

RECURSO ORDINÁRIO N. 944751

Recorrente: Empresa Transcol Ltda.

Processo referente: Denúncia n. 761690

Apensos: Embargos de Declaração n. 932559 e n. 932668

Órgão: Prefeitura Municipal de Caeté

Procuradores: Luciano de Araújo Ferraz – OAB/MG 64.572; Daniel Martins e Avelar – OAB/MG 132.704; Carolina de Souza Monteiro – OAB/MG 120.064; Cristiana Aureliano de Paiva Queiroz – OAB/MG 68.249; Edson Leonardo de Almeida – OAB/MG 75.779; Elaine de Assis Mota – OAB/MG 91.701; Gabriel Bernardes de Castro Cardoso – OAB/MG 114.509; Guilherme Fábregas Inácio – OAB/MG 100.530; Guilherme Ferreira Silva – OAB/MG 139.635; José Geraldo Marques – OAB/MG 58.321; Leonardo Farias Alves de Moura – OAB/MG 103.413; Marcelo de Paula Mascarenhas Vaz – OAB/MG 96.189; Mauro Lúcio Franco – OAB/MG 52.741; Osvaldo Lino Pimentel Neto – OAB/MG 139.679; Paulo Fernandes Sanches – OAB/MG 57.696; Ricardo Matos de Oliveira – OAB/MG 98.538; Tirza Joana Mattos – OAB/MG 154.731; Vinícius Marins – OAB/MG 98.477; Yara de Melo Miranda Gonzaga – OAB/MG 128.510 e outros

MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello

RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR. ADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DO TCE PARA ATUAR COMO REGULADOR TARIFÁRIO, DETERMINAR NULIDADE DO CONTRATO E DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. PROVIMENTO PARCIAL. ANULAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO. CANCELAMENTO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DE ACOMPANHAMENTO. MANUTENÇÃO DAS MULTAS IMPOSTAS.

1. É função precípua desta Corte de Contas fiscalizar o contrato firmado com o intuito de verificar a legalidade, a razoabilidade e a economicidade das tarifas fixadas no edital, resguardando o patrimônio público e a moralidade administrativa, entendidos como interesses da coletividade a serem preservados em um Estado Democrático de Direito.
2. Embora os Tribunais de Contas não tenham poder para anular ou sustar contratos administrativos, têm competência, conforme o art. 71, IX, da Constituição Federal/88, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.
3. Consoante o art. 190 do Regimento Interno desta Corte, todas as provas apresentadas perante o Tribunal de Contas devem conter forma documental.
4. Em certas situações, o saneamento das irregularidades se mostra mais adequado ao interesse público do que a determinação de anulação do contrato, de modo a possibilitar a continuidade dos serviços essenciais à população.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
14ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 23/5/2018

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Ordinário interposto pela empresa Transcol Ltda. em face da decisão proferida na sessão da Primeira Câmara do dia 03/06/2014, nos autos da Denúncia n. 761690, que, nos termos do acórdão de fls. 2009/2010, deliberou o seguinte:

a) preliminarmente, por maioria de votos, ficando vencido o Conselheiro José Alves Viana, em rejeitar a arguição da empresa concessionária de que o Tribunal de Contas não possui competência para regular a tarifa de transporte público e para sustar contratos administrativos;

b) no mérito, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em extinguir o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, diante da procedência parcial dos apontamentos de irregularidade desta denúncia, decorrente de graves inconsistências no edital da Concorrência Pública n. 001/2008, com afronta irremediável ao princípio da competitividade, que macularam o contrato decorrente e repercutiram na execução contratual, conforme demonstrado na fundamentação desta decisão e pelos criteriosos relatórios produzidos pela Unidade Técnica e pelos pertinentes aditamentos feitos pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas;

1) em aplicar multa, nos termos do art. 83, I, combinado com art. 85, II, da LOTCEMG, aos responsáveis pela concepção e gestão do contrato em análise, elencados pela Unidade Técnica, fl. 1875: Sr. Ademir da Costa Carvalho, Prefeito Municipal à época, Sr. Rui Barbosa Ribeiro, Secretário Municipal de Defesa Social e o Sr. Romeu Jacó dos Santos, Secretário Municipal de Obras (de 02/01/2009 a 03/01/2010), individualmente.

O primeiro no importe de R\$10.500,00 (dez mil e quinhentos reais), nos termos do art. 89 da LOTCEMG, em razão da sua inerente função de gestor do Município e pelo fato de ter assinado o contrato como representante legal à fl. 1138.

O segundo no importe de R\$17.500,00 (dezessete mil e quinhentos reais), pois era o responsável pela Secretaria Municipal de Obras quando da solicitação da licitação, fl. 145, e foi, também, quem indicou o valor da tarifa, segundo a Unidade Técnica, fl. 1270.

O terceiro no importe de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais) por estar à frente da Secretaria Municipal de Obras quando do reajuste da tarifa em março de 2009;

2) em recomendar aos atuais gestores do Município que iniciem procedimentos destinados à anulação do contrato, bem como para a realização de nova licitação, na qual se levem em consideração os aspectos técnicos e jurídicos trabalhados na fundamentação, voltados para a fixação de consistente tarifa para os serviços de transporte coletivo Municipal, a qual promova adequada e eficiente prestação de serviços, com a consequente proteção do usuário;

3) em determinar a comunicação ao Poder Legislativo do Município de Caeté do teor do voto condutor desta decisão, com a remessa de cópia integral dos autos para que tome as medidas que entender cabíveis no tocante à sustação/anulação do contrato, nos termos do art. 71, § 1º, da Constituição da República, art. 76, § 1º, da Constituição Estadual de 1989, art. 64, VI, da LOTCEMG e art. 277, § 2º, do RITCEMG. Registram que, no prazo de 90 (noventa) dias, o Tribunal, nos termos do art. 71, § 2º, da CR/88, art. 76, § 2º da CE/89, e art. 277, § 3º da Resolução n. 12/2008, poderá decidir a respeito.

Determinam, ainda, o encaminhamento das notas taquigráficas deste julgamento em atendimento aos ofícios de fls. 1903, 1909, 1915 e 1916 e o encaminhamento dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para as medidas de sua competência.

Determinam, ainda, a intimação do atual Prefeito de Caeté, Sr. José Geraldo de Oliveira Silva, para que o Município informe, no prazo de 40 dias, acerca de eventuais providências adotadas com vista ao cumprimento das recomendações nesta decisão apresentadas, advertindo-o de que o não cumprimento deste comando poderá acarretar a aplicação de multa individual diária no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), até o limite de R\$5.000,00 (cinco mil reais), autorizada pelo art. 85, inciso III, da Lei Complementar n. 102/2008 e a intimação das partes do inteiro teor desta decisão pelo D.O.C. e por via postal, nos termos regimentais.

A Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal manifestaram-se, respectivamente, às fls. 38/43 e 45/48.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1 – PRELIMINARES

1.1 - Admissibilidade

Preliminarmente, conheço do presente recurso, considerando que a parte é legítima, que o recurso é próprio e tempestivo, preenchendo os requisitos previstos na Lei Complementar n. 102/2008.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Conheço.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Declaro a minha suspeição neste processo.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Declaro a minha suspeição neste processo.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO HAMILTON COELHO:

Conheço.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

ADMITIDO O RECURSO. DECLARADA A SUSPEIÇÃO DOS CONSELHEIROS JOSÉ ALVES VIANA E GILBERTO DINIZ.

1.2 – Incompetência do TCEMG para atuar como regulador tarifário

A recorrente suscitou, em sede de preliminar, a incompetência deste Tribunal para atuar como regulador de tarifas, afirmando que tal incumbência recai privativa e irrenunciavelmente sobre o Poder Concedente nos contratos de Concessão, conforme prevê o art. 29, inciso I, da Lei n. 8.987/95 e art. 175, parágrafo único, da CR/88.

Registrou que essa preliminar já havia sido por ela apresentada em sede de defesa nos autos de origem e transcreveu parte das alegações então apresentadas.

Afirmou que, quando da apreciação da matéria pelo relator, o Conselheiro José Alves Viana pediu vista dos autos e proferiu seu voto-vista, na sessão da Primeira Câmara do dia 06/05/2014, no sentido de dar provimento à preliminar, por considerar que *“a esta Corte não compete atuar como regulador tarifário, tampouco determinar a sustação de contratos administrativos”*.

Ressaltou que a divergência apresentada no voto-vista foi rejeitada naquele colegiado, tendo o Relator da denúncia ressalvado o seguinte:

Entendo que o voto do eminente Conselheiro José Alves Viana, quanto às preliminares levantadas, se alinha em seus fundamentos ao voto que proferi, divergindo, somente, quanto ao encaminhamento, uma vez que propõe um balizamento para a elaboração do voto de mérito. De fato, é certo que, ao Tribunal, não cabe a expressa e direta fixação de tarifas de serviços públicos, delineamento que será observado por esta relatoria na prolação do julgamento de mérito.

A recorrente asseverou que o voto vencedor (Relator) e o voto vencido (Conselheiro José Alves Viana) coincidiram quanto à assertiva de que o Tribunal de Contas de Minas Gerais não poderia atuar com regulador tarifário, por não deter essa competência constitucional. Afirmou que a leitura atenta do acórdão recorrido deixa ver que essa determinação não foi integralmente cumprida, pois a decisão de mérito que ora se ataca invadiu, inexoravelmente, o espectro da concessão.

Argumentou que a inspeção realizada pelo Tribunal detectou falhas na execução do contrato no Município de Caeté, porém a recorrente não teve oportunidade de contrariar este estudo técnico por meio de perícia, conforme se demonstrará no próximo tópico.

Segundo a recorrente caberia ao Tribunal, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição da República, *“assinar prazo para que o órgão ou entidade adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei”*, sobretudo porque não se está no âmbito das medidas cautelares, mas propriamente do mérito do processo.

Repisou que o caso não trata de irregularidade no certame licitatório, a reclamar a aplicação do art. 59, §2º, da Lei n. 8.666/93 (nulidade do contrato por arrastamento), mas de irregularidades supostamente verificadas no decorrer da execução contratual, que reclama aplicação do art. 69 da Lei n. 8.666/93 (saneamento do contrato).

