



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO PROCESSO TC N. 12255/2014

Interessado: SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTES E OBRAS PÚBLICAS
Assunto: REPRESENTAÇÃO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso II, da LC n. 451/08, manifesta-se nos seguintes termos.

Autos relatados na Instrução de Engenharia Conclusiva – **IEC 61/2015**¹ e na Instrução Técnica Conclusiva – **ITC 4691/2015**².

Em síntese, trata-se de representação proposta por este *Parquet* de Contas em face de ilegalidades vislumbradas no Edital de Concorrência n. 11/2014, que objetiva a outorga de **CONCESSÃO** de **ÁREA DE LINHAS** para prestação, com exclusividade, de serviços públicos regulares de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros no Estado do Espírito Santo (**ÁREA LESTE**).

Pois bem.

1. *A priori*, registra-se que compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo decidir sobre representação que lhe seja encaminhada, nos termos do Regimento Interno (art. 1º, inciso XXV, da LC nº 621/12). Além disso, preceitua o art. 99, § 2º, da LC n. 621/12 que “*aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.*”

No caso vertente, observam-se presentes os requisitos de admissibilidade elencados no art. 94 da LC n. 621/12.

2. Quanto ao **mérito**, observa-se a completude da IEC 61/2015 e da ITC 4691/2015 quanto à manutenção dos apontes de irregularidade de n.s 3.1 – *Visita técnica obrigatória*, 3.2 – *Restrição ao caráter competitivo do certame em decorrência das documentações relativas à qualificação técnica*, 3.3 – *Pontuação desproporcional dos itens atinentes aos critérios estipulados para avaliação da proposta técnica*, 3.4 – *Imprecisões no Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica*, 3.5 – *Ausência de encaminhamento do procedimento licitatório à SECONT*, 3.7 – *Exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame*, 3.8 – *Adoção de critério de julgamento dissociado do Princípio da Modicidade*, 3.9 – *Indefinição das metas a serem alcançadas*, 3.10 – *Possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros sem deflagração de licitação*, 3.11 – *Cláusula restritiva vedando a participação de empresas em recuperação judicial*, 3.12 – *Cláusula restritiva vedando a participação de microempresas e empresas de pequeno porte*, 3.13 – *Não exigência de decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para*

¹ Fls. 623/654.

² Fls. 656/798.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir, 3.14 - Ausência de justificativas na escolha dos índices contábeis, 3.15 – Exigência cumulativa de capital social e garantia de proposta, 3.16 – Cláusula genérica acerca das gratuidades e benefícios tarifários, 3.17 – Falhas na fixação do prazo de concessão e sua prorrogação e 3.19 – Ausência de cláusulas essenciais do contrato de concessão, todos dispostos na ITI 550/2015.

No entanto, tecem-se argumentos adicionais, em relação os apontamentos dispostos nos **itens 3.7 e 3.18 da ITI 551/2015**, conforme segue:

2.1. Inicialmente, no que tange **item 3.7**³, vale ressaltar, em contraposição às argumentações expendidas pelo NEC de que somente o item 1.1 do Edital de Concorrência n. 12/2014 estaria irregular, que também **as exigências dispostas nos itens 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.5, 10.1 e 10.4, alínea j do mencionado Edital, abaixo transcritas, permitem identificar previamente o universo de concorrentes**, facilitando a frustração ao caráter competitivo da licitação, uma vez que obrigam aos vindouros licitantes se apresentarem em momento anterior à fase habilitatória, senão vejamos:

5 – DA VISITA TÉCNICA

5.1 – Apresentação de Atestado de Visita Técnica expedido pelo DER-ES, atestando que a LICITANTE, no prazo de até 15 (quinze) dias antes da data estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS, percorreu os itinerários das linhas da ÁREA DE LINHAS.

[...] 5.2 – Às LICITANTES que participarem da visita será fornecido pelo DER-ES Atestado de Visita Técnica. As LICITANTES deverão apresentar em sua DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO o Atestado de Visita Técnica.

5.3 – As LICITANTES deverão realizar visita técnica mediante programação prévia com agendamento junto ao DER-ES.

5.4 – A programação da visita técnica deverá ser agendada diretamente junto ao DER-ES, na Rua Marechal Mascarenhas de Moraes, nº 1.501, Ilha de Santa Maria, Vitória-ES, em horário de expediente, com no mínimo 05 (cinco) dias de antecedência da data pretendida para sua realização, devendo a visita ser realizada por cada LICITANTE até 15 (quinze) dias antes da data estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS.

