



Acórdão 01378/2024-1 - 2ª Câmara

Processo: 01577/2024-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

UG: PMF - Prefeitura Municipal de Fundão

Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Interessado: MARCELO RIBEIRO DE FREITAS, ANDRESSA SILVA CORREA RODRIGUES

Responsável: GELSON ANTONIO DO NASCIMENTO, RAFAEL PALAURO, CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA GUSTAVO

Terceiro interessado: GILMAR DE SOUZA BORGES, MUNICIPIO DE FUNDÃO, COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESCOLAR, TURISMO E PASSAGEIROS DE IBIRACU E JOAO NEIVA - COOPE-IJON

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
AUDITORIA CONCOMITANTE – FUNDÃO –
TRANSPORTE COLETIVO – MANUTENÇÃO DE
ACHADOS SEM APLICAÇÃO DE SANÇÃO –
AFASTAMENTO DAS IRREGULARIDADES EM
RELAÇÃO AO PROCURADOR –
RECOMENDAÇÕES.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:

I RELATÓRIO

Trata-se de fiscalização, na modalidade Auditoria Concomitante, cujo objeto foi a contratação de transporte coletivo municipal de Fundão, Contrato de Concessão 206/2023, que concedeu à iniciativa privada a exploração do serviço.

Após a realização dos trabalhos, o Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Programas de Desestatização e Regulação (NDR) elaborou o [Relatório de Auditoria 5/2024](#), com seus anexos (peças 06-30), em que registrou achados de auditoria e, em razão deles, sugeriu a citação dos responsáveis.

Devidamente citados, por força da [Decisão Segex 388/2024](#) (peça 34), os responsáveis apresentaram suas justificativas da seguinte forma:

Responsável	Resposta
Concessionária	Defesa/Justificativa 885/2024 -Peça 53
Gelson Antonio do Nascimento – Procurador	Defesa/Justificativa 942/2024 - Peça 54
Rafael Palauro – Secretário de Agricultura e Transporte	Defesa/Justificativa 952/2024 e anexo – Peças 56 e 57 Defesa/Justificativa 953/2024 e anexos – Peças 60 a 62
Gilmar Souza Borges - Prefeito	Defesa/Justificativa 956/2024 e anexo- Peças 58 e 59
Carlos Eduardo de Oliveira Gustavo	Defesa/Justificativa 960/2024 e anexos - Peças 63 a 65 Resposta de Comunicação 11379/2024 e anexos - Peças 66 a 68

Em seguida, o NDR elaborou a [Instrução Técnica Conclusiva 3281/2024](#) (peça 72), na qual examinou as alegações trazidas pelas partes em face dos achados de auditoria. Desse exame, o NDR opinou pela rejeição das preliminares suscitadas pelas partes, pela manutenção dos achados, mas sem a imputação de sanções, e, por fim, pela expedição de recomendações. Anuindo a essas sugestões, o Ministério Público de Contas emitiu o [Parecer 4729/2024](#) (peça 74).

Após, vieram-me os autos conclusos para emissão de voto para efeito de posterior deliberação do colegiado.

Na 40ª sessão ordinária da 2ª Câmara realizada no dia 20/09/2024, foi realizada sustentação oral por parte do Procurador (peça 78 - Notas Taquigráficas 00078/2024-1). Foram juntados aos autos a Manifestação Técnica de Defesa Oral 00047/2024-5 (peça 81) e o Parecer do Ministério Público de Contas 06340/2024-2 (peça 83) a respeito daquela sustentação.

II FUNDAMENTOS

Após análise dos autos, constato que as conclusões da área técnica e do Ministério Público de Contas convergem de modo geral para a manutenção dos achados, e da emissão das recomendações ao jurisdicionado, divergindo apenas quanto à cominação de multa. Considerando a adequação da análise técnica apresentada em relação às questões de auditoria levantadas e aos respectivos achados, anuído pelo Ministério Público de Contas, **acolho parcialmente a proposta de encaminhamento** da unidade técnica relatada, conforme sugerido na **Instrução Técnica Conclusiva 3281/2024**, **divergindo quanto ao encaminhamento relativo ao Procurador**. Em relação a ele, as irregularidades devem ser afastadas, por ausência de conduta irregular e além disso, não houve erro grosseiro ou dolo.

Assim, faço constar os trechos abaixo reproduzidos da peça conclusiva como parte integrante da fundamentação de meu voto, nos moldes do §3º, art. 2º do Decreto Nº 9.830, de 10 de junho de 2019 que regulamentou o disposto nos art. 20 ao 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹. Nesse contexto, transcrevo apenas as seções de análise da ITC 3281/2024:

[...]

3. PRELIMINARES E PREJUDICIAL DE MÉRITO

3.1 Preliminar de ilegitimidade passiva

¹Decreto Nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. [...] **§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão. (grifos nossos)**

[...]

Análise

Inicialmente a equipe técnica do TCE-ES apontou que, como gerente de licitações e compras, cabia ao Sr. Carlos Eduardo de Oliveira Gustavo gerenciar a preparação da licitação do Contrato 206/2023 e orientar aos servidores o procedimento dos art. 186-A e seguintes do RITCEES. Como a licitação foi levada a efeito sem que fossem observados os arts. 186-A e seguintes do RITCEES, foi apontada a responsabilidade do citado servidor.

