

AUTOS DO PROCESSO Nº 1.071.498 – 2019 (DENÚNCIA)

1. DA IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Trata-se da denúncia, fls. 01/7v, que veio acompanhada da documentação de fls. 08/42, formulada por ABRAPARK – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTACIONAMENTOS, em face da CHAMADA PÚBLICA N. 375/2019, promovida pelo município de UBERLÂNDIA, cujo objeto consiste na contratação de entidade sem fins lucrativos de utilidade pública para realizar a administração, manutenção e operação do sistema de estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos em vias e logradouros públicos do Município de Uberlândia (fl. 25).

2. DOS FATOS

O denunciante narrou acerca de possíveis irregularidades do referido edital, concernentes: (i) à ilegalidade da contratação por afronta à Lei 9.790/99, em razão do objeto do certame não ser atividade de interesse público e por afronta à Lei 13.019/14, em razão do objeto do certame não poder ser realizado mediante contrato de parceria ou gestão, muito menos de forma exclusiva com entidades sem fins lucrativos e em relação à Lei 9.503/1997 (CTB), vez que a operação do estacionamento seria competência dos órgãos ou entidades executivas do trânsito do município, no âmbito de sua circunscrição; (ii) à burla à lei de licitação na compra de medicamentos; (iii) à ilegalidade no critério de julgamento, qual seja, maior tempo de funcionamento; e (iv) à ausência de estimativa de custos e valores, o que dificulta a formulação das propostas.

Requeru o Denunciante o recebimento da documentação assim como a suspensão cautelar do chamamento público, a fim de que o município de Uberlândia pudesse, no seu entendimento, corrigir os vícios e equívocos.

O Conselheiro-Presidente Mauri Torres, por meio do despacho de fl. 45, recebeu a documentação como denúncia e determinou a sua autuação e distribuição, nos termos previstos no *caput* do art. 305 do mencionado normativo, com a urgência que o caso requer.

Autuado e distribuído o presente feito, o Relator, Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, mediante o despacho de fls. 47/47v, determinou, nos termos do art. 306, II, do Regimento Interno, a intimação, por meio eletrônico, do Secretário Municipal de Saúde, do Secretário Municipal de Trânsito e Transporte, bem como do Prefeito de Uberlândia, para que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, enviassem cópia dos documentos atualizados relativos às fases interna e externa do certame, informando o estágio em que se encontrava o chamamento público objeto da denúncia e, ainda, apresentassem as justificativas e documentos que entendessem cabíveis acerca das alegações do denunciante.

Determinou, ainda, que fosse expedida correspondência eletrônica à douta Promotoria de Justiça do Patrimônio Público da Comarca de Uberlândia, por meio eletrônico, solicitando informações sobre a existência de procedimentos cíveis ou criminais relacionados à contratação, pelo Município de Uberlândia, de serviços de administração, manutenção e operação do sistema de estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos em vias e logradouros públicos municipais.

Após regular intimação, o Prefeito Municipal de Uberlândia, senhor Odelmo Leão, encaminhou cópia dos documentos solicitados além de apresentar informações, sendo tudo juntado às fls. 57/87

Na sequência, os autos foram conclusos ao Relator, em cumprimento à determinação de fl. 47, que, mediante o despacho de fls. 167/170v, determinou, nos termos do art. 60 da Lei Orgânica e do art. 264 c/c o art. 197 do RITCEMG, a suspensão cautelar do Chamamento Público n. 375/2019 – SMS/SETTRAN, *ad referendum* da Primeira Câmara, na fase em que se encontrava, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais), consoante art. 90 da Lei Orgânica, sem prejuízo da adoção de outras medidas legais cabíveis.

Também fixou o prazo de 5 (cinco) dias para que o Secretário Municipal de Saúde, o Secretário Municipal de Trânsito e Transporte, bem como o Prefeito de Uberlândia,

comprovassem, nos autos, a adoção da medida ordenada, mediante publicação do ato de suspensão do procedimento licitatório.

Em resposta ao Ofício 10895/2019 desta Corte, fl. 51, o Promotor de Justiça, Doutor Luiz Henrique Acquaro Borsari, encaminhou informações acerca do Consórcio de Estacionamento rotativo de Uberlândia.

Encaminhados os autos a esta Coordenadoria assim como à Coordenadoria de Fiscalização de Concessões, por força do despacho de fl. 198 do Conselheiro Relator, passa-se a análise dos autos, atendo-se (i) à ilegalidade da contratação por afronta à Lei 9.790/99, em razão do objeto do certame não ser atividade de interesse público, por afronta à Lei 13.019/14, em razão do objeto do certame não poder ser realizado mediante contrato de parceria ou gestão, muito menos de forma exclusiva com entidades sem fins lucrativos e em relação à Lei 9.503/1997 (CTB), vez que a operação do estacionamento seria competência dos órgãos ou entidades executivas do trânsito do município, no âmbito de sua circunscrição; (ii) à burla à lei de licitação na compra de medicamentos; (iii) à ilegalidade no critério de julgamento, qual seja, maior tempo de funcionamento; e (iv) à ausência de estimativa de custos e valores, o que dificulta a formulação das propostas.

