



Decisão 01487/2021-8 - Plenário

Processos: 05010/2019-1, 03898/2016-1

Classificação: Pedido de Reexame

UG: PMG - Prefeitura Municipal de Guarapari

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: SEBASTIAO ELIAS CAMPOS JUNIOR, ORLY GOMES DA SILVA,
CONSTRUTORA E INCORPORADORA TELAVIVE LTDA

Recorrente: EDSON FIGUEIREDO MAGALHAES

Procuradores: JOCILENE APARECIDA POLI (OAB: 16597-ES), MARCOS PAULO GOMES DIAS (OAB: 15044-ES), OTAVIO JUNIOR RODRIGUES POSTAY (OAB: 27952-ES), BRUNO RICHIA MENEGATTI (OAB: 19794-ES), FTSC - FARIA, TRISTAO & SUEIRO DE CARVALHO ADVOGADOS ASSOCIADOS (CNPJ: 04.896.091/0001-46), MARLILSON MACHADO SUEIRO DE CARVALHO (OAB: 9931-ES), HELTON FRANCIS MARETTO (OAB: 14104-ES), NATHALIA VASCONCELLOS SANT ANA (OAB: 20888-ES)

**PEDIDO DE REEXAME – AUTORIZAR AUTUAÇÃO
DE PROCESSO PARA FISCALIZAÇÃO –
DETERMINAR DILIGÊNCIA**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **Pedido de Reexame**, interposto pelo **Sr. Edson Figueiredo Magalhães**, em face do **Acórdão TC nº 1913/2018-8**, constante as folhas 1671/1683, do Processo TC 3898/2016-1, que tratou de fiscalização, originada em uma representação, realizada no Município de Guarapari, referente aos exercícios financeiros de 2011/2016, imputando-lhe multa no valor de R\$ 3.000,00.

Registre-se, que nos termos da Decisão Monocrática nº 00417/2019-9 este recurso foi conhecido, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

A área técnica, através do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 00133/2019-1, opinou “pelo **provimento parcial** do Pedido de Reexame, afastando a sanção pecuniária imposta, mantendo-se, contudo, a irregularidade das cláusulas de reversibilidade e exclusividade analisadas, no caso desta, ressalvada a hipótese de não incidir sobre trechos de bens pertencentes ao domínio de outro ente federado”.

O Ministério Público de Contas, nos termos do Parecer nº 02424/2019-2, da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, divergiu do posicionamento da área técnica, opinando pela manutenção do teor do acórdão atacado.

Registre-se que na 27ª Sessão Ordinária do Plenário, o patrono do recorrente, o Dr. Marlilson Machado Sueiro de Carvalho, realizou sustentação oral, tendo sido juntado aos autos as Notas Taquigráficas nº 00184/2019-2 (evento 18), bem como o Memorial nº 00142/2019-9 (evento 20).

O Acórdão 1140/2019 – Plenário deu provimento parcial ao recurso mantendo-se as irregularidades relativas aos itens 1.2.1 (ilegalidade de cláusula contratual relativa

aos bens reversíveis) e 1.2.2 (ilegalidade de cláusula contratual relativa ao embarque e desembarque de passageiros fora da rodoviária), do v. Acórdão atacado, reformando-o a fim de excluir a multa imposta ao gestor em referência, pelas razões antes expendidas, ressaltando em relação a irregularidade disposta do referido item 1.2.2, na hipótese de não incidir sobre trechos de bens pertencentes ao domínio de outro ente federado.

Em 21/11/2019 foi expedida a Certidão de trânsito em julgado 2030/2019 (evento 3, fl. 20) para o Acórdão TC 1140/2019 – Plenário.

Após, foram encaminhados os autos ao NDR para as providências cabíveis, nos termos do Despacho 61212/2019 (evento 3, fl. 22), considerando a existência de determinação no Acórdão TC 01913/2018-8 Segunda Câmara (Processo TC 03898/2016-1).

Assim, foi elaborada a Manifestação Técnica 03050/2020 com a seguinte proposta de encaminhamento:

Ante o exposto, sugere-se:

- a) O encaminhamento dos autos ao Exmº Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, relator do monitoramento a ser realizado, nos termos do art. 7º da Resolução TC 278/2014¹;
- b) Que seja autorizada a autuação de processo para fiscalização por intermédio do instrumento previsto no art. 194 do Regimento Interno deste TCEES, para verificação do cumprimento das determinações expedidas no Acórdão TC 1913/2018 – Segunda Câmara²;
- c) Após, a determinação de diligência externa à Prefeitura Municipal de Guarapari para que apresente cópia do Processo Administrativo 25.907/2019, referenciado no Termo Aditivo Contratual Unilateral 6/2020, e de todos os documentos técnicos que lhes dão suporte, nele referenciados ou não.

O Ministério Público de Contas, por meio da Manifestação 00109/2020, da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Manifestação Técnica 03050/2020.

É o relatório. Passo a fundamentar.

¹ Art. 7º O prolator do voto vencedor do processo que deu origem à deliberação a ser monitorada, ou o seu sucessor, será relator do processo de monitoramento.

² O Acórdão TC 1913/2018 – Segunda Câmara está registrado no módulo “monitoramento” do sistema eletrônico de processos *e-tcees*. O prolator do voto vencedor dos presentes autos processo foi o Conselheiro Domingos Augusto Taufner.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

O Acórdão 01913/2018-8 - 2ª Câmara, modificado parcialmente pelo Acórdão 1140/2019 - Plenário, trouxe a seguinte determinação:

1.7 – Expedir a seguinte determinação à prefeitura municipal de Guarapari, para que: 1.7.1 – Firme aditivo ao Contrato 147/11, com a concessionária Construtora e Incorporadora Telavive Ltda., alterando as cláusulas apontadas como irregulares, nos termos propostos dos itens 3.1 e 3.2;

O item 3.1 é referente à ilegalidade de cláusula contratual relativa aos bens reversíveis, já o 3.2 à ilegalidade de cláusula contratual relativa ao embarque e desembarque de passageiros

Dessa forma, após o trânsito em julgado do processo, os autos foram encaminhados ao NDR, que elaborou a Manifestação Técnica 03050/2020 a qual transcrevo abaixo o conteúdo pertinente ao presente voto.

OBJETIVO, METODOLOGIA E LIMITAÇÕES DO ESCOPO

A presente manifestação tem por objetivo o monitoramento das determinações à Prefeitura Municipal de Guarapari no âmbito do Contrato 147/2011, contidas nos subitens 1.2.1 e 1.2.2 do Acórdão TC 1913/2018 – Segunda Câmara e mantidas no Acórdão TC 1140/2019 – Plenário.

A análise é baseada na Resolução TC 278/2014, nos documentos constantes destes autos e em processos correlatos.

ANÁLISE

Para melhor apresentação, a análise é exposta nos subitens 4.1 e 4.2 relativos às irregularidades mantidas em sede recursal, quais são: (i) ilegalidade de cláusula contratual relativa aos bens reversíveis e; (ii) ilegalidade de cláusula contratual relativa ao embarque e desembarque de passageiros.

Ilegalidade de cláusula contratual relativa aos bens reversíveis

A irregularidade contida no subitem 1.2.1 do Acórdão TC 1913/2018 – Segunda Câmara teve os fundamentos expostos no Voto do Exmo. Conselheiro Relator Domingos Augusto Taufner conforme a seguir:

Acórdão TC 1913/2018 – Segunda Câmara

[...]