Nessa senda, a recorrente argumentou que competia ao Tribunal, apenas e tão somente, determinar à Administração Pública que fiscalizasse o contrato e garantisse a sua execução nos termos da proposta, manejada pelo particular ao certame (art. 37, inciso XXI, CR/88). Afirmou, ainda, que o Tribunal poderia, inclusive, imputar multa (como de fato o fez), mas jamais poderia atuar como regulador tarifário, recalculando o valor do serviço com uma espécie de abatimento no preço.

Segundo a recorrente, o acórdão trilhou caminho diametralmente oposto ao que determina a Constituição da República: em vez de determinar à recorrente que executasse satisfatoriamente o contrato nos termos da sua proposta (art. 71, inciso IX), o Tribunal

preferiu recalcular a própria proposta (ou melhor, a tarifa), considerando as supostas falhas apontadas pelo Órgão Técnico.

Afirmou que até se esforçou para demonstrar nos autos de origem que as irregularidades apontadas pelo Tribunal (relacionadas à execução contratual) ou estavam equivocadas, ou já haviam sido sanadas. Todavia, o voto condutor do acórdão afirmou que *“em que pese as alegações dos defendentes, deve-se destacar que a inspeção foi realizada em abril de 2010 e a planilha juntada refere-se a abril de 2011, ou seja, a empresa não comprovou que obedecia, à época da inspeção, ao número de coletivos previsto no edital”*.

A recorrente afirmou que ficou comprovado que as irregularidades foram de fato sanadas, mesmo que em momento posterior à inspeção local (em 2011), portanto, o papel deste Tribunal, quanto à execução contratual, estaria exaurido, descabendo-lhe determinar a sustação ou nulidade do contrato aos Poderes Executivo e Legislativo locais, como fez o acórdão recorrido.

Por fim, a recorrente requer o acolhimento da preliminar determinando-se a extinção da denúncia sem julgamento de mérito, em relação a todos os pontos que se relacionarem à adequação da tarifa fixada pelo edital.

Análise

De início registro que a mesma preliminar, que ora se aprecia, foi negada pelo colegiado da Primeira Câmara, na apreciação da denúncia em apenso, sob o seguinte fundamento:

Não pretende este voto impor um valor para a tarifa de transporte coletivo do Município de Caeté, mas sim fiscalizar seus fundamentos contratuais e eventuais distorções na composição dos preços praticados, apuradas por meio de inspeção *in loco* por Órgão Técnico integrante deste Tribunal, no exercício da competência prevista no art. 71, IV, da Constituição da República, objetivando a restauração de eventuais ilegalidades encontradas, nos termos do inciso IX do mesmo artigo.

Ao longo deste voto, pretende-se apurar, conforme apontam a Unidade Técnica e o MPTC, se houve aumento artificial da tarifa pelo superdimensionamento da empresa concessionária, e verificar se, na prática, a estrutura apresentada por ela não representaria o que previa o edital.

Deve-se destacar que se aponta nos autos, com a devida fundamentação, fl. 1256/1305, equívocos constantes na apuração do valor final da tarifa que merecem análise de fundo deste Colegiado.

Primeiro, ressalta-se que há a alegação da existência de erros de fórmulas e de cálculos que demonstrariam a inconsistência da tarifa inicialmente projetada pelo Município de R\$3,2149. Às fls. 1320/1330, a Unidade Técnica indica, de forma sistematizada, esses erros. Nestas páginas, há a afirmação, ainda, de que, mesmo que fossem utilizados os índices propostos no edital, o valor projetado seria de R\$2,7915 e não de R\$3,2149 conforme previsto no mesmo edital.

Segundo, o MPTC, fl. 194, apontou a inconsistência nos valores das tarifas uma vez que a projetada pelo concedente foi de R\$3,214, fl. 366, a projetada pelo concessionário vencedor foi de R\$3,50, fl. 1.014, mas o valor, na prática, seria de R\$2,05 para linhas urbanas e R\$2,50 para linhas rurais, fl. 18.

Em razão deste apontamento foi determinada inspeção *in loco*, na qual a Unidade Técnica propõe o valor de R\$1,6287 para a tarifa, fundamentando-se nos parâmetros utilizados pelo Município na projeção da tarifa ainda na licitação, mas com base nos dados colhidos em campo relacionados à prestação dos serviços.

Assim, em razão da controvérsia levantada quanto aos fundamentos técnicos e jurídicos para a fixação da tarifa para o transporte coletivo e, estando o Município submetido à jurisdição deste Tribunal de Contas, é dever constitucional desta Casa verificar as irregularidades da licitação, do contrato e de sua própria execução, para determinar sua correção e não “apenas” fiscalizar, como afirmado pela empresa concessionária, sob pena de esvaziamento de suas funções precípua.

Deste modo, não obstante o fato de já se encontrar em vigor o contrato, nada impede que se especiem recomendações e determinações para o jurisdicionado, no intuito de se restaurar o cumprimento da lei quando verificada irregularidade no decorrer da ação fiscalizatória do Tribunal, também nos termos do art. 71, IX, da Constituição. (Grifamos)

Destaco, ainda, que a Unidade Técnica no exame do presente recurso concluiu o seguinte, às fls. 38/43:

Ressalta-se que a análise da dimensão econômica/financeira do negócio subjacente à licitação realizada por este Órgão Técnico, possui base de mensuração suficiente a permitir a projeção das receitas e dos custos de qualquer proposta oferecida na configuração apresentada no edital do certame, **permitindo de antemão afirmar e comprovar, re pe te-se, numericamente, se essas teriam sustentabilidade econômica.**

No que é pertinente à alegação de que esta Corte não teria a competência para atuar como regulador tarifário, considera-se importante realçar que, em nenhum momento, ocorreu a fixação de valores de tarifas a serem seguidos pelo Poder Concedente. Toda a atividade de fiscalização exercida pelo Controle Externo nos presentes autos foi dirigida tão somente à averiguação da legalidade, razoabilidade e economicidade **das tarifas fixadas no edital**, sendo que a análise da dimensão econômica/financeira da concessão, como em todos os processos sob análise deste Serviço, foi orientada a verificar se o negócio subjacente à licitação denunciada tinha sustentabilidade econômica e estava sendo realizado em bases econômicas e financeiras condizentes com as práticas do mercado e, acima de tudo, **se atendiam ao interesse público.**

No mesmo sentido o Ministério Público junto ao Tribunal concluiu:

Em virtude das graves inconsistências encontradas no certame e da discrepância da tarifa prevista no edital e das tarifas projetadas, foi determinada a realização de inspeção *in loco*, onde foi possível constatar, conforme se verifica no laudo técnico de fls. 1256/1308 (autos principais), a existência de diversas irregularidades na licitação, no contrato e na execução desse, constatando-se ao final que os serviços ofertados à população não eram compatíveis com os previstos no edital, necessitando uma redução tarifária.

Irrefutável é a função precípua dessa Corte de Contas em fiscalizar o contrato firmado com o intuito de verificar a legalidade, a razoabilidade e a economicidade das tarifas fixadas no edital, resguardando o patrimônio público e a moralidade administrativa, entendidos como interesses da coletividade a serem preservados em um Estado Democrático de Direito.

Ora, no sistema constitucional de controle, os recursos públicos pertencentes à coletividade merecem eficiente resguardo e gestão adequada, exigindo maior atenção e acuidade dos órgãos legitimados e da própria sociedade como um todo.

Deflui-se que não merece prosperar a alegação do Recorrente de que esse Tribunal atuou como regulador tarifário.

Conforme demonstrado nos autos principais, foi apurada uma falta de congruência entre os valores projetados e o valor efetivamente fixado pelo Município para a tarifa e levado, ao final, para o contrato firmado, desnaturando qualquer base técnica e jurídica utilizada, desde a fase interna da licitação, e inviabilizando o controle interno, social e o externo, especialmente sobre o princípio da modicidade das tarifas.

Como bem pontuou a Unidade Técnica e o *Parquet* de Contas, não ocorreu a fixação de valores de tarifas por parte do Tribunal no acórdão recorrido, o que houve foi a fiscalização da legalidade, razoabilidade e economicidade das tarifas fixadas no edital, atribuição que é afeta ao exercício do controle externo.

Assim, em consonância com as manifestações da Unidade Técnica e do Órgão Ministerial e com os fundamentos apresentados no voto condutor, não acolho a preliminar suscitada neste ponto.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com Vossa Excelência.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO HAMILTON COELHO:

Também estou de acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

APROVADA A PRELIMINAR.

1.3 – Incompetência deste Tribunal para determinar a nulidade do contrato

A recorrente informou que, por ocasião da defesa apresentada nos autos de origem, suscitou preliminar de incompetência deste Tribunal para determinar suspensão/sustação do contrato administrativo, nos termos do art. 71, inciso IX e §1º, da Constituição da República, a qual foi rejeitada pelo colegiado competente. Afirmou, porém, que o Relator, em seu voto, reconheceu que a atuação deste Tribunal limitar-se-ia a expedir recomendações e determinações aos órgãos competentes, conforme trecho do voto condutor abaixo destacado:

Deste modo, não obstante o fato de já se encontrar em vigor o contrato, nada impede que se expeçam recomendações e determinações para o jurisdicionado, no intuito de se restaurar o cumprimento da lei quando verificada irregularidade no decorrer da ação fiscalizatória do Tribunal, também nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição. (fl. 1986)

Argumentou que, apesar dessa ressalva, o acórdão combatido, contrariamente, determinou ao Poder Executivo local “*que inicie procedimentos destinados à anulação do contrato, bem como para a realização de nova licitação*” e ao Poder Legislativo para que “*tome as medidas que entender cabíveis no tocante à sustação/anulação do contrato*”.

A recorrente alegou que o Tribunal não detém competência para determinar ao Poder Executivo que anule o contrato e realize uma nova licitação. O art. 71, inciso IX, mencionado pelo acórdão, diz que compete ao Tribunal de Contas “*assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*”.