3. DA A ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO POR AFRONTA À LEI 9.790/99, À LEI 13.109/14 E À LEI 9.503/97 À LEI 9.503/1997 (CTB)

Segundo o Denunciante, o presente Chamamento Público seria ilegal por ter afrontado as disposições da Lei 9.790/99, em razão do objeto do certame não ser atividade de interesse público; da Lei 13.019/14, em razão do objeto do certame não poder ser realizado mediante contrato de parceria ou gestão, muito menos de forma exclusiva com entidades sem fins lucrativos; e da Lei 9.503/1997 (CTB), vez que a operação do estacionamento seria competência dos órgãos ou entidades executivas do trânsito do município, no âmbito de sua circunscrição.

Acrescentou que, por definição, a Lei Federal n. 9.790/99 reserva à atuação de uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP – em cooperação e parceria com o Poder Público, as atividades elencadas no seu artigo 3º, que não se confundem com a exploração

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\6ad5bc3b-b1dd-4413-actb-ca2bf73485af

de uso de bem público, tampouco com a concessão de um serviço público, conforme o objeto do presente chamamento público.

Salienta que a Lei Federal 13.019/14, art. 40, estabelece o regime jurídico das relações de parcerias entre a administração pública e as Organizações da Sociedade Civil, é vedada a celebração de parcerias que envolvam delegação das funções de fiscalização.

Aduziu o denunciante que a operação do estacionamento rotativo se consubstancia em um serviço público que, nos termos do art. 24, inciso X, da Lei Federal n. 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – compete aos órgãos ou entidades executivas do trânsito dos municípios, no âmbito de sua circunscrição; que o art. 175 da Constituição Federal é taxativo ao determinar que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviço público; que o contrato de concessão tem por objeto a outorga de serviço de operação de estacionamento rotativo e deve observar a Lei Federal n. 8.987/95.

O Denunciado, em suas razões de defesa, que foram apresentadas por meio da manifestação de fls. 59/60, informou que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais emitiu recomendação ao Município de Uberlândia, nos autos do Inquérito Civil n. 070215002519-6, para que o Município modificasse a legislação que regia o sistema de estacionamento rotativo e nela constasse que deveriam ser contratadas apenas organizações sociais e que os recursos advindos do sistema de estacionamento rotativo deveriam ser remetidos ao serviço municipal de saúde para atendimento exclusivo às vítimas de acidente de trânsito ocorrido naquela cidade.

Continuou o denunciado narrando que, diante desse contexto, fora alterada a legislação municipal, Lei Municipal n. 11.348/2013, que dispõe sobre a implantação do sistema de estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos nas vias e logradouros do Município de Uberlândia, para que em seu art. 9º constasse autorização para a realização de parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), visando o gerenciamento de tal sistema.

O denunciado disse que os recursos obtidos na prestação do serviço garantiriam a compra de medicamentos, produtos e insumos de saúde, justificando, assim, a exigência de participação no processo licitatório de entidades sem fins lucrativos.

Ao final salientou que haveria benefício social com a racionalização da mobilidade urbana.

ANÁLISE

A regra contida no preâmbulo do edital de Chamamento Público n. 375/2019 – SMS/SETRAN (fl. 63), definiu que o município de Uberlândia realizaria a Chamada Pública n. 375/2019 para a seleção e contratação de entidade pública sem fins lucrativos de interesse social para a execução dos serviços de administração, manutenção e operação do sistema de estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos em vias e logradouros públicos do Município.

A mesma assertiva consta da cláusula 1, do edital de Chamamento Público n. 375/2019 – SMS/SETRAN (fl. 63), nos seguintes termos:

“Constitui objeto do presente Chamamento Público a contratação de Entidade Sem Fins Lucrativos de Utilidade Pública para realizar a administração, manutenção e operação do sistema de Estacionamento Rotativo eletrônico Pago de Veículos em vias e logradouros públicos do Município de Uberlândia (Anexo IV)”.

Tais descrições demonstram a toda prova que o município de Uberlândia optou pela contratação de entidades sem fins lucrativos para realizar a administração, manutenção e operação do sistema de estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos em vias e logradouros públicos do Município de Uberlândia, não deixando dúvidas sobre o fato narrado pelo denunciante, o qual concluiu que

“A prestação de serviços ou a concessão de exploração de espaços públicos não se amoldam naquelas atividades mistas descritas na Lei 9.790/99 para o que o legislador previu a possibilidade de parceria entre o público e o privado, que são

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\6ad5bc3b-b1dd-4413-acfb-ca2bf73485af

justamente aquelas em que há um interesse social e da coletividade, mas que não há a necessidade dos rigores típicos do contrato administrativo e das normas de caráter cogente que balizam o administrador. ”

Vê-se, pois, que há uma grande ilegalidade da adoção do Chamamento Público para o objeto em tela, valendo a Administração Pública do regime jurídico das relações de parcerias entre a administração pública e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público para a contratação em tela, o que afronta o art. 40 da Lei 13.019/14.