FUNDAMENTAÇÃO

Após a apresentação da sustentação oral, bem como, tendo em vista que algumas irregularidades apontadas foram mantidas pela equipe técnica com

anuência do Ministério Público de Contas, necessário se fez tecer alguns comentários acerca das soluções propostas. Vejamos:

3.1 – Ilegalidade de cláusula contratual relativa a bens reversíveis – Base legal: art. 1º, inciso III, da Lei 8.987/95; Acórdão TCU 3311/2015 – Plenário e Acórdão TCU 1405/2007 – Plenário – **Responsável:** Edson Figueiredo Magalhães

O Relatório de Auditoria aponta ilegalidade nas cláusulas 13.1 e 13.2 do Contrato 147/11, que estabelecem, respectivamente, que a Concessionária atual será indenizada pela próxima empresa ganhadora da nova Concessão, por todas as edificações introduzidas no Terminal Rodoviário de Guarapari, bem como estabelecem certos bens como propriedade particular da Concessionária, a exemplo dos equipamentos de informática.

[...] Alega ainda que contou com a recomendação de órgãos técnicos para a inserção da presente cláusula, que não é exigível formação jurídica ou conhecimentos profundos do Direito Administrativo para que seja prefeito, e finalmente, tão logo esta Corte tenha apontado esta irregularidade, tentou aditivar o contrato, porém, a empresa não concordou.

Pois bem. A cláusula 13.1 encontra-se em desconformidade com a lei e não encontra coerência com o conceito legal de concessão disposto o inciso III do artigo 2º da lei nº 8987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, qual seja:

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

Diante do citado dispositivo, podemos compreender que ao incluir cláusula contratual prevendo que a atual concessionária seja indenizada pelas obras realizadas pela concessionária que a suceder, ocorre o desvio do conceito mencionado. Ademais, tal previsão nas condições de Edital, caracteriza previsão de pagamento em duplicidade. Não há justificativa legal que ampare tal indenização.

As possibilidades de indenização previstas na Lei de Concessões estão previstas no § 4º do artigo 35 e no artigo 36, porém, se trata de uma exceção, que deve ser utilizada somente em casos de extinção antecipada do contrato ou realização de investimentos no curso do contrato, como forma de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Além de que esta indenização é feita pelo Poder Público e não pela concessionária sucessora.

Quanto a cláusula 13.2, nos termos do § 1º do artigo 35 c/c art. 36 da Lei 8.987 /95, ficou demonstrado que "são bens reversíveis o conjunto de bens indispensáveis para a continuidade da prestação do serviço, e que, por isso, devem ser transferidos do parceiro privado para o Poder Concedente por ocasião da extinção do contrato de concessão comum ou PPP", ou seja, jamais poderão ser considerados propriedade da concessionária.

De toda sorte, o gestor não pode alegar e sua defesa que mesmo diante de várias tentativas, o contratado não concordou em aditivar o contrato, a fim de ajustá-lo ao posicionamento desta Corte, pois, o que deve prevalecer, em todos os casos, é o interesse público, e para isto não se faz necessário conhecimentos jurídicos ou de Direito Administrativo, mas apenas o bom senso administrativo em prol dos administrados. Este é o entendimento do TCU - Tribunal de Contas da União:

15. Não há nenhuma ilegalidade na celebração de aditivos contratuais. Ao contrário, a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de alteração contratual em seu art. 65, I, 'a', e § 6º. A modificação unilateral do contrato consiste numa das prerrogativas da Administração e é uma das expressões da supremacia do interesse público no que diz respeito aos contratos administrativos."³

[...]

Diante de todo o exposto, acompanhando as manifestações técnica e ministerial, mantenho a presente irregularidade.

[...]

Em sede de análise de Pedido de Reexame sobre o Acórdão 1913/2018 – Segunda Câmara foi prolatado o Acórdão 1140/2019 – Plenário que manteve as determinações ora analisadas e continha a seguinte fundamentação.

Acórdão TC 1140/2019 – Plenário

[...]

4. DO MÉRITO RECURSAL

4.1 ILEGALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL RELATIVA AOS BENS REVERSÍVEIS (ITEM 1.2.1 DO ACÓRDÃO 1913/18-8:

Base legal: art. 1º, Inciso III, da Lei 8.987/95; Acórdão TCU 3311/2015 – Plenário e Acórdão TCU 1405/2007 – Plenário.

Responsável: Edson Figueiredo Magalhães.

O recorrente na peça inicial, em síntese, assim argumenta, *litteris*:

[...]

20. Ora, o alcaide também tentou fazer o aditivo bilateral para alterar a alegada cláusula ilegal, mas a empresa concessionária não quis.

21. Tal alteração poderá ser feita unilateralmente? Sim. Entretanto, a empresa concessionária também é parte neste processo de contas. Tão logo, não couber recurso com efeito suspensivo em favor da concessionária, será instaurado procedimento para, unilateralmente, fazer a adequação.

[...]

Pois bem, em relação a irregularidade que ora se discute, o subscritor da Instrução Técnica de Recurso nº 00133/2019-1, assim se manifestou, *litteris*:

[...]

Adentrando à irregularidade alusiva à cláusula de reversibilidade, sob o prisma da culpabilidade, já que o próprio recorrente reconhece sua impropriedade, tem-se que a referida hipótese não se materializou e só haverá algum dano à municipalidade se findo o contrato este se mantiver inerte.

O recorrente alega que ainda não promoveu a determinação proposta porque ainda não ocorreu a preclusão dos recursos com efeitos suspensivos disponíveis à concessionária, já que também é parte no processo de representação.

Isso não procede, uma vez que a concessionária sequer sofreu gravame direto no referido processo e ainda que assim fosse, o prazo

³ Brasília. TCU -Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU nº 554/2005 -Plenário, voto do Ministro-Relator Guilherme Palmeira, item 63, Capítulo IV.

para recorrer se expirou na mesma data assinalada para o reclamante recorrer.

Assim sendo, se o recorrente anui com o apontamento que ora se debate, inexistem razões para não proceder com o ajuste indicado.

[...]

O reconhecimento da irregularidade, a disposição de promover a retificação da cláusula potencialmente lesiva e sobretudo a inexistência de prazo fixado para cumprimento da determinação, cujo dano efetivamente só se materializará se não promovidos os ajustes até a data do termo *ad quem* da avença, revelam a inexistência de reprovabilidade da conduta, cuja imposição de gravame pecuniário, se revestiria de medida absolutamente desproporcional, devendo ser afastada.

Não se está mais julgando a irregularidade, já que incontroversa, mas sim a censurabilidade da conduta do agente, que desde a época da auditoria concordou com o então achado, só não promoveu as alterações indicadas porque não lhe era exigível ainda, e mais, tinha todo o direito de ter a certeza jurídica sobre o tema, o que só se deu com a prolação do Acórdão combatido.

[...]

Assim sendo, **relativamente à cláusula de reversibilidade, há de se manter a sua irregularidade, contudo, afastar a imposição de multa.** -g.n.

Em sede de sustentação oral, foi juntado aos autos as Notas Taquigráficas nº 001 84/201 9-2 (evento 18), bem como o Memorial nº 001 42/2019-9 (evento 20), tendo o patrono do recorrente, em síntese, assim se pronunciado, *litteris*:

NOTAS TAQUIGRÁFICAS Nº 00184/2019-2:

[...]

