Os artigos 70 e 71, da Constituição Federal, conferem aos Tribunais de Contas a competência para o julgamento da legalidade dos atos e contratos administrativos, com a finalidade de evitar a ocorrência de danos ao erário. Os referidos dispositivos permitem inferir que as Cortes de Contas necessitam avaliar a aplicação ou não de um ato normativo ao caso concreto apreciado para o cumprimento de sua função constitucional, o que difere, substancialmente, da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma

Também ressalta-se o Princípio da Boa-Fé, que alcança não apenas a boa-fé subjetiva, mas também a objetiva, e está diretamente relacionado ao Princípio da Moralidade, explicitado no artigo 37, da Constituição Federal, sendo imprescindível considerar que a má-fé traz como consequência a edição de atos normativos inconstitucionais, objetivando atender a interesses exclusivamente particulares, como se pode citar, exemplificativamente, o de uma lei que estabelecesse remuneração acima do teto constitucional para determinada



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

categoria de agentes públicos, assim como outra que admitisse a realização de contratação de agentes públicos, sem concurso público, para a ocupação de cargos privativos de servidores efetivos na Administração Pública.

Os referidos princípios não estão desvinculados do Princípio da Segurança Jurídica, previsto na Nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, Lei Federal nº 13.655/2018, em seus artigos 23, 24 e 30, tendo em vista que os atos e contratos administrativos realizados com má-fé não devem consolidar-se na ordem jurídica administrativa, prorrogando-se os seus efeitos danosos até a declaração de suas nulidades, razão pela qual afirma-se que as situações jurídicas dela decorrentes necessitam ser evitadas, mas, caso ocorram, assim que identificadas, extirpadas, o quanto antes, da Administração Pública, sob o risco de causarem prolongados gravames.

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal, com base na Teoria dos Poderes Implícitos, segundo a qual não é possível conceder uma prerrogativa sem disponibilizar instrumentos adequados para efetivá-la, reconheceu a existência do Poder Geral de Cautela aos Tribunais de Contas, admitindo-se que estes suspendam, cautelarmente, atos e contratos administrativos ilegais e inconstitucionais, o que não teria qualquer eficácia, caso não se admitisse que as Cortes de Contas pudessem apreciar incidentalmente a inconstitucionalidade das normas.

Se não bastasse, o próprio Supremo Tribunal Federal fixou tal entendimento, explicitado na Súmula nº 347, admitindo a competência dos Tribunais de Contas para realizarem o Controle Difuso de Constitucionalidade, durante o exercício de suas atribuições, reconhecendo-o, inclusive, como instrumento necessário ao exercício de suas funções constitucionais

Acompanhando os referidos fundamentos jurídicos, os artigos 176 à 179, da Lei Orgânica desta Corte, Lei Complementar nº 621/2012, e os artigos 332 à 339, de seu Regimento Interno, Resolução 261/2013, admitem tal possibilidade, embora se deva admitir que as suas redações extrapolam os limites previstos para o exercício do controle concreto, ao permitir, por exemplo, nos artigos 177, da Lei Orgânica e no 335, do Regimento Interno, que as decisões acerca dos incidentes de inconstitucionalidade, uma vez que tenham o quórum da maioria absoluta dos membros do Tribunal, possam tornar-se prejudgados a serem aplicados aos demais casos semelhantes.

As referidas normas ampliam os efeitos das decisões tomadas em sede de incidente de inconstitucionalidade para além do caso concreto, o que não se pode concordar. Mesmo assim, é possível ponderar, em razão dos diversos sentidos que uma norma jurídica pode ter e dos princípios jurídicos que orientam a sua preservação sempre que possível, que tais preceitos podem ser mantidos no ordenamento jurídico, desde que a eles sejam dados sentidos compatíveis com o texto constitucional, por intermédio da técnica de interpretação conforme a Constituição, afastando-se aqueles que permitam que as decisões que apreciem o incidente de inconstitucionalidade possam constituir prejudgados para abranger outros casos semelhantes.

Não se pode negar que as decisões proferidas em sede de incidente de inconstitucionalidade, embora adstritas ao caso concreto apreciado e sem efeitos vinculantes, poderiam explicitar tendências jurisprudenciais das Cortes de Contas, tal qual ocorre com as súmulas de orientação, também existentes nos Tribunais jurisdicionais, que ao contrário das vinculantes, previstas no artigo 103-A, da Constituição Federal, demonstram o entendimento dos mesmos acerca de determinada temática, devendo ser a cada novo caso apreciado reexaminada para averiguar a sua subsunção ou não.

Ainda que com todos esses argumentos no sentido da possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade pelas Cortes de Contas, é necessário ressaltar que



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

em algumas decisões monocráticas, expedidas liminarmente em Mandado de Segurança, Ministros do Supremo Tribunal Federal posicionaram-se pela impossibilidade de o Tribunal de Contas da União exercer o controle difuso de constitucionalidade, embora deva ser ressalvado, que este cenário de incertezas em relação às competências do TCU, e que acaba ocasionando grande insegurança jurídica, não se esgota apenas em relação ao tema do controle de constitucionalidade.