5.5 – Não serão fornecidos Atestados de Visita Técnica aos proponentes que não apresentarem documento hábil, comprovando ser o representante devidamente autorizado pela LICITANTE.

[...] 10 – DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO – ENVELOPE Nº 01

10.1 – Os proponentes deverão apresentar, em original ou por qualquer processo de cópia autenticada em cartório, publicação em órgão da Imprensa Oficial **ou por autenticação prévia e direta pela COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO.**

[...] 10.4 – DA HABILITAÇÃO TÉCNICA

³ 3.7 – Exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

[...] **j) Apresentação de Atestado de Visita Técnica expedido pelo DER-ES, atestando que a LICITANTE, no prazo de até 15 (quinze) dias antes da data estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS, percorreu os itinerários das linhas da ÁREA DE LINHAS.**

Deste modo, impossível comparar as irregularidades dispostas nestas cláusulas editalícias, como fez o NEC, com os dispositivos legais insertos nos arts. 21, § 1º, 34, 40, incisos IV e V, 41, § 1º da Lei n. 8.666/93⁴ que permitem aos possíveis interessados ter acesso às informações relativas ao certame, requerer a inscrição nos registros cadastrais, bem como impugnar o edital, nos termos do art. 37 da Constituição Federal e art. 3º da Lei de Licitações.

Não se observa, portanto, nos dispositivos legais, a possibilidade de conhecimento antecipado das sociedades empresárias que efetivamente participarão do certame, tratando-se, pois, de supostos interessados, que nem sempre restaram identificados.

Aliás, a busca de informações relativas à licitação e a impugnação ao edital pode ser realizada por qualquer interessado, inclusive atuando para mais de um possível licitante.

Calha, ainda, mencionar que o Decreto n. 5.450/2005, legislação também citada pelo NEC, se remete a modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, distinta da que é tratada nestes autos (concorrência).

Deste modo, **deve permanecer a irregularidade em relação às cláusulas editalícias dispostas nos itens 1.1, 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.5, 10.1 e 10.4, alínea j do Edital de Concorrência n. 12/2014.**

2.2. Já em relação ao **item 3.18**⁵, opinou o NEC, na ITC 4691/2015, pelo desacolhimento do incidente de inconstitucionalidade suscitado, bem como pelo afastamento do presente indício de irregularidade.

Rememorando o apontamento, observa-se que trouxe o item 2, da Cláusula XXIV, da Minuta Contratual, abaixo transcrito, a possibilidade de transferência de direitos e obrigações da exploração de linhas a empresas estranhas à contratação, sem

⁴ **Art. 21.** Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

[...] **§ 1º** O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

Art. 34. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...] **IV** - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

⁵ **3.18** – Possibilidade de transferência da concessão para terceiros sem prévia licitação



prévia licitação, em clara violação ao art. 175 da Constituição Federal⁶ (norma reproduzida de forma simétrica no art. 210 da Constituição Estadual⁷), mas em consonância com a disposição inserta no art. 27, “caput” e § 1º, da Lei Federal n. 8.987/1995⁸ e no art. 27, “caput” e parágrafo único, da Lei Estadual n. 5.720/1998⁹. Veja-se:

CLÁUSULA XXIV – DA TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO

[...] 2. A transferência de direitos e obrigações da exploração de linha(s) que compõe(m) a ÁREA DE LINHAS, objeto deste Contrato, no todo ou em parte, poderá ser feita entre as empresas consorciadas do mesmo consórcio ou não, **assim como para empresa(s) que dele(s) não participe(m)**, após 120 (cento e vinte) dias da data da publicação do extrato do contrato de concessão no Diário Oficial do Estado, mediante requerimento conjunto das interessadas e necessária anuência prévia do Poder Concedente. Em caso de concessionária das linhas que compõem a ÁREA DE LINHAS ser empresa isoladamente, poderá ocorrer a transferência dos direitos e obrigações da exploração da(s) linha(s) que a compõe(m), no mesmo prazo, condições e mediante a necessária anuência prévia do Poder Concedente. Para a transferência de controle societário também deverá haver a necessária anuência prévia do Poder Concedente. (grifo nosso)

Fundamentando o apontamento, destacou o *Parquet* de Contas trechos da Consulta n. 837.532, publicada na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, abril/maio/junho 2011, vol. 79, n. 2, ano XXIX¹⁰, que evidencia o entendimento daquela Corte de Contas especificamente acerca da inconstitucionalidade do art. 27, “caput” e § 1º, da Lei Federal n. 8.987/1995.