Em relação à alegada ilegalidade de cláusula contratual relativa aos bens reversíveis, a própria instrução técnica reconhece que o alcaide seguiu a manifestação das áreas técnicas do município e também parecer da procuradoria jurídica. Acrescento, inclusive, que esse contrato é de 2011 e a representação, sal\O melhor juízo, veio algo em tomo de 6 anos depois. Ou seja, um tempo muito largo para alguém falar que a ilegalidade saltava aos olhos. De qualquer forma, também de entendimento da área técnica, não houve qualquer prejuízo, nem haverá possibilidade de qualquer prejuízo, porque isso aqui é matéria que só poderia causar prejuízo após o encerramento do contrato de concessão, o qual ainda, tem diversos anos de vigor. No caso concreto, desde o primeiro momento, quando veio a representação, o alcaide disse que iria procurar fazer a retirada dessa cláusula. Evidentemente, tentou isso, inicialmente, de forma bilateral, mas não conseguiu a colaboração da concessionária. Que pode fazer unilateralmente, evidentemente que pode, mas com toda a prudência. Ele esperou a manifestação da augusta Corte de Contas para ter segurança jurídica necessária para que, unilateralmente, o município fizesse isso. Inclusive, consta da instrução técnica recursai. Não se está mais julgando a irregularidade no caso de irreversibilidade, já que incontroversa, mas sim, a censurabilidade da conduta do agente que, desde a época da auditoria, concordou com o então achado, só não promoveu as alterações indicadas, porque não lhe era exigível ainda. E mais, tinha todo direito de ter a certeza jurídica sobre o tema, o que só se deu com a prolação do acórdão combatido. Então, se ele tinha todo o direito, a lógica do razoável também aponta nesse

sentido. Indiscutivelmente, as Cortes de Contas, aliás, todo mundo, deve observar os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido, pede-se o afastamento da sanção punitiva em relação a tal item.

[...]

O douto representante do *Parquet* de Contas, através do Parecer nº 02424/2019-2 divergiu no entendimento da área técnica, opinando pela manutenção dos termos do Acórdão atacado.

Não obstante de posicionamentos divergentes entre a Área Técnica e o *Parquet* de Contas, entendo que a irregularidade que ora se discute, deve ser mantida, contudo, a sanção de multa ao recorrente deve ser afastada, embora como bem opinou a Área Técnica, o gestor reconheceu a irregularidade, "a disposição de promover a retificação da cláusula potencialmente lesiva e sobretudo a inexistência de prazo fixado para cumprimento da determinação, cujo dano efetivamente só se materializará se não promovidos os ajustes até a data do termo *ad quem* da avença, revelam a inexistência de reprovabilidade da conduta, cuja imposição de gravame pecuniário, se revestiria de medida absolutamente desproporcional".

Assim, resta claro a existência da irregularidade, porém, no que se refere a conduta do agente, entendeu a Área Técnica "que desde a época da auditoria concordou com o então achado", só não promoveu as alterações indicadas porque não lhe era exigível ainda, e mais, tinha todo o direito de ter a certeza jurídica sobre o tema, o que só se deu com a prolação do Acórdão combatido". No entanto, as alegações trazidas pelo recorrente são plausíveis, embora não elida a irregularidade, necessário é invocar o princípio da razoabilidade, no sentido de que seja afastada a multa.

Dessa maneira, pelos elementos constantes dos autos, considerando que para se julgar é essencial a presença, tanto das razões de fato, como também dos fundamentos jurídicos, com a devida vênia dirijo do entendimento do *Parquet* de Contas e adoto como razões de decidir o posicionamento da Área Técnica e mantenho a presente irregularidade, contudo, afasto a multa aplicada.

[...]

Portanto, por ocasião do Pedido de Reexame foi (i) mantida a determinação de alteração das cláusulas 13.1 e 13.2 do Contrato 147/2011; (ii) foi considerado que o Prefeito Municipal reconheceu a irregularidade e; (iii) foi informado pelo Prefeito Municipal que tão logo não coubesse recurso com efeito suspensivo em favor da concessionária, seria instaurado procedimento para promover a alteração unilateral.

Consoante o inciso I do Art. 4º da Resolução TC 278/2014, foi solicitado por *e-mail* (Anexo 1⁴), em 20/10/2020, à Controladora-Geral da Prefeitura Municipal de Guarapari, Sra. Jacinta Meriguete Costa, que informasse sobre o cumprimento das deliberações contidas no Acórdão sob monitoramento, bem como apresentasse documentação suporte.

Em atendimento à solicitação, foi recebida cópia digital do Termo Aditivo Contratual Unilateral 6/2020 (Anexo 1), de 14/1/2020, no âmbito do Processo Administrativo 25.907/2019. O Termo Aditivo traz as alterações promovidas conforme transcrição a seguir.

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO

⁴ Documento "Anexo 04519/2020-1" (evento 7).

1.1 O presente Termo Aditivo tem por objeto a ALTERAÇÃO CONTRATUAL UNILATERAL do CONTRATO DE CONCESSÃO PÚBLICA Nº 147/2011, cujo objeto é a **CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE EMBARQUE DE PASSAGEIROS E EXPLORAÇÃO, GERENCIAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DO TERMINAL RODOVIÁRIO**, para inclusão dos termos que tratam de reversibilidade de bens, bem como revogação dos itens relativos ao embarque e desembarque de passageiros fora da rodoviária, visando dar cumprimento ao Acórdão 01140/2019-1 – PLENÁRIO, do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCE/ES, no qual manteve as irregularidades relativas a ilegalidade de cláusula contratual relativa a bens reversíveis – CLÁUSULA 13.1 E 13.2 e ilegalidade de cláusula contratual relativa ao embarque e desembarque de passageiros fora da rodoviária – CLÁUSULA 11.2 e 11.8 e 11.10.

CLÁUSULA SEGUNDA – DAS ALTERAÇÕES

2.1 Ficam revogados os itens 11.2, 11.8 e 11.10 da CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – ENCARGOS DO PODER CONCEDENTE

2.2 Fica alterada a CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – BENS E FINS DA CONCESSÃO, que passará a vigorar nos seguintes termos:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – DA REVERSIBILIDADE DOS BENS

13.1 **Extinta a CONCESSÃO, retornam ao PODER CONCEDENTE os BENS REVERSÍVEIS**, bem como todos os direitos e privilégios vinculados à CONCESSÃO, incluindo todas as **benfeitorias**, que se qualifiquem como necessárias, úteis ou voluptuárias, **que tenham sido realizadas nos BENS REVERSÍVEIS, transferidos ou disponibilizados à CONCESSIONÁRIA, ou por esta construídos/implantados e adquiridos, no âmbito da CONCESSÃO**, independentemente de quaisquer notificações ou formalidades.

13.2 **BENS REVERSÍVEIS são todos aqueles** vinculados à CONCESSÃO, desapropriados, **construídos, adquiridos, produzidos/fabricados e implantados pela CONCESSIONÁRIA**, incluindo, mas não se limitando, **a edificações/instalações, sistema, material rodante, equipamentos, máquinas, componentes, sobressalentes, bens e direitos para a prestação do SERVIÇO CONCEDIDO**, bem como os disponibilizados pelo PODER CONCEDENTE e, eventualmente, por seus agentes, que se façam necessários à continuidade da prestação do SERVIÇO CONCEDIDO.

13.3 Os softwares, de qualquer natureza, que se revelem necessários ao desempenho do CONTRATO, e que tenham sido especificamente adquiridos ou criados para o desenvolvimento das atividades da CONCESSÃO, deverão ter sua licença de uso transferida, sem ônus e em código fechado, ao PODER CONCEDENTE ao final da CONCESSÃO, por um prazo não inferior a 5 (cinco) anos.

13.4 Os Softwares poderão ser licenciados, pela CONCESSIONÁRIA, em nome do PODER CONCEDENTE ou de quem este indicar no momento da aquisição e/ou criação para o desenvolvimento das atividades da CONCESSÃO. No caso de direito de uso e não aquisição, a transferência do direito de uso deverá ser providenciada pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, ou a quem este indicar.

13.5 **A reversão será gratuita e automática**, com os bens em condições adequadas de operação, utilização e manutenção, bem como livres de quaisquer ônus, encargos, valor residual, tributo, obrigação, gravame ou cobrança de qualquer valor pela CONCESSIONÁRIA, **com as características e requisitos técnicos que permitam a plena Operação do SERVIÇO CONCEDIDO após a extinção da CONCESSÃO**, em iguais condições operacionais em relação àquelas prestadas pela CONCESSIONÁRIA.

13.6 Todas as informações sobre os BENS REVERSÍVEIS, incluindo descrição, estado de conservação e vida útil remanescente, deverão constar do INVENTÁRIO DOS BENS INTEGRANTES da CONCESSÃO a ser mantido pela CONCESSIONÁRIA ao longo de toda a CONCESSÃO e entregue, ao final, ao PODER CONCEDENTE.

13.7 Na hipótese de **extinção antecipada do CONTRATO**, a **CONCESSIONÁRIA terá direito a indenização correspondente ao saldo não amortizado ou não depreciado dos BENS INTEGRANTES da CONCESSÃO e investimentos realizados na CONCESSÃO**, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do SERVIÇO CONCEDIDO, observada a disciplina estabelecida neste CONTRATO.

13.8 Caso a CONCESSIONÁRIA não cumpra as condições estabelecidas nesta Cláusula, o PODER CONCEDENTE terá direito à indenização, a ser calculada nos termos da legislação aplicável, sem prejuízo da aplicação das sanções previstas neste CONTRATO em razão do inadimplemento, e de demais medidas voltadas a assegurar o adimplemento contratual, incluindo execução de eventuais seguros e garantias ou desconto de quaisquer valores devidos pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA.

13.9 Durante o procedimento de extinção da CONCESSÃO e de transição contratual, o PODER CONCEDENTE procederá a vistoria dos bens a serem revertidos, da qual participará um representante da CONCESSIONÁRIA, destinada a verificar o estado de conservação e manutenção dos bens.

2.3 Permanecem mantidas todas as demais cláusulas e condições anteriormente avençadas, não alteradas pelo presente Termo aditivo.

[...]

[Grifo nosso – g.n.].

O documento recebido mostra que a Prefeitura do Município de Guarapari, enquanto Poder Concedente, emitiu alteração unilateral no Contrato de Concessão 147/2011, com vistas a dar cumprimento ao Acórdão TC 1140/2019-1 – PLENÁRIO⁵.

Em primeiro lugar, verifica-se que a redação do documento de formalização da alteração unilateral omite uma parcela do objeto do Contrato 147/2020, conforme consolidado no Quadro 1, a seguir.

Quadro 1 – Descrição do objeto do Contrato 147/2011

Descrição do objeto do Contrato 147/2011	
Termo do Contrato 147/2011	Termo do Alteração Unilateral 6/2020
Prestação dos serviços públicos de administração e exploração de Terminal Rodoviário Municipal, com obrigação de elaboração e detalhamento do projeto executivo, execução da obra, implantação, administração, operação, manutenção, exploração comercial e afins, do Novo Terminal Rodoviário de Guarapari , Estado do Espírito Santo e/ou outros que se revelem necessários ao atendimento da demanda de Transporte Coletivo de Passageiros Intermunicipal e	Concessão de serviços públicos de embarque de passageiros e exploração, gerenciamento e administração do Terminal Rodoviário.

⁵ Que manteve as determinações exaradas no Acórdão TC 1913/2018 – 2ª Câmara.

Interestadual, durante o prazo de vigência do Contrato.	
---	--

Sobretudo, observa-se também que o termo da alteração unilateral: **(i)** descreve de forma genérica os bens reversíveis vinculados à concessão como aqueles “desapropriados, construídos, adquiridos, produzidos/fabricados e implantados pela concessionária, incluindo, mas não se limitando, a edificações/instalações, sistema, material rodante, equipamentos, máquinas, componentes, sobressalentes, bens e direitos para a prestação do serviço concedido [...]”; **(ii)** consigna a reversão como “gratuita”; **(iii)** estabelece, na hipótese de extinção antecipada do contrato, direito à indenização correspondente ao saldo não amortizado ou não depreciado dos bens integrantes da concessão e investimentos realizados e; **(iv)** define o controle do Poder Concedente sobre o inventário de bens reversíveis, de forma estática, ao final do contrato .

Pois bem.

A alteração unilateral dos contratos de concessão regidos pela Lei Federal 8.987/1995 é regulada, inclusive, pelo § 4º do art. 9º que impõe a análise do equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

[...]

Além disso, o inventário de bens reversíveis é procedimento de gestão dinâmico da Concessionária, cujo controle pontual ao fim da concessão, por parte do Poder Concedente, sob a ótica da doutrina contemporânea⁶, não é a prática recomendada.

Será necessário que a cláusula relacionada aos bens reversíveis – de inserção obrigatória nos contratos de concessão, como se viu – contenha a disciplina do regime desses bens e os procedimentos previstos para a sua possível desafetação, assim como os parâmetros que deverão ser aplicados para o reconhecimento como reversíveis dos bens que vieram a ser adquiridos no curso da concessão. Apesar de ser claramente uma obrigação legalmente atribuída às concessionárias, não é conveniente, entretanto, que o Poder Concedente deixe tal tarefa exclusivamente sob sua responsabilidade, já que a clareza e a transparência do regime dos bens vinculados à concessão é questão de seu grande interesse. Além disso, **não se deve deixar para o momento de extinção do contrato de**

⁶ REIS, Márcio Monteiro. **Bens Reversíveis**: Problemas e Divergências. In: Tratado de Parcerias Público-Privadas. Teoria e Prática. Vol. 5. Cláusulas Obrigatórias de Contratos. Coord. Marco Aurélio de Barcelos Silva. Rio de Janeiro, CEEJ, 2019, p. 297-298.

concessão o início de uma interminável discussão acerca de que quais bens devem ser reconhecidos como reversíveis, que arrasta consigo, como consequência, a necessidade de verificar se foram ou não amortizados completamente e, em caso negativo, a investigação das razões pelas quais isso ocorreu, de modo, a, se for o caso, estabelecer a indenização devida. Como bem alertado por Lucas Navarro Prado, o ideal é que haja uma estrutura institucional organizada para exercer essa competência, responsabilizando-se por acompanhar o gerenciamento desse inventário pelo concessionário e assegurar que sejam respeitadas as disposições contratualmente previstas.

[g.n.]

Considerando: **(i)** a abrangência da alteração promovida, com referência genérica e absoluta sobre os bens reversíveis; **(ii)** a ausência de desejável inventário de bens reversíveis como documento suporte e anexo ao Termo de Alteração Unilateral 6/2020 e; **(iii)** a lacuna de identificação do objeto no termo de alteração unilateral; opina-se que, para que se verifique o cumprimento à determinação do TCEES, seja requerido o processo administrativo por meio do qual foi elaborado o Termo Aditivo Contratual Unilateral 6/2020 e toda a documentação que tenha lhe dado suporte.

Dessa forma, sugere-se seja o monitoramento formalizado em processo de fiscalização tendo em vista a necessidade de instrução para análise da documentação constante do processo administrativo da alteração unilateral em exame, conforme determina o inciso IV do Art. 4º da Resolução TC 278/2014⁷.

Ilegalidade de cláusula contratual relativa ao embarque e desembarque de passageiros fora da rodovia

A irregularidade contida no subitem 1.2.2 do Acórdão TC 1913/2018 – Segunda Câmara teve os fundamentos expostos no Voto do Exmo. Conselheiro Relator Domingos Augusto Taufner conforme a seguir:

Acórdão TC 1913/2018 – Segunda Câmara

[...]

FUNDAMENTAÇÃO

Após a apresentação da sustentação oral, bem como, tendo em vista que algumas irregularidades apontadas foram mantidas pela equipe técnica com anuência do Ministério Público de Contas, necessário se fez tecer alguns comentários acerca das soluções propostas. Vejamos:

[...]

3.2 - Ilegalidade de cláusula contratual relativa ao embarque e desembarque de passageiros fora da rodoviária – Base legal: art. 227, parágrafo único, da CE/89, STF -RE 549.549 e ADI 2.349/ES. - **Responsável:** Edson Figueiredo Magalhães.

⁷ Art. 4º A unidade técnica realizará o monitoramento nas seguintes formas e situações:

I – mediante confirmação de cumprimento das deliberações, sem autuação de processo, quando as informações obtidas em consulta a sistemas informatizados ou em resposta a diligências forem suficientes para tal conclusão, **não sendo necessária qualquer análise sobre o material recebido**, nem elaboração de propostas de encaminhamento;

[...]

IV – por intermédio do instrumento de fiscalização previsto no art. 194 do Regimento Interno, formalizado em processo de fiscalização, nos casos em que **a verificação do cumprimento das deliberações** não exija trabalho de campo, **sendo necessária**, porém, **a elaboração de instrução para análise de documentação recebida** e proposição de adoção de medidas corretivas ou punitivas pelo Tribunal, desde que a relevância e a urgência das deliberações monitoradas desaconselhem a verificação no âmbito das contas do órgão ou entidade.

[g.n]

O presente item indica ilegalidade em cláusula contratual que obriga a prefeitura a impedir o embarque e desembarque de passageiros fora da Rodoviária, englobando inclusive linhas intermunicipais. Tais cláusulas são inconstitucionais por extrapolar a competência da Prefeitura, pois não compete a esta legislar sobre transporte intermunicipal, e sim ao Estado, conforme expressamente previsto no artigo 227 CF/88:

Art. 227. Cabe ao Estado o planejamento, o gerenciamento e a execução da política de transporte coletivo intermunicipal e intermunicipal urbano, e a os Municípios os da política de transporte coletivo municipal, além do planejamento e administração do trânsito.

Inicialmente, tanto o prefeito Edson Figueiredo Magalhães quanto a empresa Telavive, basearam-se nas Constituições Federal e Estadual, e na Lei Orgânica do Município de Guarapari, para afirmar que não há ilegalidade nas cláusulas por ser competência de o município legislar sobre assuntos de interesses locais.

Posteriormente, quando da realização da sustentação oral, o defendente reforça a legalidade da cláusula contratual, juntando, para tanto, junta jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do ES, que trata de matéria semelhante, nos autos do Processo 0058651-91-91.2003.8.08.0011. Todavia, no processo paradigma apresentado, consta que previsão legal, expedida pelo executivo municipal para tal ocorrência, diferentemente do caso que ora se analisa.

De toda sorte, a sugestão de manutenção da ilegalidade foi baseada no entendimento do Supremo Tribunal Federal -STF, que ao julgar o RE 549.549-3, decidiu:

[...] nos termos do art. 30, 1 da Constituição Federal, pelo descompasso do decreto municipal frente à legislação estadual ao impedir o embarque ou desembarque de passageiros das linhas intermunicipais fora dos terminais.

Ante o exposto, entendo que as justificativas apresentadas não foram suficientes para elidir os indícios de ilegalidade das cláusulas contratuais em análise, diante do que, acompanho a área técnica e o Ministério Público de Contas e mantenho a irregularidade do presente item.

[...]

Em sede análise de Pedido de Reexame sobre o Acórdão TC 1913/2018 – Segunda Câmara, foi prolatado o Acórdão TC 1140/2019 – Plenário que manteve as determinações ora analisadas e continha a seguinte fundamentação.

Acórdão TC 1140/2019 – Plenário

[...]

4. DO MÉRITO RECURSAL

[...]

1.2. ILEGALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL RELATIVA AO EMBARQUE E DESEMBARQUE DE PASSAGEIROS FORA DA RODOVIÁRIA (ITEM 1.2.2 DO ACÓRDÃO 1913/2018-8):

Base legal: art. 227, parágrafo único, da CE/89, STF - RE 549.549 e ADI 2.349/ES.

Responsável: Edson Figueiredo Magalhães.

No que se refere a esta irregularidade, o recorrente na peça inicial, em síntese, alega o seguinte, *litteris*:

23. Invoca aqui, como se estivessem transcritos, os tópicos 12-19 do presente recurso.

24. Acresce a isto, que como se vê no acórdão TC 307/2015, dessa A. Corte de Contas, relatado pelo E. Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Faria Chamoun, essa corte tem se orientado "no sentido de afastar a responsabilidade do gestor quanto este está respaldado por manifestações e/ou orientações que tenham advindo da Comissão de Licitação, do Pregoeiro, do Assessor ou Procurador Jurídico, ou até mesmo do Secretário da pasta correspondente".

25. De se ressaltar, que os autos comprovam que o alcaide agiu amparado por pareceres técnicos e jurídicos.

26. Ademais, a cláusula em tela é perfeitamente lícita, inclusive, quando da sustentação oral e nos memoriais invocou-se acórdão do TJES que em caso assemelhado afirmou:

APELAÇÃO CÍVEL. 1) AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. 2) APLICAÇÃO DA LEI MUNICIPAL 1.047/66 E DO DECRETO 1.228169. 3) TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS DE CARÁTER INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. EMBARQUE E DESEMBARQUE DOS PASSAGEIROS DENTRO DA RODOVIÁRIA GIL MOREIRA. 4) LUCROS CESSANTES. PAGAMENTO DA TARIFA DE SAÍDA DE ÔNIBUS PARA MANUTENÇÃO DA INFRA-ESTRUTURA DA RODOVIÁRIA. PARCELAS V INCENDAS. ART. 290, CPC. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. 5) INEXISTÊNCIA DE NORMA MUNICIPAL OBRIGANDO A REQUERIDA A MANTER UM GUICHÊ DENTRO DA RODOVIÁRIA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1) Verifica-se que o art. 8º, da Lei nº 1.047/66, de Cachoeiro de Itapemirim, autorizou o Poder Executivo municipal a regulamentar as empresas de transporte coletivo de passageiros que, necessariamente, deverão proceder ao embarque e desembarque de seus passageiros dentro da Rodoviária Gil Moreira. 2) O Chefe do Poder Executivo de Cachoeiro de Itapemirim editou o Decreto nº 1.228169, segundo o qual deverão se utilizar da infra-estrutura da Rodoviária Gil Moreira todas as empresas que realizem transporte coletivo de passageiro de caráter intermunicipal e interestadual, a exemplo da ora recorrida. 3) No que tange à necessidade de a empresa recorrida manter um guichê de venda de bilhetes funcionando dentro da Rodoviária Gil Moreira, não há previsão de lei municipal ou estadual que obrigue conduta deste jaez. 4) Ilação corroborada pela própria evolução da Lei Municipal nº 1.407/66, a qual, após a alteração proporcionada pela Lei nº 1.526172, apenas previu o pagamento de um valor fixo sobre cada partida oriunda da Rodoviária, não mencionando qualquer obrigatoriedade de as empresas manterem um guichê interno de venda de passagens, ao contrário do que se poderia defender diante de sua redação original .. 5) Os danos materiais, na modalidade lucros cessantes, são devidos diante da verificação de que a empresa ré deixou de pagar, por longo período de tempo, a tarifa preconizada pela Lei 1.047/66, para manutenção da infra-estrutura da Rodoviária Gil Moreira. Recurso provido em parte.

(TJES, Classe: Apelação, 011010586516, Relator. RÓMULO TADDEI, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/09/2007, Data da Publicação no Diário: 25/09/2007).

27. A cláusula em foco é perfeitamente legal. O v. acórdão recorrido invoca decisão do C. STF, não vinculante, e, *data venia*, fora do contexto.

28. O Município não está se imiscuindo em permissão Estadual, mas sim tratando de assunto de seu peculiar interesse. Por acaso seria lícito, por exemplo, que os ônibus intermunicipais, interestaduais, etc, deixassem de ir até a rodoviária do Município e criassem uma rodoviária "paralela", informal, em frente a um bar, na principal rua da cidade? Claro que não. Com a maior das vênias, o raciocínio é o mesmo.

29. Ante todo o exposto, pede o conhecimento e provimento do recurso, para que seja declarada a legalidade da cláusula, ou em caráter sucessivo, que pelo menos seja afastada qualquer sanção ao recorrente.

Frisa-se que o subscritor da Instrução Técnica de Recurso nº 00133/2019-1, assim se manifestou, *litteris*:

[...]

Relativamente à cláusula de exclusividade e obrigatoriedade dos ônibus intermunicipais embarcarem e desembarcarem no terminal rodoviário de Guarapari, entende-se que a grande controvérsia que diz respeito ao tema tem fundo constitucional, ou seja, as manifestações de vontade que instituíram tal cláusula, acabaram por invadir seara de competência do Estado, ou assim como argumenta o recorrente, estar-se-ia em face de assunto de interesse local, cuja privatividade para legislar e para o exercício da competência material seria do município.

Esclareça-se que tanto o julgado colacionado como um dos fundamentos da irregularidade, como aquele apresentado pelo expediente recursal, têm origem em decisões inter partes, de caráter não vinculante.

E mais, o assunto envolve maior complexidade, não sendo, a princípio, razoável se falar em violação flagrante ao arcabouço jurídico, daí, desde já, salientar que aqui, bem mais do que na análise anterior, há que se emprestar relevância à alegação do recorrente de que não tem formação jurídica e praticou a conduta com respaldo em seus prepostos.

O tema controvertido se encontra no art. 227, parágrafo único da Constituição Estadual, cujos termos estabelecem:

Art. 227. O transporte coletivo de passageiros é serviço público essencial, obrigação do Poder Público, responsável por seu planejamento, gerenciamento e sua operação, diretamente ou mediante concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Parágrafo único. Cabe ao Estado o planejamento, o gerenciamento e a execução da política de transporte coletivo intermunicipal e intermunicipal urbano, e aos Municípios os da política de transporte coletivo municipal, além do planejamento e administração do trânsito.

A disposição é de clareza cristalina, todavia, sua subsunção ao caso concreto apresenta algumas dificuldades.

Estabelecer até que medida o município, no exercício de sua competência material de administrar e planejar o trânsito local, adotando medidas aparentemente constritivas, estaria adentrando à seara do planejamento, gerenciamento e/ou execução da política de transporte coletivo intermunicipal é tarefa árdua.

Entende-se, nesse contexto, que o disciplinado na cláusula possui duas dimensões: da exclusividade e da obrigatoriedade.

É de sabença correntia que parte de rodovia estadual atravessa boa porção do Município de Guarapari, o que, a princípio, uma vez mantida a cláusula sobre o aspecto da exclusividade, acabaria por prejudicar sensivelmente o desempenho da execução da política intermunicipal de transporte urbano, já que a restrição estabelecida haveria de ser implementada em domínio de outro ente federado.

Ora, se o estado não possui poder de regulamentar algo que se passa em bens de seu domínio, como estabelecer uma política pública sobre a questão ou mesmo reconhecer sua autonomia?

Logo, a cláusula de exclusividade nos moldes como dispostos, em se tratando de vedação a trechos localizados em rodovia estadual acaba por ser antijurídica, na medida que a disciplina da matéria sobre embarque e desembarque de ônibus intermunicipais ao longo desta deve ser regulamentada e disciplinada pelo Estado.

Lado outro, à exceção do disciplinamento da questão em trechos cujo domínio transcenda aos limites de bem públicos de outros entes da federação, é lícito ao município impor como medida regulamentadora do trânsito local, que o embarque e desembarque de ônibus interestaduais, ocorra exclusivamente em seu Terminal Rodoviário, sem que isso repercuta na política, gerenciamento ou execução da política de transportes interestaduais.

O Município de Guarapari em atenção à questão editou a Lei 101/2017, cujos termos prescrevem:

Art. 1º - Fica autorizado o Poder Executivo Municipal a instituir taxa para os veículos de transporte de passageiros intermunicipais e interestaduais que operam no Terminal Rodoviário "RODOSHOPPING", neste Município de Guarapari, em decorrência da utilização (embarque e desembarque de passageiros) no referido terminal, a qual será denominada "TAXA DE PARADA".

§ 1º - Aos veículos de transporte de passageiros intermunicipais cuja rota se inicia, transita ou tenha destino no Município de Guarapari, tornar-se-á obrigatório a parada no Terminal Rodoviário "RODOSHOPPING", ainda que realizem parada em outros pontos autorizados por esta Municipalidade. (g.n.)

§ 2º - A taxa mencionada no caput deste artigo será destinada à cobertura dos custos com o funcionamento, manutenção e preservação das áreas comuns do Terminal Rodoviário.

§ 3º - Tendo em vista que foi objeto de concessão a exploração do terminal a que alude o artigo 1º da presente Lei, serão as taxas arrecadadas devidas à empresa concessionária do serviço.

Art. 2º - A taxa estabelecida será instituída na forma do §1º do art. 1º desta Lei e, ainda, na forma constante dos incisos abaixo, aos seguintes veículos: ônibus, micro-ônibus, vans e peruas.

1 - A cobrança aos transportes INTERMUNICIPAIS se dará POR UNIDADE DE VEÍCULO, a cada parada no Terminal Rodoviário "RODOSHOPPING", nos valores definidos abaixo:

a) R\$ 30,24 (trinta reais e vinte quatro centavos), para os veículos de transporte coletivo que tiverem partida deste Município Guarapari;

b) R\$ 19,76 (dezenove reais e setenta e seis centavos), para os veículos de transporte coletivo que transitarem nos limites que compreendem o território deste Município.

II - A taxa, em se tratando de transporte INTERESTADUAL, será calculada POR NÚMERO DE PASSAGEIROS, a cada parada no Terminal Rodoviário "RODOSHOPPING, no montante de R\$ 9,45 (nove reais e quarenta e cinco centavos), para cada passageiro.

Art. 3º - A "Taxa de Parada" do terminal rodoviário poderá sofrer reajuste objetivando o equilíbrio econômico e financeiro da medida, observados os prazos e formas de majoração dispostos no art. 150, III, "b" e "e" da Constituição Federal c/c art. 154, III, "b" da Lei Orgânica Municipal.

Art. 4º - As empresas obrigadas ao pagamento da taxa mencionada nesta lei poderão, à título de ressarcimento, reter para si os valores referentes à tarifa pública de embarque de passageiros, sempre que a passagem de embarque for emitida no Terminal Rodoviário respectivo, conforme ANEXO 1.

Art. 5º - Deverão ser observados os casos e formas de isenção/redução tarifária assegurados pela Lei Nº. 10.741/03, bem como nos demais diplomas legais.

Art. 6º - As omissões e matérias não disciplinadas nesta Lei serão objeto de regulamentação por meio de Decreto do Chefe do Executivo Municipal.

Art. 7º - Esta Lei entrará em vigor no prazo de 90 (noventa) dias da data de sua publicação oficial.

[...]

Os termos legais assinalam a ab-rogação da cláusula de exclusividade, mantendo, contudo, regra de obrigatoriedade, que muito mais afeta a interesses privados, cuja tutela não compete a esta Corte.

Mais ainda, a referida lei demonstra de forma cabal que o recorrente reconhece o equívoco da cláusula de exclusividade apontada na auditoria. Sendo a lei sobre a matéria de iniciativa do Chefe do Executivo. Inegavelmente há uma clara demonstração de proceder de forma adequada e espontaneamente anuir com as manifestações desta Corte.

Em que pese a irregularidade parcial constante da cláusula, sobretudo na vertente da exclusividade, é imperioso invocar mais uma vez a premissa de que os Tribunais de Contas não possuem por finalidade impor sanções a seus jurisdicionados.

A situação que afrontava a ordem jurídica, ao menos no que diz respeito aos bens tutelados por este Tribunal foi devidamente debelada.

Não se entende razoável a manutenção da penalidade diante da evidente demonstração de boa-fé do recorrente em atender de forma voluntária os apontamentos desta Corte, não com a alteração contratual indicada, mas com norma de eficácia para além do próprio instrumento de contrato.

Dessa forma, **considerando ainda a falta de formação jurídica e o fato de ter se pautado em opiniões de técnicos que, presumivelmente, possuem capacidade suficiente para ajudar o recorrente, entende-se que deva ser afastada a sanção pecuniária imposta. Já que a decisão tomada comportava um grau de dificuldade razoável,** relativamente aos limites no caso

concreto da tipicidade do art. 227, Parágrafo Único da Constituição Federal, não subsistindo reprovabilidade na conduta praticada. - g.n.

Em sede de sustentação oral, foi juntado aos autos as Notas Taquigráficas nº 00184/2019-2 (evento 18), bem como o Memorial nº 00142/2019-9 (evento 20), tendo o patrono do recorrente, em síntese, assim se pronunciado, *litteris*:

NOTAS TAQUIGRÁFICAS Nº 00184/2019-2:

[...]

Depois vem, "alegada ilegalidade de cláusula contratual relativa ao embarque e desembarque de passageiros". Nesse ponto, a instrução técnica recursai também é pelo afastamento da multa. E a instrução técnica recursai, em síntese, diz o seguinte: que realmente, a cláusula de exclusividade - isso é o que diz a instrução técnica, não quer dizer que é o estou dizendo, que concorde - que a cláusula de exclusividade pode ser antijurídica, mas que a regra de obrigatoriedade não seria antijurídica. E faz uma análise altamente criteriosa, onde diz o seguinte: estabelecer até que medida o município, no exercício de sua competência material de administrar e planejar o trânsito local, adotando medidas aparentemente constritivas, estaria adentrando à seara do planejamento, gerencialmente ou outra execução de política de transporte coletivo intermunicipal. É tarefa árdua. Basicamente, o que está dizendo aqui é o seguinte: pelo município, passa a rodovia estadual, passa a rodovia federal, mas também, esses ônibus circulam em vias que são do município. E existe o problema da autonomia constitucional do município em seu peculiar interesse. Nesse caso aqui, a área técnica entende que houve uma nova lei municipal. Que essa lei municipal nova ab-rogou a exclusividade, mas não acabou com a regra da obrigatoriedade. E, que essa regra da obrigatoriedade, além de não ser antijurídica, não diz respeito a interesses tutelados pela Corte de Contas, porque diria mais respeito à esfera privada. De qualquer forma, como em tal matéria, houve a decisão, mencionou um acórdão, no recurso, mencionei outro. Nenhum dos dois é vinculante. Mas se chocam e não seria até razoável, por exemplo, que o município não possa estabelecer que, dentro do centro do município, dentro das principais vias do município, não possa haver embarque e desembarque. Isso é matéria de peculiar interesse do município. De qualquer forma, conforme a própria ITR, aqui até com maior razão do que em relação ao item anterior, o prefeito, que seguiu a área técnica e o parecer jurídico, não há qualquer reprovabilidade em sua conduta.

Memorial nº 00142/2019-9:

15. A ITR 00133/2019-1, também é favorável ao afastamento da sanção em tal ponto.

16. Vejamos:

" E mais, o assunto envolve maior complexidade, não sendo, a princípio, razoável se falar em violação flagrante ao arcabouço jurídico, daí, desde já, salientar que aqui, bem mais do que na análise anterior, há que se emprestar relevância à alegação do recorrente de que não tem formação jurídica e praticou a conduta com respaldo em seus prepostos. O tema controvertido se encontra no art. 227, parágrafo único da Constituição Estadual, cujos termos estabelecem:

Art. 227. O transporte coletivo de passageiros é serviço público essencial, obrigação do Poder Público, responsável por seu planejamento, gerenciamento e sua operação, diretamente ou mediante concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Parágrafo único. Cabe ao Estado o planejamento, o gerenciamento e a execução da política de transporte coletivo intermunicipal e intermunicipal urbano, e aos Municípios os da política de transporte coletivo municipal, além do planejamento e administração do trânsito.

(sic) A disposição é de clareza cristalina, todavia, sua subsunção ao caso concreto apresenta algumas dificuldades. Estabelecer até que medida o município, no exercício de sua competência material de administrar e planejar o trânsito local, adotando medidas aparentemente constritivas, estaria adentrando à seara do planejamento, gerenciamento e/ou execução da política de transporte coletivo intermunicipal é tarefa árdua."

17. Tal ITR também sustenta que:

"Lado outro, à exceção do disciplinamento da questão em trechos cujo domínio transcenda aos limites de bem públicos de outros entes da federação, é lícito ao município impor como medida regulamentadora do trânsito local, que o embarque e desembarque de ônibus interestaduais, ocorra exclusivamente em seu Terminal Rodoviário, sem que isso repercuta na política, gerenciamento ou execução da política de transportes interestaduais."

18. E ainda:

"Dessa forma, considerando ainda a falta de formação jurídica e o fato de ter se pautado em opiniões de técnicos que, presumivelmente, possuem capacidade suficiente para ajudar o recorrente, entende-se que deva ser afastada a sanção pecuniária imposta, já que a decisão tomada comportava um grau de dificuldade razoável, relativamente aos limites no caso concreto da tipicidade do art. 227, Parágrafo Único da Constituição Federal, não subsistindo reprovabilidade na conduta praticada."

19. Portanto, no mínimo (princípio da eventualidade), pelo afastamento da sanção punitiva.

Pois bem, conforme destacou a Área Técnica, a decisão tomada pelo gestor comportava um grau de dificuldade razoável, contudo, pautou-se em opiniões técnicas.

Desse modo, entendo que as alegações trazidas pelo recorrente são plausíveis embora não elida a irregularidade, necessário é invocar o princípio da razoabilidade, no sentido de que seja afastada a multa.

Assim sendo, pelos elementos constantes dos autos, considerando que para se julgar é essencial a presença, tanto das razões de fato, como também dos fundamentos jurídicos, com a devida vênua dirijo do entendimento do Parquet de Contas e adoto como razões de decidir o posicionamento da Área Técnica e mantenho a presente irregularidade, contudo, afasto a multa aplicada.