No Mandado de Segurança nº 25.888/DFⁱ, por exemplo, a Petrobrás questionou a competência do Tribunal de Contas da União para apreciar, com base na Súmula nº 347, a constitucionalidade do artigo 67, da Lei nº 9.478/97, que previa o uso de procedimento licitatório simplificado para a Petrobrás, e do Decreto nº 2.745/98, que permitia o regime diferenciado de contratações à Petrobrás, por não haver lei que regulamentasse o artigo 173, parágrafo 1º, incisos II e III, da Constituição Federal. A cautelar foi concedida monocraticamente pelo Ministro Gilmar Mendes para suspender os efeitos da Decisão do TCU.

De se notar que na referida decisão, expedida em março de 2006, o Ministro Gilmar Mendes determinou, cautelarmente, a suspensão dos efeitos do Acórdão TCU nº 39/2006- Plenário, por entender, dentre outras razões, que haveria a “[...] necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula nº 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988”. Entretanto, em nova decisão monocrática publicada em 17/09/2020, passou o Ministro Gilmar Mendes a defender a higidez da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, embora asseverando a necessidade de existir jurisprudência do STF atestando a inconstitucionalidade para que o Tribunal de Contas pudesse determinar o afastamento do ato normativo tido por inconstitucional.

A questão sobre o exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União somente viria a ser apreciada pelo Plenário do Pretório Excelso, no julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410/DF, impetrado pelo Sindicato dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil (SINDIRECEITA) contra ato decisório emitido pelo TCU.

Neste julgamento, finalizado em 13/04/2021, pontuou o Supremo Tribunal Federal, pela “[...] impossibilidade de exercício do controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União”, em relação à decisão, emitida por aquela Corte Federal de Contas, de afastamento da eficácia de dispositivos legais sobre o pagamento de “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira”, instituído pela Lei nº 13.464/201, a inativos e pensionistas. Dessa forma, o Mandado de Segurança nº 35410/DF foi julgado procedente, sendo concedida a ordem para cassar a decisão emanada do TCU.

O referido Acórdão não foi unânime, tendo sido vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio, que votaram pela não concessão da ordem. Já os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas, enfatizando a possibilidade de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, desde que limitado ao exame do caso concreto, sem a transcendência de seus efeitos, conforme trecho do voto do Ministro Barroso, o qual a seguir se transcreve:

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



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

arts. 7º, parágrafos 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.** Grifo nosso.

As decisões da Corte Suprema, faz-se necessário ressaltar, foram realizadas em sede de Mandado de Segurança, ou seja, com efeitos limitados aos casos concretos apreciados, sem vinculação ou eficácia *erga omnes*, demonstrando apenas uma tendência do Supremo Tribunal Federal, que não é recente, de desvalorizar o controle difuso de constitucionalidade e incrementar, cada vez mais, o controle abstrato, fenômeno conhecido como “abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”, gerando o debate de que o controle concreto não poderia ser exercido fora dos limites do Poder Judiciário.

De qualquer modo, ainda que surjam teses defendendo a observância do Acórdão emitido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 35.410/DF, convém registrar que o julgado não assinala a vedação ao exercício do controle de constitucionalidade difuso pelas Cortes de Contas, mas sim, e, tão somente, pontua a impossibilidade de o Tribunal de Contas declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em tese com efeitos *erga omnes* e vinculantes, bem como o impedimento de que, ao exercitar o controle difuso, venha o Tribunal de Contas recair na transcendência dos seus efeitos de maneira a abranger outros casos, para além do apreciado e que levou, incidentalmente, à negativa de exequibilidade ou afastamento do ato normativo tido por contrário à Constituição.

Para dispersar qualquer dúvida acerca da abrangência do julgado expedido pelo Plenário do Pretório Excelso, mormente no que diz respeito à possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, convém reproduzir a emenda do Acórdão prolatado no Mandado de Segurança nº 35.410/DF:

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



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

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.

4.CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004.

Decisão

O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 021.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004, prevendo o pagamento do bônus de eficiência, vedado o afastamento da eficácia de dispositivo legal por decisão administrativa do Tribunal de Contas da União, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pelo impetrante, o Dr. Rodolfo Tsunetaka Tamanaha; e, pelo impetrado, o Dr. Ricardo Oliveira Lira, Advogado da União. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Plenário, Sessão Virtual de 2.4.2021 a 12.4.2021. (grifos nossos).