Aliado a isto, enfatizou que o TJES na ADI n. 100130013418, julgada em 31/10/2013, declarou a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 8.176/2011 que previa a transferência direta de permissão de uso de bem público para terceiros, sem prévia licitação, mencionando o acórdão dispositivo constitucional (art. 175 da CF) que rege as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos¹¹.

Por sua vez, o NEC, defendendo a constitucionalidade da norma, expõe o descabimento dos julgados expostos na Representação, uma vez que neles não constam a declaração de inconstitucionalidade do art. 27, “caput” e parágrafo único, da Lei Estadual n. 5.720/1998, olvidando-se da apreciação, naqueles julgados, acerca do antagonismo da legislação federal/municipal em evidente afronta ao art. 175 da Constituição Federal, dispositivo constitucional analisado no presente tópico.

⁶ **Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos. (grifo nosso)

⁷ **Art. 210.** Incumbe ao Estado e aos Municípios, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviço público, na forma da lei, que estabelecerá:

⁸ **Art. 27.** A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. § 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: **I** - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e **II** - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

⁹ **Art. 27.** A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. **Parágrafo único.** Para fins de obtenção da anuência de que trata este artigo o pretendente deverá: **I** - Atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; **II** - Comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

¹⁰ Disponível no endereço eletrônico: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1241.pdf> (05/12/2014).

¹¹ Art. 1º da Lei n. 8.987/1995.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Ao mesmo tempo, sustenta o NEC que a Lei Magna traz, no art. 176, § 3º, previsão semelhante ao do dispositivo questionado e que o fim visado pela norma é a garantia da continuidade do serviço público. Por fim, defende a aplicação do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, em razão da ADI 2946/DF encontrar-se pendente de julgamento.

Amainando os argumentos acima delineados, cabe transcrever trechos do Parecer do Procurador-Geral da República¹² na ADI 2946/DF, datado de 11/02/2004, que em sábias e precisas palavras esclarece a inconstitucionalidade do normativo legal, esmiuçando, inclusive, as distinções entre a hipótese prevista no art. 176, § 3º, da Constituição Federal e aquela do art. 27 da Lei n. 8.987/1995.

5. Data maxima venia, não se está a ater-se à gramaticalidade do texto constitucional na ênfase dada à expressão “**sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos**”.

6. O que se quer – e assim há de se reconhecer **diretriz prevalente** no tema em discussão – é estabelecer que **toda prestação de serviço público**, quando o poder público não há promova diretamente, aconteça “sempre através de licitação”.

7. E assim por quê?

8. Porque se ao particular, pela concessão ou permissão oferece-se a prestação do serviço público, **este deverá obtê-lo num certame igualitário com seus concorrentes, igualmente particulares**, certame este cujo desfecho, inerente à disputa, propicia melhor atendimento à demanda pública, pelo que deve primar o governante.

9. Ora, se no quadro **derivado** da “**transferência** da concessão” ou da “**transferência** do controle societário da concessionária”, que é a previsão do questionado artigo 27, da Lei 8987/95, substituir-se a obrigatoriedade do certame, **pela simples anuência do poder público**, abre-se o flanco para que se contemple quem se furtou do certame [...].

10. E, se adentrarmos ao necessário quadro da ponderação, por certo que a preservação, **sempre**, do procedimento licitatório supera a continuidade dos serviços, que é o ponto realçado pelos que, de nós, diferentemente pensam.

11. Os valores de que é escudo o procedimento licitatório, **que se revelam na isonomia e na moralidade**, por certo alçam-se bem acima da **permanência** na prestação do serviço que, no caso de transferência, não comprometerá dita prestação, sendo capaz tão somente, de ocasionar retardo.

12. A circunstância, que impressionou o il. Advogado-Geral da União, de, no caso dos recursos minerais e potenciais de energia elétrica, **§ 3º, do artigo 176**, da Constituição Federal ter-se bastado com a prévia anuência, não enfraquece o que até aqui se desenvolveu, e se estabeleceu, pelo fato de que **dísparos são as situações**. Com efeito, na exploração dos recursos minerais **o particular, proprietário do solo**, tem garantida a participação no resultado da lavra extraída do sub-solo (§ 2º), visto que **concorrem** particular e União na área objeto da exploração, no plano do domínio.

¹² Disponível no endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=368963> (25/02/2016).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

13. Todavia, na prestação de serviços públicos, o particular não se legitima primariamente a cumpri-lo. O dever primário é do poder público.