Em sede de preliminar, o defendente alegou que foi nomeado como gerente de licitações e compras em 7/2/23, mesma data em que o edital foi enviado para publicação, de forma que mal teve contato com a documentação antes da publicação.

Com relação a este argumento, se o edital tivesse sido publicado apenas na data informada (8/2/23) caberia razão ao defendente, visto que não teria tido tempo hábil para analisar o processo, porém, verifica-se que o edital foi republicado duas vezes (em 5/4 e 12/7/23), de modo que o defendente já estava no cargo há tempo suficiente para conhecer o processo e verificar quaisquer irregularidades.

Com relação às republicações, afirma que o processo administrativo “não retornou ao gerente para verificação, visto que o procedimento foi repetido, seguindo os preceitos legais”. Logo, como não teve mais contato com o processo, não teria como ter verificado o problema.

Acontece que, analisando o Processo Administrativo 3538/2023, verifica-se manifestação assinada em 15/5/23, fls. 377, pelo Sr. Carlos Eduardo de Oliveira Gustavo (evento 24, pg. 16), o que contradiz a afirmação de que o referido processo não teria retornado ao gerente.

Desse modo, como ficou demonstrado que teve em mãos os autos, não pode ser acolhido o argumento.

Também alegou que não cabia ao gerente de licitações e compras verificar a legalidade de edital de concessões, mas sim à Procuradoria-geral do município, por força do art. 43, VI, da Lei Municipal 11.340/2022.

Ocorre que, conforme já pontuado no Relatório de Auditoria 5/2024-1 (evento 6, pg. 38), nos termos do Anexo III da Lei Municipal 11.340/2022, compete ao gerente de licitações e compras “analisar a legalidade dos processos advindos das diversas secretarias, orientando os servidores (...) na instrução dos processos”.

Nesse sentido, não merecem prosperar as alegações.

3.2 Preliminar de ausência de interesse processual

[...]

Análise:

Os defendentes alegam que a irregularidade apontada pela equipe de auditoria (assinatura de contrato com vigência indeterminada) já foi

sanada com a publicação do 1º Aditivo de Rerratificação do Contrato Administrativo 206/2023, cópia juntada no evento 61 (pgs. 4-6).

Como o ato impugnado já não mais existe no mundo jurídico, alegam que “o prosseguimento da análise não trará nenhuma utilidade, sendo, assim, desnecessária”, e requerem a extinção do feito sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual.

Embora a correção da irregularidade antes da decisão desta Corte possa ser considerada uma atenuante, isto não afasta o fato de que a irregularidade existiu e que continuaria a produzir efeitos, caso não houvesse a fiscalização do TCE-ES.

Sendo assim, a utilidade do processo não fica afastada, visto que a análise possui caráter no mínimo pedagógico, de forma que não será acatada a preliminar.

3.3 Prejudicial de inconstitucionalidade Formal e Material do Art. 186-B do RITCEES

[...]

Análise:

Os argumentos podem ser sintetizados da seguinte maneira: (i) compete privativamente à União legislar sobre licitações e contratos, nos termos dos Arts. 22, XXVII, e 37, XXI, CRFB; (ii) é permitido apenas o controle, pelos tribunais de contas, de editais licitatórios já publicados, nos termos do Art. 113, § 2.º, da Lei 8.666/93; (iii) o controle prévio de editais licitatórios é vedado aos tribunais de contas, conforme entendimento do STF; (iv) o TCU possui diversos acórdãos no sentido de que não compete ao próprio TCU deliberar a respeito da licitude do conteúdo de minuta de edital ainda não publicada; (v) o STF declarou inconstitucional norma do TCE-RJ que obrigava o envio de editais licitatórios para exame prévio; e (vi) o art. 186-B do RITCEES padece de inconstitucionalidade formal e material porque invade competência da União para legislar sobre licitações e por estar em desacordo com conteúdo do § 2º do art. 113 da Lei Federal 8.666/1993.

Pois bem.

Começamos analisando os argumentos de que o STF declarou inconstitucional norma do TCE-RJ que obrigava o envio de editais licitatórios para exame prévio e que o TCU entende que não cabe a ele realizar análise de editais não publicados.

Primeiro vamos ao TCU:

Instrução Normativa TCU 81/2018

Dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização

[...]

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União compete **fiscalizar os processos de desestatização** realizados pela Administração Pública Federal, **compreendendo** as privatizações de empresas, **as concessões** e permissões **de serviço público**, a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP) e as outorgas

de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado.

[...]

Art. 3º **O Poder Concedente deverá disponibilizar**, para a realização do acompanhamento dos processos de desestatização, pelo Tribunal de Contas da União, os estudos de viabilidade e **as minutas do instrumento convocatório e respectivos anexos, incluindo minuta contratual e caderno de encargos**, já consolidados com os resultados decorrentes de eventuais consultas e audiências públicas realizadas, materializados nos seguintes documentos, [...]

[...]

Art. 8º **O órgão gestor do processo de desestatização encaminhará**, obrigatoriamente em meio eletrônico, as informações e os documentos descritos nos arts. 3º, 4º ou 5º desta Instrução Normativa **em noventa dias, no mínimo, da data prevista para publicação do edital de licitação**.

[grifos nossos – g. n.]