Segundo a recorrente, assinar prazo para que o órgão adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei, como previsto no dispositivo legal, não significa assinar prazo para anulação do contrato, como ocorreu no acórdão combatido. Nesse caso, o Tribunal, ao determinar a anulação do contrato, retirou a competência da Câmara de avaliar e decidir se irá sustar ou não o contrato.

Seguiu alegando que, desde que cabível o ato de convalidação, a Administração estará obrigada a emití-lo, em observância ao Princípio da Vinculação previsto no art. 66 da Lei mineira n. 14.184 e, também, em nome dos princípios da segurança jurídica (art. 1º da Constituição), da boa-fé (art. 231, §6º, da Constituição), e da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição).

Assim, concluiu que a nulidade do contrato não pode ser imposta ao Poder Executivo Municipal, se este tem a possibilidade (mais vantajosa para Administração e usuários) de convalidá-lo. E, mesmo que se decida pela nulidade ou pela sustação do contrato, a Administração Pública, ou o Poder Legislação local não pode fazê-lo sem a observância do devido processo legal, com garantias ao contraditório e à ampla defesa, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República e, ainda, sem indenizar o particular pelos serviços prestados, nos termos do art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8666/93.

A recorrente ressaltou que toda essa argumentação já foi apresentada nos embargos de declaração n. 932559 e 932668, em apenso, que culminaram na seguinte manifestação da Primeira Câmara deste Tribunal:

No que se refere à tese de incidência do princípio da continuidade, a sua aferição, neste momento, invadiria seara alheia, responsável pelas decisões relacionadas à eventual anulação do contrato (...)

O voto proferido não se distanciou e não contradisse o acima afirmado, pois nos termos da alínea *b*, expediu recomendação aos atuais gestores do Município e induziu, nos termos constitucionais, o Poder Legislativo para que tome as medidas que entender cabíveis no tocante à sustação/anulação do contrato. Ou seja, percebe-se claramente que a decisão preliminar e o voto estão em sintonia.

A recorrente asseverou que, conforme se infere da decisão da Primeira Câmara, os atuais gestores do contrato e o Poder Legislativo local são os responsáveis por adotarem as medidas **que atenderem cabíveis** no tocante à anulação, o que deve ser observado no julgamento deste recurso ordinário, posto que as conclusões não podem piorar a situação do recorrente (*non reformatio in pejus*).

Diante do exposto, a recorrente suscita a incompetência deste Tribunal para determinar a anulação do contrato, alegando que caberia apenas a expedição de recomendações para o cumprimento da lei, nos exatos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição da República.

Análise

A Unidade Técnica considerou improcedentes os argumentos da recorrente, nos seguintes termos:

Quanto à competência para esta Corte de determinar a anulação do contrato, a Suprema Corte Brasileira já firmou entendimento de que os Tribunais de Contas, embora não tenham o poder de anular ou sustar contratos administrativos, tem a competência constitucionalmente atribuída nos termos do inciso IX do art. 71 da CF, de determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato, e se for o caso, da licitação de que se originou, como consequência do julgamento técnico por ele realizado no qual tenham sido constatadas irregularidades que macularam todo o procedimento e, por via de consequência, o seu produto, o contrato.

Decidiu o STF:

O TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

[MS 23.550, rel. p/ o ac. min. Sepúlveda Pertence, j. 4-4-2002, P, DJ de 31-10-2001.]=MS 26.000, rel. min. Dias Toffoli, j. 16-10-2012, 1ª T, DJE de 14-11-2012

Ressalta-se, ainda, que o entendimento contrário a tal possibilidade tornaria inócua a norma constitucional relativa ao exercício do Controle Externo, por não ser razoável crer que o legislador constitucional ao criar tal forma de controle objetivando a preservação do interesse público na manutenção da legalidade dos atos da Administração, não lhe teria concedido os meios necessários a tal fim.

Nesse contexto não pode haver palavras inúteis na lei.

Não foi com outro objetivo que a jurisprudência da Suprema Corte, adotou tal entendimento de modo a reconhecer, ainda que por implicitude, a titularidade das Cortes de Contas dos meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações, permitindo, assim, fossem neutralizadas quaisquer situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

(...) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria CR.

[MS 24.510, rel. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, j. 19-11-2003, P, DJ de 19-3-2004.]

Vide MS 33.092, rel. min. Gilmar Mendes, j. 24-3-2015, 2ª T, DJE de 17-8-2015

Foi, portanto, escudada em tais fatos e razões de direito, que esta Corte determinou, acertadamente, fossem tomadas pelo Poder Concedente as providências necessárias à anulação do contrato denunciado, frisa-se, **em razão das irregularidades comprovadas no processo que culminou no Acórdão recorrido.**

Por essas razões e consideradas todas as evidências constantes dos autos, entende este Órgão Técnico, smj., que a Decisão recorrida, em face das preliminares arguidas pela recorrente, deve ser integralmente mantida. (Grifos no original)

Em consonância com a jurisprudência citada no relatório técnico, considero improcedentes os argumentos da recorrente com relação à ausência de competência do Tribunal para, no exercício do controle externo, determinar a adoção de medidas cabíveis à sustação/anulação de contratos em vigor, diante da constatação de irregularidades graves com potencial lesivo ao erário e ao interesse público.

Com relação à necessidade de se promover a abertura de vista à empresa contratada antes de promover a anulação do contrato, releva destacar que, no caso em apreço, foi observado o devido processo legal, garantindo-se à empresa ora recorrente o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa nos autos de origem.

Acerca do tema, destaco a decisão do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

EMENTA:

[...]

II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: **incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas;** de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase -jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". **A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, [...].** (STF – Mandado de Segurança n. 23550, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence; julgado em: 04.04.2001; grifo nosso)

Isso posto, não procedem as alegações da recorrente neste ponto, posto que a oportunidade de defesa foi assegurada previamente à decisão combatida, além disso, foram admitidos os embargos declaratórios por ela interposto e o presente recurso.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com Vossa Excelência.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO HAMILTON COELHO:

Também estou de acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

APROVADA A PRELIMINAR.

1.4 – Cerceamento de defesa

A recorrente alegou que o ônus de prova nos processos de fiscalização compete ao próprio Tribunal de Contas, e não aos fiscalizados. Ressaltou que, somente por cautela, requereu a oportunidade processual para realização de prova pericial nos autos da denúncia, por ocasião da defesa, o que sequer foi apreciado pelo Relator.

Segundo a recorrente, como no acórdão de mérito não houve manifestação quanto ao seu pedido de perícia, opôs embargos declaratórios, pleiteando manifestação sobre o pedido expresso de realização de perícia formulado pela embargante, atribuindo efeitos infringentes ao recurso, para cassar o acórdão e determinar a realização da diligência sob pena de afronta ao princípio da ampla defesa.

Informou que a Primeira Câmara negou provimento aos embargos declaratório sob o fundamento de que *“não há que se falar em omissão quanto à pretensão do embargante de realização de perícia, uma vez que o Regimento Interno deste Tribunal não contempla tal instrumento”*.

Asseverou que no acórdão dos embargos a Primeira Câmara afirmou que *“poderiam os embargantes e o Município, conforme ditame do art. 427 do CPC, ter juntado aos autos laudos ou estudos técnicos próprios e documentos a fim de sustentar suas alegações, uma vez que, repito, é inviável a produção de prova pericial nos moldes do CPC nos processos desta Casa”* e que seria *“despicienda qualquer autorização para que a parte apresente provas documentais, sendo bastante que as apresente”*.

A recorrente argumentou que o acórdão recorrido negou vigência ao artigo 24 da Lei Estadual n. 14.184/02 (Lei de Processo Administrativo Estadual), segundo a qual *“admitem-se no processo os meios de prova conhecidos em direito”*. O dispositivo, como se vê, não veda qualquer tipo de prova dentre aquelas admitidas pela legislação (e não pelo regimento).

Para corroborar seus argumentos, citou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que dispõe:

Embora caiba ao Tribunal de Contas da União a elaboração de seu regimento interno [art. 1º, X, da Lei n. 8.443/92], **os procedimentos nele estabelecidos não afastam a aplicação dos preceitos legais referentes ao processo administrativo, notadamente a garantia processual prevista no art. 3º, III, da Lei n. 9.784/99.** (STF – Tribuna Pleno; MS 24519/DF; Relator Ministro Eros Grau; DJe 02/2005)

Nessa esteira, alegou não ser correta a afirmação do acórdão recorrido no sentido de que seria *“despicienda qualquer autorização para que a parte apresente provas documentais”*, uma vez que, o parágrafo único do art. 24 da Lei Estadual n. 14.184/02 dispõe que *“será recusada, em decisão fundamentada, a prova considerada ilícita, impertinente, desnecessária ou protelatória”*.

Assim, argumentou que o requerimento de prova pela parte interessada deve ser admitido ou recusado pelo Tribunal de forma fundamentada, sob pena de cerceio de defesa, o que de fato ocorreu.

Além disso, a recorrente destacou que a Primeira Câmara afirmou o seguinte:

[...]

a produção de prova técnica, no âmbito da relação processual desenhada pelo Regimento Interno desta Casa, incumbe às suas Unidades Técnicas compostas por servidores

públicos efetivos, devidamente habilitados para tanto, sob todos os aspectos, sendo absolutamente desarrazoada a adoção de procedimento análogo ao do CPC neste mister.

Alegou que, embora o CPC sirva de baliza para o ônus de prova na opinião do acórdão recorrido, não serve para a produção de provas, o que se afigura um verdadeiro contrassenso.

Segue argumentando que a prova pericial da recorrente não poderia ter sido recusada apenas com base na presunção de que os servidores da Unidade Técnica são devidamente habilitados para solucionar satisfatoriamente todo e qualquer assunto posto ao seu juízo, uma vez que eles não podem ser considerados impassíveis de erros ou falhas.

Citou outro trecho do acórdão que dispôs: *“sem embargo, mesmo que a prova pericial, na forma requerida pudesse ser admitida nos processos de contas, ainda assim ela seria incabível para o caso em comento. Sabe-se, pela dicção do art. 436 do CPC, que o juiz não está adstrito a laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”*.