14. É de se ponderar, outrossim, que esta C. Corte, no julgamento da ADIN 1582-6/DF, declarou a constitucionalidade do artigo 27, incisos I e II da Lei 9.074 de 07/07/95 que “*estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões dos serviços públicos, e dá outras providências*”, valendo destacar parte do voto dos Ministros MARCO AURÉLIO e NELSON JOBIM, verbis:

A Carta Federal não define, em si, a modalidade a ser observada. Apenas indica como próprio o procedimento gênero que é o da licitação.

[...] Atente-se para o **objetivo visado pela norma constitucional**, que outro não é senão, em certame na qual guardada absoluta equidistância, venha-se, **em face à participação igualitária de terceiros, chegar-se à concessão ou permissão, afastando-se, destarte, tratamento diferenciado e passível de contrariar interesses públicos.**

[...] Quer a alienação do controle acionário ocorra via leilão, quer mediante concorrência (incisos I e II do art. 27 da Lei 9.074/95), tem-se respeito à norma constitucional indicadora da **necessária adoção do processo licitatório.**

[...] **A exigência constitucional é a licitação para a outorga do serviço público.** Cabe ao legislador ordinário a fixação das modalidades de licitação. Em face das circunstâncias específicas do caso, ele o fez de acordo com o art. 27 da Lei 9.074, **exatamente dentro dos parâmetros constitucionais – ou seja, a licitação** -, estabelecendo-se uma das suas modalidades: concorrência ou leilão.

15. Ante o exposto, opino, pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Deste modo, estabelecendo o legislador constitucional (art. 175 da Constituição Federal e art. 210 da Constituição Estadual) a exigência inafastável da licitação à concessão de serviço público, parece óbvio que a eventual transferência a terceiros também deva obedecer esta regra.

Aliás, não trouxe a Lei Magna a possibilidade elencada no art. 176, § 3º, para a concessão e permissão de serviços públicos.

Calha repetir, conforme já mencionado na representação, que entendimento distinto culminaria em admitir a mercancia do direito de prestar serviço público, ensejando no repasse da concessão a um terceiro que perdeu ou sequer disputou o certame.

No que tange à inquietação relativa à garantia da continuidade do serviço público, necessário apresentar parte do trabalho de conclusão de curso apresentado no Curso de Graduação em Direito da UFSC, de autoria de Renan Dias Petri, com o título: “Inconstitucionalidade da hipótese de cessão da concessão, sem prévia licitação, prevista no



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

art. 27 da Lei n. 8.987/95”, defendido em 14/07/2014¹³, que desmantela o arcabouço formulado pelos autores favoráveis à constitucionalidade do dispositivo legal, *verbis*:

É nobre, sem dúvida alguma, a preocupação da doutrina com a continuidade da prestação do serviço público, e, com isso, identificar no art. 27 alguma espécie de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Acontece que, em primeiro lugar, o artigo não trata disso, mas, sim, de facultar à concessionária a disposição de sua concessão, ou seja, defender a constitucionalidade deste permissivo baseando-se em hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, não parece ser pertinente. Em segundo lugar, como já foi dito no capítulo 2 deste trabalho, **as hipóteses de dispensa de licitação estão taxativamente estabelecidas nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/93, e entre elas não está a previsão para sua utilização nas concessões de serviço público.**

Por fim, **poder-se-ia cogitar a inexigibilidade de licitação, está sim é cabível. Todavia, como também já foi dito no momento oportuno, nesses casos é mais ajustado ao regime constitucional, que a transferência da concessão, ou mesmo a contratação direta de um novo concessionário, se dê por meio de permissão ou autorização de serviço público, por serem contratos de menor duração. Em outras palavras, essa situação de precariedade jurídica deverá durar apenas o tempo necessário para que se realize nova licitação, esta sim para a concessão do serviço público à concessionária vencedora da concorrência pública, respeitando, dessa forma, o art. 175 da CF/88, sem deixar desamparados os usuários do serviço público.**

Nesse sentido, querer legitimar o art. 27 afirmando que não haverá prejuízos, já que ambas as empresas – cedida e cessionária – possuem características técnicas similares, e haverá a concretização do princípio da continuidade dos serviços públicos é forçar a interpretação do ordenamento jurídico a qualquer custo, infringindo formalidades mínimas que garantem, aí sim, a continuidade e o bom funcionamento dos institutos do direito administrativo.

Assim, não pairam dúvidas de que a Administração Pública possui outros meios de assegurar a continuidade do serviço público, não carecendo de utilizar de dispositivos legais contrários à Constituição Federal para o enfretamento da situação.