Como se observa do consignado no tópico “3” da ementa supra, preocupou-se o Plenário do Supremo Tribunal Federal em esclarecer que o controle difuso, realizado pelos Tribunais de Contas, não pode assumir moldes inerentes ao controle abstrato. Equivale dizer que, ao exercer o controle difuso de constitucionalidade, deve a Corte de Contas abster-se de propiciar ou ensejar, de qualquer modo, efeitos erga omnes ou vinculantes à decisão que, em sede incidental, venha a afastar a aplicação de dispositivo legal ou ato normativo, por reconhecê-los contrários à Constituição. É necessário assim, que o afastamento da norma tida por inconstitucional restrinja-se, especificamente, ao caso concreto que está sendo julgado e às partes que figurem no processo, posto que não há, propriamente, uma declaração de inconstitucionalidade, na medida em que a norma permanece no mundo jurídico com plena eficácia e validade, sendo apenas tornada inexecutável dentro do feito em julgamento e para o caso concreto nele reportado.

Outrossim, tendo em vista que o Plenário da Suprema Corte, no julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410/DF, a *contrario sensu* da leitura do tópico “3” da ementa do acórdão proferido, reafirmou a possibilidade de as Cortes de Contas exercerem o controle difuso de constitucionalidade, desde que respeitados os limites objetivos e subjetivos inerentes à espécie, conclui-se que remanesce hígida a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, não havendo que se falar em seu cancelamento ou modificação.

3.CONCLUSÃO:

Por todo o exposto, responde-se aos questionamentos formulados nos seguintes termos:



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

1.1.1. Quais são os fundamentos legais que autorizam a análise da constitucionalidade de leis e atos do poder público pelos Tribunais de Contas? E pelo Tribunal de Contas do Espírito Santo? Explique.

Os fundamentos que autorizam o controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas englobam um conjunto de normas, ou seja, não se limitam a leis e atos normativos em sentido estrito, mas alcançam princípios jurídicos e súmulas. Pode-se mencionar, em primeiro lugar, os artigos 70 e 71, da Constituição Federal, já que, para cumprirem a sua função constitucional, as Cortes de Contas necessitam reconhecer, em algumas situações, mediante a análise do caso concreto, a inconstitucionalidade de atos normativos. Acrescentam-se os Princípios Jurídicos da Boa-Fé, da Moralidade e da Segurança Jurídica, estampados nos artigos 23, 24 e 30, da Nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, Lei 13.655/2018 e no artigo 37, da Constituição Federal, uma vez que, a aplicação no caso concreto de atos normativos inconstitucionais, além de privilegiar a má-fe dos agentes públicos e ofender a moralidade administrativa, causa gravames à Administração Pública, sendo danoso, inclusive, para a Segurança Jurídica. Ademais, cita-se o Poder Geral de Cautela dos Tribunais de Contas, reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que perderia a sua eficácia, diante da proibição do controle difuso de constitucionalidade. Por fim, menciona-se a Súmula nº 347, do Supremo Tribunal Federal que, embora meramente orientativa e não vinculante, continua vigente, demonstrando que apesar de existirem decisões da Corte Suprema em sentido contrário, não é a orientação que prevalece. Em relação, especificamente, ao Tribunal de Contas do Espírito Santo, pode-se acrescentar ainda, os artigos 176, 177, 178 e 179, de sua Lei Orgânica, Lei Complementar nº 621/2012 e os artigos 332 à 339, do Regimento Interno, Resolução 261/2013, que preveem expressamente a possibilidade de realização de controle difuso de constitucionalidade por esta Corte, devendo-se quanto a estes realizar uma interpretação conforme a Constituição, objetivando preservar a norma e proibir a extrapolação dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade para além do caso concreto apreciado, excluindo-se da norma qualquer interpretação que admita que as referidas decisões tornem-se prejudgados aptos a vincularem outros casos semelhantes. Outra possibilidade que se apresenta é a eventual proposição de alteração da Lei Orgânica, no sentido de reformular o disposto em seu artigo 177, de modo a suprimir a expressão “constituindo prejudgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas”, contida em sua parte final. O mesmo se diga quanto ao artigo 335, caput, do Regimento Interno, cuja alteração, por ser de competência do Plenário desta Egrégia Corte, não demandaria maiores dificuldades.

1.1.2. Quais são os efeitos das decisões dos Tribunais de Contas ao analisarem a constitucionalidade de leis e atos do poder público pelos Tribunais de Contas? São efeitos erga omnes ou inter partes? Os efeitos das decisões são vinculantes a outros?

Os efeitos das decisões que apreciam o controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas são limitados às partes processuais do caso concreto apreciado (*inter partes*), não vinculando outros processos ou outras partes, nem mesmo Tribunais ou Órgãos Públicos.

1.1.3. O julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410/DF pelo Supremo Tribunal Federal impossibilita a análise da constitucionalidade de leis e atos do poder público pelos Tribunais de Contas? Explique.

Não. O julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410/DF tem efeitos apenas entre as partes processuais daquele feito, ou seja, o Tribunal de Contas da União e o Sindicato Impetrante, além de não deter efeito vinculante, não impedindo, portanto, que os Tribunais



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

de Contas continuem realizando o controle difuso de constitucionalidade, conforme os fundamentos jurídicos explicitados no item “1.1.1” desta peça processual.

1.1.4. O julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410/DF pelo Supremo Tribunal Federal alterou os efeitos dados as decisões dos Tribunais de Contas sobre a análise da constitucionalidade de leis e atos do poder Público? Explique.