A recorrente questionou essa parte do acórdão, nos seguintes termos:

Ora, o que quer dizer esta passagem? Que a decisão já estava tomada independentemente do resultado da prova pericial? E se a prova pericial viesse a refutar as alegações do órgão técnico? Afinal, a possibilidade de o julgador não se ater aos laudos por recair, inclusive, sobre o laudo dos técnicos do TCMG.

Por fim, mencionou a parte do acórdão que afirmou que *“não basta simplesmente que o feito tenha sido julgado por ausência de provas para que se configure o cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova pericial, a prova tem que se apresentar como útil e não onerosa e protelatória”*.

Neste ponto argumentou que o momento processual de se decidir sobre tal aspecto é durante a instrução processual, via decisão interlocutória atacável por agravo, e não no mérito da decisão.

Segue alegando que a prova pericial é extremamente útil ao caso dos autos, por se tratar de matéria eminentemente técnica, sobre a qual recai controvérsia entre os apontamentos do Órgão Técnico, do denunciante, do Ministério Público e da defesa.

Afirmou que ao proibir a recorrente de realizar perícia técnica e julgar o feito em seu desfavor, ao argumento de que ela não teria comprovado a erronia dos apontamentos da Unidade Técnica, o Tribunal cerceou o seu direito de defesa, conforme se vê dos julgados do STJ citados na peça recursal.

Por fim, requereu a cassação do acórdão recorrido, para que os autos voltem à fase de instrução e seja realizada a perícia técnica requerida pela embargante, a fim de esclarecer os pontos eminentemente técnicos da controvérsia, fundamentalmente os elencados a seguir:

- Insuficiência da frota utilizada para a composição do custo da tarifa;
- Divergência quanto aos insumos e à rodagem dos pneus utilizados no contrato;
- Definição das categorias do veículo para cálculo da remuneração capital e depreciação;
- Incidência dupla do percentual de férias e outros encargos sociais na composição da tarifa;
- Quantidade de empregados utilizados no contrato;
- Remuneração de instalações, equipamentos e despesas fixas;
- Composição da tabela tarifária, conforme os elementos anteriores.

Análise

A Unidade Técnica considerou improcedentes os argumentos da recorrente e ressaltou o seguinte:

Observa-se quanto ao requerimento de perícia que os apontamentos foram realizados anteriormente à citação dos responsáveis e interessados, tendo estes toda a oportunidade de contraditar as irregularidades demonstradas pelo Órgão Técnico, inclusive numericamente, no dilatado espectro do contraditório e da ampla defesa, que lhes conferiu todas as oportunidades de apresentar dados objetivos capazes de refutá-las.

O Ministério Público, no mesmo sentido, considerou infundada a argumentação de defesa em virtude da não realização da perícia, conforme trecho do parecer que destaco abaixo:

Cumpre salientar, como é de conhecimento do d. procurador do recorrente, causídico atuante nessa Corte de Contas, que o Regimento Interno desse Tribunal não contempla a realização de perícia, cabendo ao jurisdicionado a produção de provas.

Veja-se:

Resolução n. 12/2008

Art. 190. As provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas na forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros. [...] (Grifo nosso).

A título de ilustração, transcreve-se o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nos autos do Agravo n. 1.007.598, apreciado na Sessão da Segunda Câmara de 04/5/2017, de relatoria do Conselheiro José Alves Viana, in litteris:

AGRAVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. **REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL GRAFOTÉCNICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E REGIMENTAL.** FÉ PÚBLICA DO DOCUMENTO. INDEFERIMENTO. INQUÉRITO POLICIAL. DUPLICIDADE DE ESFORÇOS. DEFERIMENTO DE SOLICITAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. REQUERIMENTO DE OITIVA TESTEMUNHAL. **PROCESSO DE CONTAS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PROVAS DOCUMENTAIS.** INTIMAÇÕES DESPICIENDAS. ALEGAÇÃO DE PERSEGUIÇÃO. PROVA INÚTIL. SOLICITAÇÃO DE AUDITORIA PARA TUTELA DE DIREITO INDIVIDUAL. PROCEDIMENTO DE MACROFISCALIZAÇÃO. INDEFERIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. **Dada à natureza atribuída pela Constituição aos tribunais de contas bem como à legislação processual a eles atinente, não compete a tal estirpe de corte a produção de prova pericial** grafotécnica com fins de desconstituir a autenticidade de assinatura aposta em documento público sobre a qual pairam dúvidas.

[...]

4. **Consoante o art. 190, regimental, todas as provas apresentadas perante o Tribunal de Contas devem conter forma documental**, o que, per se, obsta o requerimento para colheita de prova testemunhal.

[...]

O responsável havia solicitado a realização de perícia grafotécnica das assinaturas apostas nos cheques acostados na tomada de contas especial. Esta relatoria indeferiu o requerimento sob o fundamento de que **“a realização de perícia grafotécnica não encontra respaldo nos normativos que regem os processos que tramitam neste Tribunal. O art. 190 do Res. n. 12/2008, Regimento Interno desta Casa, é taxativa ao prever, similarmente ao TCU, que, as provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas de forma documental**, mesmo as declarações pessoais de terceiros”.

[...]

Dada à natureza atribuída pela Constituição aos tribunais de contas bem como a legislação processual a eles atinente, não compete a tal estirpe de corte a produção de prova pericial grafotécnica com fins a desconstituir a autenticidade de assinatura aposta em documento público sobre a qual se pairam dúvidas. Ressalte-se que tal presunção de autenticidade, ex vi do art. 427, do CPC, implica que a cessação da fé do documento público somente se operará mediante declaração judicial.

Ademais, independentemente da natureza das provas cuja produção possa se dar no âmbito das cortes de contas e da jurisdição que exercem, *in casu* cumpre salientar que já fora informado nos autos a existência de perícia grafotécnica realizada no Inquérito Policial n. 0028748-44.2011.8.13.0026. No mesmo despacho ora agravado, esta relatoria deferiu a solicitação de uma das partes para solicitar o empréstimo de provas produzidas no referido inquérito, no qual houve a produção da prova requerida (perícia grafotécnica). [...] (Grifo nosso).

Na hipótese vertente, o acórdão prolatado nos embargos de declaração observou corretamente “que o ônus probatório dos defendentes, face à natureza dos apontamentos de irregularidades, poderia ter sido perfeitamente rechaçado por meio de prova documental ou por juntada até mesmo de laudo pericial autônomo [...], fato que não ocorreu”, fl. 30 (Processo 932559).

Ademais, faça-se constar que foi realizada inspeção *in loco* para a devida apuração de vícios no certame, envolvendo a análise de legalidade, legitimidade e economicidade de todos os atos do procedimento e da execução do contrato de concessão de serviços de transporte coletivo. E, posteriormente, constatadas irregularidades, os responsáveis foram devidamente citados, observando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Isso posto, em consonância com as manifestações da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal, que adoto como fundamento para decidir, não acolho a preliminar suscitada pela recorrente e considero que não houve cerceamento de defesa no caso em apreço.

Insta registrar, ainda que a recorrente no mérito do presente recurso poderia apresentar os elementos e as provas documentais pertinentes, inclusive eventual prova pericial existente, para a comprovação de suas alegações, o que reforça a inexistência do aludido cerceamento de defesa ora arguido.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com Vossa Excelência.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO HAMILTON COELHO:

Estou de acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

APROVADA A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO.

2 - MÉRITO

2.1 – Continuidade do serviço público X nulidade ou rescisão contratual

A recorrente afirmou que a possibilidade de se declarar a nulidade do contrato administrativo, prevista no art. 49, §2º, da Lei n. 8.666/93, tem a ver com vícios verificados durante o procedimento licitatório ou durante o procedimento de dispensa/inexigibilidade de licitação, que antecedeu o contrato. Assim, a nulidade do certame impõe a do contrato, sendo deste último por arrastamento.

Segundo a recorrente, no caso em tela, os supostos vícios que motivaram a expedição de recomendações e determinações de nulidade e sustação do contrato não se relacionam ao procedimento licitatório que originou a contratação, mas à própria execução contratual.

Argumentou que, nestes casos, em que os vícios verificados se referem à execução contratual, o dispositivo aplicável não é o art. 49, §2º, da Lei n. 8.666/93 (nulidade contratual), mas os artigos 69 e 78 da mesma lei, que tratam, respectivamente, das hipóteses de saneamento e rescisão contratual, *verbis*:

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II – cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

Alegou que a irregularidade na execução contratual não deve levar automaticamente e imediatamente à rescisão ou à nulidade do contrato administrativo e que tais medidas somente devem ser levadas a efeito quando a irregularidade verificada for insanável ou grave o suficiente para que seja mais vantajoso à Administração promover a contratação de outrem para a prestação do serviço.

Para corroborar esse argumento citou doutrina de Marçal Justem Filho, *verbis*:

Deve-se insistir que a irregularidade autorizadora da rescisão é aquela insanável ou grave o suficiente para que a Administração promova a contratação de outrem para dar seguimento à prestação desejada. **Se a parte executar mal uma determinada prestação, isso não é causa bastante para a rescisão, inclusive porque o art. 69 ficaria sem qualquer eficácia. Será cabível a rescisão se a prestação se tornar inútil para a outra parte.**

(...)

De usual, a irregularidade na execução da prestação acarreta consequências de menor gravidade. **O particular é convocado a substituir a prestação ou a reparar as consequências danosas de sua conduta.**¹ (destaque no original)

A recorrente asseverou, ainda, que o contrato envolve a prestação de serviços essenciais à população, cuja paralisação ou inviabilidade de execução causaria aos usuários muito mais

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ..., cit. p. 78.

transtornos do que a manutenção do ajuste com uma atuação prospectiva do TCEMG e do poder concedente, mais afinados aos paradigmas da modernidade.

