

DENÚNCIA N. 986747

Denunciante: Construtora JNR Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Ubá
Responsáveis: Edvaldo Baião Albino e Francisco Marino de Azevedo
Procurador: Pedro Raymundo – OAB/MG 62.959
MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

EMENTA

DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. OUTORGA DA CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO MUNICÍPIO. SUSPENSÃO JUDICIAL DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. INCLUSÃO NO ROL A VEDAÇÃO ÀS EMPRESAS QUE ESTÃO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APRESENTAÇÃO DE DECRETO DE AUTORIZAÇÃO, EM SE TRATANDO DE EMPRESA OU SOCIEDADE ESTRANGEIRA EM FUNCIONAMENTO NO PAÍS. EXIGÊNCIA DE OUTORGA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E CONTROLADA. CONTA ESPECÍFICA PARA RECURSOS DESTINADOS A REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO. MUDANÇAS NO SÍTILO ELETRÔNICO DO MUNICÍPIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Considerando o objeto do certame, é razoável que se exijam atestados de qualificação técnico-operacionais referentes a contratações de concessão e subconcessão.
2. Diante do alto vulto e prazo contratual, não se mostra razoável que seja contratada empresa concessionária em recuperação judicial ou extrajudicial, por constituir afronta direta ao princípio da supremacia do interesse público.
3. O art. 28, V, da Lei n. 8.666/93 fixa a exigência de apresentação de decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.
4. Sendo a outorga exigida destinada, exclusivamente, para a melhoria dos serviços prestados, o gestor deverá fundamentar de forma técnica e econômica os motivos que levaram à sua exigência, bem como se adote mecanismos efetivos para controle do seu recebimento e destinação.
5. Os recursos destinados para regulação e fiscalização devem ser depositados em conta específica, não se confundindo com os recursos gerais do município, de forma a dar mais transparência.
6. Em observância à Lei n. 12.527/2011 e ao princípio da transparência e publicidade, o sítio eletrônico deve propiciar o acesso da população de forma geral aos procedimentos licitatórios do município.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
30ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 11/10/2017

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

I – RELATÓRIO

Versam os autos sobre denúncia oferecida pela Empresa Construtora JRN Ltda., com pedido liminar de suspensão da licitação, em face da Concorrência Pública n. 011/2015, do tipo melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor de tarifa com o de melhor técnica, cujo objeto é a outorga da concessão da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário do Município de Ubá, fl. 1/14.

De forma a dar substrato à sua denúncia, foi encaminhada documentação de fl. 17/507.

A documentação foi recebida e autuada como denúncia no dia 28/7/2016, fl. 510.

Após ser devidamente distribuída, o Conselheiro-Relator à época indeferiu o pedido de suspensão liminar do certame e determinou a intimação dos responsáveis pelo processo licitatório, fl. 513/515-v.

O denunciante apresentou documentação, fl. 519/520 informando que o procedimento licitatório objeto da análise dos autos fora suspenso por força de decisão liminar proferida nos autos do processo n. 5110072-98.2016.8.13.0024, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte.

Encaminhados os autos para a Unidade Técnica, fl. 522/532, entendeu improcedentes as alegações do denunciante, destacando, por oportuno, outras irregularidades vislumbradas após sua análise. Por fim, considerando a suspensão do presente certame, sugeriu que fossem feitas determinações e recomendações ao Município de Ubá.

O Ministério Público junto ao Tribunal, em manifestação preliminar de fl. 534/538-v, requereu a citação dos responsáveis e o aditamento das irregularidades apresentadas.

À fl. 539, o Conselheiro-Relator determinou a citação do Sr. Edvaldo Baião Albino e Sr. Francisco Marino de Azevedo, que apresentaram documentação de fl. 544/553.

Em 15/02/2017, os autos foram redistribuídos a minha relatoria, fl. 555.

Retornados os autos para Unidade Técnica, manifestou-se pela necessidade de que o Município atenda aos apontamentos apresentados e que fosse recomendado o aprimoramento da sistemática de comunicação em seu sítio eletrônico, fl. 556/561-v.

Por fim, o *Parquet*, em manifestação conclusiva, fl. 563/570, opinou pela procedência parcial dos pedidos da denúncia e pela procedência total dos aditamentos do MPTC quanto a ilicitude do item 6.2.4; quanto a ilicitude da exigência de pagamento pela outorga como condição de contratação e da concreta possibilidade de fixação de tarifas altas em contrariedade à regra legal de modicidade; ausência de publicidade. Opinou, também, pela aplicação de multa ao Sr. Edvaldo Baião Albino.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de denúncia formulada em face de possíveis irregularidades constantes no edital de Concorrência Pública n. 011/2015, promovido pelo Município de Ubá, cujo objeto é a

concessão da prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

Conforme extraído do edital, o prazo de concessão está estipulado em 35 anos e o valor estimado do contrato é de R\$ 250.661.979,74 (duzentos e cinquenta milhões, seiscentos e sessenta e um mil, novecentos e setenta e nove reais e setenta e quatro centavos).

De forma sintética, a empresa denunciante insurge-se contra os seguintes itens do edital, pugnando pela suspensão liminar do edital:

- a. Item n. 8.2.6 – exigência de atestados de qualificação técnico-operacional referentes a contratações de concessão e sub-concessão, relativo à gestão integrada de sistemas e serviços de saneamento básico de água e esgoto, não contemplando outras formas de prestação de serviços de saneamento básico;
- b. Item n. 6.1.2 e 8.2.7.3 – restrição à participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial, exigindo a apresentação de certidão negativa de falência, concordata e recuperação judicial;
- c. Item n. 6.2.4 – vedação à participação de empresas que não estejam estabelecidas em território nacional.

O Conselheiro-Relator à época, fl. 513-v, apresentou um breve histórico acerca das peculiaridades da Concorrência Pública n. 011/2015, negando, por fim, a concessão da suspensão liminar do certame, *in verbis*:

Desde novembro de 2015, a Concorrência nº 11/15, deflagrada pelo Município de Ubá vem sendo objeto de análise pelo Tribunal e de impugnação pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA/MG.

Nos autos da Representação nº 969123, o Tribunal determinou a suspensão do certame, tendo em vista a existência de diversas irregularidades referentes ao tipo de julgamento e à obrigação do futuro contratado de indenizar a COPASA/MG por investimentos vinculados aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados. Com a anulação posterior do edital, o referido processo perdeu o seu objeto e foi arquivado.

Atendendo à determinação do Tribunal, o Município de Ubá encaminhou, em março de 2016, novo ato convocatório referente à concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, o qual foi autuado sob o nº 977511. Na mesma época, a COPASA/MG apresentou outra representação questionando novos pontos do edital em apreço.

Mais uma vez, analisando o ato convocatório, o Tribunal entendeu que a licitação deveria ser suspensa pela Administração. Em face dessa decisão, o Município de Ubá interpôs agravo, ao qual foi dado provimento tendo em vista as retificações promovidas no edital, bem como a existência de periculum in mora inverso.

Liberada a publicação do edital com as retificações realizadas, sobreveio, então, em 28/07/16, a presente denúncia.

No que diz respeito à alegação da denunciante de que a apresentação de certidão negativa de falência, concordata e recuperação judicial seria irregular, entendo, em sede de cognição sumária, que os elementos da denúncia não são suficientes, por si só, para que se determine a suspensão do certame.

Consoante decisão liminar proferida pela 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, nos autos do processo eletrônico n. 5110072-98.2016.8.13.0024, foi deferido o requerimento de tutela de urgência formulado pela COPASA, determinando a suspensão da Concorrência Pública n. 011/2015 ou qualquer outro procedimento licitatório

posteriormente instaurado, com o fim de conceder o serviço de abastecimento de água e esgoto do Município de Ubá, até o trânsito em julgado do processo.

Importante ressaltar que a pendência da ação judicial não impede a análise do edital por esta Corte e que o edital de concessão não está sendo diretamente questionado no processo judicial em comento, que apenas contesta a impossibilidade de rescisão do atual contrato, diante da ausência de prévia indenização.

Analiso a seguir os apontamentos realizados pela empresa denunciante, pela Unidade Técnica e pelo *Parquet*:

1. Da exigência de qualificação técnico-operacional/ Item 8.2.6

Segundo alegações do denunciante, não existe razão técnica para exigência de atestados específicos de concessão ou subconcessão, argumentando que constitui exigências restritivas à competição, em nítida violação aos art. 37, XXI da CF/88 e art. 30, II e §5º da Lei n. 8.666/93.

Dispõe as alíneas “b” e “d” do item 8.2.6, *in verbis*:

8.2.6 A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA das LICITANTES será comprovada mediante:

[...]

b) Comprovação de CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL: mediante apresentação de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, referentes a contrato de concessão ou subconcessão, relativo à gestão integrada de sistemas e serviços de saneamento básico de água e esgotos sanitários no perímetro urbano de um município, compreendendo tal gestão integrada, a operação, a conservação, manutenção, modernização, ampliação, exploração e cobrança direta dos serviços dos usuários, haver atingido operação ou execução dos serviços compatíveis com o objeto licitado, a saber:

[...]

d) Para comprovação do atendimento ao disposto em “b e seus desdobramentos” deverão ser apresentados atestados comprobatórios emitidos pela entidade contratante da concessão ou subconcessão.

Sobre esse aspecto, a Unidade Técnica se manifestou da seguinte forma:

4.8. Verifica-se que a alínea b do item exige atestados referentes à contrato de concessão ou subconcessão, relativo à gestão integrada de sistemas e serviços de saneamento básico de água e esgotos, e explica que a gestão integrada se refere à operação, a conservação, manutenção, modernização, ampliação, exploração e cobrança direta dos serviços aos usuários.

4.9. Diferentemente do denunciante, entende-se que o termo “gestão integrada” no edital não se refere à junção do serviço de água e esgoto e sim à responsabilidade que concessionário terá de integrar, na sua prestação de serviços, a operação, a manutenção, modernização, ampliação, exploração e a cobrança de tarifas do usuários, ou seja, o concessionário estará encarregado da gestão de todos os serviços que compõem a concessão.

4.10. Entende-se que o edital não impede que as empresas apresentem atestados separados para serviços de água e esgoto em contratos distintos, apesar de terem que apresentar atestados para os dois tipos de serviço. Observa-se que os serviços constam como exigências separadamente nas alíneas b.1 e b.2. (g.n)

Em sua defesa, os responsáveis aduziram que “a exigência de atestação de contrato de concessão ou subconcessão é inequivocamente compatível com o objeto licitado, ao que se depreende do inciso II do artigo 30 da Lei 8.666/93(…)”

Sobre o tema, opinou o *Parquet* pela improcedência do pedido formulado na denúncia, uma vez que o instrumento convocatório requer dos licitantes a comprovação de serviço envolvendo gestão integrada entre o fornecimento de água e esgotamento sanitário. Entendendo, improcedente o apontamento, sob o argumento que o interesse não era de excluir interessados que não tenham prestado serviços em contratos simultâneos, pois os subitens b.1 e b.2 cindiu as operações que deveriam ser comprovadas.

Compulsando os autos, verifiquei que a alínea “b” versa sobre exigência de que o licitante comprove a prestação do serviço objeto do edital mediante contrato de concessão ou subconcessão.

Considerando o elevado vulto e prazo contratual objeto da presente Concorrência Pública, parece razoável que se comprove sua capacidade mediante atestados de qualificação técnico-operacional referentes a contratações de concessão e subconcessão.

Em relação à irregularidade suscitada na alínea “d”, no mesmo sentido examinado pela Unidade Técnica, entendo que, considerando que muitas das empresas prestadoras desse tipo de serviço poderão apresentar comprovação de capacidade técnico-operacional da sua controladora ou de uma de suas controladas, há significativa ampliação na participação de interessados.

Portanto, nesse item, não assiste razão ao denunciante.

2. Da participação de consórcios

Acerca da participação de empresas em consórcios, assim dispõe o denunciante:

[...] o Edital permite a participação de empresas reunidas em consórcio, sem limitar o número de empresas consorciadas. Isto significa que, no limite, se todas as empresas detentoras dos contratos se reunirem em um único consórcio, não haveria proibição editalícia para isto e a competição estaria mais do que arruinada!

Especificamente sobre o tema, não se pronunciou a Unidade Técnica e o Ministério Público junto a este Tribunal.

Conforme entendimento que vem sendo firmado nesta Corte, por via de regra, prevalece a vedação à participação dos consórcios em licitações em que o objeto for comum, simples e de pequena monta e a opção da Administração por vedar ou permitir a participação de empresas reunidas em consórcio deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade, devendo ser assegurada a ampla competitividade do certame.

Importante destacar que a escolha do gestor por vedar ou permitir a participação de empresas em consórcios encontra limites, uma vez que qualquer que seja sua opção, deve conferir a maior competitividade possível, em busca da maior vantajosidade ou da melhor proposta.

Para tanto, a tese que defendo, em consonância com o Conselheiro José Alves Viana, é a de que em licitações de maior complexidade, a lógica é que a participação de empresas em consórcio, como regra, seja ampliadora da competitividade.

Assim, no caso em análise, verifica-se o elevado vulto da futura contratação – R\$ 250.661.979,74 (duzentos e cinquenta milhões, seiscentos e sessenta e um mil, novecentos e setenta e nove reais e setenta e quatro centavos) –, sua elevada dimensão – 35 anos – e complexidade, característica das concorrências públicas, justificam a participação de empresas consorciadas.

Nesse sentido, não merece prosperar a alegação do denunciante de que a permissão de empresas em consórcio, no presente caso, tenderia a arruinar a competitividade do presente certame.

3. Da restrição à participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial/ Itens 6.1.2 e 8.2.7.3

Resumidamente, quanto aos itens 6.1.2 e 8.2.7.3, aduz o denunciante que se contradizem, ao passo que restringe a participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial, mas não inclui no rol de empresas afastadas, aquelas que se encontram nessa situação, considerando apenas as que estão sob falência, concurso de credores, dissolução, liquidação ou que tenham sido declaradas inidôneas ou suspensas de licitar com o Município ou outro órgão estadual ou federal.

Colaciono a seguir os itens objeto dessa análise:

8.2.7. Os documentos relativos a QUALIFICACAO ECONOMICO-FINANCEIRA serão constituídos por:

(...)

8.2.7.3 Certidão negativa de falência, de concordata e de recuperação judicial expedida pelo distribuidor da sede da LICITANTE, bem como declaração firmada, sob as penas da Lei, conforme modelo constante do Anexo VII-F deste EDITAL, de que a LICITANTE não se encontra sob recuperação extrajudicial.

6.1. Poderão participar desta licitação as empresas que:

(...)

6.1.2. Não estejam sob falência ou concurso de credores, dissolução, liquidação ou hajam sido suspensas de licitar e/ou declaradas inidôneas pelo Município de Ubá ou por Órgão Público Federal ou Estadual.

Mister destacar a análise preliminar exarada pelo Conselheiro-Relator à época, sobre a substituição do instituto da concordata pela recuperação judicial ou extrajudicial:

Desde 2005, com a edição da Lei de Falências e Recuperação Judicial-Lei 11.101/2005, a concordata deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro. Em seu lugar, o legislador consagrou o instituto da recuperação judicial e extrajudicial. Desse modo entendo que a certidão mencionada no art. 31, II da Lei 8.666/93 deve abarcar não apenas as situações de falência, com também as de recuperação (judicial ou extrajudicial) em que a empresa esteja inserida, uma vez que tal instituto surgiu para substituir a extinta concordata.

Os defendentes arguíram ser:

(...) inimaginável que se admita a outorga de um contrato pelo longo prazo de 35 anos para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, sabidamente vinculados à saúde pública e ao meio ambiente, a uma empresa em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, até porque essa empresa não teria como se qualificar econômica e financeiramente para participar do certame, por razões mais do que óbvias.

Nesse interim, coadunando com a manifestação da Unidade Técnica, entendo que, em substituição ao instituto da concordata, o art. 31, II da Lei n. 8.666/93, autoriza a exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, para fins de habilitação.

Analisando o objeto do procedimento licitatório, seu prazo contratual e sua monta, não seria razoável permitir a contratação de empresa concessionária em recuperação judicial ou extrajudicial, o que contrariaria o princípio da supremacia do interesse público.

Mais uma vez, entendo não assistir razão ao denunciante.

Acerca da contradição entre os itens 8.2.7.3 e 6.1.2, suscitada pelo denunciante, sobre a não inclusão das empresas que estão em recuperação judicial no rol de empresas que seriam afastadas da participação do certame, entendo plausível que seja incluída nesse rol o subitem “empresas que estão em recuperação judicial”.

Objetivando dirimir eventuais contradições, determino ao gestor que inclua, pormenorizadamente, no rol de empresas afastadas da participação do certame, aquelas que estão em recuperação judicial.

4. Da vedação à participação de empresas que não estejam estabelecidas em território nacional/ Item 6.2.4

No que tange ao item 6.2.4 do edital, segundo arguiu a empresa denunciante, a vedação de participação de empresas que não estejam estabelecidas em território nacional não reproduz os exatos termos do art. 28, V da Lei n. 8.666/93, podendo gerar controvérsias.

De forma a sustentar sua manifestação quanto a ausência de restrição no caso em análise, a Unidade Técnica colacionou extrato do acórdão do TCU n. 1884/2015, tratando sobre situação semelhante:

8.4. Alínea “e” do subitem 2.2 do edital do Pregão Eletrônico n. 016/2013: não poderão participar desta licitação empresas estrangeiras que não funcionem no País.

8.4.1. Também não procede esse questionamento da representante. Isto porque o dispositivo mencionado não se refere a empresas estrangeiras em geral, mas às empresas que não funcionam no Brasil, o que é razoável, pois **se a empresa não funciona no país (quando da licitação), e a licitação não é internacional, ela não pode participar, pois não tem como atender às exigências de qualificação.**

8.4.2. Como se vê, **não houve restrição à participação de empresa natural do exterior do país, que é coisa diferente de não funcionar no país**, motivo pelo qual não se pode falar que se contrariou o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, ou a jurisprudência deste Tribunal. (g.n)

Conforme alegaram os denunciados, o subitem 6.2.4 não tem o desígnio de vedar a participação de empresas estrangeiras, pois apenas vedou a participação de empresas que não tenham estabelecimentos no território nacional.

O Ministério Público junto ao Tribunal, por sua vez, firmou seu entendimento no sentido de que, ao vedar a participação de empresas estrangeiras que não sejam estabelecidas no território nacional, violou-se preceito legal, opinando pela aplicação de multa aos responsáveis.

Compulsando os autos, verifico que o art. 28, V da Lei n. 8.666/93, fixa a exigência de apresentação de “decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir, *in verbis*”:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Sabe-se que o disposto no art. 28, V, da Lei n. 8.666/93 disciplina a participação das empresas estrangeiras em funcionamento no Brasil, quando se tratar de licitações nacionais. Por outro lado, o art. 32, §4º da referida lei regulamenta a participação de empresas estrangeiras que não funcionam no País, quando em licitações internacionais instauradas por órgãos ou entidades públicas brasileiras.

De forma a esclarecer o tema, explico.

As licitações internacionais são procedimentos regidos pela legislação brasileira, a serem realizados no Brasil, mas amplamente divulgadas no exterior, em que se permite a participação tanto de empresas nacionais quanto de empresas estrangeiras autorizadas a funcionar em nosso país e de empresas estrangeiras não estabelecidas no Brasil, mediante condições previamente impostas.

Dessa forma, considerando que a questionada cláusula 6.2.4 estabelece a vedação de participação de empresas que não sejam estabelecidas no território nacional, em conformidade com a Unidade Técnica, entendo que não houve restrição na presente hipótese, uma vez que o edital restringiu apenas a participação de empresas estrangeiras que não possuem estabelecimentos no Brasil, e não de qualquer empresa estrangeira.

Contudo recomendo que nos próximos certame nas cláusulas editalícias constem a necessidade de apresentar decreto de autorização, ato de registro ou autorização para funcionamento, quando da habilitação jurídica de empresa estrangeira participante do certame, nos termos do art. 28, V, da Lei n. 8.666/93.

5. Da outorga exigida

Não obstante estar previsto no preâmbulo do edital em análise que o critério de julgamento será realizado pela melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa com o de melhor técnica, foi exigido o pagamento pela outorga da concessão no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões), a ser paga em 4 parcelas mensais, a partir de 30 dias contados da ordem de assunção, conforme Anexo IX – Termo de Referência, fl.232/271.

De forma a justificar a outorga de serviços, assim se manifesta no edital, fl. 233:

Ademais, a outorga concessória dos serviços a terceiros não só propiciará a capacidade de investimentos nos sistemas de água e esgoto, como poderá representar fonte de receita para o erário, mediante pagamento de outorga, além de possibilitar ao Município a instituição de órgão próprio no âmbito de sua esfera de Governo, para a regulação e fiscalização dos serviços, a ser mantida por taxa de regulação atribuível, por exemplo, às concessionárias dos serviços públicos de água e esgoto e de transporte coletivo urbano.

A Unidade Técnica se manifestou no sentido de que a outorga, utilizada para ajustar a lucratividade do empreendimento, deve ser revertida em prol da modicidade de tarifas. Além disso, apesar de ser permitida por lei, a cobrança de outorga deverá ser devidamente justificada, demonstrando seu valor a partir dos resultados do fluxo de caixa.

Sendo o valor tomado dos usuários do sistema, seria necessário que o Município assegurasse mecanismos reais de que o valor da outorga fosse efetivamente revertido ao sistema, buscando a melhor prestação de serviços aos usuários:

3.4. Verificou-se, conforme fluxo de caixa apresentado no PMSB, que o montante de investimentos previstos foi de R\$250.661.980,00 e que a outorga exigida equivale a 3,98% dos investimentos previstos. E que mesmo sendo pequeno, o percentual em relação aos investimentos, o município deveria avaliar a possibilidade de utilização dessa outorga em favor da concorrência no certame, ou seja, possibilitando um aumento no percentual

de desconto a ser oferecido pelo licitante. Verificou-se, ainda, que não havia indicação no edital, nem no PMSB sobre como seria aplicado o valor da outorga.

3.5. Concluiu-se que se a Administração optasse pela permanência da exigência da outorga, deveria ser justificada a sua exigência e objeto da aplicação, assim como deveria ser demonstrada a segregação contábil e aplicação do respectivo valor em prol do usuário do sistema de saneamento do município.

No mesmo sentido, o *Parquet* entende que o pagamento da outorga deve ser interpretado à luz do princípio da modicidade tarifária e do interesse público e que o gestor deveria, portanto, explicar as razões de tal exigência no edital, uma vez que a manutenção da outorga excessiva e desproporcional pode frustrar o caráter competitivo do certame, prejudicando o direito dos usuários e a adequação do serviço.

Em sede de defesa, o Procurador Municipal entende que, se o critério é o de “menor valor de tarifa e a melhor técnica”, a outorga deveria ser fixa e predeterminada, de modo a preservar a Administração de “aventureiros” que não tenham capacidade e aptidão técnica para prestar o serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Por fim, aduz:

O valor da outorga não refletirá na tarifa, nem para mais, nem para menos, porquanto a proposta comercial que merecerá pontuação no grau máximo, não será outra, senão aquela que apresentar o maior desconto sobre o valor máximo admitido para tarifa, que não é outra, que não à então praticada pela COPASA à época no Município de Ubá; estando, pois, esclarecida nos autos do processado administrativo que mereceu trâmite nessa Egrégia Corte a destinação da outorga, cujo valor é fixo e com destinação certa.

No sentido de que o valor da outorga deverá ser destinado, exclusivamente, para busca da melhor prestação do serviço, já se manifestou a Conselheira Adriene Andrade, nos autos da Denúncia n. 965718, *in verbis*:

DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. CUMPRIMENTO DAS DILIGÊNCIAS. REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES.

1. **A outorga paga pelo concessionário não pode ser meramente apropriada pelo Município**, uma vez que se trata de recursos tomados dos usuários, como contrapartida por um serviço prestado. Nesse contexto, para que o Município comprove que os recursos da outorga foram aplicados, **exclusivamente, na melhoria** dos serviços de transporte público coletivo, deverá adotar mecanismos efetivos para o controle do recebimento e da aplicação dos recursos da outorga, como, por exemplo, a criação de uma conta bancária específica para movimentar tais recursos.

2. O gestor deve manter registro contábil que evidencie os valores recebidos a título de outorga e sua aplicação, tendo em vista que, após a assinatura do contrato, o Tribunal de Contas poderá, a qualquer tempo, fiscalizar se **os recursos da outorga estão sendo aplicados exclusivamente, in casu, na melhoria do serviço** de transporte público coletivo do Município. (g.n)

Ainda sobre o tema, Maria Sylvia Zanella di Pietro¹:

(...) não há fundamento legal para que o instituto da concessão seja utilizado e explorado pelo poder público para ampliar suas fontes de receita. Esse não é e não pode ser o objetivo da concessão, a menos que se pretenda torna-lo imprestável para o fim a que se destina, que é o de prestar serviço adequado, tal como definido pela lei de concessões. (g.n)

¹ Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 406.

Em suma, é pacífico o entendimento de que o Administrador não poderá utilizar-se do instituto da Concessão Pública para ampliar suas fontes de receita e que a outorga paga pelo concessionário não deverá ser apropriada pelo ente. Assim, de forma a aferir a legitimidade da cobrança de outorga, o gestor deverá fundamentar os motivos que levaram à exigência, bem como a sua aplicação deve objetivar a melhoria do serviço.

Por todo o exposto, determino que, caso a Administração opte pela permanência da exigência da outorga, justifique pormenorizadamente sua exigência e objeto de aplicação, bem como adote mecanismos efetivos para o controle de seu recebimento e da aplicação dos recursos, como, por exemplo, a criação de uma conta bancária específica para movimentar tais recursos.

Determino, ainda, ao gestor que mantenha registro contábil que evidencie os valores recebidos a título de outorga e sua aplicação em prol do usuário do sistema de saneamento do Município de Ubá, advertindo-o de que, após a assinatura do contrato, o Tribunal de Contas poderá, a qualquer tempo, fiscalizar se os recursos da outorga estão sendo aplicados exclusivamente na melhoria do serviço.

6. Da aplicação do percentual reservado para Regulação e Fiscalização

Conforme cláusula 1.14 da minuta contratual a fl. 56, até a criação da nova agência ou estabelecimento da agência reguladora por intermédio de convênio, a regulação será realizada pela Secretaria Municipal do Ambiente e Mobilidade Urbana e o custo da regulação e fiscalização será destinado aos cofres públicos para os fins a que se destinam.

Acerca da inconformidade vislumbrada quando da aplicação do percentual reservado para regulação e fiscalização, assim dispôs a Unidade Técnica:

5.13. Da mesma forma que o valor da outorga, o percentual de 1% da receita arrecadada, recebido do concessionário, para ser aplicado em regulação e fiscalização, também é oriundo da tarifa do usuário. **Assim, deve ter sua aplicação restrita ao objeto definido no edital, exigindo que seja segregado dos recursos gerais dos cofres do município e que sua aplicação seja transparente.**

5.14. Em decorrência deste fato, o município deve instituir o quanto antes o órgão ou entidade responsável pela regulação e fiscalização, seja por meio de agência reguladora municipal ou por meio de convênio com a Agência Reguladora Estadual que presta serviço a diversos municípios do Estado. A forma de fiscalização e a indicação dos órgãos competentes para exercê-la é uma das cláusulas essenciais ao contrato de concessão, conforme estabelece o art. 23, VII da lei 8.987/95. Entretanto, até que essas ações se efetivem o valor arrecadado a título de regulação e fiscalização deve ser aplicado em conta bancária específica para utilização futura, para os fins para os quais foi instituído.

5.15. Conclui-se que o município deve alterar o conceito definido na minuta contratual estabelecendo qual será o órgão responsável pela fiscalização e tomar as providências cabíveis para regularizar a arrecadação.

O *Parquet* e os denunciados não se manifestaram sobre o assunto.

Coadunando com a manifestação exarada pela Unidade Técnica, entendo que deverá ser criada conta específica para destinação dos recursos a serem despendidos com regulação e fiscalização, segregando-se dos recursos gerais dos cofres do município.

Assim, determino ao gestor que, caso ainda não tenha sido criada nova agência ou estabelecimento da agência reguladora, que sejam os recursos apartados dos cofres gerais do Município de Ubá.

7. Da violação à regra de transparência contida no art. 8º, §1º, IV da Lei Federal n. 12.527/2011

Conforme alegações do Ministério Público junto a este Tribunal, no sítio eletrônico do Município, para se obter informações públicas como editais e andamento de licitações é necessário efetuar um cadastro com dados pessoais detalhados e foto do documento de identidade.

Por tais motivos, entende estar diante de situação que afronta a cláusula constitucional da publicidade dos atos e procedimentos públicos, uma vez que acaba por dificultar o acesso aos atos de licitação e contratação pública.

Sobre esse aditamento, manifestaram-se os denunciados por sua improcedência, “pelo simples fato de o Edital exigir o regular cadastramento daqueles que, porventura, se interessem na sua obtenção”.

Segundo informação da Unidade Técnica:

3.19. Análise: Esta Coordenadoria já realizou o cadastro no site do município à época da primeira análise desse processo. Atualmente, foi feita nova tentativa de cadastramento com outra pessoa física, em três oportunidades em dias diferentes, e não foi possível completar o cadastro. Ressalta-se, ainda, que não havia, até o término deste relatório, quaisquer informações, no site do município, sobre o processo em análise.

3.20. Considera-se que o fato do município exigir que os interessados se cadastrem não é, por si só, um entrave à transparência dos procedimentos. Entretanto, considera-se que o fato do site não facilitar o cadastro dos interessados e de não haver informações sobre todos os procedimentos que já foram incluídos no sistema do município, contraria o que foi definido pelo art. 8º, §1º, IV da lei 12.527/2011- Lei de acesso à informação.

3.21. Sobre a divulgação de consulta pública, de audiência pública e da publicação do edital, não é possível opinar sobre a forma de divulgação porque esta unidade não teve acesso ao processo administrativo 964/2015.

De forma a confirmar o apontamento do *Parquet*, acessei o sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Ubá e, ao pesquisar sobre a Concorrência Pública n. 011/2015, fui direcionado a essa página: http://www.uba.mg.gov.br/internauta/acao/cadastrar/1/redir/origem/lic_lis²

² Acesso em 25/09/2017.

Número da licitação: 11/2015
Tipo da licitação: Concorrência Pública
Descrição: CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO MUNICÍPIO DE UBÁ.
Unidade solicitante: Divisão de Compras e Licitações
Valor estimado: R\$ 250.661.979,74
Data de publicação: 09/06/2016
Data limite: 29/07/2016
Data de abertura: 29/07/2016
Horário de abertura: 14:00
Status: Suspensa

Arquivos para download

Para efetuar download dos arquivos abaixo, é necessário efetuar login.
[Clique aqui para fazer login.](#) Caso ainda não possua cadastro, [cadastre-se aqui.](#)

Assim, entendo estar configurada afronta ao disposto no art. 8º da Lei n. 12.527/2011 – Lei de Acesso à informação, *in verbis*:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo:

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;

III - registros das despesas;

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e

VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

§ 2º Para cumprimento do disposto no *caput*, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

[...]

§ 4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no [art. 73-B da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000](#) (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Por tal razão, em consonância com o princípio da transparência e da publicidade, recomendo à atual gestão que proceda às alterações em seu sítio eletrônico de forma a facilitar o acesso da população em geral, retirando a necessidade de que seja efetuado cadastro prévio para acompanhamento dos procedimentos licitatórios do Município.

Considerando a suspensão judicial da Concorrência Pública n. 011/2015, entendo que as irregularidades apontadas pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto a esta Corte, não são passíveis de aplicação de multa nesse momento. Contudo, se for definido pelo prosseguimento do feito, o gestor deverá observar os ditames legais correspondentes, sob pena de multa.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto pela extinção do processo, com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e pela procedência parcial dos apontamentos de irregularidades constantes da fundamentação, e, considerando a suspensão judicial da Concorrência Pública n. 011/2015, **VOTO**:

Pela determinação aos atuais gestores que, na hipótese de prosseguimento ou abertura de novo procedimento licitatório que verse sobre o mesmo objeto do presente certame, sejam afastadas as irregularidades apontadas nos autos em exame, sob pena de multa, e que:

(I) seja incluída no rol constante do item 6.1.2, a vedação às “empresas que estão em recuperação judicial”;

(II) seja alterada a cláusula 6.2.4, de forma a ressaltar a necessidade de que se apresente decreto de autorização, ato de registro ou autorização para funcionamento quando da habilitação jurídica de empresa estrangeira participante do certame, nos termos do art. 28 da Lei n. 8.666/93.

(III) caso seja mantida a exigência da outorga, que justifique sua exigência e objeto de aplicação; e que adote mecanismos para controle do recebimento e aplicação dos recursos;

(IV) seja instituída conta específica para aplicação do valor a ser destinado a regulação e fiscalização, em prol do usuário; e que institua o quanto antes o órgão ou entidade responsável pela regulação e fiscalização dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

(V) proceda às alterações em seu sítio eletrônico, de forma a permitir o acesso a procedimentos licitatórios sem que seja necessário efetuar cadastro prévio, ampliando sua publicidade.

Intimem-se os responsáveis e os atuais gestores do inteiro teor desta decisão pelo Diário Oficial de Contas e via postal, nos termos regimentais, remetendo-lhes cópias das notas taquigráficas deste julgamento, dos relatórios da Unidade Técnica e pareceres do MPTC.

Após o trânsito em julgado e promovidas as medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

De acordo.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, nesses autos, declaro a minha suspeição, por motivo de foro íntimo, para participar da votação.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, com a devida vênia do ilustrado Órgão Ministerial e do eminente Relator, vou abrir divergência quanto a esse tópico.

Entendo abusiva a cláusula editalícia que impede a participação no certame público de empresas em recuperação judicial. Não posso deixar de constatar que a restrição imposta é evidentemente controvertida. Existe uma lacuna formal no inciso II do art. 31 da Lei 8.666/93³, após a edição da Lei nº11.101/2005, que tem gerado uma jurisprudência cambiante. Com efeito, não há mais falar-se, hoje, em concordata, mas em empresa em recuperação judicial, o que é bem diferente do antigo sistema concordatário.

Esse entendimento se baliza na decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, na Medida Cautelar nº 23.499/RS, que se afastou a exigibilidade de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial em licitação, permitindo a participação no certame de empresa em recuperação.

Na mesma esteira do STJ está o Tribunal de Contas do São Paulo que, em apertada síntese, considera que a empresa que possui um plano de recuperação submetido ao crivo de seus credores, demonstrando viabilidade econômica e capacidade de contratar com a Administração Pública e reerguer seus negócios, tendo tal plano aprovado pelo juiz competente, não pode ser alijada do processo licitatório. Eis os precedentes da Corte Paulistana, nº 3987.989.15-9 e 4033.989.15-3, que sustentam e encabeçaram o posicionamento vanguardista e alinhado aos preceitos constitucionais de preservação da empresa, promoção da economia nacional, livre iniciativa, muitos insertos no art. 170 da Constituição da República.

Acrescento também que este é o posicionamento exarado pela Câmara Permanente de Licitação e Contratos, Departamento de Consultoria, Procuradoria-Geral Federal, por meio do parecer 04/2015/CPL/DEPCONSU/PGF/AGU, conclui que não é a condição de uma recuperação judicial que retiraria da empresa a possibilidade de participar de licitação, mas tão somente a não aceitação de seu plano de recuperação pelo juízo competente, o que demonstraria sua inviabilidade econômica. Logo, o órgão federal responsável por orientar a Administração Pública Federal, acorde com a melhor doutrina e os princípios da preservação da empresa e da livre concorrência se manifestou pela possibilidade da participação de empresa em recuperação judicial, desde que aprovado o plano de recuperação pelo Poder Judiciário.

³ Artigo 31 da Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - (...)

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

Ademais, as normas jurídicas devem ser interpretadas em consonância com todo o ordenamento jurídico, sendo que a Lei de Falências e Recuperação Judicial tem como escopo garantir o pagamento dos credores, mas acima de tudo, assegurar a permanência da sociedade empresária em dificuldade econômica. Assim, a “*Lei 11.101/2005 - Lei de Recuperação de Empresas e Falência, veio em substituição ao antigo Decreto-Lei 7.661/1945 - Lei de Falências e Concordatas. Ela oferece mais transparência em seus procedimentos, bem como maior controle do processo por parte dos stakeholders (fornecedores, acionistas, governo, etc.). Também permite que aqueles que tiveram insucesso no exercício de sua atividade econômica possam resgatar sua credibilidade e recuperar suas empresas, econômica e financeiramente, assegurando equilíbrio nas relações jurídico-econômicas e contribuindo para o fortalecimento da economia.*”⁴

Esse novo marco regulatório do sistema concursal brasileiro tema de superior importância na nova ordem social brasileira. Ela busca a solução de conflitos privados, salvaguarda empresas e procura garantir a finalidade social, manutenção de empregos, sustentabilidade econômica e geração de riquezas ao País.

Ademais, não podemos descuidar que esta preocupação da manutenção da empresa dada pela nova legislação veio a dar efetividade aos princípios constitucionais da ordem econômica, dispostos no artigo 170 da Constituição, notadamente porque valoriza o trabalho humano e a livre iniciativa, garantindo que a empresa atinja a sua função social. Assim, alijá-la do processo licitatório é impedir sua eventual contratação com o Poder Público, e, de certa forma, dependendo de seu objeto social, sua plena recuperação, pois a Administração Pública é um grande contratante.

Portanto, a interpretação do art. 31, II, da Lei 8.666/93 deve ser dada à luz do art. 47 da Lei 11.101/2005⁵, de forma que entendo abusiva a regra editalícia que exige que a empresa apresente certidão negativa de recuperação judicial, que não pode e nem deve ser igualada à situação da antiga concordata.

Posto isso, acolho a denúncia nesse ponto.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Pela ordem, Excelência.

Peço vênias ao Relator para acompanhar a divergência aberta pelo Conselheiro Wanderley Ávila, pois convenci-me de sua tese.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO TERRÃO:

APROVADO O VOTO DO RELATOR. VENCIDOS, EM PARTE, OS CONSELHEIROS WANDERLEY ÁVILA E HAMILTON COELHO, QUANTO À NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE VEDAÇÃO ÀS EMPRESAS QUE ESTÃO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECLARADA A SUSPEIÇÃO DO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

⁴ Disponível em http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/cartilha/arte_final_cartilha_16_WEB.pdf

⁵ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. ”

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por maioria de votos, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** julgar parcialmente procedente os apontamentos de irregularidades constantes da fundamentação, e declarar a extinção do processo, com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, considerando a suspensão judicial da Concorrência Pública n. 011/2015; **II)** determinar aos atuais gestores que, na hipótese de prosseguimento ou abertura de novo procedimento licitatório que verse sobre o mesmo objeto do presente certame, sejam afastadas as irregularidades apontadas nos autos em exame, sob pena de multa e: **a)** que seja incluída no rol constante do item 6.1.2 a vedação às “empresas que estão em recuperação judicial”; **b)** que seja alterada a cláusula 6.2.4, de forma a ressaltar a necessidade de que se apresente decreto de autorização, ato de registro ou autorização para funcionamento quando da habilitação jurídica de empresa estrangeira participante do certame, nos termos do art. 28 da Lei n. 8.666/93; **c)** caso seja mantida a exigência da outorga, que justifique sua exigência e objeto de aplicação e que adote mecanismos para controle do recebimento e aplicação dos recursos; **d)** que seja instituída conta específica para aplicação do valor a ser destinado a regulação e fiscalização, em prol do usuário, e que institua o quanto antes o órgão ou entidade responsável pela regulação e fiscalização dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário; **e)** que proceda às alterações em seu sítio eletrônico, de forma a permitir o acesso a procedimentos licitatórios sem que seja necessário efetuar cadastro prévio, ampliando sua publicidade; **III)** determinar a intimação dos responsáveis e dos atuais gestores do inteiro teor desta decisão pelo Diário Oficial de Contas e via postal, nos termos regimentais, remetendo-lhes cópias desta decisão, dos relatórios da Unidade Técnica e pareceres do MPTC; **IV)** determinar o arquivamento dos autos, promovidas as medidas cabíveis à espécie, após o trânsito em julgado. Vencidos, em parte, o Conselheiro Wanderley Ávila e o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho. Declarada a suspeição do Conselheiro Gilberto Diniz.

Plenário Governador Milton Campos, 11 de outubro de 2017.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Presidente

SEBASTIÃO HELVECIO
Relator

(assinado eletronicamente)

ahw/ms/fg

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/_____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

**Coordenadoria de Sistematização e Publicação
das Deliberações e Jurisprudência**