Não. Conforme já explicitado nos itens anteriores, o julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410/DF, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em nada alterou os efeitos das decisões dos Tribunais de Contas em relação ao controle difuso de constitucionalidade, valendo lembrar que a transcendência de seus efeitos para além do caso concreto apreciado é proibida, não devendo ser generalizada e atribuída a todas as decisões que realizam o exame concreto de constitucionalidade, mas sim, ser averiguada individualmente. Deste modo, eventual decisão proferida em um processo desta Corte, em sede de controle incidental de constitucionalidade, no sentido de se negar exequibilidade a um determinado ato normativo, na apreciação de um dado caso concreto, não poderá ser estendida a outros casos, estranhos ao feito.

1.1.5. Quais são os casos que permitem que uma Súmula do STF pode deixar de ser aplicada? O julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410/DF pelo Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento da Súmula 347 do próprio STF?

É preciso diferenciar as súmula meramente orientativas das súmulas vinculantes. As primeiras são orientações do Tribunal que as editou, não possuindo efeitos vinculantes. Já as últimas têm efeitos vinculantes, conforme previsão do artigo 103-A, da Constituição Federal, desde que atendidos os requisitos exigidos no dispositivo constitucional, devendo ser observadas pelos demais órgão do Poder Judiciário e também pela Administração Pública Direta e Indireta, em todas as suas esferas. O MS nº 35.410/DF não alterou o entendimento acerca da Súmula nº 347 do STF, que é meramente orientativa, devendo esta ser apreciada diante de cada novo caso concreto para análise de sua subsunção. Tampouco ocorreu o cancelamento ou superação de seu conteúdo, uma vez que o referido acórdão, prolatado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal não retirou do Tribunal de Contas a atribuição de exercer o controle difuso de constitucionalidade nos feitos de sua competência, mas sim, pontificou que tal exercício encontra limites objetivos e subjetivos no caso concreto apreciado, não podendo implicar em efeitos *erga omnes* e vinculantes.

1.1.6. Há incompatibilidade entre a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 35.410/DF e as legislações deste Egrégio Tribunal de Contas? Há a necessidade de se fazer alteração nas legislações do Tribunal de Contas do Espírito Santo (Regimento Interno e Lei Orgânica) para adequar ao julgado do Mandado de Segurança nº 35.410/DF pelo Supremo Tribunal Federal? Caso positivo, quais alterações sugeridas?

A legislação deste Tribunal acerca do controle incidental de inconstitucionalidade, artigos 176/179, da Lei Complementar nº 621/2012 e artigos 332 a 339, da Resolução TC nº 261/2013 não são incompatíveis com o Mandado de Segurança nº 35.410/DF, já que, conforme explicitado nos itens anteriores, este só tem efeito entre as partes processuais. No entanto, ressalta-se que para que os referidos dispositivos estejam de acordo com o sistema jurídico constitucional necessitam ser interpretados conforme a Constituição, afastando-se qualquer sentido que admita que esta Corte de Contas possa realizar qualquer controle de constitucionalidade que não seja o controle difuso, com efeitos apenas entre as



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

partes processuais e sem vinculação a outras decisões, sejam deste Tribunal ou de qualquer outro, bem como, órgãos públicos. Ainda assim, ressalta-se a possibilidade de que este Tribunal, no exercício de suas competências constitucionais, possa realizar alterações nas próprias normas, apresentando eventual proposição de alteração da Lei Orgânica, no sentido de reformular o disposto em seu artigo 177, de modo a suprimir a expressão “constituindo prejudgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas”, contida em sua parte final. O mesmo se diga quanto ao artigo 335, caput, do Regimento Interno, cuja alteração, por ser de competência do Plenário desta Egrégia Corte, não demanda maiores dificuldades.

Complementada pelo **Parecer do Ministério Público de Contas 6071/2021:**

Reputam-se respondidos, de forma percuciente, os quesitos elaborados no item 1 da Decisão 02745/2021-4 – Plenário, não sobejando dúvidas acerca da competência dos tribunais de contas, no exercício de suas atribuições, para apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, tal como consignado no verbete da súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal, a qual não restou superada pela decisão no julgamento do Mandado de Segurança n. 35.410/DF.

Este *Parquet* de Contas já se manifestou neste mesmo sentido na petição de agravo, autuado sob o número 05847/2021-7, interposto em face da Decisão 03239/2021-7 – Plenário, prolatada nos autos do processo TC-20558/2019-8, que sobrestou o julgamento do processo até ulterior decisão nestes autos sobre a questão. Vejamos:

“Inicialmente, cabe destacar que o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 35.410/DF não teve o condão de revogar o teor da súmula 347 do STF, a qual dispõe que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Logo, permanece intacta a competência do TCU e dos Tribunais de Contas para apreciar a constitucionalidade, por meio do controle incidental, realizado no caso concreto, de normas que afrontam à Carta Constitucional, devendo observar a cláusula de reserva de plenário, conforme art. 97 da CF.