Citou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se manifestou no sentido de que, diante de uma eventual irregularidade contratual, ser mais valiosa a necessidade de manter a prestação do serviço público e sanear vícios do que sua interrupção, que transcrevo abaixo:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DAS ATIVIDADES INERENTES AOS CEMITÉRIOS. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO ESCRITURADO. ART. 55, VI E XIII DA LEI N. 8.666/93. SANEAMENTO POSTERIOR. NULIDADE DO CONTRATO NÃO DECRETADA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO.

1. Os princípios que norteiam os atos da Administração Pública, quando em confronto, indicam deva prevalecer aquele que mais se coaduna com o da razoabilidade.
2. **No balanceamento dos interesses em jogo, entre anular o contrato firmado para a prestação de serviços de recuperação e modernização das instalações física, construção de ossuários, cinzários, crematório e adoção de medidas administrativas e operacionais, para a ampliação da vida útil dos 06 (seis) cemitérios pertencentes ao Governo do Distrito Federal, ou admitir o saneamento de uma irregularidade contratual, para possibilitar a continuidade dos referidos serviços, in casu, essenciais à população, a última opção conspira em prol do interesse público.**
3. (...)
4. O princípio da legalidade convive com os cânones da segurança jurídica e do interesse público, por isso que a eventual colidência de princípios não implica dizer que um deles restará anulado pelo outro, mas, ao revés, que um deles será privilegiado em detrimento do outro, à luz das especificidades do caso concreto, mantendo-se, ambos, íntegros sem sua validade.
5. Outrossim, convém ressaltar que a eventual paralisação na execução do contrato de que trata a presente demanda, relacionados à prestação de serviços realizada pelos 06 (seis) cemitérios pertencentes ao Governo do Distrito Federal, coadjuvado pela **impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação dos referidos serviços, em razão da desmobilização da infraestrutura estatal, após a conclusão do procedimento licitatório in foco, poderá ensejar a descontinuidade dos serviços prestados pela empresa licitante em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.**
6. (...)
7. Deveras, o Ministério Público Federal, na qualidade de custos legis, destacou que: “o princípio da continuidade dos serviços públicos admite o saneamento de uma irregularidade contratual, no intuito de atingir o interesse público. Correta a decisão do Tribunal a quo que entendeu possível a correção posterior de uma exigência prevista no edital de licitação (capital social mínimo de empresa) para preservar o bem comum dos administrados”. (fl. 662)
8. Recurso Especial desprovido. (STJ, REsp n. 950.489 – DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 03.02.2011, grifos não constam do original)

Nessa senda, alegou que, em nome do interesse público e da garantia de continuidade do serviço de transporte coletivo, afigura-se imperativa, na hipótese, a manutenção dos serviços prestados, sem desconsiderar a possibilidade de o Tribunal de Contas ou o Poder Concedente – por meio de seus encargos de fiscalização e regulação, proceder aos ajustes que entenderem necessários ao cumprimento do contrato de concessão.

Por fim, a recorrente argumentou o seguinte:

E para comprovar que as medidas necessárias foram adotadas e que o contratado está a executar nos exatos termos do contrato a prestação dos serviços públicos, o recorrente junta declaração anexa, emitida pela Prefeitura Municipal de Caeté, de modo a demonstrar que o TCMG já cumpriu sua competência constitucional. Se for o caso, o TCMG pode oficiar a Prefeitura Municipal sobre os termos atuais da execução do contrato de concessão.

Análise

Inicialmente, cumpre destacar que Contrato de Concessão n. 094/08 foi firmado com a empresa Transcol Ltda., ora recorrente, em outubro de 2008, fls. 1392/1415, e em agosto de 2010 foi realizada inspeção no município, que resultou no relatório de fls. 1259/1305, onde foram apontadas irregularidades na execução contratual.

Destaco que, apesar das graves distorções apuradas na inspeção, a Unidade Técnica, no reexame datado de 23/07/2012, às fls. 1824/1875, externou sua preocupação com a possível anulação do contrato de concessão do transporte coletivo, por se tratar de serviço de natureza essencial à população e propôs a adoção de medidas corretivas, conforme trecho do relatório abaixo destacado:

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

4.1. Pelo exposto, entende este Órgão Técnico que as irregularidades apontadas pelo douto MPTC somadas às inconsistências e premissas equivocadas verificadas nos estudos apresentados pelo Município e à vista da situação fática verificada **in loco**, redundaram em desequilíbrio econômico financeiro, desfavorável aos usuários do sistema de transporte público.

4.2 Razão pela qual entende ainda que, face à essencialidade do serviço e para preservar o interesse público, **uma vez que a anulação do contrato poderá causar a descontinuidade dos serviços prestados pela contratada, ou mesmo ensejar contratação emergencial a preços não submetidos à licitação, faz-se necessário o imediato restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato**, em favor dos usuários do serviço, devendo o valor da tarifa ser reconduzido a patamares compatíveis aos serviços ofertados à população e à estrutura condizente com o porte do Município, devendo o Poder Concedente:

4.2.1 Proceder à alteração unilateral do contrato reconduzindo o valor inicial da tarifa para R\$1,6287, relativo à quilometragem de 30.149, com reflexo dessa alteração nos reajustes tarifários ocorridos desde a assinatura do contrato, excluindo-se a possibilidade de prorrogação contratual;

4.2.2 Promover estudos a fim de elaborar minuta de alteração contratual, com vistas a definir regra objetiva para o cálculo do reajuste da tarifa, que leve em consideração a situação do local conjugado à eficiência com incentivo para a redução de custos na prestação do serviço, devendo submetê-la à apreciação desta Corte;

4.2.3 Proceder a levantamento de dados e informações junto às empresas operadoras de ônibus no Município para conhecer com segurança os mais importantes elementos que compõem o cálculo da tarifa, tais como: folha de pagamento dos funcionários, boletim diário de operação, notas fiscais, valor de referência dos veículos comprovados por diversos revendedores, bem como uma análise detalhada de seus balancetes mensais e o desenvolvimento de uma metodologia própria para a análise dos dados de cada item avaliado;

4.2.4 Estruturar sistema de fiscalização e respectiva designação de representantes da Administração, com conhecimento para analisar e recomendar medidas adequadas ao acompanhamento efetivo da concessão, inclusive quanto aos fatos verificados durante a

inspeção no Município, relativos à inexecução parcial do contrato (delegação de parte das linhas para a empresa Débora Turismo) e a redução do número de veículos ofertado na proposta;

4.3 Entende este Órgão Técnico, ainda, que deve ser fixado um prazo entre 04 a 06 meses para que o Município adote as providências e recomendações desta Corte.

4.4 Recomenda-se que seja determinado ao atual gestor do Município de Caeté diante das falhas verificadas na composição dos custos que oneraram sobre maneira o valor da tarifa:

4.4.1 Que em futura licitação deixe de onerar a tarifa do serviço de transporte com a inclusão de taxa de gerenciamento do custo e cobrança de outorga no custo do serviço;

4.4.2 Que em futura licitação realize estudos prévios, inclusive análise de sensibilidade, a fim de identificar a possibilidade de utilização de recursos públicos para custear as gratuidades previstas em lei, especialmente aquelas concedidas aos usuários do serviço, como forma de se propiciar a redução da exclusão social e de se perseguir a justiça tarifária;

4.4.3 Que nos próximos procedimentos licitatórios proceda à publicação do edital também em jornal de grande circulação no Estado, conforme preceitua o artigo 21, III da Lei Federal n. 8.666/93;

4.4.4 Considerando as inconsistências encontradas nos estudos que deram origem à contratação e que o produto dessa contratação serviu de parâmetro para a tomada de decisão pelo Município, tanto pela exclusividade do serviço, quanto pela definição dos custos e atos que culminaram com a contratação da Concessionária, que ao realizar novos procedimentos licitatórios, elabore previamente termo de referência pormenorizado do produto esperado da contratação, bem como a definição de critérios, prazos e etapas de apresentação dos estudos para fins de acompanhamento pela Administração e as condições para aceitação e recebimento dos trabalhos;

4.4.5 Faça constar em seus futuros contratos de consultoria/assessoria a indicação expressa para a entrega de planilhas e estudos desenvolvidos, com indicação de cálculos e fórmulas, sem exigência de senhas de acesso ou qualquer forma de bloqueio.

4.5 Por fim, apresenta-se a proposta de benefícios potenciais das ações de controle, em conformidade com o “Projeto Benefícios do Controle”, adotado por esta Diretoria Técnica:

4.5.1 Sanção aplicada pelo Tribunal;

4.5.2 Correção de irregularidades ou impropriedades;

4.5.3 Aperfeiçoamento em metodologias de estimativa de custos;

4.5.4 Redução da tarifa pública, cujo valor estimado da perda de receita da concessionária até o final do prazo da concessão será de R\$1.275.949,02 (um milhão duzentos e setenta e cinco mil novecentos e quarenta e nove reais e dois centavos). (Grifamos)

Registro, ainda, que no parecer conclusivo, acostado às fls. 1878/1900, o Ministério Público junto ao Tribunal, também, **não** opinou pela anulação do contrato de concessão, apenas pela aplicação de sanções aos gestores.

Não obstante as propostas de encaminhamento apresentadas pela Unidade Técnica, na sessão da Primeira Câmara do dia 03/06/2014, além de sanções aplicadas aos responsáveis, foi instituído prazo para que a Administração e a Câmara Municipal promovessem a anulação do contrato, conforme trecho do voto condutor abaixo destacado:

CONCLUSÃO

Como visto e apurado ao longo do processo, desde o início da execução do contrato há a cobrança de uma tarifa sem consistente embasamento técnico-jurídico, sendo certo que a empresa concessionária vinha, em detrimento dos usuários do transporte coletivo, prestando serviços que não apresentam consonância com os valores cobrados.

Em razão da discrepância do preço projetado com o que foi pré-fixado (R\$2,05) no edital, fl.18, é de se reconhecer a presença de graves distorções.

Nesse diapasão, devemos lembrar que a Lei de Licitações e, conseqüentemente, este Tribunal, têm como norte impedir que o Poder Público venha, mesmo diante de uma oferta aparentemente dotada de melhor valor, a contratar licitante que deixe de observar, na confecção de sua proposta, todas as condicionantes imprescindíveis para a apresentação de uma proposta hígida, é dizer, capaz de resultar na perfeita consecução do serviço, sem que, depois, para recompensar o preço inexequível, venha a onerar o usuário indevidamente, ou ainda, não prestar o serviço de forma eficiente.