Depreende-se da interpretação do art. 3º da Lei 9.790/99 que as finalidades das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) visam à promoção de atividades de interesse público de caráter cultural, social e assistencial, tais como, I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo e XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

Essas atividades são fixadas no documento denominado Termo de Parceria onde são estabelecidos os programas e metas a serem atingidas pela entidade parceira. Aqui, como nos convênios, há uma convergência de interesses entre a Administração Pública e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Há que se salientar que, nos termos do art. 40 da Lei 13.019/2014, “É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado”.

Por último, e não menos importante, registre-se que o denunciante tem razão ao afirmar que, diante da Lei 9.503/1997 (CTB), a operação do estacionamento seria competência dos órgãos ou entidades executivas do trânsito do município, no âmbito de sua circunscrição.

Diante do exposto, entende-se que procede este item da denúncia.

4. DO REPASSE DE VALORES, DA COMPRA DE MEDICAMENTOS E DO DESCUMPRIMENTO DA LEI DE LICITAÇÕES

Segundo o Denunciante, o item 6 do edital do Chamamento Público dispõe que caberá à contratada cotar e adquirir medicamentos que serão apresentados pela Secretaria de Saúde.

Explicou que, com o valor recebido com a exploração do serviço de estacionamento rotativo, descontados os custos, caberá à entidade cotar no mercado os medicamentos, adquiri-los e entregá-los para o Município, procedimento esse que estaria em desacordo com a lei de licitações, pois a parceira compraria os medicamentos de quem quisesse, usurpando uma função que seria do Município.

Salientou o denunciante que a receita do estacionamento rotativo é crédito do Município (receita ordinária) e deve ser destinada ao caixa geral. Impor à entidade que com o referido valor compre remédios e os entregue à Secretaria de Saúde é afronta à lei de licitações e contratos administrativos.

Reforçou a ideia de que cabe ao Município cotar e realizar procedimento licitatório, com ampla divulgação, de forma que a melhor proposta seja aceita.

Arrematou dizendo que o objeto do contrato é a gestão do sistema de estacionamento rotativo e não a cotação e aquisição de medicamentos.

O Denunciado argumentou, em síntese, que a Lei Municipal n. 11.348/2013 dispõe que a receita líquida obtida pela OSCIP na gestão do sistema de estacionamento rotativo eletrônico será destinada à compra de medicamentos no mês subsequente ao mês da arrecadação.

Explicou que, pela sistemática adotada, a OCIP deverá informar, por escrito, à Secretaria Municipal de Saúde o valor total que será destinado para a compra dos medicamentos e insumos de saúde, e, esta, deverá apresentar à OSCIP a relação escrita dos medicamentos, produtos e insumos necessários, acompanhada dos orçamentos realizados pela Secretaria Municipal de Saúde, a serem adquiridos, com a finalidade de atender a rede de saúde.

Argumentou ainda que, em razão do princípio da legalidade, o administrador está obrigado a obedecer ao instrumento legislativo específico, cumprindo sua determinação de forma integral e que no presente caso, como já citado, o Município possui legislação específica (Lei 11.348/2013), estando a administração a ela vinculada.

ANÁLISE

Em princípio há que se ressaltar que, teoricamente, as receitas ordinárias devem ser depositadas no caixa geral do ente federativo, para cobrir as despesas orçamentárias, dentre elas pode estar a compra de medicamentos.

A aquisição dos medicamentos deve ser feita por meio de procedimento licitatório, em cumprimento ao disposto no art. 37, XXI, onde está dito que:

“[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Por isso, sem maiores considerações, entende-se que também procede a alegação do Denunciante de que caberia ao Município cotar e realizar procedimento licitatório, com ampla divulgação, de forma que a melhor proposta seja aceita.

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\6ad5bc3b-b1dd-4413-acfb-ca2bf73485af

Entende-se que também procede o apontamento do Denunciante de que o objeto do contrato é a gestão do sistema de estacionamento rotativo e não a cotação e aquisição de medicamentos, o que deixa a entender que estaria havendo um desvirtuamento de toda a sistemática financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial do ente estatal.

Por todo o exposto, conclui-se que procedem os apontamentos do Denunciante no sentido de que estaria havendo uma subversão da lei de licitações e de todo o processo de execução orçamentária do município, a prevalecer esta forma de contratação de serviço público para entidades sem fins lucrativos.

Quanto à argumentação do Denunciado de que, em razão do princípio da legalidade, o administrador está obrigado a obedecer ao instrumento legislativo específico, cumprindo sua determinação de forma integral e que, no presente caso, como já citado, o Município possui legislação específica (Lei 11.348/2013), estando a Administração a ela vinculada, há que se ressaltar que realmente o gestor está vinculado ao princípio da legalidade o que lhe impõe o dever de cumprir a lei posta, sob pena de atrair para si responsabilidades administrativas, eleitorais e até criminais.

Ressalte-se que o chefe do Executivo pode deixar de cumprir ato legislativo que repute inconstitucional, e há decisão do STF no sentido de que o chefe do Executivo pode determinar que seus subordinados deixem de aplicar administrativamente leis e atos normativos que considerem inconstitucionais, porém, teria ele que provocar a sua arguição mediante ação judicial própria.

