TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ____

DENÚNCIA N. 1058816

Denunciante: Saneamento Ambiental Águas do Brasil

Denunciada: Prefeitura Municipal de Ouro Preto

Responsáveis: Júlio Ernesto de Grammont Machado de Araújo e Rogério Alexandre Morais

Procuradores: João Luiz de Siqueira Queiroz, Ronaldo Oller Tossi, Jayme Filgueiras de Aguiar

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

EMENTA

DENÚNCIA. MEDIDA CAUTELAR. PREFEITURA MUNICIPAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE CAPTAÇÃO, ADUÇÃO, FORNECIMENTO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E SANEAMENTO BÁSICO. EXIGÊNCIA DE TAXA DE OUTORGA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE UTILIZAÇÃO PARA INCREMENTO DOS SERVIÇOS. *PERICULUM IN MORA*. *FUMUS BONI IURIS*. SUSPENSÃO DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

A exigência de taxa de outorga deve estar condicionada à existência de prova efetiva de que o valor oriundo de sua cobrança será revertido em incremento do próprio sistema.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

7ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara – 12/03/2019

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

REFERENDUM

Trata-se de denúncia formulada por Saneamento Ambiental Águas do Brasil, em face da Concorrência Pública n. 6/2018, deflagrada pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto, tendo como objeto a prestação dos serviços públicos de captação, adução, fornecimento e distribuição de água, bem como saneamento básico, em caráter de exclusividade, com valor estimado de R$141.099.585,81 (cento e quarenta e um milhões, noventa e nove mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e oitenta e um centavos).

Entendendo presentes os requisitos inerentes à espécie, proferi medida cautelar de paralisação do certame, cujo teor, oportunamente, disponibilizei a Vossas Excelências, por meio do SGAP, qual seja:

> Trata-se de denúncia formulada por Saneamento Ambiental Águas do Brasil, fls. 1/24, instruída com os documentos de fls. 25/54, em face do Procedimento Licitatório n. 1.355/2018, Concorrência Pública n. 6/2018, deflagrada pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto, tendo como objeto a "[...] prestação dos serviços públicos de captação, adução, tratamento e fornecimento de água, a reservação e distribuição até as ligações

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1820361

prediais e seus respectivos instrumentos de medição e, ainda, a coleta e afastamento de esgoto e/ou a coleta, afastamento, tratamento e disposição final do esgotamento sanitário, em caráter de exclusividade, no município de Ouro Preto, incluindo seus distritos", com valor estimado de R$ 141.099.585,81 (cento e quarenta e um milhões, noventa e nove mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e oitenta e um centavos), fl. 68v.

Em síntese, a denunciante relatou que o instrumento convocatório em análise procedeu a um estudo de viabilidade econômico-financeiro – Anexo XII do edital, fls. 239/250 – sem a devida consistência técnica, baseando-se em números aleatórios, imprecisos e inconsistentes. Afirmou que tal conduta não permite ao licitante a elaboração de uma proposta segura, bem como imprime ao certame um subjetivismo de julgamento incompatível com o disposto no art. 44 da Lei n. 8.666/1993 e do art. 14 da Lei n. 8.987/1995. Ressaltou, ademais, que o referido processo licitatório prestigiou a outorga como instrumento de geração de receita para o erário, em detrimento do desenvolvimento regular dos serviços. Ao final, requereu, como medida cautelar a suspensão do certame.

À vista dos fatos denunciados, determinei, fls. 255/255v, a intimação do Prefeito de Ouro Preto, Sr. Júlio Ernesto de Grammont Machado de Araújo, e do Presidente da Comissão Especial de Licitação, Rogério Alexandre Morais, para que enviassem cópia dos documentos atualizados relativos às fases interna e externa do certame, informassem o estágio em que se encontrava o procedimento licitatório objeto da denúncia e apresentassem as justificativas e documentos que entendessem cabíveis acerca das alegações da denunciante.

Devidamente intimados, consoante termo à fl. 260, os gestores apresentaram justificativas, fls. 263/275, e carrearam aos autos a documentação de fls. 276/779.

Após constatar que a Administração havia postergado a data para entrega dos envelopes, remeti os autos à Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais para análise técnica, a fim de subsidiar a decisão de uma possível concessão de suspensão liminar do certame, fl. 781.

Em cumprimento ao supramencionado despacho, a Coordenadoria de Fiscalização de Concessões elaborou o estudo técnico de fls. 783/790, em 26/2/2019, concluindo pela necessidade da suspensão do certame, uma vez presente o requisito do *fumus boni iuris* em um dos apontamentos da denúncia.

É o relatório.