No caso em apreço, o Município apresentou uma planilha de preços e índices projetando a tarifa em R\$3,2149, fl. 366, a empresa projetou em R\$3,50, fl.1014, mas o serviço foi contratado por uma tarifa de R\$2,05 (valor fixado de acordo com o item 9.5 do edital), ou seja, inferior ao que o próprio ente público local havia calculado como custo mínimo.

Caso adotada a planilha projetada pela empresa à fl. 1.014 ela estaria operando sem qualquer estimativa de lucro, aliás, se propôs a um serviço que, dentro de suas previsões (projetou a tarifa em R\$3,50), gerava prejuízo, pois o valor pago inicialmente era de R\$2,05.²

É inaceitável conceber um contrato sem vantagem/lucro ao adjudicante, até como elemento de garantia à boa prestação do serviço público. Sobre o tema, Marçal Justen Filho:

Ocorre que a Administração tem tido amargas experiências com propostas inexequíveis. É frequente licitante, atuando de má-fé, propor-se a executar certo objeto por preço inferior ao seu próprio custo. Há casos de imprevisão, em que o particular atua com imprudência ou imperícia. Enfim, não há cabimento em selecionar proposta que não será executável ou que será desempenhada sem obediência aos critérios de qualidade necessários. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., São Paulo: 2005, pág. 394)

A incoerência no valor das tarifas era patente. Vejamos.

O item 4.2 do edital, fl.10, previu: “O valor da tarifa será fixado de modo a que a receita da concessionária seja suficiente para a cobertura dos custos de prestação dos serviços e para a remuneração do capital investido no decorrer do prazo do contrato”.

Às fls. 354/366 o Município apresentou uma planilha de preços e índices na qual projetou os custos da prestação de serviços em R\$3,214. Ou seja, para que a tarifa cumprisse o

² Ao projetar uma tarifa de R\$3,50, mas aceitar operar por R\$2,05 a empresa concessionária assumiu o ônus da sua oferta. Assim, deveria respeitar sua proposta e a composição de fls. 1000/1022, não podendo agora, sob pena de caracterização de má-fé, pleitear o reequilíbrio econômico do contrato ou o ressarcimento de valores despendidos. Muito menos, pode alegar a existência de enriquecimento ilícito por parte da administração. Nesse sentido: DIREITO ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS NO CASO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO NULO. Reconhecida a nulidade de contrato administrativo por ausência de prévia licitação, a Administração Pública não tem o dever de indenizar os serviços prestados pelo contratado na hipótese em que este tenha agido de má-fé ou concorrido para a nulidade do contrato. Realmente, o fato de um contrato administrativo ter sido considerado nulo por ausência de prévia licitação não exime, em princípio, a Administração do dever de indenizar o contratado pelos serviços por ele prestados. Todavia, em consideração ao disposto no art. 59 da Lei 8.666/1993, devem ser ressalvadas as hipóteses de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade do contrato. AgRg no REsp 1.394.161-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 8/10/2013.

disposto no item 4.2 do edital, seu valor deveria ser, no mínimo, R\$3,214. Isso sem considerar a remuneração do capital investido.

Mas, contraditoriamente, o edital, no item 9.5, fl. 18, pré-fixou a tarifa em R\$2,05 para as linhas urbanas e R\$2,50 para as linhas rurais.

A empresa Transcol, por sua vez, ainda na linha contraditória, apresentou sua Planilha de Viabilidade, fl. 1000/1022, e projetou a tarifa em R\$3,50, fl. 1014.

Como a tarifa já havia sido fixada em R\$2,05 (item 9.5), era patente a inexecuibilidade do contrato, tendo em vista que tanto o Município quanto a empresa projetaram um valor maior do que R\$2,05. Contudo, a Administração ainda assim insistiu na contratação.

Sobre o tema, observe a lição de Adilson Abreu Dallari:

A preocupação com a 'garantia do cumprimento das obrigações' (prevista no art. 37, XXI, da CF) não diz respeito exclusivamente à pessoa (física ou jurídica) do ofertante, e não se exaure com o término da fase de habilitação. Esse mesmo preceito constitucional impõe o dever de verificar se a proposta feita, em si mesma, tem ou não condições de exequibilidade.

A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventureiras; não é dado ao agente público arriscar a contratação em condições excepcionalmente vantajosas, pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas" (DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. ed. 7. Editora Saraiva. 2007. p.152/153).

A administração deveria ter analisado a viabilidade da execução do contrato quando o licitou, o que não o fez.

A empresa, por sua vez, foi conivente com o erro da Administração no erro da tarifa, pois era sabedora que a tarifa fixada no item 9.5 do edital não era suficiente para cobrir os custos propostos no edital, conforme sua própria previsão à fl. 1014. Se a empresa não tinha lucro na atividade, que motivo a levou a participar do certame? Em situações como essa, existe forte presunção de que haverá postulação de adequação econômico-financeira do contrato, em prejuízo futuro para a Administração, o que, de fato, verificou-se ao longo da instrução processual.

Diante disso, não há outro caminho senão o de reconhecer as graves irregularidades praticadas tanto pelos gestores quanto pela empresa contratada. Aquele, porque licitou e contratou serviço manifestamente deficitário, já que projetou a tarifa em R\$3,2149 e pré-fixou o preço em R\$2,05. Esta, porque ofertou o serviço por um preço que sabia ser inexecuível e, para não suportar o prejuízo, reduziu seus custos operando com estrutura menor do que a prevista no edital, em nítido detrimento aos usuários do transporte público e aos princípios da legalidade, vinculação ao instrumento convocatório, isonomia e da competição.

Não obstante tais fatos, deixo de imputar multa à empresa concessionária por falta de amparo legal. Com a devida vênia ao parecer ministerial, o fundamento jurídico invocado para a aplicação de multa não cabe ao particular. A aplicação da pena pecuniária foi pedida com fulcro no art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008. Contudo, a multa prevista neste artigo não é destinada a empresas ou terceiros, mas tão-somente aos gestores de recursos públicos. O TCU, cuja Lei Orgânica possui norma idêntica, já se posicionou sobre o tema:

"Processual. Representação. Multa a particulares. A multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92 não é aplicável a empresas e a terceiros que fraudam certame licitatório, destinando-se aos gestores de recursos públicos. Inidoneidade da empresa e inabilitação dos terceiros envolvidos. Multa a agente público." Acórdão 1975/2013 Plenário.

Também não há que se falar em declaração de inidoneidade. A natureza da sanção prevista na lei orgânica deste Tribunal não se confunde com a daquela prevista na Lei de

Licitações e Contratos. A sanção de declaração de inidoneidade prevista na Lei 8.666/1993 é aplicada pela própria Administração Pública e prevê a aplicação da declaração de inidoneidade para os casos de inadimplemento total ou parcial do contrato. Já a declaração de inidoneidade prevista na Lei Orgânica desta Corte é aplicável em caso de ocorrência de fraude comprovada à licitação.

O TCU, cuja lei orgânica possui norma de idêntica redação, esposa o mesmo entendimento, de que as referidas sanções também não se confundem:

REPRESENTAÇÃO OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DA FIRMA (...). CONHECIMENTO. NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES.

1. A declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992 exige a comprovação de fraude à licitação em situação especificamente descrita.

2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitação na Administração Pública Federal, não se confunde com as sanções e cláusulas penais constantes da Lei das Licitações, que são de aplicação restrita elas autoridades expressamente nela indicadas e de aplicação mais abrangente. De fato, consoante aceito pela boa doutrina e jurisprudência, a declaração de inidoneidade de empresas decorrente de atos praticados após o certame licitatório seria de competência exclusiva da Administração, em consonância com o disposto nos arts. 86 e 87 da Lei n. 8.666/93. (Acórdão 1.287/2007-TCU-Plenário, Min. Relator Aroldo Cedraz, j. em 27/6/2007, DOU de 29/6/2007)

Entretanto, não pode passar ilesa tanto a conduta do Município quanto a da empresa que comprovadamente operou com estrutura menor do que a desenhada pelo edital para a prestação dos serviços.

Como visto, houve no edital a fixação de uma tarifa (R\$2,05) que, caso fossem observados os custos projetados pelo Município, era deficitária. Assim, não há alternativa senão reconhecer que a discrepância tarifária mostrada ao longo desse processo acabou por macular, de forma determinante, a competitividade do certame, pois a fixação de uma tarifa deficitária (R\$2,05) afastou as empresas que não se dispuseram a se aventurar num contrato que, se fosse cumprido conforme previsto no edital, geraria prejuízo, em direta violação ao art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações.

A prova da baixa competitividade está no fato de que 9 (nove) empresas terem retirado o edital, mas somente duas se propuseram a participar, sendo vencedora, inclusive, a que já prestava anteriormente os serviços.

Registro que se aponta, neste momento, conforme demonstrado ao longo da instrução, é a ausência de congruência entre os valores projetados e o valor efetivamente fixado pelo Município para a tarifa e levado, ao final, para o contrato firmado, desnaturando qualquer base técnica e jurídica utilizada, desde a fase interna da licitação, e inviabilizando o controle interno, social e o externo, especialmente sobre o cumprimento do princípio da modicidade das tarifas.

Assim, a reconhecida afronta à competitividade no certame e, mais, esse quadro de absoluta fragilidade com relação às bases de fixação da tarifa refletem, de forma significativa, na aferição da adequada prestação de serviços de transporte coletivo no Município, não podendo ser relevados, pelo que, nos termos do §2º do art. 49 da Lei de Licitações, entendo ser caso de nulidade do contrato decorrente de nulidade do procedimento licitatório.

A hipótese é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.
LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO.
POSSIBILIDADE.

(...)

2. A licitação pública caracteriza-se como um procedimento administrativo que possui dupla finalidade, sendo a primeira a de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração e a segunda, a de estabelecer a igualdade entre os participantes.