Caso o Administrador tenha aplicado a lei que se reputa inconstitucional, há que se relevar a culpabilidade do ordenador de despesas no momento de uma possível sanção, como dito, em razão do princípio da legalidade.

Visando elucidar questões acerca da ação do administrador público frente à legislação municipal tida como inconstitucional, trazemos à colação o artigo intitulado “Prerrogativa do chefe do Executivo de não aplicar lei inconstitucional”¹

Prerrogativa do chefe do Executivo de não aplicar lei inconstitucional

¹ Visualizado em <https://www.conjur.com.br/2017-jan-27/prerrogativa-chefe-executivo-nao-aplicar-lei-inconstitucional>, na data de 02/08/2019.

Por André Luiz Maluf e Renato Barcellos

Com o fim do período eleitoral e a eleição de inúmeros novos titulares nas administrações públicas municipais, uma questão se impõe aos gestores eleitos: como lidar com a “herança legislativa” das antigas administrações? No Brasil, infelizmente, não é raro que os novos chefes do Poder Executivo se vejam diante de leis municipais inconstitucionais, muitas vezes aprovadas como o reflexo da forma mais rasa do populismo eleitoral que domina a política nacional. Destarte, uma das ferramentas mais polêmicas e delicadas que ressurge nesse cenário é a possibilidade do chefe do Poder Executivo negar aplicação à lei considerada inconstitucional mediante a expedição de Decreto Autônomo.

Inicialmente, a possibilidade do exercício de tal prerrogativa deve ser analisada sob uma perspectiva histórica. Segundo André Ramos Tavares^[1] a aceitação do controle de constitucionalidade repressivo realizada pelo chefe do Poder Executivo (através da não aplicação de lei considerada inconstitucional) passou a ser firmada após a Emenda Constitucional 16/65, em razão da legitimidade exclusiva do procurador geral da República, naquele período, para provocar o controle de constitucionalidade junto ao Judiciário. Tal admissão seria uma forma de evitar que o Chefe do Poder Executivo fosse obrigado a cumprir lei inconstitucional.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal admitiu o exercício dessa prerrogativa pelo chefe do Poder Executivo em julgado posterior à promulgação da Constituição de 1988. Segundo a corte, *os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais*^[2]. Também o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo sentido afirmando que a negativa de ato normativo pelo Chefe do Executivo reflete um *poder-dever*^[3].

Parcela da doutrina endossa tal posicionamento: Elival da Silva Ramos^[4], Hely Lopes Meirelles^[5], Luís Roberto Barroso^[6] e J.J. Gomes Canotilho^[7]. Gustavo Binenbojm, em obra que teve origem na sua dissertação de Mestrado^[8] afirma que o Poder Executivo não está autorizado e, muito menos, obrigado a “*lavar as mãos*” diante de um ato normativo que se lhe afigure inconstitucional, compactuando com a violação da Lei Maior.

Vale ressaltar que a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, através do Parecer 01/2011, de lavra do procurador André Rodrigues Cyrino, aprovado

pela Procuradora Geral do Estado à época, Lucia Léa Tavares, manifestou-se favoravelmente à tese ora defendida. Em apertada síntese, o documento aduz que a possibilidade do não cumprimento de lei considerada inconstitucional pelo chefe do Poder Executivo é um poder-dever que a autoridade possui. Ademais, sustenta que o Decreto autônomo do chefe do Poder executivo deve ser precedido de Parecer da Procuradoria Geral opinando pela inconstitucionalidade e Representação de Inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça como forma de espancar definitivamente a lei considerada inconstitucional e dividir o ônus com o Poder Judiciário. Também a Procuradoria Geral do Município de Teresópolis, em parecer de lavra do primeiro autor, no bojo do Processo Administrativo 27388/2016, opinou no mesmo sentido.

Aqueles que criticam o uso de tal prerrogativa^[9] afirmam que tratar-se-ia de uma atuação inconstitucional que não faz mais sentido na ordem jurídica hodierna face à possibilidade de provocação do controle concentrado pelo chefe do Executivo e porquanto não existir dispositivo expreso na Constituição que permita o seu exercício.

Analisando a Constituição de 1988 de forma sistemática verificamos que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas (artigo 23, I). Quando falamos em entes federativos, tal incumbência se direciona aos agentes públicos que externam a atividade estatal. O artigo 84, XXVII aduz que compete privativamente ao Presidente da República (e por simetria aos Governadores e Prefeitos) exercer outras atribuições previstas na Constituição. Destarte, é possível extrair do texto constitucional norma que possibilita ao Chefe do Executivo negar aplicação à lei que considere inconstitucional.

Ricardo Perlingeiro^[10] vai além afirmando que não há apenas um dever de controle de constitucionalidade pelo administrador, mas, inclusive, de convencionalidade. Além disso, o autor cita como referência o parágrafo único do artigo 2º do Código Modelo de Processos Administrativos — Judicial e Extrajudicial — para Ibero-América que expressamente afirma que a autoridade administrativa poderá deixar de cumprir a lei ou o ato que considerar inconstitucional ou anticonvencional, representando ao órgão competente para a declaração de inconstitucionalidade ou de anticonvencionalidade.