A análise do Pedido de Reexame aponta que o Município de Guarapari editou a Lei 101/2017 ab-rogando a parcela de exclusividade da parada no Terminal Rodoviário "Rodoshopping" para os veículos de transporte de passageiros intermunicipais e interestaduais e mantendo a parcela de obrigatoriedade.

Registra-se que, conforme registrado nos autos do Processo TC 4035/2018⁸, a área técnica desta Corte observou que o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do

⁸ Que trata de denúncia feita pela Federação das Empresas de Transportes do Estado do Espírito Santo (Fetransportes) e pelo Sindicato das Empresas de Transportes do Estado do Espírito Santo (Setpes), relatando supostas irregularidades cometidas

Espírito Santo reconheceu a inconstitucionalidade da LC 101/2017⁹ do Município de Guarapari.

No âmbito do Contrato de Concessão, para cumprimento à determinação do TCEES, conforme documentação recebida, as cláusulas 11.2, 11.8 e 11.10¹⁰, que continham obrigações do poder concedente em relação ao exercício do poder de polícia, para fazer cumprir à legislação de exclusividade e à obrigatoriedade, foram revogadas por meio de alteração unilateral.

As cláusulas revogadas, por se tratarem de obrigações do Poder Concedente de controle de demanda, ainda que irregulares, compunham as condições do contrato¹¹.

Também esta alteração de forma unilateral, ainda que cabível, deve estar respaldada em demonstração do equilíbrio econômico-financeiro, pelo que, se entende, é necessária à análise dos autos do processo administrativo de sua formulação.

Dessa forma, sugere-se seja o monitoramento formalizado em processo de fiscalização tendo em vista a necessidade de instrução para análise da documentação constante do processo administrativo da alteração unilateral em exame, conforme determina o inciso IV do Art. 4º da Resolução TC 278/2014¹².

CONCLUSÃO

Em atenção ao art. 4.º da Resolução TC 278/2014, tendo em vista que as informações obtidas em resposta à diligência não são suficientes para conclusão sobre o cumprimento das decisões sem que seja necessária análise documental dos processos administrativos correlatos, conclui-se pela necessidade de autuação de processo de monitoramento, previsto no art. 194 do Regimento Interno.

pela Prefeitura Municipal de Guarapari na concessão do terminal rodoviário daquele Município.
⁹ ADI Transitado em Julgado em 10/03/2020. Consulta em:
http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_12_instancias/descricao_proces.cfm. Acesso em: 28 out. 2020.

¹⁰ 11.2 Fazer cumprir as obrigações inerentes ao Município de Guarapari, notadamente a legislação que, em seus artigos, regulamentam a **utilização exclusiva do Terminal Rodoviário por ônibus coletivos rodoviários que tenham a Cidade de Guarapari como ponto de partida, chegada ou trânsito**, proibido outros pontos de embarque de passageiros e estacionamento dentro do perímetro urbano do Município de Guarapari.

[...]

11.8 Exercer seu Poder de Polícia no sentido de **impedir, terminante e rigorosamente, a interferência de qualquer atividade que possa prejudicar o equilíbrio econômico-financeiro da equação inicial pactuada**, em especial, vedando a ação de transportes alternativos que, de alguma forma, fraudam, burlem, ou tentam fraudar ou burlam a destinação básica do Terminal Rodoviário, bem como **impedir a prática de embarques de passageiros, usuários das linhas interestaduais e intermunicipais de transporte de pessoas, fora do Terminal Rodoviário**.

[...]

11.10 Fazer cumprir as Leis do Município de Guarapari, notadamente nos seus artigos que regulamentam ou venham regulamentar a **utilização exclusiva do Terminal Rodoviário pelos ônibus coletivos rodoviários, fretados e turísticos que tenham a Cidade de Guarapari como ponto de partida, chegada ou trânsito, proibido outros pontos de embarque e desembarque de passageiros e estacionamento** dentro do período urbano do Município.

¹¹ Lei 8.987/1995.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

¹² Art. 4º A unidade técnica realizará o monitoramento nas seguintes formas e situações:

I – mediante confirmação de cumprimento das deliberações, sem autuação de processo, quando as informações obtidas em consulta a sistemas informatizados ou em resposta a diligências forem suficientes para tal conclusão, **não sendo necessária qualquer análise sobre o material recebido**, nem elaboração de propostas de encaminhamento;

[...]

IV – por intermédio do instrumento de fiscalização previsto no art. 194 do Regimento Interno, formalizado em processo de fiscalização, nos casos em que a **verificação do cumprimento das deliberações** não exija trabalho de campo, **sendo necessária**, porém, a **elaboração de instrução para análise de documentação recebida** e proposição de adoção de medidas corretivas ou punitivas pelo Tribunal, desde que a relevância e a urgência das deliberações monitoradas desaconselhem a verificação no âmbito das contas do órgão ou entidade.

[g.n]

Para realização do monitoramento, é necessária a determinação pelo Relator dos presentes autos, ou pelo Presidente da Corte, conforme inciso II do art. 198 do RITCEES¹³.

Conforme Resolução TC 278/2014, que disciplina a verificação do cumprimento das determinações e recomendações expedidas pelo TCEES por meio de monitoramento, caberá ao prolator do voto vencedor do processo que deu origem à deliberação a ser monitorada, ou a seu sucessor, a relatoria do processo de monitoramento.

Ainda, caso seja considerado que há indisponibilidade de recursos humanos, deverá ser submetido ao Plenário, nos termos do § 1º do art. 198.

Pois bem, considerando que para fins de averiguação do cumprimento da determinação contida no Acórdão 01913/2018-8 ser necessária a análise do processo administrativo por meio do qual foi elaborado o Termo Aditivo Contratual Unilateral 6/2020 e toda a documentação que tenha lhe dado suporte, acompanho a fundamentação acima e a adoto como razão de decidir no sentido de autorizar a autuação de processo para fiscalização, bem como determinar diligência externa à Prefeitura de Municipal de Guarapari para apresentação de cópia do Processo Administrativo 25.907/2019.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, acompanhando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aprovelem a seguinte minuta de Decisão que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1487/2021-8

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

¹³ Art. 198. As auditorias, as inspeções, os levantamentos, os acompanhamentos e os monitoramentos poderão ser realizados independentemente de programação, observada a disponibilidade dos recursos humanos e materiais necessários, mediante:
I - aprovação do Plenário, quando se tratar de auditorias e inspeções;
II - determinação do Relator ou do Presidente, quando se tratar de levantamentos, acompanhamentos e monitoramentos.
§ 1º Quando houver indisponibilidade de recursos humanos e materiais necessários, os instrumentos de fiscalização previstos no inciso II serão submetidos à deliberação do Plenário.

1.1. AUTORIZAR a autuação de processo para fiscalização por intermédio do instrumento previsto no art. 194 do Regimento Interno deste TCEES, para verificação do cumprimento das determinações expedidas no Acórdão TC 1913/2018 – Segunda Câmara;

1.2. DETERMINAR diligência externa à Prefeitura Municipal de Guarapari para que apresente cópia do Processo Administrativo 25.907/2019, referenciado no Termo Aditivo Contratual Unilateral 6/2020, e de todos os documentos técnicos que lhes dão suporte, nele referenciados ou não, no prazo de 30 (trinta) dias, com base no inciso II, § 3º do art. 314 do Regimento Interno deste TCEES aprovado pela Resolução TC nº 261/2013.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 18/05/2021 - 24ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (vice-presidente no exercício da presidência), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador-Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Vice-presidente no exercício da presidência