3. A possibilidade de anulação do procedimento licitatório após celebrado o contrato administrativo não suscita maiores dúvidas, porquanto a própria Lei 8.666/93 dispõe que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato dele decorrente.

4. Não observadas as regras legais que regulam tal procedimento, de modo a causar prejuízo à Administração Pública ou a qualquer das partes, impõe-se o reconhecimento da nulidade.

(...)

6. Recursos conhecidos, porém, desprovidos.

(REsp 447.814/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2002, DJ 10/03/2003, p. 112)

Assim, diante das considerações neste voto trabalhadas e do juízo que se formou sobre a ilegalidade da licitação e do contrato dela decorrente, entendo que seja caso de se expedir recomendação ao atual gestor e comunicação ao Poder Legislativo do Município de Caeté expressando o entendimento deste colegiado neste sentido, caso aprovado.

VOTO

[...]

- b) pela recomendação aos atuais gestores do Município para que **iniciem procedimentos destinados à anulação do contrato**, bem como para a realização de nova licitação, na qual se leve em consideração os aspectos técnicos e jurídicos trabalhados na fundamentação, voltados para a fixação de consistente tarifa para os serviços de transporte coletivo Municipal, a qual promova adequada e eficiente prestação de serviços, com a consequente proteção do usuário;
- c) **pela comunicação ao Poder Legislativo do Município de Caeté do teor deste voto, com a remessa de cópia integral dos autos para que tome as medidas que entender cabíveis no tocante à sustação/anulação do contrato**, nos termos do art. 71, §1º, da Constituição da República, art. 76, §1º, da Constituição Estadual de 1989, art. 64, VI, da LOTCEMG e art. 277, §2º, do RITCEMG. Registro que, no prazo de 90 (noventa) dias, o Tribunal, nos termos do art. 71, §2º, da CR/88, art. 76, §2º da CE/89, e art. 277, §3º da Resolução n. 12/2008, poderá decidir a respeito;
- d) pelo encaminhamento das notas taquigráficas deste julgamento em atendimento aos ofícios de fl. 1903, 1909, 1915 e 1916;
- e) pelo encaminhamento dos autos ao MPTC, para as medidas de sua competência.

Determino a intimação do atual Prefeito de Caeté, Sr. José Geraldo de Oliveira Silva, para que o Município **informe, no prazo de 40 dias, acerca de eventuais providências adotadas com vista ao cumprimento das recomendações neste voto apresentadas**, advertindo-o de que o não cumprimento deste comando poderá **acarretar a aplicação de multa individual diária no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), até o limite de R\$5.000,00 (cinco mil reais)**, autorizada pelo art. 85, inciso III, da Lei Complementar n. 102/2008. (Grifamos)

Em que pese ser legítima e adequada a preocupação do Relator do voto condutor com ausência de congruência entre os valores projetados no edital e o valor efetivamente fixado

pelo Município para a tarifa, bem como com as bases tarifárias atualmente praticadas no município, entendendo que, após quase dez anos de vigência da concessão em tela e passados quase oito anos da inspeção realizada no município, não se mostra razoável manutenção da decisão que determinou a adoção de procedimentos para a anulação do contrato.

Insta reconhecer que em certas situações o saneamento das irregularidades se mostra mais adequado ao interesse público, de modo a possibilitar a continuidade dos serviços à população, como bem pontuado na jurisprudência do STJ, citada pela recorrente, à qual me filio, cujo trecho destaco abaixo por relevante:

No balanceamento dos interesses em jogo, entre anular o contrato firmado para a prestação de serviços de recuperação e modernização das instalações física, construção de ossuários, cinzários, crematório e adoção de medidas administrativas e operacionais, para a ampliação da vida útil dos 06 (seis) cemitérios pertencentes ao Governo do Distrito Federal, ou admitir o saneamento de uma irregularidade contratual, para possibilitar a continuidade dos referidos serviços, in casu, essenciais à população, a última opção conspira em prol do interesse público. (Recurso Especial desprovido. (STJ, REsp n. 950.489 – DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 03.02.2011, grifos não constam do original)

Diante das nuances deste caso concreto, considero necessária uma nova análise da atual situação da execução contratual, tendo em vista que o contrato foi firmado em outubro de 2008, com vigência de 15 anos prorrogável por igual período, e que a inspeção que balizou a decisão combatida foi realizada em 2010.

Nesse contexto, como alternativa à anulação do contrato imposta nos itens 2 e 3 do acórdão recorrido, proponho a instauração de um procedimento de acompanhamento, conforme previsto no art. 279 do Regimento Interno, para que seja fiscalizada a eficiência, economicidade e razoabilidade da concessão de transporte coletivo vigente em Caeté.

Esse instrumento de fiscalização deve acompanhar, inclusive por meio de vistorias *in loco*, caso necessário, a execução do contrato de concessão de modo a identificar a viabilidade técnica e econômica para renovação desse contrato pela Administração, devendo ser apresentadas propostas de saneamento das irregularidades apuradas no curso do acompanhamento.

Em caso de se verificar a impossibilidade de saneamento das irregularidades, tornando inviável a renovação do contrato, a equipe técnica que acompanhar a execução contratual, deverá concluir seu trabalho com prazo razoável para que a Administração possa adotar as providências cabíveis para deflagração de novo procedimento licitatório antes do término do contrato em vigor, evitando-se, desse modo, a descontinuidade dos serviços de transporte coletivo à população.

Isso posto acolho o pedido da recorrente para cancelar as medidas relacionadas à anulação do contrato (itens 2 e 3 do acórdão), devendo ser autuado o procedimento de acompanhamento da execução contratual.

Tendo em vista o provimento do Recurso, com a instauração do procedimento de Acompanhamento da execução do contrato, entendo desnecessário o exame das demais alegações de mérito apresentadas pela recorrente, relacionadas à sugestão para formulação de Termo de Ajustamento de Conduta – TAG e de comprovação da exequibilidade da tarifa proposta no procedimento licitatório.

III – VOTO

Por todo o exposto, dou **provimento ao recurso** para cancelar os itens 2 e 3 do acórdão recorrido, em que foram determinadas a adoção de medidas para a anulação do contrato de

concessão de transporte coletivo de Caeté e determino a autuação do processo de Acompanhamento, conforme previsto no art. 279 do Regimento Interno, para que seja fiscalizada a eficiência, economicidade e razoabilidade dessa concessão, de modo a identificar a viabilidade técnica e econômica para renovação do contrato pela Administração, devendo ser apresentadas propostas de saneamento das irregularidades apuradas no curso do acompanhamento.

Mantém-se o restante do acórdão recorrido que aplicou multa aos gestores responsáveis, os quais não apresentaram recurso.

Intime-se a recorrente, inclusive por **via postal**.

Após a adoção das medidas cabíveis para autuação e distribuição do processo de Acompanhamento, os presentes autos deverão ser apensados ao novo processo.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Senhor Presidente, pela ordem.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

Pois não.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Senhor Presidente, eu tive a oportunidade de atuar como Relator neste processo na sua fase inicial e, verificando a argumentação que Vossa Excelência traz, antes de colher os votos, eu gostaria de pedir vista para poder fazer uma análise da fundamentação apresentada, tendo em vista também o registro da suspeição dos Conselheiros José Alves Viana e Gilberto Diniz, eu solicitaria que os autos fossem ao meu gabinete para que eu possa aprofundar no bem lançado voto de Vossa Excelência e trazer a matéria novamente para apreciação do Pleno.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

Pois não.

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

31ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 24/10/2018

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Ordinário interposto pela empresa Transcol Ltda. em face da decisão proferida na sessão da Primeira Câmara do dia 3/6/2014, nos autos da Denúncia n. 761690, que, nos termos do acórdão de fls. 2009/2010, deliberou o seguinte:

a) preliminarmente, por maioria de votos, ficando vencido o Conselheiro José Alves Viana, em rejeitar a arguição da empresa concessionária de que o Tribunal de Contas não possui competência para regular a tarifa de transporte público e para sustar contratos administrativos;

b) no mérito, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em extinguir o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, diante da procedência parcial dos apontamentos de irregularidade desta denúncia, decorrente de graves inconsistências no edital da Concorrência Pública n. 1/2008, com afronta irremediável ao princípio da competitividade, que macularam o contrato decorrente e repercutiram na execução contratual, conforme demonstrado na fundamentação desta decisão e pelos criteriosos relatórios produzidos pela Unidade Técnica e pelos pertinentes aditamentos feitos pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas;

1) em aplicar multa, nos termos do art. 83, I, combinado com art. 85, II, da LOTCEMG, aos responsáveis pela concepção e gestão do contrato em análise, elencados pela Unidade Técnica, fl. 1875: Sr. Ademir da Costa Carvalho, Prefeito Municipal à época, Sr. Rui Barbosa Ribeiro, Secretário Municipal de Defesa Social e o Sr. Romeu Jacó dos Santos, Secretário Municipal de Obras (de 02/01/2009 a 03/01/2010), individualmente.

O primeiro no importe de R\$10.500,00 (dez mil e quinhentos reais), nos termos do art. 89 da LOTCEMG, em razão da sua inerente função de gestor do Município e pelo fato de ter assinado o contrato como representante legal à fl. 1138.

O segundo no importe de R\$17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais), pois era o responsável pela Secretaria Municipal de Obras quando da solicitação da licitação, fl. 145, e foi, também, quem indicou o valor da tarifa, segundo a Unidade Técnica, fl. 1270.

O terceiro no importe de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais) por estar à frente da Secretaria Municipal de Obras quando do reajuste da tarifa em março de 2009;

2) em recomendar aos atuais gestores do Município que iniciem procedimentos destinados à anulação do contrato, bem como para a realização de nova licitação, na qual se levem em consideração os aspectos técnicos e jurídicos trabalhados na fundamentação, voltados para a fixação de consistente tarifa para os serviços de transporte coletivo Municipal, a qual promova adequada e eficiente prestação de serviços, com a consequente proteção do usuário;

3) em determinar a comunicação ao Poder Legislativo do Município de Caeté do teor do voto condutor desta decisão, com a remessa de cópia integral dos autos para que tome as medidas que entender cabíveis no tocante à sustação/anulação do contrato, nos termos do art. 71, § 1º, da Constituição da República, art. 76, § 1º, da Constituição Estadual de 1989, art. 64, VI, da LOTCEMG e art. 277, § 2º, do RITCEMG. Registram que, no prazo de 90 (noventa) dias, o Tribunal, nos termos do art. 71, § 2º, da CR/88, art. 76, § 2º da CE/89, e art. 277, § 3º da Resolução n. 12/2008, poderá decidir a respeito.