Percebe-se que o TCU exige, no caso de desestatizações, incluídas as concessões de serviços públicos, que o Poder Concedente encaminhe àquela Corte de Contas Federal, com no mínimo 90 dias antes da publicação, a minuta do edital que se pretende publicar.

Estaria o TCU descumprindo entendimento do STF e realizando controle prévio como o defendente entende estar fazendo o TCE-ES?

Agora vejamos norma do TCE-RJ:

Deliberação Nº 342/2023

Estabelece os procedimentos a serem adotados na Análise Concomitante dos processos de desestatização e de prorrogação de concessões comuns e de PPPs.

[...]

Art. 1º No intuito de ampliar a segurança jurídica na aplicação das normas e a previsibilidade de vindouras ações de controle, **o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) poderá fiscalizar o planejamento dos processos de desestatização realizados pela Administração Pública, compreendendo:**

I – as privatizações;

II – **as concessões comuns**; e

III – as Parcerias Público-Privadas (PPPs).

[...]

Art. 3º Para fins de planejamento das ações de controle, **os órgãos responsáveis pelos atos de desestatização deverão disponibilizar ao TCE-RJ**, por meio de módulo específico no sistema SIGFIS, extrato do planejamento da desestatização pretendida.

§ 1º Nos casos do Capítulo III, o extrato de planejamento deve:

I – conter as informações prevista no Anexo I; e

II – ser incluído no módulo específico do SIGFIS **com antecedência mínima de:**

a) **120 (cento e vinte) dias da data prevista para publicação do edital de licitação**, no nível estadual;

b) **90 (noventa) dias da data prevista para publicação do edital de licitação**, no nível municipal.

[g. n.]

Percebe-se que o TCE-RJ exige, no caso de desestatizações, incluídas as concessões de serviços públicos, que o Poder Concedente encaminhe, àquela Corte de Contas estadual, a minuta do edital que se pretende publicar, com um prazo de 90 a 120 dias antes da publicação.

Estaria o TCE-RJ (assim como o TCU) descumprindo entendimento do STF e realizando controle prévio como o defendente entende estar fazendo o TCE-ES?

A resposta é negativa, embora o defendente tenha razão ao afirmar que é vedado o controle prévio de editais de licitação, nos termos do art. 113, § 2.º, da Lei 8.666/93, e não há nenhuma contradição entre as duas afirmações.

O controle prévio pelos tribunais de contas é vedado, conforme já se pronunciou o STF no Recurso Extraordinário (RE) 547063:

Ementa: Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. 1. O art. 22, XXVII, da Constituição Federal dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação. 2. A Lei federal nº 8.666/93 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. 3. **A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº 8.666/93, que não contém essa exigência.** 4. Recurso extraordinário provido para conceder a ordem de segurança.

[g. n.]

A despeito do disposto no RE 547.063 do STF, o TCU entende que cabe análise de editais de licitação nos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos de forma concomitante, por meio de fiscalização na modalidade de acompanhamento.

Os fundamentos jurídicos para esse entendimento são o artigo 18, inciso VIII, da Lei 9.491/97, que estabelece ser competência do gestor do Fundo Nacional de Desestatização “preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União”, e o artigo 6.º, IV, da Lei n. 13.334/2016, que dispõe que os órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União com competências relacionadas aos empreendimentos do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) deverão promover “articulação com os órgãos e autoridades de controle, para aumento da transparência das ações administrativas e para a eficiência no recebimento e consideração das contribuições e recomendações”.

Esses dispositivos, a propósito, também dão sustentação à já citada Instrução Normativa 81/2018, do TCU, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização, “compreendendo as privatizações de empresas, as concessões e permissões de serviço público, a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP) e as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado”.

O controle efetuado pelo TCE-ES no caso aqui estudado é considerado concomitante, no sentido utilizado por Rehbein² (2021), porque ocorre no momento da execução do ato administrativo, após a realização da audiência pública, quando os estudos e as minutas, do edital e do contrato, já foram elaborados, divulgados e se encontram em fase de aprimoramento.

Este esclarecimento é importante para que não se confunda controle concomitante com controle prévio, no qual o edital somente pode ser publicado após submetido ao tribunal de contas e autorizado por este órgão, situação vedada pelo art. 113 da Lei n. 8.666/93 e pelo STF, conforme RE 547.063.

Nesse sentido, destaque-se que o TCE-ES não avoca a si a prerrogativa de autorizar a publicação do edital, que pode ser publicado sem qualquer aval prévio.

No âmbito da Corte de Contas do ES, há norma que determina que o edital e demais documentos que embasam a licitação para concessão sejam encaminhados após a consulta pública (quando já são atos exteriorizados pelo órgão licitante) e antes da publicação, para que o tribunal possa analisar, identificar possíveis irregularidades (que só vão se materializar se o edital for publicado com elas) e recomendar correções, visando aumentar a segurança jurídica e evitar a indesejada paralisação de licitações.

² REHBEIN, Ailton Roberto. Análise Prévia de Editais de Licitação de PPPs: A Experiência do TCE-SP no Setor de Iluminação Pública. **Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas**, São Paulo, v. 1, n. 7, p. 100-121, ago. 2021. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/article/view/153>. Acesso em: 23 jul. 24.

O fundamento legal da análise encontra-se na Lei Complementar Estadual 621, de 8 de março de 2012, Art. 1.º, Incisos IX e XXXVI³, bem como na Resolução 261, de 4 de junho de 2013, que aprovou o Regimento Interno do TCEES⁴.