Dois casos recentes merecem destaque. No município de Macaé (RJ) o prefeito editou o Decreto 175/2015 suspendendo o pagamento de determinados benefícios a servidores em razão de considerá-los inconstitucionais. O sindicato da

categoria daquele município se insurgiu contra o ato normativo impetrando Mandado de Segurança. A liminar foi indeferida (posteriormente concedida mediante agravo de instrumento) e a segurança denegada em julgamento de mérito em 11/7/2016^[11]. O magistrado Josue de Matos Ferreira sustentou em sua fundamentação^[12] que a prerrogativa do chefe do Executivo negar cumprimento à lei ou qualquer ato que considere inconstitucional encontra respaldo doutrinário, não tendo sido revogada pelo advento da Constituição. A base que respalda o exercício daquela prerrogativa é a supremacia constitucional, de modo que, segundo o seu entendimento, aplicar lei inconstitucional significa negar aplicação à Constituição.

Também no município de Teresópolis (RJ) o prefeito editou o Decreto 4.832/2016 negando aplicação à lei municipal 3.474/2016 por entender que há violação da separação dos Poderes, da competência privativa da União, do princípio da juridicidade e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923-DF.

Antes de finalizar esse ponto, sob a ótica do processo legislativo, três observações merecem destaque. Primeiramente, caso a lei seja sancionada pelo chefe do Executivo sem vetos, obviamente não poderá posteriormente negar aplicação a ela, já que o ordenamento jurídico considera abuso de direito o comportamento contraditório (*venire contra factum proprio*) e a *supsessio*.

Em segundo lugar, notadamente, se o chefe do Executivo que sancionou a lei sem vetos tiver deixado o cargo e outro sucedê-lo, entendendo o segundo pela inconstitucionalidade, não há óbice para que o mesmo expeça decreto de não aplicação da lei ou ato normativo considerado inconstitucional.

Finalmente, e de forma análoga, no caso de sanção tácita, poder-se-ia expedir decreto de não aplicação da lei, eis que não houve manifestação expressa sobre tal ponto, e, sendo a inconstitucionalidade uma questão de ordem pública que é essencial para a coerência e integridade do ordenamento, não há óbice para o exercício de tal poder-dever nessa hipótese.

A fim de dirimir qualquer dúvida sobre a legalidade do exercício de tal prerrogativa, cumpre esclarecer que a negativa de aplicação de lei considerada inconstitucional não configura crime do chefe do Poder Executivo. O Decreto-Lei 201/67 foi recepcionado pela Constituição de 1988, como Lei ordinária e traz no seu artigo 1º crimes comuns (de caráter pessoal) aos quais o prefeito está sujeito a julgamento pelo Judiciário. Todos eles exigem a presença do elemento subjetivo doloso para que se configurem. O inciso XIV do artigo referido aduz que a conduta de negar execução à lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem

dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente é punível com a pena de detenção, de três meses a três anos.

Em obra^[13] sobre o tema Giovanni da Silva Corralo, aduz que o chefe do Executivo não incorre no tipo do artigo 1º, XIV, quando a lei for manifestamente inconstitucional, de modo que se trata de exceção à incidência daquele tipo penal. Neste sentido, estando fundamentado o decreto que negue aplicação à lei considerada inconstitucional e desde que haja comunicação ao órgão legislativo competente, não há que se falar em prática de crime por ausência do elemento subjetivo dolo, o que claramente exclui a tipicidade. Ademais, em razão de estarmos diante do exercício regular de um direito (conforme extraído das regras constitucionais, da doutrina e dos julgamentos permissivos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça), igualmente é possível afastar a ocorrência de crime por ausência de ilicitude.

Para além das *teorias dos diálogos constitucionais*^[14], do *constitucionalismo difuso*^[15] e do *constitucionalismo administrativo*^[16] a prerrogativa do chefe do Poder Executivo de negar aplicação à lei que considere inconstitucional, segundo a sua interpretação — no exercício de verdadeiro controle de constitucionalidade —, significa a abertura para o *constitucionalismo executivo*^[17], inclusive como método de efetividade de direitos fundamentais. Basta pensar na hipótese onde a Câmara Municipal derruba o veto jurídico do chefe do Poder Executivo e aprova projeto de lei que, além de violar a sua competência privativa, atinge o núcleo essencial de um direito constitucional dos servidores públicos. Nesse caso o prefeito municipal, ao negar aplicação àquela lei inconstitucional via Decreto Autônomo, e determinar que os seus órgãos subordinados sigam esse entendimento, possibilita que aqueles servidores tenham seu direito constitucional garantido, além de reequilibrar a balança entre os Poderes. Como a teoria dos diálogos constitucionais prevê que o sentido da Constituição passa pelo Judiciário, pelo Legislativo e pela sociedade civil, repreendendo qualquer forma de interpretação unilateral, nada mais coerente que o Executivo também participe ativamente desse processo, sobretudo em razão da ausência de conhecimento técnico e burocrático dos demais agentes políticos em searas delicadas como saúde e orçamento. Privilegia-se, portanto, a sua capacidade institucional específica.

A prerrogativa vertida no presente artigo claramente abre portas para um diálogo institucional entre os três Poderes face à necessidade de divisão do ônus entre o Judiciário e Executivo além da necessária comunicação ao Legislativo. Protege-se a Constituição diante da competência comum dos três Poderes em zelar pela sua guarda

(artigo 23, I). Criar-se-á uma triangulação interpretativa, não havendo que se falar em conduta autoritária ou anarquista do Executivo em face do Legislativo, mas, sim, em atitude compatível com o Estado de Direito que tem a Constituição no seu ápice, eis que toda a interpretação e aplicação de qualquer norma ou ato deve necessariamente passar pelo seu filtro.

Outrossim, em virtude da incidência dos mecanismos de *checks and balances*, o decreto poderá ser submetido à apreciação do Judiciário, mediante Representação de Inconstitucionalidade no tribunal, não podendo ser olvidado que a própria lei que deu ensejo ao Decreto Autônomo deverá estar *sub judice* junto ao mesmo tribunal antes da expedição do referido ato, o que, naturalmente, atrairá o julgamento por dependência da segunda Representação.

Com a nova composição das câmaras municipais e das prefeituras após as eleições de 2016, a prerrogativa ora analisada certamente ganhará corpo junto aos executivos municipais, de maneira que os gestores e as procuradorias locais devem estar atentos para as consequências políticas e jurídicas do seu exercício. Revela-se imprescindível que sejam observados os requisitos específicos para que a expedição do Decreto Autônomo siga os trâmites legais e as formalidades devidas, sob pena de banalizar e prejudicar relevante ferramenta institucional dialógica que garante a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais.²

² [1] TAVARES, André Ramos. O tratamento da Lei Inconstitucional pelo Poder Executivo. Boletim do Legislativo, v. 40, p. 460-468, 2008.

[2] STF, ADI MC 221/DF, j. 29.03.90, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves.

[3] STJ - REsp: 23121 GO 1992/0013460-2, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 06/10/1993, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.11.1993, vol. 55 p. 152

[4] RAMOS, Elival da Silva. A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 237.

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 538.

[6] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70-71.

[7] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 417-418.

[8] BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 276.

[9] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional, São Paulo : Saraiva, 1996. p. 133.

[10] The Latin-American countries' incorporation of the doctrine of diffuse conventionality control established by the I/A Court H.R. is currently the key to the fulfillment of the administrative authorities' duty to protect fundamental rights, although, to do so, it is necessary to overcome unconstitutional laws. The duty of conventionality proposed by the I/A Court H.R. has four characteristics: it is exercised (a) *ex officio*; (b) in compliance with the interpretation (of the provisions of the relevant conventions) as formulated by the I/A Court H.R., i.e., it is subject to a "forced adherence to the Inter-American Court's interpretations;"¹⁴⁸ (c) by authorities who exercise such 'control' independently of their hierarchical status, rank, amount in dispute, quantity or subject-matter jurisdiction assigned to them by domestic law; and (d) by administrative authorities and judges even if they do not have jurisdiction for constitutionality control, which does not necessarily imply opting to apply the conventional provisions or case law C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\6ad5bc3b-b1dd-4413-acfb-ca2bf73485af

Diante do exposto, da análise deste item da denúncia, conclui-se que a seleção de uma OSCIP, pelo município, para desempenhar a atividade de estacionamento rotativo é considerada ilegal, razão pela qual caberia ao Prefeito arguir acerca da constitucionalidade da aplicação da lei municipal, e assim eximir-se de qualquer responsabilidade.

5. DA ILEGALIDADE NO CRITÉRIO DE JULGAMENTO

while ceasing to enforce the national laws, rather it means, first and foremost, trying to harmonize the provisions of national law with those of the Convention, by means of a ‘conventional interpretation’ of the national law. Cf. BRICS LAW JOURNAL Volume III (2016) Issue 2.

[11] Em 15.01.2017, encontra-se pendente de julgamento pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível de Macaé a admissibilidade do Recurso de Apelação em Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato autor.

[12] “a abalizada doutrina nacional, com substancioso apoio teórico e jurisprudencial, vem reiteradamente afirmando a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo se negar a cumprir lei ou qualquer outro ato emanado do Poder Legislativo que afronte a Constituição Federal, à qual jurou cumprimento quando de sua posse no cargo. (...) sem embargo da razoabilidade do argumento adverso, o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Estado descumprir lei que fundadamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina que prevaleceram. (...) Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. (...) até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder”. TJRJ, MS nº 0012999-71.2015.8.19.0028, 2ª Vara Cível de Macaé, Juiz Josue de Matos Ferreira, j.: 11.07.2016, DJe: 27.09.2016.

[13] CORRALO, Giovanni da Silva. Responsabilidade de prefeitos e vereadores: comentários ao Decreto-Lei n. 201/67. São Paulo, Atlas, 2015, p. 39.

[14] A teoria dos diálogos busca formas de diálogos institucionais sobre a melhor forma de resolver a questão constitucional controvertida, de modo que cada Poder contribua com sua capacidade institucional específica. Desta forma, segundo lições de Rodrigo Brandão,[14] o sentido futuro da Constituição deve se dar através de um debate junto à sociedade civil e às instituições políticas, através do modelo dialógico, onde hajam múltiplos pontos de acesso, seja pelo Legislativo ou Judiciário, para tutelar direitos constitucionais, reduzindo a atuação unilateral de qualquer poder. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial v. Diálogos Constitucionais. 2012, p. 325-328.

[15] Sobre o Constitucionalismo Difuso, que prega uma abertura da interpretação constitucional à sociedade civil, à academia e outras instituições. V. ALVIM, Juliana. O Constitucionalismo Difuso e seus Fundamentos, p. 400. In. Jurisdição Constitucional e Política. Daniel Sarmento (Org), Forense 2015.

[16] Segundo Metzger, o Constitucionalismo administrativo está ligado ao potencial da administração pública, sobretudo das agências administrativas nos Estados Unidos, de alterar os sentidos da Constituição. Conforme ressalta Karen M. Tani, a administração se engaja na interpretação da Constituição a partir de entendimentos da Suprema Corte. Já segundo uma corrente mais avançada, a administração poderia atuar no vácuo das interpretações da Suprema Corte, ou até mesmo contrariando o seu entendimento. Cf. BAPTISTA, Patrícia. CAPPECHI, Daniel. Se o Direito administrativo fica o Direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. Revista de Direito da Cidade. Vol. 8, n 4, 2016.

[17] O constitucionalismo executivo busca dar força à atividade interpretativa da Constituição que é feita pelo Chefe do Poder Executivo. Ademais, visa abrir portas para o exercício interpretativo fora dos Tribunais e das Casas Legislativas, em razão de muitas vezes faltar conhecimento técnico e burocrático dos demais agentes políticos em searas essenciais como gestão, saúde e orçamento.

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\6ad5bc3b-b1dd-4413-acfb-ca2bf73485af

Argumentou o Denunciante que o critério de julgamento que atribui pontuação em razão dos anos de constituição e funcionamento da entidade parceira seria equivocado e colocaria em risco a contratação.

Disse que a efetiva capacidade de um profissional e/ou empresa no desempenho do objeto contratado não se mede pelo tempo mínimo de experiência/criação, pois tal desempenho depende de múltiplos fatores. Aduz que uma entidade recém-criada pode possuir plena capacidade de executar o objeto, tal como uma entidade com elevado tempo de criação e experiência.

Trouxe à colação decisão sobre o assunto, quando do julgamento da Denúncia n. 911.898, de relatoria do Conselheiro José Alves Viana, em que ficou consignado que:

“Também não há motivação nem elementos nos autos que demonstrem objetivamente que a pontuação pelo tempo de existência da empresa e pelo número de atestados de capacidade técnica apresentados levará à escolha da licitante mais capacitada para prestar os serviços contratados. ”

Carreou aos autos recomendação do Tribunal de Contas da União (Acórdãos 264/2006, 944/2006, 1094/2004, todos do Plenário) de se evitar a inclusão nos editais de licitação de quesito de pontuação técnica que atribua pontos à licitante tão somente pelo seu tempo de experiência no mercado.

Quanto a esse item, alegou o Denunciado, em síntese, que o critério adotado não limita a participação de entidades sem fins lucrativos, apenas define uma forma objetiva de escolha entre duas ou mais entidades habilitadas; que esse critério somente será utilizado no caso de haver mais de uma entidade sem fins lucrativos habilitada; registrou que o critério de desempate de se conferir maior pontuação às entidades com maior tempo de existência é um critério tradicionalmente utilizado em todos os certames e concursos públicos, por ser de senso comum que a experiência é um dos fatores determinantes de uma maior “*expertise* e “*know-how*”, o que geralmente integra na qualidade do serviço ofertado.

ANÁLISE

O Edital em tela dispõe, em seu item 7 e seguintes, os critérios do julgamento da habilitação e no item 8 os critérios de julgamento do projeto.

Depreende da denúncia que a questão discute a validade do critério de julgamento que leva em consideração os anos de constituição e funcionamento da entidade objeto dessa parceria.

De antemão, entende-se que esse critério não é adequado e tem o potencial de afastar possíveis interessados do certame.

Como acertadamente disse o Conselheiro Relator, quando da análise do pedido de suspensão cautelar, “[...] o exclusivo critério temporal para escolha da entidade que desempenhará os serviços se mostra desarrazoado, antiisonômico, e também contrário à jurisprudência desta Casa. ”

Efetivamente, o tempo de constituição de uma empresa, o tempo de formação de um profissional liberal, não se mostram hábeis a demonstrar quem tem a melhor expertise para o desempenho de suas atividades, além de ser um critério de julgamento que não está previsto na legislação.

Nos termos do art. Art. 45 da Lei de Licitações, constituem tipos de licitação para obras, serviços e compras, exceto nas modalidades de concurso e leilão, a de menor preço - a de melhor técnica - a de técnica e preço - e a de maior lance ou oferta.

São critérios objetivos e que não levam em consideração o tempo de existência ou de exercício profissional.

A boa ou a má experiência não depende do decurso do tempo. Pode-se em pouco tempo ter uma boa ou má experiência, tudo a depender da capacidade de realização do objeto da licitação.

A título de exemplo, podemos citar os motoristas. Há aqueles que mesmo com bastante tempo de habilitação tem um desempenho pior em relação a outros com menos tempo de habilitação.

A questão da capacidade não passa pela questão temporal, mas sim pela formação e capacidade de desempenhar o objeto da licitação.

Já na fase de julgamento do projeto há a possibilidade de empate de empresas concorrentes e, aí sim, lança-se mão dos critérios de desempate.

Para fins de licitações o critério de desempate é o estabelecido no art. 45, §2º da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

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

§ 1º (...)

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo. (GN)

Explicitando, há que se observar o disposto no § 2º do art. 3º da Lei 8.666/93, no qual ficou consignado que, em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos no País; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Após, persistindo o empate, a classificação se fará por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Conclui-se que o critério adotado pela Administração Municipal no edital de Chamamento Público em tela é ilegal, tanto para julgamento de propostas quanto para critério de desempate, pois está frontalmente contrário à lei de licitações regente da matéria.

No entanto, a análise deste item da denúncia ficou prejudicado tendo em vista que se concluiu que a seleção de uma OSCIP pelo município para desempenhar a atividade de estacionamento rotativo foi considerada ilegal.

6. DA AUSÊNCIA DE ESTIMATIVA DE CUSTOS E VALORES

Aponta o Denunciante, como irregularidade, a ausência de estimativa de custos e valores em afronta ao inciso VI do art. 24 da Lei Federal 13.109/2014, o qual exige que o edital de chamamento público especifique o valor previsto para a realização do objeto.

O denunciado alega que, em função da natureza do objeto pretendido, não se vincula qualquer indicação de valores, considerando a ausência de lucros.

Aduz o denunciado que os recursos destinados ao custeamento do objeto deste processo serão os recursos auferidos com a arrecadação direta pela própria OSCIP, dos valores pagos pelos usuários do sistema de estacionamento rotativo eletrônico no uso da vaga regulamentada, destacando o modelo financeiramente autossustentável do projeto.

ANÁLISE

A estimativa de custos e valores é um elemento de fundamental importância para as atividades levadas a efeito pelo Poder Público, sendo obrigatória a sua realização de forma ampla e antecipada. É por meio do conhecimento prévio da estimativa de custos que são calculados os valores globais das aquisições, dos serviços, etc., os quais servem de base para a verificação da disponibilidade orçamentário-financeira, e consequentemente para o tão almejado controle dos gastos públicos.

A pesquisa de custos revela, ainda, o que está sendo praticado no mercado e possibilita que a Administração Pública realize a melhor contratação possível, o que se constitui, em última análise, no principal objetivo da licitação. Assim, evita-se que sejam praticados preços incompatíveis, o que geraria prejuízo para a Administração Pública e poderia gerar alguma espécie de responsabilização do administrador público.

Porém, no caso em tela, a Administração, caso fosse viável o formato de administração proposto pela entidade municipal, não haveria de falar em despesa alguma, sendo portanto, dispensável a dotação orçamentária. O valor arrecadado ficaria, em tese, para a entidade.

Por isso, como a análise foi pela ilegalidade do formato de administração proposto pela entidade municipal, entende-se que este item ficou prejudicado.

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\6ad5bc3b-b1dd-4413-acfb-ca2bf73485af

7. DA CONCLUSÃO

Diante da análise da denúncia realizada por esta Coordenadoria, formulada por ABRAPARK – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTACIONAMENTOS, em face do CHAMAMENTO PÚBLICO N. 375/2019, promovido pelo município de UBERLÂNDIA, cujo objeto consiste na contratação de entidade sem fins lucrativos de utilidade pública para realizar a administração, manutenção e operação do sistema de estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos em vias e logradouros públicos do Município de Uberlândia (fl. 25), conclui-se pelo indício de irregularidades atinentes:

- (i) à contratação em afronta a Lei 9.790/99 e a Lei 13.109/14 em razão da prestação do serviço público de estacionamento rotativo mediante contrato de parceria ou gestão com entidades sem fins lucrativos;
- (ii) ao descumprimento da lei de licitação na compra de medicamentos;
- (iii) à ilegalidade no critério de julgamento.

Verifica-se a presença do *fumus boni iuris*, requisito suficiente para a concessão do pedido liminar de suspensão cautelar do certame.

O *periculum in mora* advém da iminência da escolha do parceiro tendo em vista que o recebimento dos envelopes ocorreu no dia 08/07/2019, na diretoria de Compras da Prefeitura Municipal de Uberlândia (fl. 60v).

Todavia, esta Unidade Técnica sugere que os autos sejam encaminhados à Coordenadoria de Fiscalização de Concessões – CFCO - para análise da possibilidade da contratação ser por meio da concessão.

À consideração superior.

DFME/CFEL, 05 de agosto de 2019.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE MATÉRIAS ESPECIAIS
COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DE EDITAIS DE LICITAÇÃO



Filipe Eugênio Maia Ballstaedt

Analista de Controle Externo

TC- 1457-2