Determinam, ainda, o encaminhamento das notas taquigráficas deste julgamento em atendimento aos ofícios de fls. 1903, 1909, 1915 e 1916 e o encaminhamento dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para as medidas de sua competência.

Determinam, ainda, a intimação do atual Prefeito de Caeté, Sr. José Geraldo de Oliveira Silva, para que o Município informe, no prazo de 40 dias, acerca de eventuais providências adotadas com vista ao cumprimento das recomendações nesta decisão apresentadas, advertindo-o de que o não cumprimento deste comando poderá acarretar a aplicação de multa individual diária no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), até o limite de R\$5.000,00 (cinco mil reais),

autorizada pelo art. 85, inciso III, da Lei Complementar n. 102/2008 e a intimação das partes do inteiro teor desta decisão pelo D.O.C. e por via postal, nos termos regimentais.

Na sessão do dia 23 de maio de 2018, este Plenário admitiu o recurso e afastou, por unanimidade, as preliminares de incompetência do TCEMG para atuar como regulador tarifário, de incompetência para determinar a nulidade do contrato e de cerceamento de defesa.

No mérito votou pelo provimento parcial do recurso e pelo cancelamento dos itens 2 e 3 do acórdão recorrido, determinando a autuação dos processos de Acompanhamento, conforme art. 279 do Regimento Interno, mantendo multa aos gestores responsáveis, os quais não apresentaram recurso.

Pedi vista dos autos para melhor análise da matéria.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Continuidade do serviço público x nulidade ou rescisão contratual

Com relação ao tema, o judicioso voto condutor, acolhendo pedido formulado pela empresa recorrente, em um juízo de ponderação e sopesando as possíveis consequências da paralisação do contrato em análise, dá provimento ao recurso para que sejam substituídas por acompanhamento, nos termos do art. 279 do Regimento Interno, as determinações dos itens 2 e 3 do acórdão recorrido, quais sejam: de recomendação ao Poder Executivo e de comunicação ao Poder Legislativo com vistas a deliberações acerca da sustação contratual, em razão das inconsistências apontadas, tanto na licitação, no momento da mensuração da tarifa, quanto na consequente fase de execução.

A proposta se fundamenta no princípio da continuidade dos serviços públicos e tem o intuito de se minimizarem os riscos de prejuízo à população de Caeté com eventual paralisação dos serviços de transporte coletivo.

Destaca-se no processamento do recurso a afirmação da empresa recorrente de que a situação da prestação de serviços nos dias de hoje estaria diferente da encontrada pela equipe deste Tribunal quando da realização da inspeção, o que ocorreu em 2010. Para prova, afirma que o município teria emitido declaração confirmando que o contrato estaria, hoje, sendo executado de forma satisfatória, sugerindo, ainda, que se oficiasse a Prefeitura para confirmação.

Não obstante não tenha sido juntada a declaração referida, verifico que o Município de Caeté compareceu aos autos, por meio do requerimento de vista de fls. 33/34, tendo acesso à peça recursal, conforme certificado à fl. 36, não contestando a afirmação, pelo que se revela indício que possa, de fato, ter se alterado a indesejável situação detectada pelo Tribunal.

Desse modo, fazendo-se juízo de ponderação, considerando que relatei o processo de denúncia levando-o a deliberação aproximadamente 4 anos atrás, entendo como dotada de razoabilidade a solução apresentada pelo eminente Conselheiro Mauri Torres, relacionada à instauração de um processo de Acompanhamento, nos termos do art. 279 do nosso Regimento, com vistas à aferição da eficiência, economicidade e razoabilidade da manutenção da concessão de transporte coletivo de Caeté, de modo a subsidiar eventual decisão posterior desta Casa.

Assim, colocada a questão nestes termos, acompanho o voto proferido pelo eminente Relator, reforçando que o acompanhamento deverá ser realizado pela Unidade Técnica em prazo razoável, pré-determinado e levando-se em consideração a necessidade de minimização dos

riscos de interrupção dos serviços essenciais de transporte coletivo, o que, de fato, acarretaria consideráveis prejuízos à população e ao próprio Município.

Por oportuno, proponho que se pontue que o acompanhamento deverá aferir se estão sendo prestados os serviços adequados, conforme preceitua o art. 6º da Lei n. 8.987/1995, ou seja, se satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Proponho, mais, que diante da ausência de norma específica deste Tribunal para regulação do processo de acompanhamento nesta Casa, sejam considerados pela Unidade Técnica para planejamento e elaboração de escopo, de forma subsidiária, conforme autoriza o art. 379 do Regimento Interno, os art. 241 e 242 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, bem como seu recentemente editado Manual de Acompanhamento³.

Proponho, ainda, que conste do acórdão a determinação de que os autos do acompanhamento retornem à relatoria de Primeiro Grau assim que concluído o respectivo relatório, para deliberação e, por fim, que sejam formados autos apartados para cobrança das multas que não foram impugnadas por meio de recurso.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, acompanho o eminente Relator, dando provimento parcial ao recurso e mantendo-se, no mais, os outros provimentos constantes do acórdão recorrido.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Neste processo há a suspeição declarada do Conselheiro José Alves Viana e do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Senhor Presidente, pela ordem. Eu gostaria de encampar, em meu voto, as propostas apresentadas pelo Conselheiro Sebastião Helvecio.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Como vota o Conselheiro Hamilton Coelho?

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Acompanho o Relator, que encampou as sugestões do eminente Conselheiro Sebastião Helvecio.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator, com a questão, também, assumida no voto-vista.

³ Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/manual-de-acompanhamento.htm>

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com o voto-vista, que foi encampado pelo Conselheiro Relator, à exceção de se fazerem autos apartados, uma vez que as multas não foram objeto de recurso, aplicando o art. 265 do Regimento Interno.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

APROVADO O VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO, QUE FOI ENCAMPADO PELO RELATOR, VENCIDO PARCIALMENTE O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Senhor Presidente, o voto do Conselheiro Sebastião Helvecio não é divergente. Ele apenas fez alguns esclarecimentos que nós acolhemos. Não é isso?

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Vossa Excelência deu provimento ao recurso e deu provimento parcial ao recurso. Vossa Excelência aderiu ao voto dele. Então, o voto divergente é que prevalece e Vossa Excelência aderiu. Está correto.

APROVADO O VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO, VENCIDO PARCIALMENTE O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA, EM FUNÇÃO DE UM PONTO ESPECÍFICO, FAZENDO O REGISTRO DE QUE O CONSELHEIRO MAURI TORRES, MODIFICANDO O SEU VOTO, ADERIU AO VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO. DECLARADAS AS SUSPEIÇÕES DOS CONSELHEIROS JOSÉ ALVES VIANA E GILBERTO DINIZ.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator: **I)** preliminarmente, por unanimidade, em: **a)** conhecer do Recurso Ordinário, considerando que a parte é legítima, que o recurso é próprio e tempestivo, preenchendo os requisitos previstos na Lei Complementar n. 102/2008, e **b)** não acolher as preliminares de incompetência do TCEMG para atuar como regulador tarifário, para determinar a nulidade do contrato e de cerceamento de defesa; e em: **II)** dar provimento parcial ao recurso, no mérito, por unanimidade, para cancelar os itens 2 e 3 do acórdão recorrido, em que foram determinadas a adoção de medidas para a anulação do contrato de concessão de transporte coletivo de Caeté; **III)** determinar a autuação do processo de Acompanhamento, conforme previsto no art. 279 do Regimento Interno, para que seja fiscalizada a eficiência, economicidade e razoabilidade dessa concessão, de modo a identificar a viabilidade técnica e econômica para renovação do contrato pela Administração, devendo

ser apresentadas propostas de saneamento das irregularidades apuradas no curso do acompanhamento; **IV)** determinar, por unanimidade, que o acompanhamento: **a)** seja realizado pela Unidade Técnica em prazo razoável, pré-determinado e levando-se em consideração a necessidade de minimização dos riscos de interrupção dos serviços essenciais de transporte coletivo, o que, de fato, acarretaria consideráveis prejuízos à população e ao próprio Município; **b)** faça aferição se estão sendo prestados os serviços adequados, conforme preceitua o art. 6º da Lei n. 8.987/1995, se satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas; **c)** sejam considerados, para planejamento e elaboração de escopo, os art. 241 e 242 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, bem como seu recentemente editado Manual de Acompanhamento, de forma subsidiária, conforme autoriza o art. 379 do Regimento Interno, diante da ausência de norma específica deste Tribunal para regulação do processo nesta Casa; **V)** determinar, por maioria de votos, que os autos do acompanhamento retornem à relatoria de Primeiro Grau assim que concluído o respectivo relatório, para deliberação e, por fim, que sejam formados autos apartados para cobrança das multas que não foram impugnadas por meio de recurso; **VI)** manter, por unanimidade, o restante do acórdão recorrido que aplicou multa aos gestores responsáveis, os quais não apresentaram recurso; **VII)** determinar, por unanimidade, a intimação da recorrente, inclusive por via postal; **VIII)** determinar, por unanimidade, que os presentes autos sejam apensados ao novo processo após a adoção das medidas cabíveis para autuação e distribuição do processo de Acompanhamento. Vencido, em parte, no mérito, o Conselheiro Wanderley Ávila. Declaradas as suspeições dos Conselheiros José Alves Viana e Gilberto Diniz.

Plenário Governador Milton Campos, 24 de outubro de 2018.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Presidente

MAURI TORRES
Relator

(assinado digitalmente)

dca/kl/fg

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/____.

Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência