

Processo: 1098596

Natureza: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Partes: Prefeitura Municipal de Uberlândia, representada pelo Sr. Odelmo Leão Carneiro Sobrinho, prefeito, e Câmara Municipal de Uberlândia, representada pelo Sr. Sergimar Antônio de Melo, presidente da Câmara

Processo de origem: 1071498, Denúncia

Procuradores: Amanda Correa Fernandes, OAB/MG 167317; Pedro Felipe Naves Marques Calixto, OAB/MG 136471; Rauã Moura Melo Silva, OAB/MG 180663; Rodrigo Ribeiro Pereira, OAB/MG 83032

MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães

RELATOR: CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO

TRIBUNAL PLENO – 16/2/2022

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DENÚNCIA. LEI MUNICIPAL. PREVISÃO DE PARCERIA COM ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO PARA ADMINISTRAÇÃO, MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO ELETRÔNICO PAGO DE VEÍCULOS NAS VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS. COMPRA E ENTREGA DE MEDICAMENTOS COM OS RECURSOS OBTIDOS. PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA APRECIAR INCIDENTALMENTE A CONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO. SÚMULA N. 347 DO STF AINDA EM VIGOR. REJEIÇÃO. MÉRITO. SERVIÇO PÚBLICO DE INTERESSE LOCAL. DELEGAÇÃO INDEVIDA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS À ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO. VIOLAÇÃO À OBRIGATORIEDADE DE CONCESSÃO MEDIANTE LICITAÇÃO E À OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO PARA COMPRA E ENTREGA DE MEDICAMENTOS. INAPLICABILIDADE DOS DISPOSITIVOS DA LEI MUNICIPAL QUE AFRONTAM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CIÊNCIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. ARQUIVAMENTO.

1. Nos termos da Súmula n. 123 desta Corte de Contas, compete ao Tribunal Pleno a apreciação incidental da constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, observado o disposto nos arts. 948 a 950 do Código de Processo Civil. Em que pese a existência de controvérsia sobre a matéria, considerando que a Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal não foi formalmente revogada e, ainda, tendo em vista a imprescindibilidade da função de controle externo para o Estado Democrático de Direito, prevalece a jurisprudência deste Tribunal e a disposição regimental quanto à possibilidade de apreciação incidental de lei ou ato normativo do Poder Público, respeitada a cláusula de reserva de plenário.
2. Nos termos do *caput* do art. 175 da Constituição da República, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos. Ademais, consoante art. 30, inciso V, da Constituição da República, a competência para a prestação do serviço de gerenciamento de estacionamento rotativo pago em vias públicas, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, é do município, uma vez que se trata de serviço público de interesse local. Assim,

a exploração de tal serviço por particular exige a delegação de sua prestação mediante concessão ou permissão, precedida de licitação.

3. A compra e entrega de medicamentos com os recursos obtidos com a prestação do serviço de gerenciamento de estacionamento rotativo, além de não se configurar promoção gratuita da saúde, contraria as regras que dispõem sobre a obrigatoriedade de se realizar o devido procedimento licitatório, em ofensa ao art. 37, inciso XXI, da Constituição da República.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) rejeitar, em preliminar, a alegação de incompetência deste Tribunal para apreciar incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, nos termos da fundamentação;
- II) afastar, no mérito, no caso concreto, a aplicação dos arts. 9º, 10, 11, 12, 13 e 15, da Lei Municipal n. 11.348/2013, alterada pela Lei Municipal n. 13.045/2019, do Município de Uberlândia, uma vez que configuram afronta direta ao *caput* do art. 175 e ao art. 37, inciso XXI, todos da Constituição da República;
- III) determinar o encaminhamento de cópia deste acórdão ao Ministério Público de Contas, com fundamento no art. 32, VII, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, para as medidas que entender pertinentes, no âmbito de sua competência;
- IV) determinar a juntada de cópia deste acórdão aos autos da Denúncia n. 1071498, que seguirá seu regular tramite;
- V) determinar a intimação, por via postal, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, representadas pelo prefeito de Uberlândia, Sr. Odelmo Leão Carneiro Sobrinho, bem como pelo presidente da Câmara do referido município, Sr. Sergimar Antônio de Melo;
- VI) determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento das medidas cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Sebastião Helvecio somente na preliminar, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 16 de fevereiro de 2022.

MAURI TORRES
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 24/11/2021

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pelo Ministério Público de Contas no âmbito da Denúncia n. 1071498, de minha relatoria, e submetido ao Tribunal Pleno pela Segunda Câmara desta Corte de Contas, na sessão do dia 12/3/2020. Naquela oportunidade, foi aprovada, por unanimidade, a proposta de apreciação da constitucionalidade dos arts. 9º, 10, 11, 12, 13 e 15 da Lei Municipal n. 11.348/2013, alterada pela Lei Municipal n. 13.045/2019, do Município de Uberlândia, em razão da constatação de (i) hipótese de delegação indevida de prestação de serviços públicos a organizações da sociedade civil de interesse público, em inobservância ao art. 175 da Constituição da República; e de (ii) disposição indevida de compra e entrega de medicamentos com os recursos obtidos pela entidade contratada, uma vez que além de não se configurar “promoção gratuita da saúde”, contraria as regras que dispõem sobre a obrigatoriedade de se realizar o devido procedimento licitatório, em ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição da República. A referida decisão, na íntegra, foi disponibilizada à peça n. 2, código do arquivo n. 2374657.

Após a autuação e registro do incidente de inconstitucionalidade, determinei a intimação das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, representadas pelo prefeito de Uberlândia, Sr. Odelmo Leão Carneiro Sobrinho, bem como pelo presidente da Câmara Municipal, Sergimar Antônio de Melo, para que se manifestassem sobre a questão (documento eletrônico, código do arquivo n. 2374656, disponível no SGAP como peça n. 1).

Feitas as intimações, apenas a prefeitura de Uberlândia apresentou manifestação (código do arquivo n. 24254443, disponível no SGAP como peça n. 12), pugnando, em essência, em preliminar, pelo reconhecimento da incompetência deste Tribunal de Contas para declarar inconstitucionalidade da Lei n. 11.348/2013, alterada pela Lei n. 13.045/2019, do Município de Uberlândia, com arrimo na recente decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF nos autos do Mandado de Segurança n. 35.410/DF.

Instada a se manifestar, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – Cfel analisou a argumentação carreada aos autos e entendeu que a preliminar de incompetência deste Tribunal não deveria prosperar, tendo em vista que o mencionado julgado do Supremo Tribunal Federal – STF não teve o condão de revogar a Súmula n. 347 do STF e tampouco alterar a jurisprudência desta Corte para assentar a impossibilidade de órgãos de controle administrativo exercerem o controle incidental de constitucionalidade. Nesse sentido, por se tratar de decisão não unânime, destacou ressalvas especialmente no sentido de que “[...] a Súmula nº 347/STF foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e ao Tribunal de Contas da União subsiste a competência para realizar o controle difuso de constitucionalidade, desde que os efeitos dessa fiscalização não extrapolem os efeitos concretos e *interpartes*” (documento eletrônico, código do arquivo n. 2509286, disponível no SGAP com peça n. 17).

Por sua vez, o Ministério Público de Contas divergiu do estudo elaborado pela Unidade Técnica e opinou pela inadmissibilidade do incidente de inconstitucionalidade sob exame, uma vez que, nos termos do voto condutor do mencionado julgado do STF, não caberia ao Tribunal de Contas da União – TCU exercer controle de constitucionalidade de normas, porque tal controle foi

reservado pela Constituição da República aos órgãos jurisdicionais, em quaisquer de suas modalidades.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar – Competência deste Tribunal de Contas para apreciar incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público

Conforme relatado, a Prefeitura de Uberlândia, representada pelo Sr. Odelmo Leão Carneiro Sobrinho, alegou a impossibilidade do exercício de controle de constitucionalidade por este Tribunal, uma vez que seria “órgão administrativo funcionando como auxiliar do Poder Legislativo Estadual”, sendo que o controle de constitucionalidade teria sido exclusivamente conferido ao Poder Judiciário, nos termos da Constituição da República. Nesse sentido, colacionou o recente julgamento do MS n. 35.410/DF, publicado em 6/5/2021, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, no qual o Plenário do STF entendeu pela “impossibilidade de órgãos de controle administrativo exercerem controle de constitucionalidade”. Ao final, apontou que este incidente de inconstitucionalidade, caso levado adiante, poderia “[...] incorrer em violação ao texto constitucional vigente”.

Analisando a argumentação, a Unidade Técnica entendeu que o incidente de inconstitucionalidade teria as características e efeitos de controle de constitucionalidade incidental, com efeitos *inter partes*, com fulcro na Súmula n. 123 do TCEMG e na Súmula n. 347 do STF, que autorizariam esta Corte de Contas afastar a aplicação de dispositivos inconstitucionais no processo de fiscalização. Dessa forma, concluiu pela improcedência da preliminar arguida pela Prefeitura de Uberlândia, conforme bem elaborado estudo cujos trechos transcrevo a seguir:

Pois bem. Conforme preleciona Dirley da Cunha Júnior, o controle de constitucionalidade é uma atividade de verificação da validade e conformidade das leis e atos normativos do poder público que visa a tutelar a supremacia da Constituição. A Constituição da República de 1988 prevê a coexistência de duas formas distintas de controle: o difuso-incidental (art. 102, III) e o concentrado-principal (art. 102, I, a, e §2º; art. 103).

No primeiro método (que se provoca por meio de exceção ou defesa), todo e qualquer juiz ou tribunal pode exercer, por ocasião de uma demanda judicial concreta, o controle de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público. Nesse caso, a inconstitucionalidade ostenta caráter prejudicial, como condição e antecedente lógico para a solução da própria pretensão declinada na ação/defesa, e os efeitos da decisão restringem-se às partes litigantes (*inter partes*). Logo, a lei ou ato normativo impugnado, e declarado inconstitucional em relação àquelas partes, continua a vigorar e a produzir efeitos em relação a outras situações e pessoas.

Por sua vez, no método concentrado-principal, somente o Supremo Tribunal Federal pode exercer, em ação direta e em abstrato, o controle dos atos e leis em face da Constituição Federal. A verificação da validade e conformidade das leis e atos normativos figura como o próprio pedido ou objeto da ação, ou seja, é feita independentemente de qualquer litígio concreto. Ademais, a decisão final do STF que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado tem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Consoante acórdão da Segunda Câmara proferido nos autos da Denúncia nº 1071498, o presente incidente de inconstitucionalidade foi instaurado com fulcro no art. 26, V, do Regimento Interno deste Tribunal e na Súmula TCEMG nº 123, que prescrevem:

Resolução TCEMG 12/2008

Art. 26. Compete, ainda, ao Tribunal Pleno:

(...)

V - apreciar, **incidentalmente**, a constitucionalidade das leis ou de atos do poder público. (g.n.)

Súmula 123 (Publicada no D.O.C. de 04/09/17 – pág. 2 e numerada no D.O.C. de 22/09/17 - pág. 116)

Compete ao Tribunal Pleno a **apreciação incidental da constitucionalidade** de lei ou ato normativo do Poder Público, observado o disposto nos arts. 948 a 950 do CPC/2015. (g.n.)

Sabe-se, outrossim, que os normativos supracitados foram editados à luz da Súmula STF nº 347, que dispõe:

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal, verificou-se que a supracitada súmula não foi revogada, embora exista forte divergência entre os ministros sobre a sua vigência; veja-se:

[...]

Nesse sentido, há se ressaltar a recente decisão proferida pelo Plenário do STF nos autos do MS nº 35.410/DF, que, segundo a Prefeitura de Uberlândia, teria considerado inadequado o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos realizado pelo Tribunal de Contas da União. Transcreve-se a ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, **não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal**. 2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal. 3. **Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes**. 4. Concessão da ordem no mandado de segurança coletivo para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004. (g.n.) (destaques do texto)

Percebe-se da síntese do acórdão que a análise e aplicação do precedente, ao contrário do que alega a Administração, deve ser vista e aplicada com temperamentos. **Primeiro, porque um dos fundamentos do acórdão diz respeito à impossibilidade de o exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União (TCU) trazer consigo efeitos erga omnes e vinculantes, o que não parece ser o caso dos autos sob exame. E segundo, porque o aludido acórdão, em que pese proferido pelo Pleno, não teve o condão de cancelar a Súmula STF nº 347, conforme será demonstrado a seguir. (Destaquei)**

Examinando o inteiro teor do acórdão, depreende-se que a decisão, proferida em 12/04/2021, deu-se pela maioria de votos dos ministros que seguiram o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, o qual sustentou a tese de que o atual texto constitucional não prevê competência jurisdicional aos órgãos de controle e, por isso, o Tribunal de Contas da União não está legitimado a realizar controle de constitucionalidade.

Dada a relevância desta análise para o deslinde da preliminar, pede-se vênha para citar trechos do voto vencedor:

[...]

No entanto, em se tratando de decisão não unânime, é imperioso examinar os fundamentos dos votos de divergência proferidos pelos Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio Melo, bem como as ressalvas apresentadas pelos Ministros Rosa Weber e Roberto Barroso em relação aos fundamentos expendidos no voto do relator. (Destaque do texto)

Iniciemos pela ressalva aberta pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

1. Acompanho o relator para assentar a impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos erga omnes e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União – TCU. Reconheço também que – pela estrutura decisória do acórdão proferido no processo TC 021.009/2017-1 e pelas características daquele procedimento, que não tratava de nenhum caso concreto – o controle de constitucionalidade ali exercido pelo TCU teve efeitos transcendentais e equivaleu ao afastamento da eficácia dos arts. 7º, §§ 2º e 3º, e 17 da Lei nº 13.464/2017. Trata-se, portanto, de provimento vedado pela Constituição.

2. **Ressalvo, contudo, minha discordância em relação ao primeiro dos dois fundamentos expostos no voto do relator, como tenho feito nas demais ações em que se discute a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por órgãos administrativos. Toda autoridade administrativa de nível superior pode, a meu ver, incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto.** No presente caso, considerando que tal restrição de efeitos não foi observada, voto igualmente pelo afastamento das determinações contidas no acórdão impugnado. (g.n.) (Destaque do texto)

Nesse mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber destacou em seu voto:

O exame das impetrações pressupõe, portanto, em primeiro plano, análise da subsistência e do alcance do preconizado no enunciado da Súmula nº 347/STF. Recordo que o referido verbete sumular foi aprovado em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, cujo precedente paradigma foi o Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372, de relatoria do Ministro Pedro Chaves, que restou assim ementado: (destaque do texto)

“Não ofende a direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada. Recurso não provido.” (DJ 26.04.1962)

Do voto do relator do mencionado precedente extrai-se a seguinte ressalva:

“Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas. Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.” (DJ 26.04.1962)

O próprio precedente que embasou a edição da Súmula nº 347/STF assentou a distinção entre não aplicação de leis inconstitucionais, “obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”, e declaração de inconstitucionalidade, atribuição de competência específica do Supremo Tribunal Federal. (Destaque do texto)

Não obstante esse entendimento, algumas decisões desta egrégia Corte têm questionado a subsistência da Súmula nº 347/STF, considerada a aprovação do seu enunciado em 1963, na vigência da Constituição de 1946.

Considero que a ordem jurídica inaugurada pela Carta de 1988 não permite ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da validade de lei em caráter abstrato, apenas possibilita que aquele órgão de controle, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte. (Destaque do texto)

(...)

Inviável, portanto, à luz da disciplina constitucional das atribuições do Tribunal de Contas da União e de precedentes do Plenário e de ambas as Turmas desta Suprema Corte, entender que o referido órgão de controle possa, em deliberação dotada de acentuado coeficiente de abstração, como a proferida no processo TC nº 021.009/2017- 1, implementar fiscalização concentrada de validade de dispositivos legais, de modo a apontar para o linear afastamento dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Lei nº 13.464/2017, ou do correlato art. 4º, § 1º, XXIII e XXIV, da Lei nº 10.887/2004, nos casos concretos envolvendo substituídos das entidades impetrantes. Acrescento que a matéria abordada pela autoridade impetrada não se encontra pacificada em precedentes específicos desta Suprema Corte, de modo que não há falar em excepcional legitimidade do afastamento tout court da aplicação das referidas disposições legais por parte do órgão de controle.

Feitas essas ressalvas, voto pela concessão da ordem, tal qual o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, pedindo vênia à divergência. É o voto. (g.n) ” (Destques do texto)

Nota-se que esses ministros, a despeito de acompanharem o voto do relator quanto ao mérito, consignaram ressalvas que tiveram como objetivo destacar o posicionamento contrário em relação a tese sustentada pelo Ministro Relator de que a ordem jurídica inaugurada pela Carta de 1988 não atribui ao Tribunal de Contas da União competência para fiscalizar a validade de lei.

Para os Ministros Rosa Weber e Roberto Barroso, a Súmula nº 347/STF foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e ao Tribunal de Contas da União subsiste a competência para realizar o controle difuso de constitucionalidade, desde que os efeitos dessa fiscalização não extrapolem os efeitos concretos e *interpartes*. Nessa perspectiva, os aludidos ministros advertiram que as nuances do acórdão proferido no processo TC 021.009/2017-1 revelaram não se tratar de análise de caso concreto, mas de verdadeiro controle de constitucionalidade com efeitos transcendentais, cujo monopólio seria do STF, razão pela qual acompanhavam o voto do relator. (Destaque do texto).

Por sua vez, o voto divergente proferido pelo Ministro Edson Fachin não apenas afastou a tese de coação, ao argumento de que o acórdão proferido pelo TCU configurava mera orientação aos setores internos, como também foi claro em reconhecer a competência deste Tribunal para incidentalmente declarar a inconstitucionalidade do artigo 7º, §§ 2º e 3º, e do artigo 17, §§ 2º e 3º da Lei nº 13.464/2017. (Destaque do texto)

[...]

Vale notar que a manutenção da Súmula nº 347 do STF também foi explicitamente defendida pelo Ministro Edson Fachin sob o fundamento de que há uma inequívoca distinção entre a declaração de inconstitucionalidade de atos normativo e a não aplicação de leis inconstitucionais. Para ele, tanto a jurisprudência da Corte Suprema como a melhor doutrina são uníssonas em reconhecer que o controle concentrado, exclusivo do STF, visa a excluir do ordenamento jurídico, com eficácia erga omnes e vinculante, ato normativo tido por inconstitucional, ao passo que o controle incidental tem por objetivo apenas afastar a aplicação de ato normativo no caso concreto quando vislumbrada a sua inconstitucionalidade. O ministro pondera que admitir a competência dos órgãos administrativos de controle na apreciação incidental da inconstitucionalidade é consagrar a supremacia da Constituição e conferir uma participação pluralista na sua interpretação. (Destques do texto)

Com um voto de divergência mais sintético, o Min. Marco Aurélio também deliberou de forma semelhante; veja-se:

O impetrante insurge-se contra acórdão formalizado pelo Tribunal de Contas da União, no processo nº TC 021.009/2017-1, por meio do qual conhecido e provido agravo da União para determinar o arquivamento da representação e autorizar a Secretaria de Fiscalização de Pessoal do Órgão – Sefip a fiscalizar o pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Autoria-Fiscal do Trabalho – instituído pela Lei nº 13.464/2017 –, nos casos concretos que lhe forem submetidos.

O Relator deferiu a ordem, fazendo ver a impertinência do controle de constitucionalidade pelo Órgão.

O Tribunal de Contas assentou a possibilidade de enfrentar situação concreta e concluir que prevalece não a lei, mas sim a Constituição, no que a Administração não está compelida a observar norma incompatível com a Lei Maior.

Atuando, não exerceu o controle difuso, propriamente dito, por não ser órgão jurisdicional. Teve como viável julgar caso administrativo concreto de determinada forma.

Seria verdadeira incongruência afastar-se essa possibilidade.

Prevaleceria, muito embora no campo administrativo, lei inconstitucional.

O que não pode o órgão administrativo é exercer o controle concentrado de constitucionalidade. É algo diverso.

Dirijo do Relator, para indeferir a ordem. (g.n.) (Destaques do texto)

Fica claro, portanto, que o julgado recente do Supremo Tribunal Federal não teve o condão de revogar a Súmula nº 347 do STF e tampouco alterar a jurisprudência da Corte para assentar a impossibilidade de órgãos de controle administrativo exercerem o controle incidental de constitucionalidade.

O que restou decidido no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, foi a impossibilidade de o Tribunal de Contas da União, na análise de aposentadorias e pensões submetidas à sua apreciação, afastar a aplicação de dispositivos da lei tida por ele como inconstitucional, pois, na prática, o controle nessa seara acaba por retirar a eficácia da lei – como ocorre no controle concentrado –, já que os órgãos da administração pública federal poderão deixar de aplicar o ato normativo aos casos idênticos, o que provocará um efeito transcendente da decisão.

Logo, permanece a competência dos tribunais de contas para afastar, no caso concreto, a aplicação de norma em função de sua inconstitucionalidade, sobretudo quando a matéria impugnada já foi apreciada pela Corte Suprema.

Conforme visto, o reconhecimento da competência dos tribunais de contas para realização do controle incidental da constitucionalidade das leis está alinhado com os princípios da supremacia da constituição e da corrente que prega a interpretação pluralista.

Ao abordar o tema da hermenêutica constitucional, o supracitado autor, Dirley da Cunha Júnior, pondera sobre a importância da corrente denominada “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle, no processo de interpretação da Constituição:

[...]

Na obra “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, o Ministro Luís Roberto Barroso destaca a importância do princípio da supremacia da Constituição na fiscalização da validade das normas, sobretudo à luz de uma interpretação pluralista da qual ele também compactua; *in verbis*:

[...]

Observa-se que os dispositivos supracitados não deixam dúvidas quanto aos seus efeitos concretos, quais sejam, o de respaldar a formalização de instrumento de parceria para o fim colimado, o que se fez por meio da deflagração do Chamamento Público nº 375/2019 pela

Prefeitura Municipal de Uberlândia. Portanto, na hipótese de afastamento por este Tribunal dos aludidos dispositivos da Lei Municipal nº 11.348/2013, não haverá que se falar em transcendência dos efeitos da decisão, pois notoriamente o controle se limitará a atingir a validade do referido chamamento público, objeto do processo fiscalizatório inaugurado com a Denúncia nº 1071498.

Com efeito, este Tribunal de Contas, ao exercer o controle incidental, estará apenas procedendo ao exame da legislação e eventualmente afastando a sua aplicação, se constatada a sua inconstitucionalidade, exercendo, assim, uma função atípica que decorre essencialmente do princípio da supremacia da Constituição, não havendo que se falar em usurpação da função jurisdicional e tampouco do monopólio do STF para realizar a fiscalização em abstrato das leis. (Destaquei)

Primeiramente, é válido reforçar a existência de divergência de entendimentos acerca da subsistência da Súmula n. 347 do STF¹, notadamente em razão do sistema de controle de constitucionalidade previsto na Constituição da República de 1988.

Com efeito, a controvérsia alçada nesta preliminar tem origem na Constituição da República de 1988, que ampliou os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade em relação ao regime constitucional anterior. Nesse sentido, a questão vem sendo discutida ao longo dos anos pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo destacar, em 2006, a decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Mendes, no julgamento de medida cautelar no MS n. 25.888, bem como, em 2018, a decisão monocrática proferida pelo ministro Alexandre de Moraes no âmbito do MS n. 35.410/DF e, por fim, a deliberação plenária nos autos do mencionado MS n. 35.410/DF com a fixação da tese da “impossibilidade de órgãos de controle administrativo exercerem controle de constitucionalidade”.

Feita essa breve contextualização, em que pese a relevância da recente deliberação plenária do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema e a tendência de prevalência da corrente jurisprudencial da Corte Suprema que expressa que a sua Súmula n. 347 não está em consonância com a atual ordem constitucional, fato é que tal súmula ainda não foi formalmente revogada.

Além disso, feitos os devidos temperamentos, entendo que o julgamento do MS n. 35.410/DF, utilizado como referência pela prefeitura de Uberlândia, bem como citado pelo *Parquet* Especial, com a devida vênia, além de não ter expressamente revogado a referida súmula, também não se amolda perfeitamente ao caso sob exame (*distinguishing*), porquanto um dos fundamentos daquele acórdão diz respeito à impossibilidade de o exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo TCU trazer consigo efeitos *erga omnes* e vinculantes, sendo que o presente caso trata-se evidentemente de eventual inaplicabilidade de lei inconstitucional no caso concreto. Para melhor visualização deste cotejo, transcrevo excerto do Acórdão n. 2000/2017 – Plenário TCU (Processo n. 021.009/2017-1) – que foi combatido no mencionado MS n. 35.410/DF:

[...] Por esse motivo, não resta a menor dúvida de que este Tribunal, em observância aos princípios constitucionais do equilíbrio financeiro e atuarial e do regime solidário e contributivo da previdência social, consoante afirmado na decisão impugnada, pode e deve afastar a aplicação dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei 13.464/2017 nos casos concretos submetidos à sua apreciação, por exemplo, nos atos de aposentadoria que lhe serão encaminhados para fins de registro ou em representações versando sobre situações concretas, consoante lhe autoriza o enunciado nº 347 da Súmula do STF, competindo aos interessados, caso se sintam prejudicados, provocar o Poder Judiciário, para a tutela do que entende ser de seu direito, a exemplo do que decidiu a Suprema Corte no citado AgRgSS

¹ O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

nº 514-AM, RTJ 150/407, não sendo razoável, porém, inverter-se essa ordem e exigir-se que o TCU, previamente, vá ao Poder Judiciário ou tenha de provocar o Procurador-Geral da República, para que possa exercer as suas competências de controle externo, que lhe foram outorgadas pela própria constituição.

A propósito, em sintonia com a Unidade Técnica, vale transcrever as ressalvas apresentadas pelo ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que a citada decisão do TCU não se tratava de nenhum caso concreto, diferindo-se, portanto, da situação em análise neste incidente de inconstitucionalidade²:

1. Acompanho o relator para assentar a impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos erga omnes e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União – TCU. Reconheço também que – **pela estrutura decisória do acórdão proferido no processo TC 021.009/2017-1 e pelas características daquele procedimento, que não tratava de nenhum caso concreto** – o controle de constitucionalidade ali exercido pelo TCU teve efeitos transcendentais e equivaleu ao afastamento da eficácia dos arts. 7º, §§ 2º e 3º, e 17 da Lei nº 13.464/2017. Trata-se, portanto, de provimento vedado pela Constituição.

2. Ressalvo, contudo, minha discordância em relação ao primeiro dos dois fundamentos expostos no voto do relator, como tenho feito nas demais ações em que se discute a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por órgãos administrativos. Toda autoridade administrativa de nível superior pode, a meu ver, incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto. No presente caso, considerando que tal restrição de efeitos não foi observada, voto igualmente pelo afastamento. (Grifei)

De todo modo, tal como bem pontuou a Unidade Técnica, os dispositivos questionados não deixam dúvidas quanto aos seus efeitos concretos de respaldar a formalização de instrumento de parceria para o fim colimado, o que se fez por meio da deflagração do Chamamento Público n. 375/2019 pela Prefeitura Municipal de Uberlândia. Assim, na hipótese de “[...] afastamento por este Tribunal dos aludidos dispositivos da Lei Municipal nº 11.348/2013, não haverá que se falar em transcendência dos efeitos da decisão, pois notoriamente o controle se limitará a atingir a validade do referido chamamento público, objeto do processo fiscalizatório inaugurado com a Denúncia nº 1071498”.

Com efeito, para a análise desta preliminar, é imperioso distinguir a declaração de inconstitucionalidade da não aplicação de leis inconstitucionais, uma vez que os Tribunais de Contas, de fato, não declaram, a rigor, inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, mas, ao se depararem com uma lei ou ato normativo que considerem inconstitucional, podem afastar sua aplicação no caso concreto, com observância à cláusula de reserva de plenário, consoante art. 97 da Constituição da República. Já apresentei este entendimento em artigo³ elaborado em 2018, portanto antes da decisão do citado MS n. 35.410/DF pelo STF, intitulado “Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas na visão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *in verbis*:

Assim, mais uma vez constata-se, agora no âmbito da jurisprudência do STF, a diferenciação que é feita entre declaração de inconstitucionalidade efetuada por órgão jurisdicional e a restrição de aplicação da lei por órgão estatal.

² Inteiro teor do acórdão disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339195&e xt=.pdf> > Acesso em 18/10/2021.

³ Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51496/control-de-constitucionalidade-pelos-tribunais-de-contas-na-visao-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal> > Publicado em 29/3/2018 > Acesso em 18/10/2021.

Ademais, a relatora cita lição doutrinária de Hely Lopes Meirelles no sentido de que o Executivo “não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores”. Tal entendimento, para a relatora, também pode ser estendido aos órgãos administrativos autônomos, como o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça.

Portanto, verifica-se que a jurisprudência do STF ainda não é firme quanto à insubsistência da Súmula nº 347 do STF diante do sistema de controle de constitucionalidade vigente na Carta Magna de 1988. Não obstante a existência de decisões monocráticas em sentido contrário, como as apontadas neste trabalho, fato é que a Súmula nº 347 não foi formalmente revogada pelo STF.

A recente decisão colegiada do STF na Petição 4.656 no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça, órgão de natureza administrativa, assim como os Tribunais de Contas, pode afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei, é um indicativo de que a Corte Suprema, mesmo no atual sistema de controle de constitucionalidade vigente na Constituição Federal de 1988, considera que a sua Súmula nº 347 ainda continua válida.

[...]

Dessa forma, os Tribunais de Contas, em virtude de sua especialização no exame das contas públicas, ao apreciarem a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, podem contribuir para o processo da hermenêutica constitucional, bem como para a preservação do erário, ao se evitar que despesas possam ser efetuadas com base em leis ou atos normativos que apresentem uma inconstitucionalidade “chapada”, conforme expressão cunhada pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Isso sem prejuízo da apreciação definitiva da questão pelo Poder Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Lado outro, no que se refere ao argumento elencado pela Prefeitura de Uberlândia no sentido de que o Tribunal de Contas seria “órgão administrativo funcionando como auxiliar do Poder Legislativo Estadual”, é necessário tecer algumas considerações.

O controle externo da Administração Pública configura-se como elemento essencial do Estado Democrático de Direito, assim como representa instrumento garantidor de direitos fundamentais, porquanto exerce funções indispensáveis à coletividade. Nesse contexto, a Constituição de 1988 reforçou as competências dos Tribunais de Contas para o exercício do controle externo das contas públicas, tendo o STF, na ADI n. 215-PB, cujo relator foi o ministro Celso de Mello, reconhecido a importância que lhes foi dada:

Com a superveniência da nova constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos tribunais de contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albos da república. A atuação dos tribunais de contas assume, por isso, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância. (ADI 215 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1990, DJ 03-08-1990 PP-07234 EMENT VOL-01588-01 PP-00028) (BRASIL, 1990)

Diante da imprescindibilidade da função do controle externo para o Estado Democrático de Direito e da importância dos Tribunais de Contas para sua consolidação, o ministro Marco Aurélio Mello advertiu que eventual cancelamento da Súmula n. 347 representaria uma *capitis diminutio* das competências constitucionais atribuídas ao TCU, considerando que “[...] para o

exercício do poder de controle inerente às atividades de fiscalização e auditoria, o TCU passaria a se subordinar tão-somente à lei e não à Constituição Federal”⁴.

No mesmo sentido, compartilho os seguintes excertos do artigo intitulado “Controle de Constitucionalidade pelo TCU: uma proposta de revisão da Súmula 347 do STF”, de autoria de João Paulo Gualberto Forni, publicado na revista do TCU em 3/3/2021⁵:

Em suma, a função controladora exercida pelo Tribunal de Contas tem como premissa a possibilidade de algum tipo de exame dos atos públicos em face da Constituição, por ser ela o vértice da ordem jurídica. O uso das normas constitucionais como critério de controle, ademais, é imprescindível para o bom uso dos recursos federais, essenciais na viabilização dos direitos fundamentais. Os moldes em que esse controle deve se dar, contudo, diferem, em nosso entender, dos atualmente aplicados e dos que prevalecem na doutrina – que afirma a possibilidade de apreciação da constitucionalidade de leis pelos Tribunais de Contas de maneira similar ao controle incidental realizado pelo Poder Judiciário, corrente à qual denominamos “defensores da apreciação irrestrita de constitucionalidade” –, ou mesmo do que emana das recentes manifestações dos ministros do STF [...]

A atribuição de apreciar a constitucionalidade de atos do Poder Público decorre, tanto no que se refere aos juízes e tribunais quanto aos tribunais de contas, não de previsão expressa na CF/88, mas de necessidade instrumental para o exercício de suas funções. Trata-se de competência acessória ao exercício, quer da jurisdição, quer do controle externo (FAJARDO, 2008, p. 25) em linha com a teoria dos poderes implícitos.

Destarte, com a devida vênia aos entendimentos divergentes e ao parecer do Ministério Público de Contas, acolhendo na íntegra a abordagem da matéria realizada pela Unidade Técnica, considerando que a Súmula n. 347 do STF não foi formalmente revogada e tendo vista a imprescindibilidade da função de controle externo para o Estado Democrático de Direito, entendo que deva prevalecer a jurisprudência deste Tribunal e a disposição regimental quanto à possibilidade de apreciação incidental de lei ou ato normativo do Poder Público, consoante julgamento do Recurso Ordinário n. 1007601, de relatoria do conselheiro José Alves Viana, Tribunal Pleno, sessão do dia 17/6/2020, assim ementado:

RECURSO ORDINÁRIO. ANISTIA DAS MULTAS IMPUTADAS PELO TCEMG. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NATUREZA INCIDENTAL. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. 1. No âmbito de um incidente de inconstitucionalidade neste Tribunal de Contas, a orientação a ser seguida é a do Enunciado de Súmula n. 123: “Compete ao Tribunal Pleno a apreciação incidental da constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, observado o disposto nos arts. 948 a 950 do CPC/2015”. [...]

Especificamente sobre a questão posta em debate nesta preliminar, compartilho excertos do voto vista apresentado pelo conselheiro Cláudio Couto Terrão naquela oportunidade:

Em primeiro plano, cumpre registrar que, a despeito dos questionamentos invocados pelo recorrente e pela Advocacia-Geral do Estado, há muito está assentado neste Tribunal o entendimento de que é possível que as Cortes de Contas apreciem incidentalmente a constitucionalidade de leis e atos normativos, no exercício de sua missão de controle. Nesse sentido, veja-se, a título exemplificativo, o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 980.427 e a Auditoria nº 911.767.

⁴ MS n. 26.783 MC-ED, Relator ministro Marco Aurélio, julgado em 5/12/2011.

⁵ Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1675>. Controle de Constitucionalidade pelo TCU: uma proposta de revisão da Súmula 347 do STF | Revista do TCU > Acesso em 14/9/2021.

Afinal, o advento de uma nova Constituição da República não infirma automaticamente todo o arcabouço legal e jurisprudencial até então existente, mas apenas o que não for recepcionado pela nova ordem jurídica.

Não é por outra razão que subsistem inúmeras leis e súmulas anteriores à Constituição de 1988, inclusive a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, que, passados mais de 30 (trinta) anos da promulgação da Carta Constitucional, continua a ser reiteradamente aplicada, não tendo sido objeto de revogação. Não há o que se discutir, portanto, acerca da competência dos Tribunais de Contas para apreciar incidentalmente a constitucionalidade das leis e atos do poder público, no exercício de suas atribuições. [...] (Destaquei)

Por fim, registro que este Tribunal Pleno recentemente ratificou este entendimento, conforme decisão nos autos do Incidente de Inconstitucionalidade n. 1066694, relator Conselheiro Wanderley Ávila, julgamento finalizado na sessão de 6/10/2021.

Diante do exposto, em sintonia com o estudo elaborado pela Unidade Técnica, com fulcro na Súmula n. 123 deste Tribunal e na Súmula n. 347 do STF, bem como em observância ao art. 26, V, do RITCEMG, proponho que a preliminar seja rejeitada.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Acolho a proposta.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Também recepciono a proposta.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

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

**RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 16/2/2022**

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de incidente de constitucionalidade instaurado em razão de decisão da Segunda Câmara exarada na sessão de 12/03/20, nos autos da Denúncia nº 1.071.498.

Na sessão do Tribunal Pleno ocorrida no dia 24/11/21, o relator, conselheiro substituto Adonias Monteiro, apresentou proposta de voto pela rejeição da preliminar de incompetência deste Tribunal para apreciar incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, nos seguintes termos:

Por fim, registro que este Tribunal Pleno recentemente ratificou este entendimento, conforme decisão nos autos do Incidente de Inconstitucionalidade n. 1066694, relator Conselheiro Wanderley Ávila, julgamento finalizado na sessão de 6/10/2021.

Diante do exposto, em sintonia com o estudo elaborado pela Unidade Técnica, com fulcro na Sumula n. 123 deste Tribunal e na Súmula n. 347 do STF, bem como em observância ao art. 26, V, do RITCEMG, proponho que a preliminar seja rejeitada.

[...]

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, com a devida vênia ao entendimento do Ministério Público de Contas e à fundamentação utilizada pela Prefeitura de Uberlândia, proponho, em preliminar, que seja rejeitada a alegação de incompetência deste Tribunal para apreciar incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, nos termos da fundamentação desta proposta de voto.

Após os conselheiros Wanderley Ávila e Sebastião Helvecio acompanharem o relator, pedi vista do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar – Competência do Tribunal de Contas para apreciar incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público

Consoante relatado, na sessão de 24/11/21, o relator votou, em preliminar, pela rejeição da alegação de incompetência deste Tribunal para apreciar incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Analisando o presente caso, observa-se que a constitucionalidade da norma está sendo apreciada à luz de um caso concreto – no caso, o Chamamento Público nº 375/2019 – e que a Lei Municipal nº 13.348/13 constitui, em verdade, norma de efeitos concretos, uma vez que, conforme fica claro em seu art. 9º, tem como objeto uma específica e delimitada autorização concedida ao Poder Executivo:

Art. 9º Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a firmar parceria com organização da sociedade civil para a administração, manutenção e operação dos serviços do estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos nas vias e logradouros públicos do sistema Zona Azul Eletrônico - "e-ZAZ".

Em outras palavras, referida norma constitui lei apenas em sentido formal, já que expressa um mero ato administrativo autorizativo de uma situação em concreto, não sendo dotada, portanto, dos atributos de abstração e generalidade próprios das leis em sentido material. Essa conclusão, corrobora a necessidade de se admitir o presente incidente de inconstitucionalidade, haja vista que, por sua natureza, não há nenhuma possibilidade de o presente julgamento incidir sob a norma em abstrato ou mesmo possuir efeitos *erga omnes*, sendo que apenas nesses casos é que haveria extrapolação da competência deste Tribunal de Contas.

Inegável, portanto, que, em se tratando de um fato concreto regulado por uma lei de efeitos concretos, este Tribunal de Contas possui competência para afastar a aplicabilidade de norma que venha a ser reputada inconstitucional:

Demais disso, a defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar, legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos (como o Conselho Nacional de Justiça), de regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispondo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício sujeita-se à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que — na linha do entendimento desta Suprema Corte — “há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado” (RMS 8.372/CE, Rel. Min. Pedro Chaves, Pleno, j. 11.12.1961)⁶

Por essas razões, entendo ser o caso de, assim como o relator, rejeitar a preliminar de incompetência deste Tribunal.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, acolho a proposta de voto do relator e rejeito a preliminar de incompetência deste Tribunal para apreciar incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também acolho a proposta nesta parte.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADA A PRELIMINAR.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Passo a palavra ao Conselheiro em exercício Adonias Monteiro para proferir proposta de voto no mérito.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Mérito – Inconstitucionalidade dos arts. 9º, 10, 11, 12, 13 e 15 da Lei Municipal n. 11.348/2013, alterada pela Lei Municipal n. 3.045/2019, do Município de Uberlândia

⁶ Supremo Tribunal Federal. MS 31923 MC. Decisão monocrática. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 17/04/13. Publicação: 22/04/13.

Inicialmente, considerando que as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado não apresentaram manifestação em relação ao mérito da questão, reitero o posicionamento exarado no âmbito da Denúncia n. 1071498, conforme passo a expor.

Compulsando os autos da Denúncia n. 1071498, em consonância com a manifestação do Ministério Público de Contas, entendi necessária a apreciação da constitucionalidade dos arts. 9º, 10, 11, 12, 13 e 15, da Lei Municipal n. 11.348/2013, que teve a redação alterada pela Lei Municipal n. 13.045/2019⁷, cujos dispositivos transcrevo a seguir:

Art. 9º Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a firmar parceria com organização da sociedade civil para a administração, manutenção e operação dos serviços do estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos nas vias e logradouros públicos do sistema Zona Azul Eletrônico - "e-ZAZ".

Parágrafo único. Os serviços de administração, manutenção e operação do estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos em vias e logradouros públicos compreenderão todos aqueles relacionados ao fornecimento, instalação, ampliação e conservação dos equipamentos utilizados no sistema, bem como as sinalizações, vertical e horizontal, necessárias à sua execução.

Art. 10 As especificações e demais elementos técnicos regedores da parceria serão fornecidos pelo Poder Público e farão parte integrante do processo de seleção da organização da sociedade civil e do respectivo instrumento de formalização.

Parágrafo único. Em decorrência de evolução tecnológica, poderão ser incorporadas, mediante acréscimo ou substituição, por meio de aditivos, novas tecnologias que facilitem a operacionalização do sistema ou promovam melhor controle de arrecadação e ofereçam conforto ou benefícios aos usuários, desde que submetido à aprovação da Secretaria Municipal de Trânsito e Transportes, ou outro órgão que vier a substituí-la.

Art. 11 Antes do início do processo de seleção da organização da sociedade civil, serão definidos pela Secretaria Municipal de Trânsito e Transportes, ou outro órgão que vier a substituí-la, quanto ao estacionamento rotativo eletrônico pago:

[...]

VI- as condições da parceria.

§ 1º As áreas destinadas ao estacionamento rotativo eletrônico pago serão devidamente sinalizadas na forma estabelecida pela Secretaria Municipal de Trânsito e Transportes, ou outro órgão que vier a substituí-la.

§ 2º As áreas situadas em frente a farmácias, hospitais, prontos-socorros e quaisquer outros locais estratégicos que necessitem de parada de emergência, bem como as destinadas a pontos de ônibus, de táxis e de veículos de aluguel, não integrarão as vagas de que trata o inciso I do caput deste artigo.

Art. 12 O processo de seleção da organização da sociedade civil deverá observar a legislação vigente aplicável, sendo facultada a previsão de exigências quanto à qualificação técnica dos interessados e de garantias que visem à adequada execução da parceria.

§ 1º No termo resultante do processo de seleção de que trata o caput deste artigo, dentre outras cláusulas indispensáveis à administração, manutenção e operação do serviço de que trata esta Lei e demais exigidas na legislação vigente aplicável, deverão constar as seguintes obrigações da organização da sociedade civil:

⁷ Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberlandia/lei-ordinaria/2019/1305/13045/lei-ordinaria-n-13045-2019-altera-a-lei-n-11348-de-22-de-abril-de-2013-e-suas-alteracoes-que-dispoe-acerca-da-implantacao-do-sistema-de-estacionamento-rotativo-eletronico-pago-de-veiculos-nas-vias-e-logradouros-publicos-do-municipio-de-uberlandia-e-da-outras-providencias?q=13045> > Acesso em 14/9/2021.

I - implantar e manter as sinalizações, vertical e horizontal, relativas ao estacionamento rotativo eletrônico pago nas áreas definidas para tal, na forma autorizada pela Secretaria Municipal de Trânsito e Transportes, ou outro órgão que vier a substituí-la;

II - arrecadar a receita da operação advinda do estacionamento rotativo eletrônico pago;

III - repassar, mensalmente, à Secretaria Municipal de Saúde ou outro órgão que vier a substituí-la, o valor da arrecadação líquida, na forma de medicamentos previamente indicados pela Secretaria Municipal de Saúde, que serão utilizados no Sistema Único de Saúde, devendo ser publicado no Diário Oficial do Município:

a) os valores provenientes da arrecadação líquida, nos termos do § 2º deste artigo;

b) lista dos medicamentos indicados e repassados à Secretaria Municipal de Saúde.

IV - instalar, no Município, escritório ou posto para administração e atendimento ao público relativamente aos serviços do estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos nas vias e logradouros públicos; e

V - efetuar a instalação e os reparos necessários à manutenção do serviço de estacionamento rotativo eletrônico pago nas vias e logradouros públicos.

§ 2º A arrecadação líquida de que trata o inciso III do § 1º deste artigo corresponde ao valor obtido da arrecadação global após deduzidos os custos operacionais do sistema.

§ 3º Vetado.

Art. 13 A organização da sociedade civil ficará obrigada a fornecer, instalar e conservar, sem qualquer ônus ao Poder Público, os equipamentos utilizados no sistema, bem como executar todos os serviços e obras, incluindo-se as sinalizações, vertical e horizontal, indispensáveis à administração, manutenção e operação do sistema.

§ 1º Ao final do prazo do termo de parceria, as obras e instalações utilizadas na operação do sistema de estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos em vias e logradouros públicos reverterão ao Poder Público, sem nenhuma obrigação de pagamento ou indenização à organização da sociedade civil.

§ 2º A organização da sociedade civil deverá prestar serviço adequado, que atenda ao interesse público e corresponda às exigências de qualidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, generalidade, modicidade, cortesia e segurança, mediante, inclusive, o fornecimento das informações e de notas explicativas necessárias à perfeita instrução e orientação dos usuários do sistema.

§ 3º A parceria não implicará, em qualquer hipótese, a transferência da atividade administrativa de polícia, gerenciamento do sistema e fiscalização do Poder Público, que permanecerão sob o exercício dos respectivos agentes públicos.

Art. 15 Ao Poder Público e à organização da sociedade civil não caberá qualquer responsabilidade por acidentes, danos, furtos ou prejuízos de qualquer natureza que os veículos ou usuários venham a sofrer nos locais de estacionamento.

Parágrafo único. Não será exigida da organização da sociedade civil a manutenção de qualquer tipo de seguro contra os eventos de que trata o caput deste artigo.

Reiterada vênha, entendi que a exploração de estacionamento rotativo pago nas vias públicas de Uberlândia por uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscip, ainda que objetivando a compra de medicamentos com os recursos obtidos, não se enquadra nas finalidades previstas no art. 3º da Lei n. 9.790/1999 e constitui, em tese, contrariedade às regras que dispõem sobre a obrigatoriedade de realização do devido procedimento licitatório.

Ademais, o estudo elaborado pela Unidade Técnica naqueles autos (documento eletrônico, código do arquivo n. 2006468, disponível no SGAP como peça n. 14) se contrapõe aos

argumentos trazidos pelos responsáveis, especialmente aqueles relacionados ao fato de que a Administração Pública estaria tão somente seguindo a legislação específica municipal.

A Coordenadoria de Fiscalização de Concessões – Cfco também refutou os argumentos dos responsáveis naqueles autos (documento eletrônico, código do arquivo n. 2026029, disponível no SGAP como peça n. 15), enfatizando o fato de que a Administração estaria, na verdade, “pretendendo se amparar em um instrumento de colaboração para delegar a entidades sem fins lucrativos toda a prestação de um serviço público de titularidade do Município”, bem como a premissa de que “não compete ao Poder Executivo instituir um ‘modelo licitatório inovador’, sobretudo analisando-se a situação sob a ótica do Princípio da Legalidade”.

Por último, embora tenha se manifestado nestes autos pela inadmissibilidade do incidente de inconstitucionalidade, o Ministério Público de Contas, mediante parecer emitido nos autos da Denúncia n. 1071498, concluiu pela inconstitucionalidade da Lei Municipal que conferiu ao Município de Uberlândia o direito a contratação de uma Oscip, pois “[...] a norma não é compatível com o sistema de licitação, uma vez que desrespeita os limites constitucionais e ignora o regime vigente. E também porque pretende a norma, em verdade, garantir privilégios às entidades sem fins lucrativos, mas com nomenclatura diversa” (documento eletrônico, código do arquivo n. 2040641, disponível como peça n. 17 daqueles autos).

Sobre a matéria, vale destacar que, nos termos do *caput* do art. 175 da Constituição da República, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos. Ademais, consoante art. 30, inciso V, da Constituição da República, a competência para a prestação do serviço de gerenciamento de estacionamento rotativo pago em vias públicas, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, é do município, uma vez que se trata de serviço público de interesse local. Assim, a exploração de tal serviço por particular exige a delegação de sua prestação mediante concessão ou permissão, precedida de licitação. Contudo, a Lei Municipal n. 11.348/2013, alterada pela Lei Municipal n. 13.045/2019, autorizou o Poder Executivo Municipal de Uberlândia a firmar parceria com organização da sociedade civil, visando a administração, manutenção e operação dos serviços do estacionamento rotativo eletrônico pago de veículos nas vias e logradouros públicos.

Entendo, portanto, em sintonia com os entendimentos da Unidade Técnica, que há, neste caso, hipótese de delegação indevida da prestação de serviços públicos a organizações da sociedade civil de interesse público.

Ademais, há previsão na referida norma municipal de que a citada delegação se dará por meio de mero “processo de seleção”, conforme *caput* dos arts. 11 e 12, sem a realização do devido procedimento licitatório, contrariando os termos do já citado *caput* do art. 175 da Constituição da República.

Assim, sendo a prestação do serviço de rotativo pago em vias públicas de competência dos municípios, pois é medida de controle do tráfego que visa aumentar a rotatividade e democratizar o uso do espaço público, de modo a contribuir para a melhoria da circulação e o acesso de veículos a vias mais movimentadas, sua exploração por particular pressupõe a delegação dessa atividade mediante concessão ou permissão, precedida de licitação, em observância aos preceitos da Lei n. 8.987/1995. Nestes termos, já decidiu o STF que os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública, *in verbis*:

Os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública. Contraria os arts. 37 e 175 da CF decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão

administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação. (RE n. 264.621, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 1º-2-2005, 2ª T, DJ de 8-4-2005 e AI 792.149 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 19-10-2010, 1ª T, DJE de 16-11-2010).

Destaco, neste sentido, decisão do Tribunal de Contas do Estado do Paraná⁸, Processo n. 483382/2013, Acórdão n. 1017/2021, tomada na sessão de plenário virtual n. 7/2021 do Tribunal Pleno, concluída em 13 de maio 2021, que fixou o prazo de seis meses para a adequação da Lei Municipal n. 10.914/2010 do Município de Londrina, que instituiu o modelo de estacionamento de veículos automotores em vias e logradouros públicos, a chamada Zona Azul e, no seu art. 2º, referendou que a exploração dos serviços será feita pela administração direta ou indireta do município ou por entidades assistenciais, mediante permissão e chamada de interessados. Assim, decidiu que tal lei municipal contrariou “[...] a norma regulamentadora nacional, definiu também as entidades assistenciais como destinatária da delegação bem como a modalidade de chamamento público para habilitá-las, em afronta direta à diretriz constitucional prevista no art. 175, uma vez que a escolha deverá ser feita obrigatoriamente por meio de licitação, nos exatos termos do comando constitucional”.

A seu turno, especificamente quanto ao art. 12, § 1º, III, da referida norma municipal, que definiu como obrigação da Organização da Sociedade Civil “repassar, mensalmente, à Secretaria Municipal de Saúde ou outro órgão que vier a substituí-la, o valor da arrecadação líquida, na forma de medicamentos previamente indicados pela Secretaria Municipal de Saúde, que serão utilizados no Sistema Único de Saúde, devendo ser publicado no Diário Oficial do Município”, reitero o entendimento de que a compra e entrega de medicamentos pela entidade contratada, além de não se configurar “promoção gratuita da saúde”, contraria, também, as regras que dispõem sobre a obrigatoriedade de se realizar o devido procedimento licitatório, em ofensa ao art. 37, inciso XXI, da Constituição da República e ao art. 2º da Lei n. 8.666/1993.

Nos termos da manifestação da Cfc, “[...] não existe amparo no ordenamento jurídico que se confira à iniciativa privada o encargo pela aquisição de medicamentos, cuja responsabilidade é do município e deve, necessariamente, ser precedida de procedimento licitatório, em observância ao disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal”.

Por fim, destaco o entendimento da Unidade Técnica exarado no âmbito deste incidente de inconstitucionalidade (documento eletrônico, código do arquivo n. 2509286, disponível no SGAP como peça n. 17), que reforça essa argumentação:

[...]

Nesse contexto, pode-se afirmar que a **transferência para a iniciativa privada do serviço público de implantação e gestão de estacionamento rotativo em vias públicas deve ser realizada por meio de concessão, precedida de prévio processo licitatório na modalidade concorrência, com seus termos e cláusulas formalizados num contrato administrativo.** (Destaquei)

Ocorre que os supracitados arts. 9º, 10, 11, 12, 13 e 15 da Lei Municipal nº 11.348/2013 pretendem, ao **arrepio da Constituição Federal, respaldar a delegação desse serviço público a uma OSC por meio de um instrumento de parceria, que não deverá ser precedido de licitação, mas de mero chamamento público, como o que ora constitui objeto da Denúncia nº 1071498.** (Destaquei)

As parcerias entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil estão disciplinadas na Lei nº 13.019/2014 – Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) – e pressupõe um regime de mútua cooperação para consecução de finalidades

⁸ Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2021/5/pdf/00356812.pdf>. Acesso em: 14/9/2021.

de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades inseridas em termos de colaboração, fomento ou em acordos de cooperação.

Por força do art. 84 do MROSC, que expressamente afasta a aplicação da Lei nº 8.666/93 às parcerias tratadas nessa Lei, não há se falar em processo licitatório para a seleção de organizações sociais, sendo inequívoco, pois, que a relação jurídica entre Poder Público e as entidades sem fins lucrativos possui uma lógica diversa daquela que rege as relações contratuais com atores privados que visam ao lucro.

Nesse sentido, vale transcrever o pertinente raciocínio trazido pela Cfc (fls. 280-282 da Denúncia nº 1071498):

(...) Não se pode perder de vista, contudo, que a formalização de parcerias com organizações da sociedade civil não é instrumento de delegação de um serviço público. Do mesmo modo, o chamamento público não é modalidade de licitação, de forma que não se destina a selecionar delegatários. Com efeito, os instrumentos de colaboração não se prestam à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do ajuste.

É que, conforme ensina a doutrinadora Di Pietro, as parcerias com entidades sem fins lucrativos visam o fomento, consistente no incentivo do Poder Público à iniciativa privada para que esta desempenhe determinada atividade de utilidade pública ao invés de o Estado fazê-lo.

Assim, é pressuposto para a celebração de parcerias que os entes, público e privado, detenham competências comuns para o exercício da atividade que será desempenhada em regime de colaboração mútua, o que não ocorre na delegação de serviço público, em que há transferência da execução de uma atividade de competência privativa do ente público para o parceiro privado que não a possui. [...] [...]

Veja-se que não há que se falar em competência comum para a prestação do serviço de rotativo pago em vias públicas, cuja competência é privativa dos municípios, de forma que sua exploração por um particular pressupõe a delegação dessa atividade mediante concessão ou permissão, precedida de licitação e em observância aos preceitos da Lei Federal nº 8987/95.

Assim sendo, não poderia a Administração se valer de uma Chamada Pública para transferir a exploração de um serviço público, cuja delegação deve necessariamente passar por um processo licitatório. (g.n.)

Esse entendimento está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que é pacífica sobre a obrigatoriedade de que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação, o que implicitamente afasta a atuação das OSCs nessa seara:

Salvo situações excepcionais, devidamente comprovadas, o implemento de transporte público coletivo pressupõe prévia licitação. [RE 1.001.104, rel. min. Marco Aurélio, j. 15-5-2020, P, DJE de 19-6-2020, Tema 854.] (g.n.)

Recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade de artigos de lei municipal. Normas que determinam prorrogação automática de permissões e autorizações em vigor, pelos períodos que especifica. (...) Prorrogações que efetivamente vulneram os princípios da legalidade e da moralidade, por dispensarem certames licitatórios previamente à outorga do direito de exploração de serviços públicos. [RE 422.591, rel. min. Dias Toffoli, j. 1º-12-2010, P, DJE de 11-3-2011.] (g.n.)

A titularidade dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, nos termos do art. 21, XII, e, da CF, é da União. É possível a desestatização de serviços públicos já explorados por particulares, de responsabilidade da União, conforme disposto no art. 2º, § 1º, b, parte final, da Lei 9.491/1997. Inexistência de concessão ou de permissão para a utilização de algumas linhas, além da iminente expiração do prazo de concessão ou permissão de outras linhas. Existência de decisões judiciais proferidas em ações civis públicas propostas pelo MPF que determinam a imediata realização de certames das linhas em operação.

Possibilidade de adoção da modalidade leilão no caso em apreço, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei 9.491/1997. Necessidade de observância do devido processo licitatório, independentemente da modalidade a ser adotada (leilão ou concorrência). [MS 27.516, rel. min. Ellen Gracie, j. 22-10-2008, P, DJE de 5-12-2008.] (g.n.)

Portanto, admitir a contratação de OSC para a exploração do serviço em tela, além de desvirtuar os objetivos para os quais estas entidades foram criadas, também implicará manifesta afronta à regra consubstanciada nos arts. 30, V, e 175, ambos da Constituição da República, pois permitirá a delegação do serviço público à entidade sem fins lucrativos, sem licitação, mediante chamamento público.

Também é flagrante a inconstitucionalidade do dispositivo supracitado que dispõe que a organização da sociedade civil repasse, mensalmente, à Secretaria Municipal de Saúde ou outro órgão que vier a substituí-la, o valor da arrecadação líquida da exploração do serviço de estacionamento rotativo, na forma de medicamentos previamente indicados pela Secretaria Municipal de Saúde.

Consoante art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, as “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”.

Nessa perspectiva, a previsão contratual de que o valor da arrecadação do serviço de estacionamento retorne ao Município de Uberlândia sob a forma de medicamentos adquiridos pela entidade parceira claramente configura fuga à licitação, na medida em que as compras realizadas por essa entidade privada não deverão observar a Lei de Licitações e Contratos.

De acordo com o entendimento esposado pela Corte Suprema ao analisar a (in)constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 9.637/1998, que estabelece o regime jurídico das organizações sociais, tais entidades, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar; destaque-se trecho da ementa do Acórdão ADI n. 1.923/DF:

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição.

(...)

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art.

4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. (...) (ADI n. 1.923/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 16/04/2015). (g.n.)

[...]

Noutro giro, a não subsunção das OSC à Lei nº 8.666/93 suscita também uma outra questão de caráter constitucional: a falta de transparência da despesa pública. É cediço que a aquisição de medicamentos pelo Poder Público constitui área extremamente sensível, que demanda um efetivo controle dos métodos de pesquisa de preços na elaboração dos editais, conforme registrado na Consulta nº 1102202, respondida por este Tribunal, haja vista o grande vulto dessas contratações e o consequente impacto no orçamento público.

Como visto, a modelagem de compra e entrega de medicamentos do SUS com recursos oriundos da receita líquida da exploração do serviço de estacionamento rotativo, prevista no supracitado art. 12, §1º, III, e §2º, da Lei Municipal nº 11.348/2013, poderá tornar obscura a informação quanto ao montante do orçamento municipal que efetivamente estará sendo despendido com a execução dessa importante despesa pública, violando, assim, o princípio constitucional da transparência orçamentária.

É que a tal receita líquida que será destinada para a compra de medicamentos, conforme reza o art. 12, §2º, da aludida Lei, “corresponde ao valor obtido da arrecadação global após deduzidos os custos operacionais do sistema”, os quais não estão explicitados no diploma impugnado.

Sobre essa matéria, a Constituição Federal dispõe:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. (...)

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

(...) § 3º O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.

Segundo Valdecir Fernandes Pascoal:

Os cidadãos, os verdadeiros proprietários dos recursos orçamentários, devem tomar conhecimento de todas as etapas que antecedem e sucedem a aplicação desses recursos. A transparência é um princípio decorrente do princípio republicano. Daí porque as leis orçamentárias devem ser publicadas e divulgadas de forma clara (princípio da clareza) e precisa (princípio da exatidão), possibilitando assim o controle denominado controle social da Administração Pública. O artigo 165, §3º, da CF/1988 está em sintonia com o princípio da transparência orçamentária, na medida em que determina que o Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária. Outras normas constitucionais reforçam a necessidade de transparência da aplicação dos recursos públicos, quais sejam: artigo 5º, incisos XXXIII e XXXIV (direito à informação dos órgãos públicos), LXXIII (ação popular), artigo 31, §3º (contas municipais disponíveis para consulta popular) e artigo 74, §2º (denúncia dos cidadãos perante o tribunal de contas).

Com efeito, entende-se que transferir a uma OSC a obrigação de adquirir medicamentos do SUS como contrapartida em termo de parceria entabulado com o Poder Público, além de afrontar o disposto no art. 37, XXI, [...], poderá prejudicar os princípios da publicidade e transparência que devem nortear os gastos públicos e, por consequência, a atividade fiscalizatória deste Tribunal, violando, assim o disposto nos arts. 31, *caput* e §3º e 165, §3º, da Constituição Federal.

Por todo o exposto, esta Unidade Técnica considera manifesta a inconstitucionalidade dos arts. 9º, 10, 11, 12, 13 e 15 da Lei Municipal nº 11.348/2013, razão pela qual entende que a aplicação de tais normas deve ser afastada para que seja concluído o processo fiscalizatório instaurado por ocasião da Denúncia nº 1071498.

Ante o exposto, à vista desse quadro de inconstitucionalidade, com fundamento na Súmula n. 123 deste Tribunal, na Súmula n. 347 do STF, bem como no art. 26, V, do RITCEMG, proponho que seja afastada a aplicação, no caso concreto, dos arts. 9º, 10, 11, 12, 13 e 15, da Lei Municipal n. 11.348/2013, alterada pela Lei Municipal n. 13.045/2019, uma vez que configuram afronta direta ao *caput* do art. 175 e ao art. 37, inciso XXI, da Constituição da República.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, com a devida vênia ao entendimento do Ministério Público de Contas e à fundamentação utilizada pela Prefeitura de Uberlândia, proponho, em preliminar, que seja rejeitada a alegação de incompetência deste Tribunal para apreciar incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, nos termos da fundamentação desta proposta de voto.

No mérito, à vista do quadro de inconstitucionalidade demonstrado, com fundamento na Súmula n. 123 deste Tribunal, na Súmula n. 347 do STF, bem como no art. 26, V, do RITCEMG, proponho que seja afastada a aplicação, no caso concreto, dos arts. 9º, 10, 11, 12, 13 e 15, da Lei Municipal n. 11.348/2013, alterada pela Lei Municipal n. 13.045/2019, uma vez que configuram afronta direta ao *caput* do art. 175 e ao art. 37, inciso XXI, da Constituição da República.

Ademais, com fundamento no art. 32, VII, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, proponho a remessa de cópia do acórdão que vier a ser proferido ao Ministério Público de Contas, para as medidas que entender pertinentes, no âmbito de sua competência.

Proponho, por fim, que seja juntada cópia do acórdão que vier a ser proferido aos autos da Denúncia n. 1071498, que seguirá seu regular tramite.

Intimem-se as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, pelo correio, representadas pelo prefeito de Uberlândia, Sr. Odelmo Leão Carneiro Sobrinho, bem como pelo presidente da Câmara do referido município, Sr. Sergimar Antônio de Melo.

Após a adoção das medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Também de acordo.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também de acordo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Senhor Presidente, também acompanho o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADA A PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR.

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

sb/dca/rp