Por outro lado, destaca-se que a transferência da concessão, sem prévia licitação, viola os princípios da isonomia e moralidade, favorecendo o particular indicado pelo concessionário, em detrimento dos demais interessados, podendo prejudicar os interesses públicos.

Nesta esteira, pertinente trazer, novamente, passagens do trabalho de conclusão de curso de Renan Dias Petri:

Outro ponto, sem dúvida o mais importante deles, em desfavor da possibilidade de cessão da concessão é que tal hipótese simplesmente **fulmina o princípio da isonomia, ou seja, impede que aqueles que desejem contratar com o Estado tenham meios para tal, na medida em que, ainda que pendente de autorização da Administração Pública, quem escolhe o cessionário da concessão é o próprio concessionário.** Nessa esteira, as palavras de Di Pietro (1999, p. 106):

¹³ Disponível no endereço eletrônico: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/124810/Tcc_pronto_corrigido.pdf?sequence=1&isAllowed=y (25/02/2016).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

As únicas exigências da Lei nº 8.987, expressas no art. 27, são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão, e a de que o pretendente atenda às seguintes exigências: satisfaça os requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Nada diz sobre a exigência de licitação. **A favor dessa exigência poderiam ser apontados alguns argumentos: em primeiro lugar, a licitação erigiu-se em princípio de natureza constitucional a partir da Constituição de 1988; em segundo lugar, outro entendimento poderia significar que se exige licitação para a subconcessão parcial, que é o menos, e não para a transferência, que é o mais; em terceiro, a contratação direta, no caso seria um convite à burla, pois permitiria que uma empresa contratada pelo procedimento da concorrência simplesmente passasse o objeto do contrato a outra, sem atender às exigências da licitação, destinados a atender não só os interesses da Administração em escolher a melhor proposta, mas também assegurar a igualdade de oportunidades aos que queiram com ela contratar.**(grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, Mello (2010, p. 532), ao comentar os princípios da licitação, aduz:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também, o de ensejar **oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.** É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional.

Como visto até agora, todos os argumentos favoráveis à hipótese de transferência da concessão foram sempre no sentido de que a licitação originária, aquele que escolheu a concessionária, já cumpriu o seu papel, uma vez que obteve a melhor proposta para a Administração Pública, e traçou os critérios objetivos relacionados com a prestação do serviço, e, por está razão, não haveria a necessidade de promover nova licitação para a seleção do cessionário da concessão, ou seja, daquele que virá a receber a concessão por meio da transferência.

Pois bem, o que Di Pietro e Mello procuram é trazer para o argumento outra perspectiva do problema. Mais do que isso, eles apresentam outra face do procedimento licitatório. A face que garante o acesso de toda e qualquer pessoa à possibilidade de contratar com o Estado, tendo como única condição para tal desiderato a submissão a um procedimento previamente estabelecido e objetivamente conduzido. Trocando em miúdos, a licitação não se presta tão somente à obtenção da melhor proposta para a Administração Pública, mas é, em verdade, direito das pessoas brasileiras (físicas ou jurídicas) e até as estrangeiras.

Acerca do tema, registra-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na ADI n. 70047413364, julgada em 28/05/2012, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 e parte da alínea “k” do art. 42 da Lei Municipal de Esteio n. 3.839/2009 que estabelece que a concessão ou permissão somente poderá ser transferida a terceiros quando houver anuência prévia do Poder Público Municipal. Vê-se:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal de Esteio n.º 3.839/2009, art. 21 e parte da alínea ‘k’ do art. 42, que estabelece que a concessão ou



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

permissão somente poderá ser transferida a terceiros quando houver anuência prévia do Poder Público Municipal. Dispensa de nova licitação. Inconstitucionalidade da lei, conforme artigos 8º e 163 da Constituição Estadual, e artigos 37, XXI e 175 da Constituição Federal. Ação procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DESEMBARGADORES MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE), ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO, DANÚBIO EDON FRANCO, GASPAR MARQUES BATISTA, ARNO WERLANG, MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, NEWTON BRASIL DE LEÃO, SYLVIO BAPTISTA NETO, RUI PORTANOVA, IRINEU MARIANI, ELAINE HARZHEIM MACEDO, VOLTAIRE DE LIMA MORAES, AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, MARCO AURÉLIO HEINZ, GENARO JOSÉ BARONI BORGES, ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA, ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, CLÁUDIO BALDINO MACIEL, CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO, GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN, TASSO CAUBI SOARES DELABARY, VANDERLEI TERESINHA TREMEIA KUBIAK, TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS EEDUARDO UHLEIN.**

Porto Alegre, 28 de maio de 2012.