O equívoco do defendente foi afirmar, corretamente, que é vedado o controle prévio de editais, porém, não atentou que o caso concreto tratou de controle concomitante de atos que já devem estar publicizados, situação permitida aos tribunais de contas.

Diante do exposto, resta não acatada a prejudicial de mérito.

4 - Achados de auditoria

4.1- A1(Q1) - Efetivar licitação para concessão do transporte coletivo de passageiros do Município sem o encaminhamento prévio do processo licitatório ao TCE-ES.

Critérios: Resolução - TCEES 261/2013, art.186-A e seguintes.

Responsáveis:

Responsável	GELSON ANTONIO DO NASCIMENTO
CPF	124.012.737-51
Encaminhamento	A citação de responsável (art. 207,I c.c. art. 389 do RITCEES).
Cargo	Procurador-Geral do Município de 27/6/2022 - em atividade
Conduta	Elaborar Pareceres Jurídicos do Processo Licitatório que originou a Concorrência 5/2023

³ Art. 1º **Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo**, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, **competete**:

[...]

IX - fiscalizar procedimentos licitatórios, contratos, incluindo os de gestão, parcerias público-privadas, termos de parceria ou instrumentos congêneres, desestatizações, convênios, ajustes ou termos, envolvendo concessões, cessões, doações, autorizações e permissões de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado ou dos Municípios, por qualquer de seus órgãos ou entidades da administração direta ou indireta;

[...]

XXXVI - expedir recomendações para a correção de impropriedades verificadas no exercício do controle externo; [g. n.]

⁴ Resolução TC n. 261/2013:

Subseção VI **Da Análise Concomitante dos Atos e Processos de Desestatização** (Incluído pela Emenda Regimental nº 011, de 19.12.2019)

[...]

Art. 186-B. O Poder Concedente deverá encaminhar ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, mediante protocolo, em, no mínimo, 90 dias antes da publicação do edital de licitação:

I – cópia integral do processo licitatório, com documentos já consolidados com os resultados das audiências ou consultas públicas, no que couber;

II – planilhas eletrônicas desenvolvidas para avaliação econômico-financeira do empreendimento, inclusive em meio magnético, com fórmulas discriminadas, sem a exigência de senhas de acesso ou qualquer forma de bloqueio aos cálculos, e, quando for o caso, descrição do inter-relacionamento das planilhas apresentadas.

	e o Contrato 206/2023, analisando a Minuta do Edital da Concorrência e seus Anexos, e não alertar os gestores da necessidade de encaminhar cópia integral do processo licitatório e das planilhas eletrônicas desenvolvidas para avaliação econômico-financeira, ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, conforme preceitua o Artigo 186-B, do Regimento Interno do TCEES.
Nexo de causalidade	A conduta do servidor contribuiu significativamente para a irregularidade, uma vez que sua imperícia contribuiu para que legislação fosse descumprida e para que fosse realizada uma contratação sem sólido embasamento econômico-financeiro.
Excludentes de ilicitude	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito e força maior.
Culpabilidade	É razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois deveria o responsável alertar para a necessidade de encaminhar cópia integral do processo licitatório e de planilhas eletrônicas para avaliação econômico-financeira ao TCEES, em consonância com a legislação. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável, ou seja, reprovável, razão pela qual ele deve ser citado a fim de avaliar se merece ser apenado com aplicação de pena de multa.
Punibilidade	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

Responsável	RAFAEL PALAURO
CPF	102.414.687-10
Encaminhamento	A citação de responsável (art. 207, I c.c. art. 389 do RITCEES).
Cargo	Secretário de Agricultura e Transporte de 16/3/21 a 5/4/24
Conduta	Autorizar a realização do processo licitatório, que deu origem ao Contrato 206/2023, bem como adjudicar e homologar a Concorrência 5/2023, sem determinar que a cópia integral do processo licitatório e das planilhas eletrônicas desenvolvidas para avaliação econômico-financeira fossem encaminhadas ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, descumprindo, desta forma, o Artigo 186-B, do Regimento Interno do TCEES.
Nexo de causalidade	A conduta contribuiu significativamente para a irregularidade, uma vez que sua omissão foi preponderante para que legislação fosse descumprida e para que fosse realizada uma

	contratação sem sólido embasamento econômico-financeiro.
Excludentes de ilicitude	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito e força maior.
Culpabilidade	É razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois deveria o responsável, ter determinado o encaminhamento de cópia integral do processo licitatório e de planilhas eletrônicas, para avaliação econômico-financeira, ao TCEES, em consonância com a legislação. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável, ou seja, reprovável, razão pela qual ele deve ser citado a fim de avaliar se merece ser apenado com aplicação de pena de multa.
Punibilidade	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