Decisão

A Unidade Técnica, em análise prévia do Procedimento Licitatório n. 1.355/2018, Concorrência Pública n. 6/2018, manifestou-se pela procedência de um dos apontamentos da denúncia, qual seja, a cobrança de uma outorga de R$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) em duas parcelas de R$10.000.000,00 (dez milhões de reais), fls. 786/788v, *in verbis*:

> [...]
>
> No que diz respeito ao valor exigido como taxa de outorga, a prefeitura exige no Edital o montante de R$ 20.000.000,00 que deveria ser pago em duas parcelas de R$ 10.000.000.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1820361

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ____

Tomando-se como base o valor dos investimentos a serem realizados ao longo do prazo de concessão, o valor pretendido de 20 milhões de reais para outorga remonta aproximadamente 14%[1] do total do investimento.

Tal percentual se mostra significativamente elevado principalmente quando se considera que outras concessões de serviço público com mesmo objeto, previamente analisadas por esta unidade técnica, apresentaram taxas de outorga mais reduzidas ou mesmo não apresentaram qualquer taxa de outorga.

A título de ilustração, pode-se citar o Processo n. 969362 da Prefeitura Municipal de Montes Claros com exigência de outorga fixa de aproximadamente 1,3%[2] do valor do investimento ou ainda o Processo n. 986747, do Município de Ubá, cuja outorga, pelo mesmo critério, remontou aproximadamente 4%.

Nesse último caso, o Conselheiro Relator Sebastião Helvécio mencionou o estudo técnico em seu voto, ressaltando que, mesmo sendo baixo o percentual da outorga em relação aos investimentos, poderá frustrar o caráter competitivo do certame, *verbis*[3]*:*

> 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.

Ora, se o caso trazido como exemplo, inobstante o pequeno percentual a título de outorga, mereceu atenção por esta unidade técnica e pelo Relator, mais grave ainda o empreendimento no qual verifica-se um percentual de 14% do total de investimentos sem qualquer justificativa para tal exigência.

No mesmo diapasão, tem-se ainda como exemplos os processos 932504/2014, Prefeitura Municipal de Pará de Minas, bem como a Concorrência Pública N. 002/2018, de Santo Antônio do Amparo, Processo n. 1058749, ambos referentes a serviços de água e esgoto cujos editais não previram qualquer taxa de outorga aos licitantes.

A rigor, é de fundamental importância que se proceda com análise minuciosa da dimensão econômico-financeira do contrato para que se compreenda o real impacto da escolha do valor da outorga sobre a tarifa cobrada dos usuários. Esta coordenadoria, no entanto, não dispõe, para esta análise inicial, dos estudos realizados pelo município e que permitiriam emitir um posicionamento numérico sobre a questão.

Não obstante, é possível afirmar que a taxa de outorga, quando excessivamente elevada, tem como consequência a maior arrecadação por parte do ente público em detrimento da modicidade tarifária. É justamente este o ponto trazido pela denúncia.

---

[1] O percentual de 14% calculado é obtido dividindo-se o Montante de Investimento (MI) previsto para a concessão pelo valor da Outorga Pretendida (OP) no edital e multiplicando-se o resultado por cem. (MI / OP) x 100. No caso do Município de Ouro Preto tem-se (20.000.000 / 141.000.000) x 100 = 14,18% ou 14% com arredondamento.

[2] O percentual de 1,3% calculado é obtido dividindo-se o Montante de Investimento (MI) previsto para a concessão pelo valor da Outorga Pretendida (OP) no edital e multiplicando-se o resultado por cem. (MI / OP) x 100. No caso do Município de Montes Claros tem-se (60.000.000 / 4.665.756.347) x 100 = 1,29% ou 1,3% com arredondamento.

[3] Denúncia nº 986.747, julgada em 11 de outubro de 2017.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1820361

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ____ MINAS GERAIS

> [...]
>
> Esta Corte de Contas tem apresentado reiteradamente o entendimento de que o valor referente à taxa de outorga deve ser trazido em editais de concessões pública em caráter de excepcionalidade.
>
> Destaca-se que o valor da outorga não foi considerado no cálculo da tarifa proposto pela prefeitura. Infere-se conforme anexo IV, tabela 17, que para apresentação das propostas comerciais por parte das licitantes, a outorga haveria de ser contabilizada como "Outros Investimentos" na elaboração do Fluxo de Caixa do Projeto.[4]
>
> Assim, a menção desse custo da concessionária surge tão somente na elaboração das propostas econômico-financeiras dos entes privados não havendo informações fornecidas no Edital, que viabilizassem verificar o impacto da outorga prevista na viabilidade da concessão.
>
> [...]
>
> Contrariamente a estes entendimentos da corte, não foi possível localizar no presente procedimento licitatório a explanação para o destino da referida taxa de outorga.
>
> Não se está, a priori, afirmando que a taxa de outorga deva ser suprimida neste caso concreto. O que se entende é a necessidade premente de se analisar objetiva e tecnicamente o valor da referida taxa bem como a real justificativa de se utilizá-la.
>
> Nota-se que sob a égide da atual jurisprudência desta corte a denúncia pode ser considerada procedente. (Grifei)

Ponderou, ademais, fl. 789, que a assinatura contratual sem análise mais aprofundada possuiria elevado potencial de trazer prejuízo ao interesse dos munícipes e, por esse motivo, se justificaria a concessão da medida cautelar de suspensão do certame. Assim, concluiu que os responsáveis poderiam ser intimados, para encaminharem a esta Corte toda a documentação referente à fase interna, em especial o estudo econômico-financeiro completo em meio eletrônico, impreterivelmente com planilhas desbloqueadas, visando proceder à análise técnica pertinente.

Com efeito, acorde com o estudo técnico de fls. 783/790, entendo que a legalidade da "taxa de outorga", isto é, prática de submeter a licitação ao critério de maior oferta (nos termos do art. 15, II, VI, VII, da Lei n. 8.987/1995), deve estar condicionada à existência de prova efetiva de que o valor oriundo de sua cobrança será revertido em incremento do próprio sistema, uma vez que proceder assim pode revelar a elevação injustificada da tarifa "[...] para abranger não apenas o custeio direto e imediato dos serviços públicos, mas também uma espécie de *plusvalia* em prol do Estado"[5].

Assim, não existindo prova dessa reversão para a sociedade, o referido "pagamento" pela outorga se revela inadequado, pois se trata, em verdade, de uma forma indireta e oculta de apropriação da riqueza privada pelo Estado, que não se subordina ao regime tributário, pois os valores relativos a essa "tributação oculta" são transferidos para a tarifa e exigidos dos usuários sem submissão ao respectivo regime jurídico (de direito tributário)[6].

Este Tribunal de Contas vem aderindo ao citado entendimento, consubstanciado no trecho da ementa abaixo transcrita, *in verbis*:

---

[4] Fl. 412

[5] JUSTEN FILHO, Marçal. As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Editora Fórum, n.1, p.95- 136, jan./mar. 2003.

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Editora Fórum, n.1, p.95- 136, jan./mar. 2003.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1820361

> DENÚNCIA – PREFEITURA MUNICIPAL – CONCORRÊNCIA PÚBLICA – CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES COLETIVO – PRELIMINAR – ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO TCEMG PARA ATUAR COMO REGULADOR TARIFÁRIO E PARA SUSTAR PROCESSOS ADMINISTRATIVOS – REJEITADA – MÉRITO – OMISSÃO DO EDITAL COM RELAÇÃO À INCIDÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/06 – NÃO PUBLICAÇÃO DO EDITAL EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO COMO PREVISTO NO ART. 21, INCISO III, DA LEI N. 8666/93 – CRITÉRIO DE JULGAMENTO PREJUDICIAL AO PRINCÍPIO DA MODICIDADE TARIFÁRIA – UTILIZAÇÃO INADEQUADA DA METODOLOGIA DA PLANILHA GEIPOT – ILEGALIDADE NA COBRANÇA DE TAXA DE OUTORGA – ISENÇÕES CUSTEADAS PELOS USUÁRIOS DO SISTEMA – INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE TAXA DE GERENCIAMENTO – BILHETAGEM ELETRÔNICA – DISCREPÂNCIA NOS VALORES DA TARIFA URBANA ENTRE A PROJETADA E A CONTRATADA – NÃO APLICAÇÃO DE MULTA PELO TRIBUNAL A EMPRESA PRIVADA – APLICA-SE MULTA E FAZEM-SE RECOMENDAÇÕES AOS RESPONSÁVEIS – DETERMINAM-SE COMUNICAÇÕES, ENCAMINHAMENTOS, INTIMAÇÕES E POSTERIOR ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.
>
> [...]
>
> 6) Para que a taxa de outorga seja legal, deve haver prova efetiva de que o valor oriundo de sua cobrança foi empregado em melhorias para o sistema de transporte. Não houve a prova dessa reversão para a sociedade, revelando-se, portanto, inadequada a cobrança da taxa em comento e contrária ao princípio da modicidade tarifária e ao ordenamento jurídico.
>
> [...]
>
> (Denúncia n. 761690, Rel. Cons. Sebastião Helvecio, Primeira Câmara – Sessão do dia 07/11/2013).

Colaciono, ainda, as decisões citadas pela Coordenadoria de Fiscalização de Concessões em que esta Casa deliberou que a referida "taxa de outorga" deve ser utilizada em editais de concessões pública em caráter de excepcionalidade, tais como na Denúncia n. 1058502, de relatoria do Cons. Wanderley Ávila, sessão do dia 29/1/2019 da Segunda Câmara; Denúncia n. 965718, de Relatoria da Cons. Adriene Andrade, sessão do dia 3/5/2016 da Primeira Câmara.

Nesse cenário, acolhendo o estudo realizado pela Unidade Técnica às fls. 783/790, e acrescentando que a Administração Pública não deu a devida publicidade às modificações realizadas na planilha do estudo de viabilidade técnica econômico-financeira de fls. 267/268, integrante do edital em apreço, em afronta aos §§ 3º e 4º c/c o *caput* do art. 21 da Lei n. 8.666/1993, entendo presente o requisito do *fumus boni iuris*.

Quanto ao *periculum in mora*, do mesmo modo, entendo-o existente, em face do risco de prejuízo à escorreita fixação dos valores a serem cobrados da população pela prestação dos serviços públicos e, também, da ausência de segurança quanto à efetiva reversão dos valores de outorga em prol da qualidade desses serviços, sendo de se considerar, por fim, o largo período previsto para a concessão.

Assim, presentes os requisitos inerentes, **concedo** a medida cautelar de suspensão do certame.

Dessa forma, determino, nos termos do art. 60 da Lei Orgânica do Tribunal e do art. 264 c/c o art. 197 do Regimento Interno, a suspensão cautelar do Procedimento Licitatório n. 1.355/2018, Concorrência Pública n. 6/2018, *ad referendum* da Primeira Câmara, na fase em que se encontra, sob pena de multa diária de R$1.000,00 (mil reais), até o limite de R$10.000,00 (dez mil reais), consoante art. 90 da Lei Orgânica, sem prejuízo da adoção de outras medidas legais cabíveis.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1820361

Fixo o prazo de 5 (cinco) dias para que o Prefeito de Ouro Preto, Sr. Júlio Ernesto de Grammont Machado de Araújo, e o Presidente da Comissão Especial de Licitação, Rogério Alexandre Morais, comprovem, nos autos, a adoção da medida ordenada, mediante publicação do ato de suspensão do procedimento licitatório, bem como enviem toda a documentação relativa à fase interna do certame, em especial o **estudo econômico-financeiro completo em meio eletrônico, impreterivelmente com planilhas desbloqueadas,** facultando-lhes a prestação dos esclarecimentos que entenderem pertinentes acerca do apontamento da unidade técnica.

Em caso de revogação ou anulação do certame, com publicação de novo edital pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto, determino que se faça comunicação a este Tribunal de Contas a respeito, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Intimem-se os responsáveis, em **caráter de urgência,** do teor desta decisão, nos termos do art. 166, § 1º, I e VI, do Regimento Interno.

Intime-se, ainda, a denunciante na forma regimental.

Após a manifestação dos responsáveis, os autos devem retornar ao meu gabinete, com urgência.

Assim, trago a decisão a referendo desse egrégio colegiado, nos termos do art. 264, §1º do Regimento Interno.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Referendo, Senhor Presidente, a decisão monocrática proferida por Sua Excelência, o Conselheiro Adonias Monteiro.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Também referendo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE JOSÉ ALVES VIANA:

Eu também referendo.

FICA REFERENDADA.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em referendar a decisão monocrática que: **I)** determinou, nos termos do art. 60 da Lei Orgânica do Tribunal e do art. 264 c/c o art. 197 do Regimento Interno, a suspensão cautelar do Procedimento Licitatório n. 1.355/2018, Concorrência Pública n. 6/2018, na fase em que se encontrava, sob pena de multa diária de R$1.000,00 (mil reais), até o limite de R$10.000,00 (dez mil reais),

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1820361

consoante art. 90 da Lei Orgânica, sem prejuízo da adoção de outras medidas legais cabíveis; **II)** fixou o prazo de 5 (cinco) dias para que o Prefeito de Ouro Preto, Sr. Júlio Ernesto de Grammont Machado de Araújo, e o Presidente da Comissão Especial de Licitação, Rogério Alexandre Morais, comprovassem, nos autos, a adoção da medida ordenada, mediante publicação do ato de suspensão do procedimento licitatório, bem como enviassem toda a documentação relativa à fase interna do certame, em especial o estudo econômico-financeiro completo em meio eletrônico, impreterivelmente com planilhas desbloqueadas, facultando-lhes a prestação dos esclarecimentos que entendessem pertinentes acerca do apontamento da unidade técnica; **III)** fixou o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que o Prefeito e o Presidente da Comissão Especial de Licitação, em caso de revogação ou anulação do edital, com publicação de um novo pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto, comunicassem a este Tribunal a respeito; **IV)** determinou a intimação dos responsáveis, em caráter de urgência, do teor desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, I e VI, do Regimento Interno, bem como da denunciante, na forma regimental.

Plenário Governador Milton Campos, 12 de março de 2019.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

(*assinado digitalmente*)

SR/

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 de Deliberações e Jurisprudência

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1820361