Ainda, cabe ilustrar o brilhante voto do ministro Edson Fachin sobre o tema, *verbis*:

[...]

É, em síntese, breve relatório. Da análise conjunta das demandas, depreendo três temas a ser enfrentados por esta Corte: (i) a possibilidade de o Tribunal de Contas da União afastar a aplicação de lei na análise de casos concretos; (ii) saber se os artigos 7º, §§ 2º e 3º, e 17, §§ º e 3º da Lei nº 13.464/2017 são constitucionais; (iii) se a decisão guerreada violou os princípios do contraditório e da ampla defesa, ao não determinar a notificação dos interessados.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

O primeiro ponto foi aquele acolhido pelo i. Relator, no que entendeu não ser possível ao Tribunal de Contas da União, via de regra, exercer controle de constitucionalidade de leis, na análise de atos submetidos a sua apreciação.

Com a devida vênia, passo a divergir de tal entendimento, pelos fundamentos que consigno abaixo.

[...]

Desta feita, esta Corte assentou na oportunidade a diferenciação entre declaração de inconstitucionalidade, com efeitos erga omnes, **e possibilidade de não aplicação da norma no caso concreto, não excluindo a norma do ordenamento jurídico, reconhecendo a órgãos como CNJ, CNMP e TCU a competência para a última hipótese, no estrito exercício de seu mister.**

Essa interpretação vem **privilegiar o princípio da Supremacia Constitucional, impedindo a permanência de atos flagrantemente contrários ao texto constitucional, e elevando os diversos atores sociais à condição de partícipes do amplo processo de controle constitucional.**

Como asseverou o i. Min. Roberto Barroso, em obra doutrinária:

“Todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento. O Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição. De fato, o Legislativo, ao pautar sua conduta e ao desempenhar a função legislativa, subordina-se aos mandamentos da Lei Fundamental, até porque a legislação é um instrumento de realização dos fins constitucionais. Da mesma forma, o Executivo submete-se, ao traçar a atuação de seus órgãos, aos mesmo mandamentos e fins. Os órgãos do Poder Executivo, como órgãos destinados a dar aplicação às leis, podem, no entanto, ver-se diante da mesma situação que esteve na origem do surgimento do controle de constitucionalidade: o dilema entre aplicar uma lei que considerem inconstitucional ou deixar de aplica-la, em reverência à supremacia da Constituição.

(...)

Sem embargo da razoabilidade do argumento adverso, o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Estado descumprir lei que fundamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina que prevaleceram. (...) Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. A tese é reforçada por outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91; 93)



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Por fim, ressalte-se que todos os atos da Corte de Contas estão submetidos ao controle judicial, donde ser inequívoca a possibilidade de tutela à parte que se sinta prejudicada pelo juízo formulado no TCU.

Assim, inexistindo razão para a superação do entendimento esposado na Pet 4656, compreendo que a mesma *ratio* deve ser aplicada na hipótese presente, **reconhecendo ao Tribunal de Contas a possibilidade de, por maioria absoluta de seus membros, no desempenho de suas competências constitucionais, deixar de aplicar em caso concreto lei que considere flagrantemente inconstitucional, mantendo-se hígida a redação da Súmula 347 do STF.**(g.n.)

O controle realizado pelos Tribunais de Contas visa, além de tudo, proteger o erário estadual e municipal que pode ser afetado pela realização de despesas alicerçadas em normas flagrantemente inconstitucionais.

Salienta-se que esta egrégia Corte, sem desacatar a competência do STF e dos Tribunais de Justiça, em diversas oportunidades usufruiu de sua atribuição para negar exequibilidade a normas inconstitucionais, a saber: ACÓRDÃO TC 027/2021 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 863/2020 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 646/2020 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 1091/2019, ACÓRDÃO TC 521/2020 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 2522/2020 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 1717/2019 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 035/2020 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 1612/2019- PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 1645/2019, ACÓRDÃO TC TC-1192/2019 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC- 01325/2019 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 01325/2017 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 1544/2019, ACÓRDÃO TC 1657/2019-PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 925/2019-PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 583/2019-PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 595/2019 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 1740/2018-PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 308/2019 – PLENÁRIO, ACÓRDÃO TC 575/2018 – PLENÁRIO, cumprindo, assim, o exercício de competência implícita de preservar a supremacia da constituição.

Ressalta-se, ainda, que a decisão adotada no Mandado de Segurança n. 35.410, além de ser válida apenas para o caso concreto, não infirmou a competência dos Tribunais de Contas de efetuar o controle difuso de constitucionalidade, tão somente de fazê-lo com efeito *erga omnes* e vinculante, característica própria do controle concentrado, este sim realizado com reserva de jurisdição.

Eis a ementa do MANDADO DE SEGURANÇA 35.410 DISTRITO FEDERAL:

EMENTA: 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



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

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 .

4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004.

Denota-se claramente do aresto acima transcrito que o Excelso Supremo rejeita apenas e tão somente que as cortes de contas efetuem controle de constitucionalidade com efeito *erga omnes* e vinculante, declarando-se, genericamente, a nulidade de dispositivos legais.

Contudo, o controle exercido pelo Tribunal de Contas, a par de ser efetuado de modo difuso, visa apenas negar execução a determinado dispositivo legal, limitando unicamente a sua eficácia no caso concreto e não constitui declaração de nulidade da lei, sem qualquer efeito vinculativo para os órgãos jurisdicionados.

Em suma, a conformidade do ato com a constituição é realizada apenas com o objetivo de aferir a legalidade, legitimidade e economicidade da despesa.

No ordenamento jurídico pátrio, conforme lembrado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do mandado de segurança em questão, sempre privilegiou-se o “princípio da Supremacia Constitucional, impedindo a permanência de atos flagrantemente contrários ao texto constitucional, e elevando os diversos atores sociais à condição de partícipes do amplo processo de controle constitucional”.

O princípio da Supremacia Constitucional serve de fundamento para a legitimidade da recusa do Poder Executivo à aplicação de lei, sob fundamento de inconstitucionalidade, reconhecida no regime dos textos constitucionais anteriores à Constituição de 1988, na doutrina e na jurisprudência dominantes no Brasil, em



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

especial na do Supremo Tribunal Federal e, quanto aos Tribunais de Contas, expressamente na Súmula n. 347.

Os Tribunais de Contas, órgão administrativo que são, devem atuar sob a observância do princípio da legalidade, conforme art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Logo, tem eles, dentro da sua precípua missão de salvaguarda do erário, o dever de defender a constituição.

Desse modo, em obediência ao princípio da legalidade constitucional, também chamado de princípio da juridicidade, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições de órgão de controle externo, cuja missão é a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, conforme art. 70 da Constituição Federal, diante de conflito entre lei e norma constitucional, deve negar aplicação à lei em defesa da Constituição.

Trata-se de questão meramente atinente à interpretação e à hierarquia das normas jurídicas, e não do exame dessas normas no plano de sua validade, tão somente, como dito no plano de sua eficácia.

Além disso, para o exercício das atribuições descritas no art. 71 da Constituição Federal, não se pode deixar de reconhecer ao Tribunal de Contas o direito de negar execução à lei ou qualquer ato regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial quando manifestamente inconstitucional, sob pena de se inviabilizar o próprio controle externo e, notadamente, a legalidade na realização da despesa pública.

Trata-se não apenas de um direito, mas um poder-dever do Tribunal de Contas.

Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a presunção de legitimidade das leis é apenas relativa, o que legitima a recusa a aplicação a dispositivo legal ou normativo em evidente contradição com o texto constitucional.

Aliás, a mesma presunção de legitimidade das leis é fundamento para que este egrégio Tribunal de Contas exerça plenamente as suas competências, inclusive para negar execução à leis e atos do poder público inconstitucionais, pois plenamente vigentes os artigos 176 e seguintes da LC n. 621/2012.

Ressalte-se, por fim, que o Excelso Supremo no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.510, relatado pela ministra Ellen Gracie, com esteio na teoria dos poderes implícitos, compreendeu que os Tribunais de Contas possuem competência para expedirem medidas cautelares para sustar procedimentos licitatórios.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

A teoria dos poderes implícitos, originária do direito Norte Americano, fundamenta-se no princípio de que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa no deferimento implícito, também a ele, dos meios próprios à integral consecução dos fins prescritos pelo constituinte.

Assim, há de ser deferida aos Tribunais de Contas a competência para negar execução à leis e atos do poder público inconstitucionais como forma de exercer plenamente as funções que lhe foram determinadas pelo texto constitucional.”

Novamente, reiterou-se este posicionamento nos autos do processo TC-01633/2020-4, acrescentando:

“Deste modo, se o Tribunal de Contas, ao apreciar uma questão que lhe caiba decidir, deparar-se com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial, ou incidental, de inconstitucionalidade anterior ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando, assim, o controle difuso de constitucionalidade.

Contudo, em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal, explicitado acima, de que as Cortes de Contas não podem negar a execução da norma com caráter *erga omnis* a questão da inconstitucionalidade dos normativos citados, deve a inconstitucionalidade da norma ser apreciada apenas *incidenter tantum*, no exame de cada infração, evitando-se a instauração de incidente de inconstitucionalidade para que não se imprima a equivocada interpretação de que a decisão adotada no bojo deste possui efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Disso, nenhum prejuízo advirá ao controle e muito menos implica em nulidade processual, pois a negativa de execução à norma inconstitucional é simplesmente negar-lhe aplicação ao caso concreto, reputando-se ilegal o ato praticado que nela esteja ancorado.”

Vale salientar que a proposição deste órgão ministerial no processo acima referido no sentido de se evitar a instauração de incidente de inconstitucionalidade para não se incorrer na transcendência dos efeitos da decisão para além do caso concreto julgado vai ao encontro do defendido pela Unidade Técnica a fim de limitar o alcance da norma do art. 177 da Lei Complementar n. 621/2012, segundo a qual constitui “prejulgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas”.

Nada obstante, melhor interpretação à questão trouxe a Unidade Técnica, pois o incidente de inconstitucionalidade destina-se, conforme art. 176 da lei orgânica desta Corte de Contas, à apreciação, preliminarmente ao julgamento de mérito de qualquer feito, da constitucionalidade de leis e atos do poder público.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Os possíveis efeitos transcendentais da decisão adotada no incidente de inconstitucionalidade são conferidos pelo art. 177, ao qual, tal como ponderado pela Unidade Técnica, deve ser dada interpretação conforme para afastar quaisquer sentidos dessa norma “que permitam que as decisões que apreciem o incidente de inconstitucionalidade possam constituir prejuízos para abranger outros casos semelhantes”.

Canotilho, *apud* Lauro Ishikawa e Clóvis Smith Frota Júnior (RIL Brasília a. 56 n. 222 abr/jun. 201/9. P. 4)⁸, vaticina que “o incidente da inconstitucionalidade pode suscitar-se em qualquer tribunal para efeitos de desaplicação da norma inconstitucional ao caso concreto.”

Mencionados juristas, acerca do incidente de constitucionalidade para controle difuso de constitucionalidade, vaticinam:

“Esse tipo de controle se realiza por iniciativa das partes, do Ministério Público, de terceiros intervenientes ou mesmo de ofício pelo julgador (jura novit curia) e pode ser exercido em qualquer processo judicial e em qualquer instância, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que pode e deve exercitá-lo em qualquer processo de sua competência, seja ela originária – inclusive nas ações de controle abstrato de constitucionalidade (FERREIRA, 2016, p. 41) –, seja recursal.

Exatamente porque o controle difuso é realizado à vista da solução de um caso concreto, os efeitos da desaplicação da norma inconstitucional ficam, em regra, limitados às partes do processo (eficácia inter partes), pois não se anula a lei e, dessa forma, “o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes” (CANOTILHO, 2000, p. 874).” (pg. 4)

“Ainda a respeito do incidente de arguição de inconstitucionalidade, o fato de se ter nele uma cisão funcional da competência (MOREIRA, 2008, p. 42) não o desnatura, nem permite aproximá-lo do controle concentrado realizado pelos tribunais constitucionais europeus a partir de provocação do órgão jurisdicional ordinário (LEAL, 2006, p. 65-66). Como já exposto, a deliberação não é alçada ao STF, pois a matéria é apreciada por outro órgão, mas dentro do próprio Tribunal. Afora isso, não há declaração de inconstitucionalidade, como no controle concentrado, mas apenas a resolução de uma questão incidental.” (pg. 13)

Desse modo, a mera instauração de incidente de inconstitucionalidade para negativa de exequibilidade a uma determinada lei ou ato do poder público não confere, automaticamente, efeito erga omnes à decisão nele adotada. Este só ocorre com a formação de prejuízo nos termos do art. 177 da LC n. 621/2012, o que deve tolhido para evitar qualquer questionamento sobre a validade da decisão.

⁸ Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133.pdf. Acesso em 23/11/2021.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Devem também ser abolidas outras medidas, comumente adotadas por este egrégio Tribunal de Contas, que se assemelham à abstração do controle difuso de constitucionalidade, tal como a notificação do órgão de representação judicial do ente que editou a norma para a defesa da sua validade ou a modulação dos efeitos temporais da decisão, pois conferem à decisão proferida perspectiva transcendente, sem estrita vinculação com as circunstâncias do caso concreto.

Assim procedendo, preserva-se a validade das decisões deste egrégio Tribunal de Contas adotadas nos incidentes de inconstitucionalidade por ele instaurados, bem como a competência deste órgão em apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público, essencial, em última instância, para o desempenho das competências insculpidas nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal, razão da existência do órgão de controle externo.

Posto isso, permanecendo íntegra a competência deste egrégio Tribunal de Contas para, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder públicos, consoante exposto na Manifestação Técnica 02981/2021-6 e neste parecer, oficia-se pelo prosseguimento do feito e reitera, nesta oportunidade, o Parecer do Ministério Público de Contas 01843/2020-8.

Em apertada síntese, o que se depreende da leitura do decidido pela Corte Suprema e pelas manifestações da área técnica e Ministério Público de Contas, é a possibilidade de as Cortes de Contas analisarem questões constitucionais, não sendo permitida a declaração de efeitos que extrapolem as partes do processo e que vinculem outros.

Desta feita, entendo pela higidez do arcabouço constitucional, legal e regimental que autoriza o controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais de contas, em especial pelo Tribunal de Contas deste Estado, alertando-se, contudo, para a necessidade de uma interpretação conforme dos artigos 177 da LC n. 621/2012 e art. 335, *caput*, do Regimento Interno, de forma a evitar a transcendência dos efeitos dos prejudgados.