Responsável	CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA GUSTAVO
CPF	136.297.057-31
Encaminhamento	A citação de responsável (art. 207, I c.c. art. 389 do RITCEES).
Cargo	Gerente de Licitações e Compras de 7/2/2023 a 3/4/2024.
Conduta	Gerenciar a preparação da licitação do Contrato 206/2023; gerenciar e distribuir os processos advindos das Secretarias para cada divisão, sem orientar aos servidores o procedimento dos art. 186-A e seguintes do RITCEES; analisar a legalidade do processo 3538/2022, sem orientar aos servidores o procedimento dos art. 186-A e seguintes do RITCEES; deixar de gerenciar e acompanhar os prazos legais do art. 186-B do RITCEES.
Nexo de causalidade	A conduta contribuiu significativamente para a irregularidade, uma vez que sua omissão foi preponderante para que legislação fosse descumprida e para que fosse realizada uma contratação sem sólido embasamento econômico-financeiro.
Excludentes de ilicitude	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito e força maior.
Culpabilidade	É razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que ele adotou, conforme o Anexo III da Lei Municipal 1.340/2022, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois deveria o responsável, ter alertado os servidores da SEAGRI acerca

	da necessidade de encaminhar a cópia integral do processo licitatório e de planilhas eletrônicas, para avaliação econômico-financeira, ao TCEES, em consonância com a legislação, bem como ter acompanhado os prazos legais para publicação do Edital 5/2023. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável, ou seja, reprovável, razão pela qual ele deve ser citado a fim de avaliar se merece ser apenado com aplicação de pena de multa.
Punibilidade	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

[...]

- Análise

Verifica-se na manifestação dos Responsáveis que seria inconstitucional o disposto no art. 186-A e seguintes do RITCEES. Tal argumento foi rebatido no item 3.3 desta ITC, de forma que se faz desnecessário reproduzir o debate.

Outro argumento apresentado foi no sentido de que ainda que houvesse divergência doutrinária ou jurisprudencial acerca da desnecessidade de submissão prévia dos editais licitatórios não publicados às Cortes de Contas, não haveria espaço para imputação aos responsáveis, já que o fato de haver divergência de interpretações já seria suficiente para afastá-lo. Tal argumento não pode prosperar porque, como exposto no item 3.3 desta ITC, o artigo do RITCEES atacado não trata de análise prévia de editais para aprovação pelo TCE-ES, mas sim de análise concomitante de edital, por meio da modalidade de fiscalização denominada “acompanhamento”, efetuada por diversos tribunais de contas e perfeitamente legal.

[...]

Entretanto, em que pese o fato do desconhecimento da lei, ainda mais por agentes/gestores públicos, não afastar suas responsabilidades, na análise do caso concreto há de se considerar o seguinte:

Somente a partir de 2023 a matéria de “Concessão de Serviço Público” passou a integrar o programa de treinamento de gestores municipais deste Tribunal “Enfoc”. Destaca-se que nesse curso a obrigação de apresentação do processo licitatório de concessão comum e de PPP é apresentada e detalhada;

Não está na habitualidade do município de Fundão realizar concessões. Conforme informação retirada do Painel de Controle deste Tribunal⁵, o contrato de transporte coletivo atual é o único Edital de Concessão lançado pelo município; e

⁵ Disponível em: <https://paineldecontrole.tcees.tc.br/areasTematicas/ConcessaoPublica-VisaoGeral>. Acesso em: 6 ago. 24.

Embora não tenha submetido para análise concomitante, o Município informou ao TCE-ES acerca da contratação, por meio do sistema CidadES, o que demonstra a boa-fé dos responsáveis.

Assim, considerando esses pontos, entende-se que o não envio dos autos ao Tribunal pode ter se dado pelo não conhecimento dessa obrigatoriedade, o que demonstra uma ausência de má-fé por parte dos responsáveis.

Destaca-se que essa Corte de Contas já decidiu por afastar a responsabilização de agentes por não envio dos autos ao Tribunal quando demonstrada a não ocorrência de má-fé, conforme se pode verificar no voto condutor do Acórdão 239/2024-1ª Câmara:

No caso dos autos, embora, de fato, haja uma irregularidade consistente no não envio prévio da publicação do edital a cópia integral dos processos licitatórios de concessões de serviços públicos e PPP, bem como a cópia dos estudos preliminares de viabilidade técnica e econômico-financeira, não se vislumbra, ainda que sem a correta atribuição de suas funções, a presença de má-fé por parte do responsável, ou de qualquer outro servidor, visto que não há comprovação de que tenham agido com objetivo de lesar Administração Pública ou onerar a máquina administrativa sem a devida contraprestação.

Soma-se a isso tudo, o fato que o Gestor acolheu as indicações de irregularidades e imediatamente tomou providências para sanar as questões apresentadas no decorrer do contrato.

Diante do exposto, sugere-se a **manutenção do achado – sem aplicação de penalidades aos responsáveis**, uma vez que demonstrada a boa-fé em suas condutas.

4.2 - A2(Q4) - Inadequação das disposições contratuais sobre prorrogação do contrato.

Critérios: Lei 8.666/1993, arts. 55, IV, e 57, § 1º, I, e § 3º; Lei 8.987/1995, art. 2º, II; Concorrência 5/2023, item 6.1 do Edital; e Lei Municipal 1440/2023, art. 27.