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI,
Relator.

RELATÓRIO

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI (RELATOR)

Refiro-me ao despacho que proferi (fl. 124 e verso):

Vistos.

O Procurador-Geral de Justiça propõe a presente ação direta de inconstitucionalidade, visando à retirada do ordenamento jurídico do artigo 21, caput, e o art. 42. "k", ambos da Lei Municipal de Esteio n. 3.839, de 27 de dezembro de 2004, que assim dispõem:

Art. 21. A Concessionário somente poderá transferir a concessão a terceiros, quando houver anuência prévia do Poder Público Municipal e atendidas as exigências da Lei Federal n. 8.987/95.

(...)

Art. 42. O Contrato de permissão e o de concessão deverão ter, como cláusulas essenciais, as relativas:

(...)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

k- à possibilidade de transferência dos direitos, parcial (subconcessão) ou total (transferência) mediante prévia anuência do Poder concedente.

[...] VOTOS

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI (RELATOR)

Antecipo a conclusão do meu voto no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade arguida.

A ação da jurisprudência do egrégio Órgão Especial é cabal a respeito de que tanto a concessão quanto a permissão de serviço público não pode prescindir de prévio processo licitatório, sendo que o art. 175 da Constituição Federal prevê que os serviços públicos podem ser prestados diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, na forma da lei, mas sempre através de licitação, assim aplicando-se a exigência de prévio procedimento licitatório tanto para os casos de deferimento de novas concessões, como também, para as hipóteses de transferência de concessões já concedidas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.117, DE 18 DE JUNHO DE 2009, DO MUNICÍPIO DE CRISTAL, QUE ESTABELECE NORMAS PARA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE TÁXIS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS QUE DETERMINAM QUE COMPETE AO PREFEITO MUNICIPAL DEFERIR AS NOVAS CONCESSÕES E OS PEDIDOS DE TRANSFERÊNCIA DAQUELAS JÁ EXISTENTES. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. OFENSA AOS ARTIGOS 8º E 163 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE, RAZOABILIDADE E IMPESSOALIDADE. À UNANIMIDADE, JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70034501643, Órgão Especial, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Francisco José Moesch, Julgado em 23/01/2012).

Ementa: ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL, PROMULGADA PELO PRESIDENTE DO PODER LEGISLATIVO AUTORIZANDO A TRANSFERÊNCIA DIRETA DE CONTRATO DE PERMISSÃO DA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS - LEI N-2660, DE 1997, DO MUNICÍPIO DE ESTEIO/RS INCONSTITUCIONALIDADE POR FERIR O PRINCÍPIO DA PRÉVIA E INDISPENSÁVEL LICITAÇÃO. VICIADA DE INCONSTITUCIONALIDADE A LEI N- 2.660, DE 1997, DO MUNICÍPIO DE ESTEIO, QUE PERMITE A TRANSFERÊNCIA DIRETA, POR PERMISSONÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO - TÁXI-LOTAÇÃO - DO CONTRATO A TERCEIROS. INCONSTITUCIONAL POR FERIR O PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO, CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ART-163, EM SIMETRIA AO ART-175 DA CARTA MAGNA DO PAÍS. PRINCÍPIO QUE BURLADO RESTARIA, EM ADMITINDO-SE QUE O PERMISSONÁRIO PUDESSE TRANSFERIR O CONTRATO A TERCEIROS, JÁ QUE PERSONALÍSSIMA, SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO, A RELAÇÃO JURÍDICA QUE SE ESTABELECE ENTRE PERMISSONÁRIO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RELAÇÃO NA QUAL, DE RESTO,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

OBSERVADOS HÃO QUE SER OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE NA PERMISSÃO E PUBLICIDADE, CONFORME ARTS-19 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E 37 DA CARTA POLÍTICA DA FEDERAÇÃO. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 597158179, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osvaldo Stefanello, Julgado em 01/12/1997)

Por sua exatidão, integro ao meu voto o parecer final do ilustrado Órgão do Ministério Público, da autoria do digno Procurador de Justiça em exercício (fls. 173/179):

[...] 3. No mérito, em que pesem os respeitáveis argumentos esgrimidos pelo Município e Câmara de Vereadores de Esteio, merece acolhida integral o pleito delineado na petição inicial, cumprindo reiterar todos os fundamentos lá expostos, que evidenciam, sem qualquer dúvida, a desarmonia dos dispositivos atacados face às normas constitucionais já arroladas.

*Como já dito, a análise dos autos permite a conclusão no sentido da inconstitucionalidade do caput do artigo 21, e de parte da alínea “k” do artigo 42 da Lei Municipal nº 3.839, de 27 de dezembro de 2004, que dispõe sobre o Sistema de Transporte e Circulação no Município de Esteio, adequando a legislação municipal à federal, em especial, ao Código de Trânsito Brasileiro e dá outras providências, com a redação dada pela Lei Municipal nº 3.984, 02 de setembro de 2005, ambas do **Município de Esteio**, por afronta aos artigos 8º, caput, e 163 da Constituição Estadual, combinados com os artigos 37, inciso XXI, e 175, ambos da Constituição Federal.*

Nesse passo, releva destacar que ora se viabiliza, modo pleno, o controle de constitucionalidade, uma vez que diversas normas constitucionais restaram malferidas pelas regras legais impugnadas.

*Assim, **importa frisar, de plano, que o artigo 163 da Constituição Estadual, assim como os artigos 37, inciso XXI, e 173 da Carta da República, preceituam acerca da inarredável necessidade da administração pública proceder, modo prévio, a procedimento licitatório, no que tange à exploração de serviços públicos por particulares.***

Tal dever se subsume, em última análise, na necessidade de observância ao princípio constitucional da isonomia, conforme lição de Dirley da Cunha Júnior¹⁴:

***“A licitação é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato que melhor atenda ao interesse público. Destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, na medida em que visa assegurar a participação de todos os interessados em contratar com a Administração Pública; e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e o interesse coletivo.** Ademais, por força da recente Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010, decorrente da conversão da Medida Provisória n. 495, de 19 de julho de 2010, a Licitação também se destina a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.*

A licitação, exatamente por consistir numa seleção pública, será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, pp. 435-437.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Tem por objeto as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros.

Em face do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração Pública só pode contratar com terceiros depois de proceder à licitação.

Tal exigência decorre da norma prevista no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, segundo o qual as obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos na legislação, serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

A obrigatoriedade da licitação portanto, já é, por sim mesma, um princípio jurídico que vincula a Administração Pública. Todavia, há princípios que se aplicam ao procedimento licitatório, considerados indispensáveis à concretização dos fins da própria licitação.(...)"

É de esclarecer que, pela via da ação direta, não se pretende restringir a autonomia do Poder Público do Município de Esteio, mas, tão somente, submeter às normas questionadas ao crivo do Poder Judiciário, no intuito de verificar sua adequação aos ditames constitucionais.

Ademais, cumpre asseverar que, mesmo que pendente de julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade autuada sob o n.º 2.946, que analisa a adequação constitucional, no âmbito da Corte Suprema, do artigo 27 da Lei Federal n.º 8.987/97, cuja redação foi reproduzida pelas normas ora atacadas, a presente ação merece sentença de procedência, na esteira do entendimento lançado por essa egrégia Corte, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade autuada sob n.º 597158179, cuja ementa já foi objeto de transcrição na inicial (fl. 05, verso).

Vale registrar, uma vez mais, que o Município de Esteio reeditou legislação que permite a transferência de concessão de serviço público pelo particular, em momento posterior ao reconhecimento da inconstitucionalidade de tal previsão legal, a saber, Lei Municipal n.º 2.660/97, em inequívoca tentativa de burlar os ditames constitucionais atinentes ao princípio da obrigatoriedade da licitação, que vincula a Administração Pública, o que não pode persistir.

Nesse esteio, a tese defendida na exordial sustenta que, em havendo a exigência constitucional no sentido da obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório prévio para a autorização da exploração de serviços públicos por particulares, logicamente tal exigência se estende à eventual transferência a terceiros de tal exploração.

Admitir-se o contrário, como já destacado, seria dar ao permissionário ou concessionário - este sim, regularmente eleito pela via da licitação administrativa -, poder ou liberalidade que nem mesmo a Administração Pública possui, vinculada que é ao princípio da obrigatoriedade da licitação prévia.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Dessa forma, há inequívoca burla à sistemática constitucional acerca da acessibilidade às concessões/permissões públicas, já que os instrumentos normativos questionados criam forma anômala de acesso às autorizações para exploração de serviços públicos aos particulares, ao arrepio das disposições constitucionais sobre a matéria, e, diga-se, em absoluto prejuízo da supremacia do interesse público e do princípio da isonomia, com o que não se pode pactuar.