Nesse sentido, permanecendo íntegra a competência deste egrégio Tribunal de Contas para, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público, rejeito a preliminar suscitada pela concessionária e pelos agentes públicos Sr. Otávio Junior Rodrigues Postay, Sra. Maria Aparecida da Silva Ramos, Sra. Ivete da Silva Almeida Loss, Sra. Ruth Alves Pereira Radael e Sra. Ariane de Souza Freitas, e dou prosseguimento a demanda, com o julgamento do incidente proposto.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Adentrando ao mérito, cabe rememorar que a Prefeitura Municipal de Guarapari, por meio da Procuradoria-Geral do Município, após notificação, manifestou-se concordando com o argumento contido na ITI 288/2018 de que o dispositivo da Lei Municipal impõe limitação à escolha, dentre as opções de critério de julgamento das propostas dispostas na Lei 8.987/95, sobre contratos de concessão.

Já o ex-Prefeito e o ex-Procurador-Geral trouxeram basicamente a reprodução da parcela do parecer de exame da minuta do edital⁹ referente à modalidade e ao critério de julgamento definidos. O referido parecer já constava dos presentes autos¹⁰. Ali o ex-Procurador-Geral teceu críticas ao critério de julgamento “melhor técnica com tarifa fixada”, mas o admitiu em face da Lei Complementar Municipal 2/2006.

A única complementação na peça de defesa do ex-Prefeito e do ex-Procurador-Geral é de que a Lei 8.987/95 confere aos entes o dever de regulamentar a concessão pretendida e dá-lhes autonomia para escolher o critério de julgamento dentre opções pré-estabelecidas. Contudo, o art. 29 da referida Lei¹¹ incumbe o poder concedente de **regulamentar** (e fiscalizar) **serviço objeto de concessão** e não lhe confere prerrogativa para estabelecer restrição à discricionariedade do Administrador Público que, ressalta-se, requer motivação¹².

Além do mais, a análise da ITI 288/2018 também trouxe à baila a Lei 12.587/2012, que institui a Política Nacional de Mobilidade Urbana, instrumento de desenvolvimento urbano previsto na Constituição Federal¹³ que estabelece que a tarifa de remuneração

⁹ Lei 8.666/1993

Art. 38.

[...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

¹⁰ Processo 4722/2016, Doc. elet. 210, fls. 245/259.

¹¹ Lei 8.987/95

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

[...]

¹² A motivação da escolha discricionária do critério de julgamento é abordada no item 4.3 desta Instrução Técnica Conclusiva.

¹³ **Constituição** da República Federativa do Brasil/1988.

[...]



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

da prestação de serviço de transporte público coletivo será resultante do processo licitatório da outorga do poder público.

Nesse passo, a justificativa apresentada pelo ex-Prefeito e do ex-Procurador-Geral não trouxe elementos e argumentação consistentes e capazes de afastar a indicação para que o Plenário negue a aplicabilidade do parágrafo único do artigo 12 da Lei Complementar Municipal 2/2006, na apreciação e julgamento dos atos em exame nos presentes autos, sobretudo em face da manifestação do atual responsável pela Procuradoria-Geral do Município.

Entendo, assim, que em relação ao incidente de inconstitucionalidade apontado na ITI, objeto de análise no subitem 3.4 da ITC, o procedimento deve ser instaurado pelo Plenário, na forma do artigo 9º, inciso IX, da Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013 (RITCEES), e negada a aplicabilidade da norma contida no parágrafo único do artigo 12 da Lei Complementar Municipal 2/2006, na apreciação e julgamento dos atos em exame nos presentes autos.

2.1.2 DEMAIS PRELIMINARES E RAZÕES DE MÉRITO

Quanto às demais preliminares e razões de mérito, reservo a análise e manifestação para após o deslinde da questão prévia ora em apreço.

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais e levando em conta os fundamentos fáticos e jurídicos aqui trazidos, corroboro o entendimento da área técnica exarado na ITC 01382/2019-1 e o do Ministério Público de Contas no Parecer 01823/2019-7, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação

Art. 21. Compete à União

[...]

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e **transportes urbanos**;

[...]

g.n.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



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



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

Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO
Relator

3 PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

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. **RECONHECER e DECLARAR** íntegra a competência deste egrégio Tribunal de Contas para, no exercício de suas atribuições, **apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público**, alertando-se, contudo, para a necessidade de uma interpretação conforme dos artigos 177 da LC n. 621/2012 e art. 335, *caput*, do Regimento Interno, de forma a evitar a transcendência dos efeitos dos prejudgados.
2. **DAR PROSSEGUIMENTO AO JULGAMENTO DA DEMANDA** e, **em sede de análise das questões prévias**, na forma dos artigos 176 e 177 da LC n. 621/2012 c/c artigos 332 e 333 do RITCEES, **NEGAR APLICABILIDADE à norma contida no parágrafo único do artigo 12 da Lei Complementar Municipal 02/2006**, que se reputa inconstitucional, na apreciação e julgamento dos atos em exame nos presentes autos.
3. **DEVOLVER OS AUTOS** ao gabinete do Relator, para prosseguimento do feito.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



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