Responsáveis:

Responsável	GELSON ANTONIO DO NASCIMENTO
CPF	124.012.737-51
Encaminhamento	A citação de responsável (art. 207, I c.c. art. 389 do RITCEES).
Cargo	Procurador-Geral do Município 27/06/2022 - em atividade.
Conduta	Emitir parecer jurídico que concluiu pelo cumprimento, no edital de licitação, de todas as exigências previstas na legislação, e opinar favoravelmente à realização da Concorrência Pública 5/2023, sem a indicação de irregularidade no prazo de vigência contratual.
Nexo de causalidade	A conduta do servidor impactou diretamente na ocorrência da irregularidade, uma vez que foi firmado contrato de concessão de serviço

	público com prazo de vigência ad aeternum, ou seja, indeterminado.
Excludentes de ilicitude	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito e força maior.
Culpabilidade	É razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois o responsável deveria indicar o erro no prazo de vigência contratual quando da elaboração de seus Pareceres Jurídicos e não concluir pelo cumprimento de todas as exigências previstas na legislação no edital de Concorrência Pública 5/2023 e em seus anexos. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável, ou seja, reprovável, razão pela qual ele deve ser citado a fim de avaliar se merece ser apenado com aplicação de pena de multa.
Punibilidade	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

Responsável	RAFAEL PALAURO
CPF	102.414.687-10
Encaminhamento	A citação de responsável (art. 207, I c.c. art. 389 do RITCEES).
Cargo	Secretário de Agricultura e Transporte 16/03/2021 a 05/04/2024.
Conduta	Homologar o resultado da Concorrência Pública 5/2023, que resultou na formalização do Contrato 206/2023, com prazo de vigência ilegal, haja vista ser ad aeternum e, portanto, indeterminado.
Nexo de causalidade	A conduta do servidor impactou diretamente na ocorrência da irregularidade, uma vez que foi firmado contrato de concessão de serviço público com prazo de vigência ilegal, haja vista ser ad aeternum e, portanto, indeterminado.
Excludentes de ilicitude	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito e força maior.
Culpabilidade	É razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois o responsável não deveria homologar o resultado da Concorrência Pública 5/2023, com prazo de vigência contratual ilegal. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável, ou seja, reprovável, razão pela qual

	ele deve ser citado a fim de avaliar se merece ser apenado com aplicação de pena de multa.
Punibilidade	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

- Análise

A Cláusula 5.1 do Contrato 206/2023 dispunha que o “prazo de vigência contratual terá início na data de sua assinatura e terá duração de 05 (cinco) anos, podendo ser prorrogado por igual período, e assim sucessivamente, (...)”.

Nesse sentido, a irregularidade aqui tratava da possibilidade de prorrogações sucessivas, devido à inclusão da expressão “e assim sucessivamente”, trazendo à tona a possibilidade de sua prorrogação *ad aeternum*, violando o art. 57, § 3º, da Lei Federal 8.666/1993.

A equipe técnica responsabilizou o parecerista jurídico Gelson Antonio do Nascimento, por emitir parecer sem alertar acerca da irregularidade do prazo, e o Secretário Rafael Palauro, por homologar o certame cujo contrato continha prazo de vigência irregular.

Inicialmente os defendentes apresentaram preliminar de ausência de interesse processual, afastada nos termos do Item 3.2 desta ITC.

Quanto ao mérito, não apresentaram argumentos capazes de demonstrar que a vigência contratual obedecia ao art. 57, § 3º, da Lei 8.666/93, limitando-se a afirmar que estava condizente com a Lei Municipal 1.440/23, argumento já rebatido pela equipe de auditoria (pg. 47 do Relatório), nos seguintes termos:

Sobre o art. 27 da Lei Municipal 1440/2023, que permite que a concessão do serviço de transporte coletivo de passageiros do Município de Fundão se dê “pelo prazo de até 05 (cinco) anos, podendo ser renovável, **por igual ou inferior período**”, não há que se falar em permissão de renovações/prorrogações infinitas.

A legislação permite apenas a renovação/prorrogação por igual ou inferior período. Ora, se existirem, por exemplo, duas prorrogações, o Contrato seria prorrogado por dez anos. Portanto, a legislação seria descumprida, já que permite a renovação apenas **por igual ou inferior período**.

[grifos no original]

[...]

Apesar de os argumentos apresentados não afastarem a irregularidade, na análise do caso concreto há de se considerar que o Município se antecipou e já retificou e excluiu a expressão “e assim sucessivamente” do subitem 5.1 da cláusula 5ª do Contrato Administrativo 206/2023 (conforme extrato de publicação do 1º aditivo de rerratificação – evento 55).

Em que pese a manutenção do apontamento, há elementos que devem ser considerados para uma análise adequada da responsabilização dos gestores.

Primeiramente, há de ser considerada a limitação técnica do corpo funcional de Prefeituras de pequeno porte, especialmente tratando-se de espécie de contratação não usual⁶.

A jurisprudência desse Corte considera essa limitação técnica na análise da conduta dos agentes, nos termos do voto condutor do Acórdão 1191/2021 - 2ª Câmara:

Finalmente, relevante esclarecer que as irregularidades foram mantidas, mas algumas questões serão levadas em conta no momento da aplicação de penalidades:

- Realmente, o Prefeito herdou em 2017, quando iniciou o seu mandato, uma situação de fato já constituída há muito tempo, o que leva a acreditar que havia uma circunstância de normalidade. Este argumento não convalida a irregularidade, mas pode atestar a boa-fé;
- **É público e notório que municípios pequenos têm dificuldade em manter uma equipe técnica a altura para trabalhar em processo de licitação que trate de um assunto complexo como é o caso da concessão de transporte coletivo;**
- O referido mandatário assumiu a gestão do Executivo Municipal em 2017, ano posterior ao de 2015 e que marcou (e ainda marca) uma crise econômica com ampla repercussão na realidade fiscal do poder público e que praticamente impossibilita a contratação de técnicos pelos municípios em quantidade suficiente à demanda de todas as áreas.
- O artigo 22 da LINDB pontua que os órgãos de controle devem levar em considerações as “dificuldades reais encontradas pelos gestores”.