Por derradeiro, vale esclarecer que, no que se refere à possibilidade de subconcessão (transferência parcial dos direitos do contratado), prevista na alínea "k" do artigo 42 da Lei Municipal n.º 3.839, de 27 de dezembro de 2004, entende-se pela ausência de vício de inconstitucionalidade, que se faz presente apenas quando se tratar de transferência total, razão pela qual se pretende, tão somente, a declaração de inconstitucionalidade de parte da alínea do artigo ora mencionado.

Traçadas tais diretrizes, não se olvida que o ente Público Municipal, no que tange às normas ora atacadas, descurou das normas insculpidas na Constituição Federal, de observância obrigatória pelos Municípios, nos termos do artigo 8º da Carta da Província, na esteira da argumentação ora esposada, donde se conclui que a ação merece ser julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

4. Pelo exposto, o Procurador-Geral de Justiça, reiterando os fundamentos já lançados na inicial, bem como os agregados nesta manifestação, requer seja a ação julgada procedente, a fim de retirar do ordenamento jurídico o caput do artigo 21, e parte da alínea "k" do artigo 42 da Lei Municipal nº 3.839, de 27 de dezembro de 2004, com a redação dada pela Lei Municipal nº 3.984, 02 de setembro de 2005, ambas do **Município de Esteio**, por afronta aos artigos 8º, caput, e 163 da Constituição Estadual, combinados com os artigos 37, inciso XXI, e 175 da Constituição Federal.

Porto Alegre, 16 de abril de 2012.

IVORY COELHO NETO,
Procurador-Geral de Justiça, em exercício.

Como se vê, o arrazoado no douto parecer prevalece na presente demanda, devendo a ação direta de inconstitucionalidade ser julgada procedente.

Voto, pois, em julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada.

TODOS OS DEMAIS DESEMBARGADORES VOTARAM DE ACORDO COM O RELATOR.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA - Presidente - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70047413364, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE."

Por derradeiro, denota-se que a ausência de julgamento da ADI 2946/DF pelo Supremo Tribunal Federal não obsta a apreciação, por essa Corte de Contas, da incompatibilidade do art. 27, "caput" e parágrafo único, da Lei Estadual n. 5.720/1998, em



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

afronta ao art. 175 da Constituição Federal, norma reproduzida de forma simétrica no art. 210 da Constituição Estadual, **razão pela qual deve ser instaurado incidente de inconstitucionalidade para negar assim, a exequibilidade do dispositivo legal acima mencionado, que possibilita a transferência da concessão para terceiros, sem prévia licitação.**

3. No caso, procede a representação, contudo, em razão da ineficácia de tais irregularidades, haja vista a suspensão do certame por decisão dessa Corte de Contas¹⁵ e, posteriormente informação relacionada ao cancelamento do referido certame pela Administração Pública¹⁶, não cabem sanções na espécie, por ausência de subsunção às normas do art. 135 da LC n. 621/12.

Assim, a melhor técnica processual indica que deve reconhecer a procedência da representação, com a incidência de medidas cabíveis, na forma do art. 95, inciso II, da LC n. 621/12, sendo adequada e suficiente, no caso vertente, a expedição de determinações ao jurisdicionado, sem aplicação de qualquer penalidade.

Posto isso, pugna o **Ministério Público de Contas:**

1 – na forma dos arts. 176 e 177 da LC n. 621/2012 c/c art. 332 e 333 do RITCEES, seja negada a exequibilidade do art. 27, “caput” e parágrafo único, da Lei Estadual n. 5.720/1998, **observada a reserva de plenário, exigida pelo art. 97 da Constituição Federal;**

2 – seja julgada **procedente** representação, na forma dos arts. 94 c/c 99, § 2º e 95, inciso II, da LC n. 621/2012;

3 – nos termos do art. 57, inciso III da LC n. 621/2012, sejam expedidas as determinações sugeridas pelo NEC às fls. 796/798 (item 5.6.4)¹⁷, bem como para que se abstenha de impor a autenticação prévia de documentos de habilitação, monitorando-as na forma do art. 194 e segs, do RITCEES.

Vitória, 18 de março de 2016.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR-GERAL
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

¹⁵ DECM 2142/2014 (fls. 253/257) e Decisão TC-0010/2015 – Plenário (fl. 441).

¹⁶ Fls. 804/805.

¹⁷ No item 5.6.4.1.8 deve constar o dispositivo legal previsto no art. 31, § 5º da Lei n. 8.666/93.