[g. n.]

Ante o exposto, considerando que a irregularidade foi sanada antes mesmo da ITC; considerando que não foi constatado dano ao erário; considerando a boa-fé demonstrada pelos responsáveis; considerando a limitação técnica do corpo funcional dos municípios de pequeno porte; sugere-se a **manutenção do achado – sem aplicação de penalidades aos responsáveis**.

Por fim, deve-se registrar que a sugestão de determinação presente no relatório de auditoria, para que fosse retificado o contrato, tornou-se desnecessária.

4.3 - A3(Q5) - Necessidade de qualificação na fiscalização do serviço.

Critérios: Lei 8.666/1993, art. 67; 8.987/1995, art. 3º; Lei Municipal 1.440/2023, arts. 13, II, e 32, I; Decreto Municipal 30/2024, arts. 6º, II, e 11; e Contrato 206/2023, Cláusula 16ª.

⁶ Conforme já demonstrado no item anterior, nos últimos anos só foi realizada uma licitação, esta sob análise, de concessão de transporte coletivo no município.

[...]

- Análise

Inicialmente, é importante ressaltar que o achado trata de impropriedade, sem proposta de citação e possível sanção.

Sendo assim, o que se almejou foi notificar a Prefeitura para se manifestar sobre propostas de recomendação da equipe de auditoria, visando qualificar a fiscalização do serviço de transporte coletivo, uma vez que a equipe verificou a existência de oportunidades de melhoria.

Instada a se manifestar, a Prefeitura concordou com o achado, tanto que afirmou estar realizando treinamentos sobre fiscalização de transporte coletivo aos fiscais e gestores, bem como informou já ter providenciado a identificação visual nos veículos de transporte público de Fundão, bem como afixado o telefone da Ouvidoria Municipal no interior e no exterior dos referidos veículos (fotos juntadas ao evento 61).

Ocorre que, como não foi demonstrado o acatamento de todas as recomendações, sugere-se a manutenção do achado, sem imputação de multa, e com as seguintes **recomendações** ao Prefeito Municipal de Fundão para que, através da Secretaria Municipal de Agricultura e Transporte:

a) realize a fixação, não só dentro do veículo, quanto, se possível, nos pontos de parada, do contato da Ouvidoria Municipal, de forma a permitir que a população registre reclamações acerca da qualidade do serviço; e

b) realize a sinalização dos pontos de embarque e desembarque e a fixação de informativos sobre os horários das linhas em cada um deles.

5 - Achado não decorrente da investigação de questões

5.1- A4 – Ineficiência na modelagem atual do serviço.

Crítérios: Lei 8.987/1995, art. 6º, § 1º; Lei Municipal 1.440/2023, arts. 4º, III, 16, II e III, e 19; Decreto Municipal 30/2024, art. 5º, III; Contrato 206/2023, Cláusula 18.1; Concorrência 5/2023, item 23.1 do edital.

[...]

- Análise

Em primeiro lugar, importa destacar que o achado trata de impropriedade, sem a proposta de citação e possível sanção.

Sendo assim, o que se almejou foi notificar a Prefeitura e a Concessionária para se manifestarem sobre proposta de recomendação da equipe de auditoria, visando trazer maior eficiência e racionalidade na modelagem atual do serviço de transporte coletivo, uma vez que a equipe verificou a existência de baixíssima demanda e alta tarifa.

Instados a se manifestar, tanto a Municipalidade quanto a Concessionária concordaram com o achado, com a ressalva da

empresa de que deve ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ante o exposto, sugere-se a manutenção do achado, sem imputação de multa, e com **recomendação** ao Prefeito Municipal de Fundão, para que, através da Secretaria Municipal de Agricultura e Transporte, em conjunto com a Concessionária, observados os apontamentos do Item 5.1 desta ITC, adeque o modelo atual do serviço de transporte coletivo, especialmente o tarifário, de forma a tornar a tarifa pelo serviço mais módica.

[...]

Ante a correção das análises realizadas na Instrução Técnica Conclusiva 3281/2024 nos trechos acima reproduzidos, acolho sua fundamentação, bem como as propostas de encaminhamento, de modo a **manter os achados, mas sem responsabilização dos responsáveis, apenas com a expedição de recomendações.**

Por outro lado, divergindo da área técnica – apenas neste ponto específico –, verifico a necessidade de **afastar as irregularidades em face do Procurador Gelson Antonio do Nascimento, por ausência de conduta irregular.** Isso porque, conforme explicado pelo responsável, sua conduta foi pautada em consonância com a legislação de regência, bem como não houve erro grosseiro de sua parte em nenhuma das irregularidades que lhe foram imputadas. Desse modo, as irregularidades devem ser afastadas em relação a ele.

Em relação ao item 4.1, da ITC, verifico que o certame foi regido pela Lei 8.666/93, que não exigia que o Procurador examinasse todo o procedimento licitatório. Essa exigência decorre da Lei 14.133/2022, que deu azo à obrigação prevista na Lei Municipal 11.340/2022; no entanto, essas leis não são aplicáveis ao caso. Como dito, o certame foi regido pela Lei 8.666/93, que requer o exame, por parte do procurador, apenas da minuta do edital. Nesse sentido, cito precedente desta Corte:

Acórdão 1201/2024 – proc. 1578/2022

Quanto ao argumento de que o parecer foi elaborado de acordo com o art. 38 da Lei 8.666/93, que dispõe que o que deve ser examinado e aprovado pelo parecerista jurídico são as minutas do edital de licitação e do contrato, de forma que o envio dos autos ao Tribunal para análise não é parte integrante desses documentos, esse merece prosperar.

De fato, na legislação anterior (Lei 8.666/93, que regeu de forma subsidiária o certame licitatório ora em análise) a obrigação imposta ao parecerista é a de exame e aprovação das minutas de edital e contrato, e não de todo o procedimento licitatório.

Este Tribunal, inclusive já se posicionou nesse sentido no voto condutor do Acórdão 422/2022, nos termos já transcritos na defesa do Responsável.

Ante o exposto, neste ponto, me filio aos entendimentos técnico e ministerial pela não caracterização de conduta passível de responsabilização do Sr. Dolivar Gonçalves Junior, parecerista jurídico, quanto a não recomendação de envio dos autos a este Tribunal para análise concomitante.

Portanto, tendo em vista que a Lei 8.666/93 não exigia o exame de todo o procedimento licitatório por parte do procurador, não há que se falar em erro grosseiro por parte do parecerista.

Do mesmo modo, em relação ao item 4.2, da ITC, verifico que sua conduta foi de acordo com a legislação de regência e que não houve erro grosseiro do procurador. Conforme consta na ITC, o procurador alertou para a ausência de condições para a prorrogação do contrato, deixando claro que a publicação do edital somente seria válida se corrigidos os pontos por ele ressalvados. Tendo apontado a necessidade de reformulação do item, o procurador cumpriu seu dever de alertar para a inadequação do ponto, não havendo, portanto, que se falar em erro grosseiro. Assim, também em relação a este item a irregularidade deve ser afastada em face do sr. Gelson Antonio do Nascimento.

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto, com base nos fundamentos ora apresentados e tendo em vista a competência conferida pelo art. 29, inciso V, da Resolução TC 261, de 04 de junho de 2012 (Regimento Interno do TCEES), acompanho parcialmente o entendimento técnico e ministerial, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Conselheiro relator

1. ACÓRDÃO TC-1378/2024:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1 REJEITAR A PRELIMINAR de ilegitimidade de parte suscitada pelo Senhor Carlos Eduardo de Oliveira Gustavo, conforme fundamentação contida no subitem 3.1, da ITC 3281/2024;

1.2 REJEITAR A PRELIMINAR de ausência de interesse processual suscitada pelos Senhores Gelson Antônio do Nascimento e Rafael Palauro, conforme fundamentação contida no subitem 3.2 da ITC 3281/2024;

1.3 REJEITAR A PREJUDICIAL DE MÉRITO de inconstitucionalidade formal e material do Art. 186-B do RITCEES suscitada pelo Senhor Gelson Antônio do Nascimento, conforme fundamentação contida no subitem 3.3 da ITC 3281/2024;

1.4 MANTER OS ACHADOS descritos nos subitens 4.1, 4.2, 4.3 e 5.1, da ITC 3281/2024, **em face de Rafael Palauro (Secretário de Agricultura e Transporte) e Carlos Eduardo de Oliveira Gustavo (Gerente de Licitações e Contratos)**, conforme fundamentação contida nos respectivos subitens, rejeitando as razões de justificativas dos responsáveis, mas **sem aplicação de sanção**;

1.5. AFASTAR AS IRREGULARIDADES descritas nos subitens 4.1 e 4.2, **em face de Gelson Antonio do Nascimento (Procurador)**, em razão da ausência de conduta irregular;

1.6 EXPEDIR RECOMENDAÇÕES ao município de Fundão, nas pessoas do Senhor Secretário Municipal de Agricultura e Transporte e do Senhor Prefeito, a fim de que adotem providências para:

1.6.1 a fixação, não só dentro do veículo, quanto, se possível, nos pontos de parada, do contato da Ouvidoria Municipal, de forma a permitir que a população registre reclamações acerca da qualidade do serviço;

1.6.2 a sinalização dos pontos de embarque e desembarque e a fixação de informativos sobre os horários das linhas em cada um deles; e

1.6.3 através da Secretaria Municipal de Agricultura e Transporte, em conjunto com a Concessionária, observados os apontamentos do Item 5.1 da ITC 3281/2024, adequem o modelo atual do serviço de transporte coletivo, especialmente o tarifário, de forma a tornar a tarifa pelo serviço mais módica.

1.7 DAR CIÊNCIA do teor da decisão final a ser proferida à Secretaria Municipal de Agricultura e Transporte de Fundão, na pessoa do Senhor Secretário, ao município de Fundão, na pessoa de Senhor Prefeito, e à Controladoria-Geral de Fundão, na pessoa de seu Controlador-Geral; e

1.8 ARQUIVAR após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 13/12/2024 - 54ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Coelho do Carmo (presidente), Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (relator) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Relator

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões