

## **DENÚNCIAS N. 977532, 977587 E 977560**

- Denunciantes:** José Firmo do Carmo Júnior, Quaatro Participações S/A e Engetran Engenharia S/A
- Órgão:** Prefeitura Municipal de Belo Horizonte
- Partes:** Josué Costa Valadão, José Maurício Valério, Carlos Alberto Santos, Leandro Augusto Ribeiro Arêdes, Ana Maria Barcelos de Souza Murici, Edgard Gonçalves da Costa, Bruno Perez Barbosa, Construtora Barbosa Mello S/A (líder do consórcio), BH Iluminação Pública S/A (SPE), Henrique Higídio Braga e PBH Ativos S/A
- Procuradores:** Ana Flávia Barros Moreira - OAB/MG 163.206, Anderson de Souza Lima Novais Júnior - OAB/MG 116.368, André Almeida Villani - OAB/MG 160.459, Breno Vaz de Mello Ribeiro - OAB/MG 114.306, Cláudia Ferraz de Moura - OAB/MG 82.242, Daniel Freitas Drumond Bento - OAB/MG 154.885, Felipe Tepedino Campos - OAB/MG 183.527, Gustavo Alexandre Magalhães - OAB/MG 88.124, Hércules Guerra - OAB/MG 50.693, Iulian Miranda - OAB/MG 121.032, Leandro Augusto Ribeiro Aredes - OAB/MG 138.059, Leo Alves de Assis Júnior - OAB/MG 71.862, Mariana Cristina Xavier Galvão Novais - OAB/MG 122.230, Markos Wendell Carvalho Rodrigues - OAB/MG 112.676, Rúsvel Beltrame Rocha - OAB/MG 65.805, Carlos Eduardo Alves Lima - OAB/SP 155.452, Ingrid do Nascimento Pistili - OAB/SP 369.108, João Luiz Cople Loureiro - OAB/RJ 147.030 e Vilmar Luiz Graça Gonçalves - OAB/RJ 111.023
- MPTC:** Daniel de Carvalho Guimarães
- RELATOR:** CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

### **EMENTA**

DENÚNCIAS. PREFEITURA MUNICIPAL. CONCORRÊNCIA. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE, INCLUINDO DESENVOLVIMENTO, MODERNIZAÇÃO, AMPLIAÇÃO, EFICIENTIZAÇÃO ENERGÉTICA, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DA REDE. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. REJEITADA. MÉRITO. NÃO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SOBRE O QUANTITATIVO DE PONTOS DE ILUMINAÇÃO PARA MONITORAMENTO POR SISTEMA DE TELEGESTÃO EM VIAS V1 E V2. REDUNDÂNCIA ENTRE TERMOS UTILIZADOS NO EDITAL. AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIAS AO ATENDIMENTO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.079/2004. NÃO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COM RESTRIÇÃO À TELEGESTÃO SOMENTE EM VIAS V1 E V2. FONTE DAS RECEITAS MUNICIPAIS PARA A CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS. APARENTE DISPARIDADE ENTRE O CUSTO DOS ESTUDOS PRÉVIOS E O VALOR DO RESSARCIMENTO. NÃO ATENDIMENTO À NBR 15129:2012. RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSORCIADOS QUANTO AOS ATESTADOS DE

CAPACIDADE TÉCNICA. RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CUMULAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 31, DA LEI Nº 8.666/93. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DESCABIDA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CARTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE ATESTE A QUALIDADE DA MONTAGEM FINANCEIRA DA PROPOSTA COMERCIAL. IMPROCEDÊNCIA DAS DENÚNCIAS. ARQUIVAMENTO.

1. Reconhece-se a legitimidade das pessoas jurídicas para apresentarem denúncias no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.
2. As informações necessárias para a elaboração das propostas foram disponibilizadas pela Administração, no edital e na minuta do contrato, bem como no site da Prefeitura, estando em consonância à exigência do § 4º, art. 10, da Lei n. 11.079/2004.
3. O edital e seus anexos não utilizam o termo “otimização”, e não registram redundância entre os termos “modernização e efficientização”, conforme objeto descrito no edital, minuta contratual e Anexo 05.
4. Ausência de comprovação de infração ao limite estabelecido no art. 28 da Lei n. 11.079/2004.
5. O objeto licitado está de acordo com a previsão do art. 2º da Lei municipal n. 8.468/2002, constituindo ato discricionário a escolha do sistema a ser implementado e a definição de critérios para a sua ampliação, de acordo com a viabilidade econômica da contratação, não se podendo alegar violação ao princípio da eficiência.
6. O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da repercussão geral da controvérsia relativa à constitucionalidade da cobrança, por Municípios e pelo Distrito Federal, da contribuição de iluminação pública visando a satisfazer despesas com melhoramento da rede não gera efeitos jurídicos em seu momento inicial.
7. O Decreto municipal n. 14.657/2011 não estabelece o valor ou percentual máximo a ser ressarcido, pelo licitante vencedor, ao autor dos estudos e projetos prévios.
8. A omissão quanto à NBR 15129:2 012 não invalida o edital, haja vista estar resguardado pela citação de outras normas, também do INMETRO, relativas a iluminação de LED e ensaios de segurança.
9. Comprovado que o edital de licitação, em análise conjunta de seus dispositivos, possibilitou que cada consorciado deveria atender, individualmente, as exigências relativas à regularidade jurídica, fiscal, trabalhista e econômico-financeira, salvo quanto a patrimônio líquido que deveria ser atendida na proporção da respectiva participação de cada empresa no consórcio e, quanto à capacidade técnica permitiu o somatório de atestados apresentados por quaisquer de seus integrantes.
10. Diante do vulto da contratação e da particularidade do caso concreto, entende-se regular a restrição de participação de empresas em processo de recuperação judicial prevista no edital.
11. Nas licitações para concessão de serviço público, por meio de parceria público-privada, é regular, quanto às exigências de qualificação econômico-financeira, a prestação de garantia de proposta e a garantia de execução contratual com espeque no art. 11 e art. 5º, da Lei n. 11.079/2004, bem como a exigência de patrimônio líquido, com fundamento no § 2º, do art. 31, da Lei n. 8.666/93.

12. A exigência de carta de instituição financeira que ateste a qualidade da montagem financeira da proposta comercial encontra guarida na exigência da capacidade técnico-operacional, com espeque no art. 30 da Lei n. 8.666/93, com vistas a demonstrar a capacidade de gestão de significativos recursos econômicos e administrativos na estruturação de projetos complexos, por parte dos licitantes.

### **NOTAS TAQUIGRÁFICAS**

**36ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 12/12/2018**

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

#### **I – RELATÓRIO**

Trata-se de Denúncia<sup>1</sup> apresentada pelo Sr. José Firmo do Carmo Júnior, em face do Edital de Concorrência Pública SMOBI nº 05/2016, Processo Administrativo nº 01-162.894/15-31, publicado pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, por intermédio da Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura – SMOBI, objetivando a “concessão administrativa para prestação dos serviços de iluminação pública no Município de Belo Horizonte, incluídos o desenvolvimento, modernização, ampliação, eficientização energética, operação e manutenção da Rede Municipal de Iluminação Pública” (fl. 27, volume 1, autos principais).

A Denúncia foi protocolizada neste Tribunal em 15/03/2016 (fls. 01/05, volume 1, autos principais), acompanhada da documentação de fls. 06/22 (volume 1, autos principais), tendo sido determinada sua autuação pelo Conselheiro Presidente em 18/03/2016 (fl. 24, volume 1, autos principais), sendo distribuída à minha relatoria em 21/03/2016 (fl. 25, volume 1, autos principais), com abertura do certame marcada para 29/03/2016 (fl. 29, volume 1, autos principais).

O instrumento convocatório encontra-se às fls. 27/107 (volume 1, autos principais).

O valor estimado da contratação é da ordem de R\$ 1.419.204.970,00 (um bilhão, quatrocentos e dezenove milhões, duzentos e quatro mil, novecentos e setenta reais), fl. 110, volume 1, autos principais.

Em 29/03/2016 encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia e Perícia, deste Tribunal, para análise e, entendendo necessário, que o estudo fosse realizado conjuntamente com a Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Parcerias Público-Privadas - CFCPPP (fl. 107/107-v, volume 1, autos principais).

Assim, manifestou-se a CFCPPP em relatório de fls. 110/122 e documentos anexos, fls. 123/124 (volume 1, autos principais), sugerindo diligência para encaminhamento da documentação arrolada à fl. 122.

Determinei a intimação do Sr. Josué Costa Valadão, Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura, e do Presidente da Comissão Especial de Licitação, Sr. José Maurício Valério,

---

<sup>1</sup> Autuada como Denúncia por não conter na documentação apresentada a comprovação de que o Sr. José Firmo do Carmo Júnior é servidor público, conforme informado na peça inicial.

para encaminharem a este Tribunal a documentação elencada às fls. 126/126-v (volume 1, autos principais).

Intimados (fls. 127/132, fl. 139, volume 1, autos principais), o Procurador-Geral do Município apresentou a documentação de fls. 133/137, e arquivos digitais em envelope, fl. 138/139 (volume 1, autos principais).

Protocolizaram, também, documentação sob o número 4070511/2016, datada de 10/05/2016, por meio da PBH Ativos S/A, documentação relativa às três Denúncias.

Ato contínuo, encaminhei os autos com a documentação juntada à CFCPPP para análise (fl. 142/142-v, volume 1, autos principais).

Em 12/05/2016 (fl. 143, volume 1, autos principais), determinei à Secretaria do Tribunal Pleno que fossem apensados aos presentes autos as Denúncias nºs 977587 e 977560, em razão da conexão da matéria, nos termos do art. 156, § 1º, do RITCMG.

A Denúncia nº 977560 foi protocolizada nesta Corte em 28/03/2016, pela empresa Engetran Engenharia S/A (fls. 01/14, acompanhada dos documentos de fls. 15/230), distribuída à minha relatoria na mesma data.

Nos autos da Denúncia nº 977560 determinei o saneamento de falha verificada no instrumento de representação legal (fl. 235), tendo sido juntados os documentos de fls. 236/241.

Antes que a Denúncia fosse apensada aos autos principais (Denúncia nº 977532), juntou-se manifestação do membro da Comissão Especial de Licitação da denunciada, Sr. Leandro Augusto Ribeiro Arêdes (fls. 250/256, acompanhada da documentação de fls. 257/293-v).

A Denúncia nº 977587 foi apresentada pela empresa Quaatro Participações S/A, em 29/03/2016 (fls. 01/37, volume 1, acompanhada da documentação de fls. 38/568, volumes 1 a 3), distribuída à minha relatoria em 31/03/2016 (fl. 571, volume 3).

Em 08/04/2016 encaminhei os autos para análise da CFCPPP, uma vez que esta já se encontrava com os autos principais, Denúncia nº 977532, para análise (fls. 572/572-v, volume 3).

No entanto, às fls. 573/573-v, volume 3, antes que o processo seguisse para a CFCPPP, determinei o saneamento de falha apurada no documento de procuração. Os responsáveis juntaram os documentos de fls. 574/576, volume 3.

À fl. 582, volume 3, o representante da denunciante apresentou nova solicitação de urgência na apreciação do pleito, uma vez que o certame já se encontrava em fase avançada de tramitação.

Os autos retornaram à CFCPPP para continuidade da análise técnica (fl. 586, volume 3).

Em 12/05/2016 (fl. 143, volume 1) determinei à Secretaria do Tribunal Pleno a juntada da documentação protocolizada pelo Sr. Leandro Augusto Ribeiro Arêdes, membro da Comissão Especial de Licitação da denunciada, apresentando esclarecimentos em relação à Denúncia nº 977532 (fls. 144/158-v e 187, volume 1), Denúncia nº 977587 (fls. 160/178, volume 1), e Denúncia nº 977560 (fls. 179/186-v, volume 1).

Em 19/05/2016 a CFCPPP apresentou relatório de análise técnica (fls. 192/213, volume 2, autos principais), manifestando-se sobre as três Denúncias, juntando documentos de fls. 214/216 (volume 2, autos principais).

Em 23/05/2016 determinei à Secretaria do Tribunal Pleno a intimação dos denunciantes dos autos principais e apensos, Sr. José Firmo do Carmo Júnior, Quatro Participações S/A e Engetran Engenharia S/A, sobre minha decisão quanto a não concessão da medida acautelatória de suspensão da Concorrência Pública SMOBI nº 05/2016, com espeque no relatório técnico de fls. 192/217 (volume 1, autos principais), por não vislumbrar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (fl. 218/219, volume 2, autos principais). Destarte, seria dado prosseguimento na análise da Denúncia, nos termos regimentais.

Juntou-se os comprovantes das intimações às fls. 220/223 (volume 2, autos principais).

À fl. 224 (volume 2, autos principais) juntou-se certidão da Secretaria do Tribunal Pleno sobre devolução de AR para o Sr. Leo Alves de Assis Júnior, Procurador da Engetran Engenharia S/A, com anotação “não procurado”.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em análise preliminar, manifestou-se sobre as Denúncias às fls. 226/234-v (volume 2, autos principais), apresentando aditamento à de nº 977532, vejamos:

- a) Nulidade da licitação por violação ao princípio da ampla competitividade da licitação, arts. 3º, § 1º, I e 49 da Lei nº 8.666/93;
- b) nulidade da licitação por violação ao princípio da legalidade, arts. 3º e 49 da Lei nº 8.666/93 e art. 1º da Lei nº 4.150/62;
- c) necessidade de análise abrangente do edital.

Retornei os autos à CFCPPP, com vistas a esclarecer e efetuar nova análise, a requerimento do *Parquet*, quanto ao modelo de contratação e a tecnologia exigida no edital (fl.235/235-v, volume 2, autos principais), alínea “c” do aditamento.

A CFCPPP juntou análise às fls. 236/244, e anexou os documentos de fls. 245/248 (volume 2, autos principais).

Em seguida, determinei a citação do Sr. Josué Costa Valadão, Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura e subscritor do edital, Sr. José Maurício Valério, Presidente da Comissão Especial de Licitação e seus membros, Sr. Carlos Alberto Santos, Sr. Leandro Augusto Ribeiro Arêdes, Srª Ana Maria Barcelos de Souza Murici, Sr. Edgard Gonçalves da Costa e Sr. Bruno Perez Barbosa e, ainda, o Consórcio IP Belo Horizonte, representado pela empresa líder, Construtora Barbosa Mello S/A, para apresentação de justificativas e documentos que entendessem pertinentes acerca das Denúncias, principalmente face às análises técnicas de fls. 192/213 e 236/249 (volume 2, autos principais), e ao parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, fls. 226/234-v (volume 2, autos principais).

Os comprovantes de citação foram juntados às fls. 251/259, 263/269 (volume 2, autos principais).

Às fls. 270/299 (volume 2, autos principais) juntou-se defesa apresentada por BH Iluminação Pública S/A, embora a citação tenha sido endereçada à Construtora Barbosa Mello S/A, representante legal do Consórcio IP Belo Horizonte.

A SPE, BH Iluminação Pública S/A, esclarece na defesa que a mesma foi constituída pelas empresas vencedoras da licitação, integrantes do consórcio - Consórcio IP Belo Horizonte -, conforme previsão do edital da Concorrência Pública nº 005/2016, que determinou que o consórcio vencedor deveria constituir uma SPE - Sociedade de Propósito Específico, responsável pela execução do contrato, nos termos do art. 9º, da Lei nº 11.079/2004.

Acompanharam a defesa os documentos de fls. 300/336 (volume 2, autos principais).

Às fls. 337/358 (volume 2, autos principais) juntou-se defesa do Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura, do Presidente e membros da Comissão Especial de Licitação, apresentada pelo Sr. Rúsvel Beltrame Rocha, Procurador-Geral do Município de Belo Horizonte, Sr. Hércules Guerra, Procurador-Geral Adjunto Tributário, Sr<sup>a</sup> Ana Flávia S. Patrus de Souza, Procuradora-Geral Adjunta Administrativo-Consultivo.

Acompanharam a defesa os documentos de fls. 359/377 (volume 2, autos principais).

Às fls. 378/384 (volume 2, autos principais) juntou-se documentos de ratificação dos termos da defesa apresentada pelos Procuradores da Prefeitura (fls. 337/358, volume 2, autos principais), assinados pelo Presidente e membros da Comissão Especial de Licitação.

A CFCPPP analisou as defesas apresentadas e juntou relatório técnico, fls. 389/401 (volume 3, autos principais).

Em seguida, em 14/02/2017, verifiquei que a determinação exarada às fls. 218/219 (volume 2, autos principais), não fora cumprida *in totum* pela Secretaria do Tribunal Pleno, motivo pelo qual determinei a intimação do denunciante dos autos principais, Sr. José Firmo do Carmo Júnior, com urgência, acerca da minha decisão quanto a não concessão da medida acautelatória de suspensão da concorrência *sub examine*, com espeque no relatório técnico de fls. 192/217 (volume 1, autos principais), por não vislumbrar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (fl. 218/219, volume 2, autos principais). Destarte, seria dado prosseguimento na análise da Denúncia, nos termos regimentais.

A determinação fora cumprida, em conformidade com os documentos de fls. 404/406 (volume 3, autos principais).

Ato contínuo o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas juntou parecer conclusivo (fls. 409/435, volume 3, autos principais).

É o relatório.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### **Preliminar – Ilegitimidade Ativa:**

Antes da análise do mérito das denúncias deve ser enfrentada, em preliminar, a ilegitimidade ativa arguida pela PBH Ativos S/A, que figura como parte interessada, nos autos da Denúncia nº 977587 (fls. 593/630-v, volume 3) e Denúncia nº 977560 (fls. 250/256, volume 1).

Nos autos de nº 977587 (fls. 593-v/594, volume 3), a PBH Ativos S/A arguiu a ilegitimidade ativa da denunciante Quatro Participações S/A, uma vez que a empresa alega a irregularidade do edital em relação à vedação da participação de empresas em recuperação judicial, no entanto, alega que falta à autora comprovar efetivo interesse em direito a ser tutelado por esta Corte, pois não se encontra em situação de recuperação judicial, comprovando por meio da certidão juntada à fl. 632.

Alega a previsão do art. 17 do CPC, *verbis*:

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

Alega, também, a ilegitimidade ativa das denunciadas Quatro Participações S/A (Denúncia nº 977587) e Engetran Engenharia S/A (Denúncia nº 977560), em relação ao art. 301, do RITCMG, e em relação ao art. 113, da Lei nº 8.666/93, uma vez que as denunciadas são

peças jurídicas de direito privado, não se enquadrando nos conceitos elencados no art. 301, *verbis*:

Art. 301. Qualquer cidadão, partido político, associação legalmente constituída ou sindicato poderá denunciar ao Tribunal irregularidades ou ilegalidades de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à sua fiscalização.

Conclui que, na falta de qualquer das condições citadas importará, inevitavelmente, na carência desta com a consequente extinção do processo sem julgamento do mérito.

Importa trazer a lume que esta Corte não visa à tutela de direito próprio da denunciante e, se fosse o caso, a matéria seria de competência do Poder Judiciário, mas ao revés, tem-se que a denunciante apresenta possível contrariedade ao direito, praticada pela municipalidade por meio da Concorrência em análise.

Em relação a falta de legitimidade da empresa Quatro Participações S/A (Denúncia nº 977587), para postular junto a esta Corte a irregularidade do edital em exame, em relação à vedação na participação de empresas em regime de recuperação judicial, sob a alegação de que falta à autora comprovar efetivo interesse em direito a ser tutelado, em razão da empresa não se encontrar em situação de recuperação judicial, não assiste razão à PBH Ativos S/A.

Esquece a PBH Ativos S/A que o Tribunal de Contas, em sua missão constitucional, fiscaliza os contratos, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres de que resultem receita ou despesa, conforme art. 268 do Regimento Interno desta Corte.

E, o § 1º, do art. 301, do RITCMG dispõe acerca dos requisitos de admissibilidade da denúncia, quais sejam:

Art. 301. Qualquer cidadão, partido político, associação legalmente constituída ou sindicato poderá denunciar ao Tribunal irregularidades ou ilegalidades de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à sua fiscalização.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da denúncia:

I - referir-se à matéria de competência do Tribunal;

[...] (g.n.)

Nesse diapasão, resta preenchida a exigência constante do *caput* do art. 301, constituindo objeto de denúncia qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à fiscalização deste Tribunal, bem como, perfeitamente preenchido o requisito de admissibilidade constante do inciso I, § 1º, do mesmo art. 301, do RITCMG, ou seja, é suficiente que a matéria denunciada esteja abrangida pela competência constitucional deste Tribunal de Contas, e, *in casu*, não resta dúvida que a fiscalização dos procedimentos licitatórios, dos editais e contratos celebrados estão nesta seara, nos termos do art. 3º, do mesmo diploma legal que trata das competências desta Corte, nos seguintes termos:

Art. 3º Compete ao Tribunal:

[...]

XVI - fiscalizar os procedimentos licitatórios, de modo especial os editais, as atas de julgamento e os contratos celebrados;

[...] (g.n.)

Ademais, o art. 262, do RITCMG, dispõe a respeito da sujeição dos instrumentos convocatórios referentes aos procedimentos licitatórios, instaurados pelos órgãos ou entidades

estaduais e municipais, ao exame deste Tribunal, com a sua conseqüente suspensão liminar, na hipótese de constatação de graves irregularidades que possam causar lesão ao erário, fraude ou risco de ineficácia da decisão de mérito, com espeque no art. 264.

Quanto ao outro ponto arguido, embora não haja expressa previsão na norma regimental de que pessoas jurídicas possam apresentar denúncias perante esta Corte de Contas, este Tribunal tem, sistematicamente, admitido, com fundamento no disposto no inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição da República, o qual consagra como garantia fundamental o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos e ilegalidade ou abuso de poder, independente do pagamento de taxas.

Esse direito, nas lições de José Afonso da Silva, pode ser definido como:

o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação, seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade.<sup>2</sup>

Demais disso, existe previsão expressa na Lei Nacional de Licitações, aplicável a todos os entes da federação, de que as pessoas jurídicas representem junto às Cortes de Contas sobre irregularidades na aplicação daquela Lei, vejamos:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo. (g.n.)

Ratifica o entendimento pertinente à representação aos órgãos de controle, a manifestação de Justen Filho<sup>3</sup>, a saber:

É atribuída a qualquer pessoa, física ou jurídica, a legitimidade para exercer o direito de petição ao Tribunal de Contas ou aos órgãos de controle interno, envolvendo irregularidade na atividade subordinada à lei de licitações e contratos administrativos. O dispositivo evita que se deixe sem apuração alguma denúncia sob argumento de ilegitimidade no exercício do direito de representação.

Assim, não há como afastar da apreciação desta Corte, portanto, falhas relativas à realização de licitações e execução de contratos firmados por entes da Administração Pública, simplesmente por terem sido trazidas ao conhecimento do Tribunal por pessoa jurídica, já que a norma regimental não tem o poder de derrogar expressa previsão legal.

---

2 SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 421.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 945.

O Tribunal de Contas, no exercício de seu dever constitucional, deve/pode examinar quaisquer irregularidades que cheguem ao seu conhecimento, de ofício ou por provocação (por meio de denúncias ou representações).

Cumpra ressaltar, ainda, que a interpretação dada pela PBH Ativos S/A ao disposto no art. 301 do RITCMG, ou seja, impossibilidade de denúncia por parte de pessoas jurídicas, acarreta ofensa aos princípios da isonomia, moralidade, probidade e da legalidade, posto que contraria o disposto no art. 5º, XXXIV da Constituição Federal.

Do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada em relação à denunciante Quatro Participações S/A (Denúncia nº 977587), nos termos do art. 3º, 262, 264, 268, art. 301, *caput* e § 1º, I, e rejeito, também, a ilegitimidade ativa suscitada em relação a esta, bem como à Engetran Engenharia S/A (Denúncia nº 977560), nos termos do art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da CR/88 e do §1º, do art. 113, da Lei nº 8.666/93, por preencherem os requisitos para denunciar junto a esta Corte de Contas.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Declaro a minha suspeição.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também acompanho o Relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

APROVADA A PRELIMINAR.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

**Mérito:**

Passo à análise das irregularidades apontadas, separadamente por Denúncia, considerando a documentação acostada, as manifestações da CFCPPP e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e aditamentos apresentados.

## **II.1. Denúncia nº 977532, autos principais**

### **Das irregularidades apontadas pelo denunciante:**

#### **II.1.1 – Não atendimento ao princípio da publicidade**

Nesse item o denunciante registrou alegações distintas, quais sejam: a) ausência de informações claras sobre o quantitativo de pontos de iluminação para monitoramento por sistema de telegestão em vias V1 e V2; b) redundância entre os termos utilizados no edital: modernização, otimização e efficientização; c) ausência de evidências ao atendimento do art. 28 da Lei nº 11.079/2004.

#### **a) Ausência de informações claras sobre o quantitativo de pontos de iluminação para monitoramento por sistema de telegestão em vias V1 e V2:**

O denunciante alegou (fl. 02, volume 1) que essa informação é imprescindível para a correta formulação das propostas pelos licitantes.

Informou que apresentou pedido de esclarecimento junto à Administração, antes da abertura do certame, tendo obtido resposta por meio da Circular 1, datada de 11/03/2016 (fls. 20/22, volume 1), alegando que a responsabilidade pelo levantamento do quantitativo seria do concorrente, que estimava-se o quantitativo em 20%, e, ainda, que o edital previa em seu item 13.1.1.2 que “após a adjudicação do objeto do certame” deveria ser realizado recadastro do parque de iluminação.

Concluiu que a real dimensão do serviço licitado somente seria possível após o encerramento do certame, “impondo graves riscos [...] eis que a formulação de proposta mais adequada para prestação do serviço depende da informação. Na forma como se encontra faz-se terreno fértil para concorrentes aventureiros que podem subdimensionar ou superdimensionar esse dado, com ofertas de propostas incompatíveis com o melhor interesse público.”

Na análise da CFCPPP, fls. 110/122, volume 1, aquela Coordenadoria informou que o edital estabeleceu no Anexo 5 - Especificações mínimas dos Serviços, item 1.1, a existência da quantidade aproximada de 165.000 unidades de iluminação pública, compostas de 178.000 pontos de iluminação pública.

E que o item 4, do mesmo Anexo, dispõe sobre o Escopo dos Serviços, alínea “v”:

- v. Implantação de SISTEMA DE TELEGESTÃO nas principais vias e de tráfego intenso, classificadas como V1 e V2, conforme detalhado no ANEXO 13.

Mencionou que o item 4.5, do Anexo 5, dispõe sobre a implantação do Sistema de Telegestão de forma mais detalhada, e que o Anexo 13 - Classificação das vias do Município de Belo Horizonte, estabelece no item 1.1:

A CONCESSIONÁRIA deverá incluir ao Plano Geral de Modernização e Efficientização a classificação das vias de veículos em consonância com os padrões de iluminação média mínima e uniformidade para cada classe de iluminação detalhados no item 4.4 no ANEXO 5 e, devera, minimamente, classificar as vias de veículos do município em V1, V2, V3, V4 e V5 conforme detalhados nos subitens 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3, 1.1.4 e 1.1.5.

A CONCESSIONÁRIA poderá atualizar a classificação de vias apresentada no presente ANEXO, desde que adotada classificação mais rigorosa, devendo a

CONCESSIONARIA atender a valores mais elevados de Iluminância Media Mínima e Fator de Uniformidade Mínimo do que os aqui sugeridos. [sic]

Relatou que o Anexo 13 “apresenta nominalmente, por bairro, uma lista de vias que devem ter no mínimo os níveis de iluminação V1 e V2, nos itens 1.1.1 e 1.1.2. O anexo 13 não define numericamente os pontos de iluminação constantes das vias classificadas como V1 e V2 pelo município.”

Registrou, a CFCPPP que o item 2.1 do edital trouxe a informação sobre a obtenção dos projetos sobre a rede municipal de iluminação, vejamos:

**2.1.** O EDITAL, suas planilhas e formulários, as informações, estudos e projetos sobre a REDE MUNICIPAL DE ILUMINACAO PUBLICA poderão ser obtidos no *site*: [www.pbh.gov.br](http://www.pbh.gov.br) e, ainda, em mídia digital, por meio de troca de mídia digital (CD ou DVD) gravável, e/ou cópia impressa, mediante o recolhimento dos valores referentes ao custo de reprodução gráfica, nos termos do art. 32, § 5o da Lei n. 8.666/93, na Seção de Suporte Administrativo da SUDECAP, localizada na Avenida do Contorno, 5.454 – Andar Térreo Bairro Funcionários. (grifo no original) [sic]

Citou, também, que, em resposta ao questionamento do denunciante, a Administração, estimou em 20% o número de luminárias constantes das vias V1 e V2 do parque atual, mas também disponibilizou, juntamente com o edital e seus anexos, os documentos mencionados no item 2.1 transcrito acima, quais sejam, projetos sobre a rede de iluminação pública, que possibilitariam a verificação por parte dos licitantes.

Assim, manifestou-se, a CFCPPP, no sentido de que a Concorrência Pública nº 005/2016, uma Parceria Público-Privada - PPP, diferentemente de licitações para obras públicas fundamentadas unicamente na Lei nº 8.666/93, não exige a elaboração de projeto básico ou executivo detalhando precisamente em planilha todos os quantitativos e composições de custos envolvidos na execução do objeto licitado.

Citou o art. 10, da Lei nº 11.079/2004, que estabelece todos os requisitos para projetos de PPP, esclarecendo que os estudos de engenharia devem ter detalhamento de anteprojeto, o que, certamente, não contemplam quantitativos precisamente definidos.

Registrou, também, o Acórdão nº 1982-28/13, do Tribunal de Contas da União, no sentido de que os detalhamentos do empreendimento necessários à execução de objeto licitado em PPP somente são exigidos após o procedimento licitatório.

E, ainda, que “o cadastro atual da rede de iluminação pública foi divulgado no sítio eletrônico da licitação acompanhado da classificação atual de vias (Anexo 13 à Minuta do Contrato), não havendo que se falar, portanto, em ausência de publicidade [...]”.

Ressaltou que no esclarecimento apresentado pela Comissão Especial de Licitação, fl. 146-v, volume 1, esclareceu-se que, no estudo selecionado no Procedimento de Manifestação de Interesse - MIP, que foi, igualmente público, consta um diagnóstico dos pontos de iluminação pública do município (Produto 1, páginas 18 a 24), contendo não somente o número de pontos de iluminação atual, mas sua distribuição percentual em cada tipo de via da cidade.

E, registrou que o prazo para o levantamento de dados pelos licitantes até a apresentação das propostas foi de 60 (sessenta) dias, muito superior ao exigido pela Lei nº 8.666/93.

Assim, aquela Coordenadoria concluiu que a presente Denúncia não procede quanto a este item, “tendo em vista que houve divulgação adequada dos documentos que possibilitam o acesso à informação requerida, tanto no edital, quanto nas fontes indicadas pelo município.”

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em análise preliminar (fls. 226/234-v, volume 2) entendeu que ficou caracterizado o cerceamento de informações ao licitante sobre o número de pontos de iluminação a serem monitorados pelo sistema de telegestão em vias V1 e V2. Considerou que o Anexo 13 do edital não definiu numericamente os pontos de iluminação constantes das vias V1 e V2, e que a mencionada Circular 1, em resposta da Administração ao licitante, questionamentos de nº 38, 55 e 56, que pretendeu esclarecer o assunto, corroboraram com a restrição à ampla participação.

Assim, o *Parquet* requereu a nulidade do certame, nos termos do art. 49, da Lei nº 8.666/93.

Em defesa a SPE – BH Iluminação Pública S/A, esclareceu (fls. 270/299, volume 2) que já iniciou a execução contratual, mobilizando-se para executar o Cadastro Georreferenciado da Rede de Iluminação Pública e o Plano de Transição da Concessão, conforme estabelecido em contrato.

Informou que realizou pagamentos à PBH Ativos S/A no valor de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais), e à Estruturadora Brasileira de Projetos S/A no valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a título de reembolso pela elaboração de estudos apresentados no MIP, autorizado antes da licitação da concessão administrativa, e que uma eventual determinação de suspensão da execução contratual poderia ocasionar graves prejuízos à SPE, culminando no direito de reparação, perante o município de Belo Horizonte, prejudicando, ao final, a própria administração pública.

Alegou que o edital trouxe informações suficientes para que os licitantes participassem da licitação, e apresentou as informações que constaram do Anexo 05, item 1.1, e outras, que detalham especificamente como deveria ser realizada a implantação do sistema de telegestão mencionando, também, o Anexo 13 que trouxe uma lista das vias V1 e V2 e os esclarecimentos prestados na Circular 1.

E registrou que cabia a cada licitante realizar uma análise cuidadosa dos dados do edital e dos esclarecimentos, para elaboração das suas projeções, plano de negócios e propostas, em conformidade com as exigências do edital.

Ressaltou, quanto à conclusão do *Parquet*, no sentido de que houve cerceamento de informação importante do edital, relativo ao número de pontos de iluminação a serem monitorados pelo sistema de telegestão, em vias V1 e V2, que não há qualquer irregularidade no repasse ao particular da obrigação de realização do levantamento do número de pontos de iluminação, por meio do cadastro da rede municipal de iluminação.

Alegou que a obrigação contida na cláusula 13.1.1.4, da minuta contratual, é compatível com o nível de detalhamento de anteprojeto e também com a repartição de riscos entre as partes, estabelecida no art. 5º, III, da Lei nº 11.079/2004, já que o risco sobre os dados do cadastro municipal de iluminação foi alocado à concessionária, e reproduziu a cláusula 41.1 da minuta contratual que dispõe sobre os riscos da concessionária.

Sobre os esclarecimentos prestados na Circular 1, citada pelo *Parquet*, contestada nos questionamentos de números 38, 55 e 56, informaram que as respostas dadas apenas ratificaram as normas constantes da matriz de risco do contrato. Colacionou trechos de outros editais de PPPs, realizadas pelo Estado de Minas, nos quais considera que as informações disponibilizadas pela Administração são meramente referenciais, para fins de elaboração de propostas.

Acrescentou jurisprudência do TCU sobre riscos em PPPs e trecho do relatório da Unidade Técnica deste Tribunal, também sobre riscos.

Concluiu que não houve qualquer violação ao princípio da publicidade e da competitividade, destacando que a proposta do Consórcio IP Belo Horizonte contemplou desconto da ordem de, aproximadamente, 32% em relação ao valor máximo fixado para a contraprestação, contra desconto de 26% do segundo colocado, evidenciando disputa acirrada no certame, comprovando inconsistência da alegação de reestrutividade e vantajosidade para os interesses da Administração.

Em sede de defesa, fls. 337/358 (volume 2), os Procuradores dos denunciados reafirmaram as razões já expostas em sede de esclarecimentos pela Comissão Especial de Licitação (fls. 144/158-v, volume 1) e alegaram que “restou verificada a competitividade do certame, e ainda, que em nenhuma das outras Denúncias apresentadas esta questão foi levantada, o que corrobora o entendimento de que as informações lançadas pelo Município no edital foram suficientes e, em conformidade com o permissivo legal.”

A CFCPPP, em análise das defesas manifestou-se (fls. 389/401-v, volume 3), concluindo no mesmo sentido de sua análise inicial, isto é, pela improcedência da Denúncia, tendo em vista que as defesas apresentadas posicionam-se na mesma linha do entendimento daquela Coordenadoria apresentado nos relatórios anteriores.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em seu parecer conclusivo (fls. 409/435-v, volume 3), adotou posicionamento pela regularidade do item, não mais pela irregularidade, como concluído em parecer preliminar (fls. 226/234-v, volume 2).

Para tanto, baseou-se no disposto no § 4º, do art. 10, da Lei Federal nº 11.079/2004, que dispõe no sentido de que o edital de parceria público-privada deve descrever o objeto com nível de anteprojeto, sem necessidade de esgotamento, tanto da descrição quanto da delimitação total do produto ou serviço a ser entregue.

Citou, ainda, que as seguintes informações foram disponibilizadas no site da Prefeitura, disponíveis a todos os interessados: a) anexo 4 da minuta de contrato, impõe a concessionária a obrigação de conservar e atualizar o cadastro municipal de iluminação pública; b) anexo 5 da minuta de contrato: especifica os serviços públicos a serem prestados; c) anexo 13: classifica as vias públicas em V1, V2, V3 e V4; d) cadastro de iluminação pública: reúne arquivos em pdf com as descrições dos pontos de iluminação pública de todo o município, dividido em regiões.

Nessa esteira, concluiu o *Parquet* que o edital encontra-se regular neste ponto da Denúncia, uma vez que toda a documentação necessária, relativa ao anteprojeto, foi disponibilizada, bem como em relação aos pontos de iluminação V1 e V2, pelo sistema de telegestão.

De todo o exposto, acolho a manifestação da Unidade Técnica e do *Parquet* para afastar a irregularidade apontada, por entender que, de fato as informações necessárias à elaboração das propostas foram disponibilizadas pela Administração, tanto no edital e na minuta de contrato, alhures citadas, bem como no site da Prefeitura, estando em consonância à exigência do § 4º, art. 10, da Lei nº 11.079/2004.

**b) Redundância entre os termos utilizados no edital: modernização, otimização e efficientização:**

O denunciante discorreu (fls. 02/03, volume 1), em sentido técnico, a imprecisão dos termos modernização, efficientização e otimização, e a ausência de diferenciação entre eles.

Alegou que, para clareza do objeto não se justifica a distinção apresentada e que há margem para interpretação subjetiva porque esses termos não constam do rol de Definições e Interpretação - item 2 da minuta contratual, anexo do edital. E, ainda, mantendo essa redação induz-se ao entendimento de que só seriam alcançadas a modernização, efficientização e otimização com a substituição total dos atuais parques de IP (iluminação pública), para lâmpadas LED, e considera que isso é possível, também, com outras lâmpadas com tecnologia consagrada.

Pois bem, em análise inicial a CFCPPP (fls. 112-v/113, volume 1) alegou que o termo “otimização”, citado pelo denunciante, não faz parte do escopo do edital.

Informou que, sobre os termos “modernização e efficientização” o edital dispõe em seu anexo 5, especificações mínimas, item 4.4 – modernização e efficientização das unidades de iluminação pública:

Para a presente CONCESSÃO serão consideradas como:

i. Modernizadas: As UNIDADES DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA cujos parâmetros luminotécnicos forem adequados aos requisitos fixados na Tabela 2, do item 4.4.3 deste ANEXO, obtendo, para esses pontos, o IRC médio mínimo para cumprimento à cada um dos MARCOS DE MODERNIZAÇÃO E EFICIENTIZAÇÃO;

ii. Efficientizadas: As UNIDADES DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA modernizadas em que sejam instaladas soluções que resultem em redução da Carga Instalada Média (W) da população formada por tais unidades.

Assim, concluiu a CFCPPP que, para os fins do serviço que está sendo contratado, restou claro, no edital, o que significa modernização e efficientização, não procedendo a Denúncia quanto a este aspecto.

Em análise preliminar o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (fls. 226/234-v, volume 2), não se manifestou sobre este ponto da Denúncia, pugnando pela nulidade do certame em relação a outros apontamentos.

Em sua defesa, a SPE, BH Iluminação Pública S/A (fls. 270/299, volume 2), não abordou este ponto da Denúncia.

Os denunciados apresentaram defesa (fls. 344/345, volume 2) e, quanto a este apontamento, reafirmaram que o termo “otimização” não faz parte do escopo do edital, e que os termos “modernização e efficientização” estão bem esclarecidos no Anexo 05, reproduzindo o texto das definições. Consideraram improcedente este ponto da Denúncia.

A CFCPPP, em análise das defesas apresentadas (fls. 389/401-v, volume 3), considerou que os argumentos estão na mesma linha do entendimento da Unidade Técnica, já apresentado nos relatórios anteriores, pela improcedência da Denúncia quanto a este apontamento, conforme acima transcrito.

O *Parquet* concluiu pela improcedência deste apontamento (fls. 409/435, volume 3), uma vez que o termo “otimização”, citado pelo denunciante, não faz parte do edital, restando claro, no instrumento convocatório, o significado dos termos modernização e efficientização.

Coaduno-me ao entendimento da Unidade Técnica e do *Parquet*, uma vez que o denunciante insurgiu-se contra o termo “otimização”, não utilizado no edital denunciado, conforme se comprova no item 1.1, do edital (fl. 33, volume 1) e 4.1 da minuta do contrato (fl. 68-v, volume 1), constando no Anexo 05 de sua minuta as definições e o significado dos termos “modernização e efficientização”.

Do exposto, julgo regular o presente item da Denúncia.

**c) Ausência de evidências ao atendimento do art. 28 da Lei nº 11.079/2004:**

Alegou o denunciante não haver evidência do atendimento ao § 1º, art. 28, da Lei nº 11.079/2004, que prevê que Estados, Distrito Federal e Municípios que contratem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no *caput* do citado artigo.

Quanto a este ponto assim se manifestou a CFCPPP (fls. 113/113-v, volume 1):

3.13. Sobre a alegação referida no item 3 a constituição federal determina no §3º do art. 165 que o Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre o Relatório Resumido da Execução Orçamentária. A Lei 101/2000- LRF dispõe na Seção III, artigos 52 e 53 sobre a composição desse relatório.

3.14. Verifica-se que o município publicou o Anexo XIII do RREO (Relatório Resumido da Execução Orçamentária) de 2015 no site do município<sup>4</sup> relativo ao 6º Bimestre, que consolida todas as informações sobre parcerias público privadas do exercício, inclusive o atendimento ao limite estabelecido no art. 28 da lei 11079/2004. O referido anexo foi juntado a esse relatório técnico no Anexo I.

3.15. Quanto ao envio das informações ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, a LRF também determina no seu art. 51, §1º, I, que todos os municípios devem encaminhar suas contas ao Poder Executivo da União, com cópia para o Poder Executivo Estadual, até 30 de abril. O não cumprimento dos prazos impede que o ente receba transferências voluntárias e contrate operações de crédito, exceto aos destinados ao refinanciamento do principal da dívida mobiliária.

3.16. Desta forma, considera-se que o disposto no art. 28 da lei 11.079/2004 é de interesse da própria União verificar, porque ele impede que a União realize transferências voluntárias aos municípios se a soma das despesas de caráter continuado de PPP tiverem excedido no ano anterior a 5% da receita corrente líquida.

3.17. Verificou-se consultando o Anexo 13 do RREO de 2015, que o município despendeu 3,17% da receita corrente líquida com despesas de caráter continuado de PPP, no exercício. Fazendo uma extrapolação, para incluir as despesas anuais com o contrato de concessão dos serviços de iluminação pública, observa-se que mesmo se for utilizado o valor máximo de contraprestação mensal permitido pelo edital (R\$6.150.000,00), ao longo de 12 meses e ainda acrescentado o montante de R\$20.000.000,00 a título de aporte (foi previsto nos anexos 5 e 9 o aporte desta quantia em favor da concessionária quando da conclusão de cada um dos 5 marcos de modernização e efficientização previstos no edital), o valor total com despesas de PPP não extrapola o percentual de 5% da receita corrente líquida.

3.18. Desta forma, conclui-se que não houve contrariedade ao princípio constitucional da publicidade e portanto a denúncia não procede quanto a nenhum dos pontos levantados pelo denunciante. [sic]

---

4

[http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=contaspublicas&lang=pt\\_BR&pg=6420&tax=52098](http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=contaspublicas&lang=pt_BR&pg=6420&tax=52098) pesquisa em 15/04/2016

O *Parquet*, em análise preliminar (fls. 227/228, volume 1), não se manifestou sobre este item da Denúncia, pugnano pela nulidade do certame em relação a outros apontamentos.

Em defesa (fls. 345-v/346-v, volume 2), os denunciados aduziram que, “as informações relativas à receita corrente líquida e outros aspectos orçamentários dos entes federados (aí incluído o Município de Belo Horizonte), não necessitam ser divulgados em anexo aos editais de licitação”.

Reproduziram trecho do relatório da Unidade Técnica, fls. 113 e 113v, volume 1, que analisou os valores constantes do Relatório Resumido da Execução Orçamentária, reafirmando que o município ainda possuía margem de receita corrente líquida não vinculada a projetos de PPP, e que teve sua situação melhorada com o valor obtido com a proposta vencedora do certame.

O *Parquet*, em análise conclusiva (fl. 414, volume 3), anuiu ao entendimento da Unidade Técnica (fl. 113-v, volume 1), no sentido acima exposto, concluindo pela improcedência desse ponto denunciado.

Vejamos a redação da norma em tela, *verbis*:

Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no caput deste artigo.

Pois bem, nos termos da informação constante da análise realizada pela CFCPPP, retrotranscrita, que juntou ao seu relatório técnico o Anexo I (fl. 123/124, volume 1), com detalhamento da Execução Orçamentária, Demonstrativo das Parcerias Público-Privadas, comprovou-se que o município de Belo Horizonte despendeu 3,17% da receita corrente líquida com despesas de caráter continuado de PPP, no exercício.

E, fazendo-se uma extrapolação, para incluir as despesas anuais com o contrato de concessão dos serviços de iluminação pública, como realizado pela Unidade Técnica, ainda assim não seria extrapolado o limite de 5% da receita corrente líquida em relação aos valores totais de PPPs no Estado.

E, ainda, que o município publicou o Anexo XIII, do RREO (Relatório Resumido da Execução Orçamentária) de 2015, relativo ao 6º Bimestre, em seu portal, que consolidava todas as informações sobre parcerias público-privadas do exercício, inclusive o atendimento ao limite estabelecido no art. 28, da Lei nº 11.079/2004.

Com a economia alcançada com a proposta vencedora do certame, conforme citado pelos defendentes à fl. 341 (volume 2), a situação atual apresenta-se totalmente de acordo com a disposição legal, inferior aos 3,17% citados pela CFCPPP.

Vejamos:

21. À título de informação, com finalidade de realçar a competitividade do certame, registra-se que a proposta vencedora apresentou significativa **economia ao município de**

**Belo Horizonte, economia esta que pode ser quantificada em R\$ 1.992.924,00 (um milhão, novecentos e noventa e dois mil, novecentos e vinte e quatro Reais) por ano, o que equivale a uma economia na ordem de 32,4% (trinta e dois por cento) em relação ao valor inicialmente inserido como o máximo orçado. A economia anual será da ordem de R\$ 23.915.088,00 (vinte e três milhões, novecentos e quinze mil e oitenta e oito reais), como informado pelos técnicos da PBH Ativos (vide doc. anexa). (grifos no original) [sic]**

A proposta de contraprestação mensal do Consórcio IP Belo Horizonte, vencedor do certame, no valor de R\$ 4.158.076,00 (quatro milhões, cento e cinquenta e oito mil, setenta e seis reais), em relação ao valor estabelecido como contraprestação máxima mensal, no edital, de R\$6.151.000,00 (seis milhões, cento e cinquenta e um mil reais), representa um deságio de 32,4%, conforme informado no relatório técnico da CFCPPP à fl. 238 (volume 2).

Do exposto, concluo não haver comprovação de infração ao limite estabelecido no art. 28, da Lei nº 11.079/2004, tampouco contrariedade ao princípio constitucional da publicidade e, portanto, a Denúncia não procede quanto a nenhum dos pontos levantados pelo denunciante em relação à restrição à publicidade.

#### **II.1.2. Não atendimento ao princípio da eficiência: limitação a objeto restrito a iluminação pública e restrição da instalação do sistema de telegestão apenas em vias V1 e V2.**

O denunciante alegou (fl. 03, volume 1) que, pelo fato do edital limitar seu objeto à iluminação pública, a estrutura de telegestão a ser implantada deixa de ser aplicada para ganho de eficiência do serviço público em outros setores, que poderia ser obtido se a estrutura implantada, objeto do contrato, fosse compartilhada com outras áreas de serviços públicos, como gestão de infraestrutura urbana, internet móvel pública, campanhas de saúde etc.

Alegou, ainda, que o edital restringe a instalação do sistema de telegestão às vias V1 e V2, o que leva a perda de eficiência, causando segregação “no que diz respeito às possibilidades de expansão dos benefícios acessíveis para toda a Sociedade”.

Em sua análise (fls. 113-v/115, volume 1), a CFCPPP cita o art. 2º, da Lei municipal nº 8.468/2002, que instituiu a CCIP – contribuição de custeio dos serviços de iluminação pública, *verbis*:

Art. 2º Fica instituída a Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública - CCIP -, que passa a integrar o sistema tributário municipal.

Parágrafo Único. O fundamento da CCIP é custear o serviço de iluminação pública, em caráter universal, de forma a viabilizar a tranquilidade, o bem-estar e a segurança nos espaços públicos, tendo como fato gerador a prestação destes serviços pelo Município, diretamente ou mediante concessão. (grifos no original)

A partir da definição da Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública – CCIP, a CFCPPP discorreu no seguinte sentido:

3.25. Neste contexto, a utilização do sistema de telegestão para fluxo de dados a serem utilizados em outras aplicações de interesse do município, conforme sugerido pelo denunciante, demandaria o investimento de mais recursos na ampliação da capacidade do sistema ou até mesmo em outros equipamentos necessários ao desempenho da rede. Esses investimentos não estão abrangidos no fato gerador da CCIP. Dessa forma, a decisão da utilização do sistema conforme sugerido encontra-se no âmbito discricionário do administrador.

3.26. O edital consignou na cláusula 26 da minuta contratual a possibilidade de exploração, pelo concessionário, de atividades relacionadas cujas receitas decorrentes serão compartilhadas com o Poder Concedente:

26.2 As receitas acessórias decorrentes da exploração de ATIVIDADE RELACIONADA de que tratam as cláusulas 26.1, 26.1.1 e 41.1.21, serão compartilhadas entre a CONCESSIONARIA e PODER CONCEDENTE na proporção de até 10% (dez por cento) da receita bruta apurada na exploração da ATIVIDADE RELACIONADA em favor do PODER CONCEDENTE.

3.27. Desta forma foi prevista a possibilidade da SPE explorar receitas acessórias mediante autorização do Poder Concedente, podendo por sua conta e risco suportar a ampliação do sistema de telegestão para ser usado em outras aplicações. Neste caso a SPE poderia vender esses serviços a particulares e até mesmo ao Poder Concedente, respeitando a previsão de compartilhamento das receitas adicionais, contida no contrato de concessão utilizando as receitas obtidas para custear os custos e investimentos realizados.

O município também tem a opção de investir, no futuro, em melhorias da prestação do serviço e especificamente na otimização do serviço de telegestão, incluindo aplicações que possam ser do interesse público, mediante reequilíbrio do contrato, conforme disposto na cláusula 17.2.2 da minuta contratual.

17.2.2. A eventual solicitação do PODER CONCEDENTE que envolva a incorporação de inovação tecnológica em padrões superiores ao dever da CONCESSIONÁRIA de prestar os SERVIÇOS com atualidade, inclusive no caso de posterior alteração dos padrões e normas técnicas, deve ser implementada mediante prévio acordo entre as PARTES e ensejara a revisão do equilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO.

3.29. Quanto à restrição na instalação do sistema de telegestão em vias V1 e V2 levar à uma suposta perda de eficiência, o denunciante apenas alegou o referido, não apresentando especificamente os pontos que considera prejudiciais.

3.30. Para os fins de controle e monitoramento previstos no edital o sistema de telegestão pode ser eficiente. O edital estabeleceu duas formas de controle e monitoramento da iluminação das vias: por meio do sistema de telegestão para vias principais, e por meio de sistema próprio de inspeção, baseado em norma da ABNT (NBR 5426) para as demais vias, conforme dispõe o Anexo 8, que mede o desempenho da concessionária. Desta forma, a eficiência do sistema de telegestão estaria ligada à finalidade para o qual foi projetado, conforme entendimento do TCU, demonstrado anteriormente.

3.31. Conclui-se que não houve ofensa ao princípio da eficiência e, portanto, não assiste razão ao denunciante quanto ao presente item.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em sua análise preliminar (fls.226/234-v, volume 1), não abordou especificamente o item denunciado, mas o I. Procurador-Geral, inclusive, aditou a Denúncia nº 977532 requerendo que fosse realizada “nova análise pela unidade técnica sobre o modelo de contratação adotado em Belo Horizonte, principalmente em relação à tecnologia exigida no edital, diante de sua suposta eficiência e da potencialidade de inovações a serem acrescidas ao serviço de iluminação pública em prol do bem estar social, ainda que seja necessária a realização de uma auditoria.”

Assim, determinei o retorno dos autos à CFCPPP (fl. 235/235-v, volume 2), por entender pertinente a requisição do *Parquet*.

Em novo estudo juntado às fls. 236/244 (volume 2) aquela Coordenadoria esclareceu, de início, que, quando da análise de denúncias relativas a concessão administrativa ou

patrocinada, nem sempre é possível realizar, inicialmente, uma análise abrangente do edital e anexos, tendo em vista a exiguidade do tempo que, geralmente, ocorre entre a apresentação da denúncia e a abertura do certame.

Mas que a Unidade técnica realiza uma varredura no edital e minuta contratual em relação aos principais aspectos que envolvem uma PPP: repartição de riscos, sistema de reequilíbrio, existência de um sistema de mensuração de desempenho, existência de aporte, garantias previstas, condições de qualificação técnica previstas no edital, critérios de julgamento, sistema de pagamento.

Informou que, considerando que o processo foi objeto de três Denúncias foi realizada análise dos aspectos citados, e, ainda, do processo de julgamento do MIP- Procedimento de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada, com vistas à verificação da procedência e a existência de irregularidades que pudessem comprometer a continuidade do certame.

Sobre a análise pleiteada pelo *Parquet*, acerca do modelo de contratação adotado, principalmente em relação à tecnologia exigida no edital, a CFCPPP informou que, após a transferência dos ativos por meio da Resolução 414/2010 o município tinha algumas opções, quais sejam, (i) a execução direta dos serviços; (ii) a execução indireta com base na lei federal 8.666/93; (iii) a concessão administrativa, com base na Lei Federal nº 11.079/2004; (iv) a execução por meio de consórcio público, se associando a outros municípios para, em conjunto, contratar os serviços.

Informou que, inicialmente o município de Belo Horizonte contratou por meio de empreitada por menor preço unitário os serviços de manutenção, serviços complementares, ampliação, serviços de ronda e de pronto atendimento da rede, pelo prazo máximo de 730 dias. E, em um segundo momento, depois de extenso processo de elaboração, que incluiu um MIP - Procedimento de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada, o município publicou o edital contestado pelas Denúncias em análise.

A CFCPPP considerou que o modelo de contratação, por meio de concessão administrativa, é o mais adequado, tendo em vista as condições peculiares que apresenta, quais sejam:

- (i) o município ser o usuário indireto do serviço contratado, sendo o titular dos serviços e responsável pela sua prestação;
- (ii) o elevado número de pontos de iluminação de que dispõe o município (178.000 pontos, conforme Anexo 05 do edital) e conseqüente valor dos serviços, superando os limites mínimos de valor requeridos pela Lei nº 11.079/2004 (no mínimo R\$20.000.000,00);
- (iii) a necessidade de investimentos para modernização do parque, obtendo-se maior economia e eficiência e a reversão desses bens para o município ao final do contrato, favorecendo a inclusão de capital privado no projeto;
- (iv) a conjugação das demandas de prestação dos serviços com fornecimento de mão de obra para manutenção e operação, obras de ampliação, fornecimento e instalação de equipamentos, atendendo a disposição legal para a contratação de uma concessão administrativa;
- (v) os serviços terem natureza continuada, favorecendo o prazo contratual compatível com a previsão da Lei nº 11.079/2004 (mínimo de 5 e máximo de 35 anos).

Assim, a CFCPPP concluiu que o modelo de contratação por meio de parceria público-privada adequa-se ao objeto em questão - prestação de serviços acrescido de obras que serão revertidas em bens para o município -, estando de acordo com o porte do município, podendo trazer ganhos de eficiência e economia aos cofres públicos. E, como qualquer contrato da mesma espécie, deve ser acompanhado e fiscalizado, para que apresente os resultados esperados pela Administração.

Sobre a tecnologia exigida, a CFCPPP informou que o município optou por não definir uma específica para todo o parque de iluminação, exigindo indicadores de performance e definindo obrigações da concessionária para os procedimentos de modernização e efficientização envolvendo todo o sistema.

Transcrevo parte do relatório técnico por entender oportuno e conveniente, *verbis*:

3.11.O edital determina no Anexo 05- item 4.4.1 que todos os pontos de luz serão modernizados e efficientizados no prazo de 5 anos, estabelecendo marcos para o cumprimento dessa obrigação, de modo a garantir IRC (índice de reprodução de cor) médio mínimo definido, e redução da carga instalada média. Os valores são gradativos de modo que no final do 5º marco 100% de todas as unidades de iluminação constantes do cadastro de iluminação pública devem estar modernizadas, com IRC médio de no mínimo 65% e efficientizadas com redução da carga instalada média de 45%.

3.12. O edital estabelece, ainda, a título de incentivo, no Anexo 09, o pagamento de um bônus sobre a conta de energia – BSE, a partir do ano seguinte ao cumprimento do 5º marco, se a concessionária alcançar uma redução na conta de energia superior a 49%, tendo como base o valor pago pelo Poder Concedente à empresa distribuidora.

3.13. Para as vias classificadas como V1 e V2 foi exigida a implantação de tecnologia LED para as luminárias e sistema de telegestão, conforme disposto no item 4.5 do Anexo 05.

3.14. Para todo o sistema de modernização deverá ser elaborado um Plano Geral de Modernização e Efficientização e o Plano Geral de Implantação do sistema de telegestão, considerando a classificação das vias em consonância com a ABNT NBR 5101:2012. O item 4.4.4 do Anexo 05 especifica detalhadamente o que deverão conter os Planos, incluindo projetos luminotécnicos, amostras das tecnologias empregadas, homologação das tecnologias utilizadas com certificados de laboratórios acreditados pelo INMETRO, assinatura de engenheiros responsáveis com Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, dentre outras exigências.

3.15. Quanto à atualização e reposição dos equipamentos o Anexo 05 define com responsabilidade da concessionária no item 2.1, alínea s ; o edital no item 7.8 e a minuta contratual na cláusula 17.1, que devem ser garantidas a reposição, ao final da vida útil e ao longo do contrato, de forma a entregá-los ao final da concessão em condições técnicas adequadas:

[...]

3.16. Desta forma, o edital transferiu ao concessionário os riscos da escolha da tecnologia que considerar a mais adequada para atingir os níveis de performance exigidos, podendo inclusive usar diversos tipos de tecnologia no mesmo contrato. Ficou a cargo do concessionário também a manutenção da atualidade tecnológica permanente e a reposição dos bens quando transcorrida sua vida útil por outro de qualidade igual ou superior até o final da concessão.

[...]

3.18. O edital estabeleceu que os serviços de telegestão e as luminárias com tecnologia LED seriam instalados obrigatoriamente nas vias estruturais e de fluxo intenso V1 e V2. Não foi limitada a utilização desses equipamentos apenas nessas vias, podendo o concessionário utilizar esses recursos nas outras vias também, se considerar conveniente para o atendimento dos padrões de desempenho exigidos e fizer a opção por um maior investimento inicial.

3.19. Por outro lado, o concessionário poderá controlar o funcionamento das luminárias nas demais vias, com serviço de ronda e atendimento eficiente dos usuários (foram estabelecidas condições e prazos para atendimento), por meio de uma central de atendimento (que deverá funcionar 24 horas)

3.20. Ressalta-se que o serviço de telegestão não é privativo da tecnologia LED podendo ser implantado também no uso de outras tecnologias e ao longo do tempo do contrato. Conforme literatura especializada no assunto<sup>5</sup>, no Brasil é necessário primeiramente a modernização e eficiência das luminárias para depois utilizar o sistema de telegestão:

[...]

4.1. Sobre o modelo de contratação adotado em Belo Horizonte: conclui-se que o modelo de contratação por meio de parceria público-privada pode ser utilizado para o objeto em questão (por se tratar de prestação de serviços, acrescida de obras que vão ser revertidas em bens para o município), está de acordo com o porte do município e pode trazer ganhos de eficiência e economia aos cofres públicos.

4.2. Sobre a tecnologia exigida no edital: conclui-se que foi transferido ao concessionário os riscos da escolha da tecnologia que considerar a mais adequada para atingir os níveis de performance exigidos, podendo inclusive usar diversos tipos de tecnologia no mesmo contrato. Ficou a cargo do concessionário também a manutenção da atualidade tecnológica permanente e a reposição dos bens quando transcorrida sua vida útil por outro de qualidade igual ou superior até o final da concessão.

4.3. Sobre a eficiência e potencialidade das inovações a serem acrescentadas ao serviço de iluminação pública em prol do bem estar social: considerando que as maiores inovações que estão sendo acrescentadas ao serviço de iluminação pública, que podem contribuir muito para o bem estar social, são a iluminação pública a base da tecnologia LED e o sistema de telegestão conclui-se que:

a) o fato do edital estabelecer que o sistema de telegestão e as luminárias a base de tecnologia LED devam ser implantados inicialmente apenas nas vias classificadas como V1 e V2, não atinge negativamente o resultado de eficiência e potencialidade de inovações a serem acrescentadas ao serviço de iluminação pública em prol do bem estar social;

b) Entende-se que ao longo do contrato poderá ser obtido maior potencial de eficiência das referidas inovações, tendo em vista que terá havido um momento inicial de experiência do gestor na sua aplicação e nas dificuldades que possam apresentar;

c) a modelagem elaborada para a concessão favorece a ampliação do serviço de telegestão e de instalação de luminárias a base de LED por parte do concessionário para as demais vias.

---

<sup>5</sup> Revista Lumière Electric nº 218 – acesso em 25/09/2016 no endereço eletrônico <https://www.yumpu.com/pt/embed/view/kRHcO2SzP3JpYx1v>

Pois bem, em defesa apresentada (fls. 294/298, volume 2), a SPE, BH Iluminação Pública S/A, manifestou-se no mesmo sentido da CFCPPP (fls. 236/244, volume 1), acerca do modelo de contratação, da tecnologia exigida, eficiência e potencialidade de inovações em prol do bem estar social, reforçando os argumentos do referido relatório.

Na defesa dos responsáveis pelo município (fls. 346-v/349-v, volume 2), os Procuradores ressaltaram que a delimitação do objeto licitado, incluindo a abrangência do sistema de telegestão foram avaliados a partir de estudo de viabilidade econômico-financeira e dos impactos que eventual aplicação poderia acarretar no equilíbrio da concessão. Consideram que o princípio da eficiência administrativa pressupõe a gestão adequada dos recursos da forma mais proveitosa, atendendo ao interesse público, e que a determinação dos fins para os quais os recursos serão empregados, devido à pluralidade das necessidades, é matéria afeta à discricionariedade da administração municipal.

Afirmaram que a escolha do regime de contratação, concessão administrativa, decorreu de peculiaridade técnica do serviço de iluminação pública, e apoiam-se em doutrina demonstrando que o regime das PPPs é capaz de acomodar soluções bastante diferentes para cada caso. Citam, também, jurisprudência do TCU, confirmando que a abertura de um processo licitatório é *“precedida por um conjunto de decisões discricionárias que envolvem a política de gerenciamento da Administração”*.

Defenderam que foram realizados estudos prévios, mediante procedimento de manifestação de interesse, em que todos os aspectos relativos à conveniência da concessão foram detalhadamente avaliados pela Administração e complementados pela PBH Ativos S/A. E que a decisões sobre a tecnologia empregada e sistema de telegestão foram tomadas após estudo aprofundado da matéria que contemplaram: (i) a viabilidade jurídica; (ii) a viabilidade técnica, envolvendo as características do parque atual, as inovações a ser implementadas, a eficiência quanto à manutenção do sistema e os prognósticos para sua ampliação; e (iii) a viabilidade econômica da contratação.

E, ainda, que nesse estudo foram contemplados vários cenários, inclusive o de implantação do sistema de telegestão total na rede do município, e que após amplo debate e contribuições na consulta pública e na audiência pública, chegou-se à versão final do edital e seus anexos, que tem como objetivo a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse municipal. Alegam que, também, foram considerados todos os requisitos dispostos no art. 10, da Lei nº 11.079/2004, que demonstram a vantagem econômica da contratação.

Assim, entendem que a utilização da estrutura de telegestão de modo diverso do previsto no edital não pode ser considerada como indício de inobservância ao princípio da eficiência, e que *“o fato de opiniões técnicas diversas da empregada na licitação em tela não terem sido acolhidas – inclusive a do denunciante- não pode ser tomado como fundamento para a nulidade do certame”*.

Ressaltou que, caso se constate ao longo do prazo contratual, a conveniência e a oportunidade para implantar melhorias no serviço com maior abrangência das novas tecnologias, alterações contratuais poderão ser realizadas. Poderá ser ampliado o sistema de telegestão, que não foi implantado em toda a rede em razão do estabelecimento de prioridades, visando tornar o projeto economicamente viável.

Consideram os defendentes que as mudanças previstas para o sistema de iluminação, a partir da licitação em tela, já representam grande avanço no tocante às tecnologias empregadas,

custo da energia e qualidade do sistema, com incontestável benefício à população, constituindo o certame um sucesso, não se devendo falar em ofensa ao princípio da eficiência.

Em reexame (fls. 393-v/395-v, volume 2), a CFCPPP demonstrou que os responsáveis procuraram demonstrar de forma detalhada, em sua defesa, que a decisão sobre a aplicação das inovações no serviço basearam-se em análise aprofundada, considerando a viabilidade técnica e econômica, a partir dos recursos disponíveis para o sistema de iluminação. E que, desta forma, não haveria ofensa ao princípio da eficiência, referente à opção por implantação de luminárias LED e sistema de telegestão apenas nas vias V1 e V2, inicialmente.

Assim, a CFCPPP considerou que as defesas estão na mesma linha de entendimento daquela Coordenadoria quanto a esse quesito, já apresentada nos relatórios anteriores, pela improcedência da Denúncia neste aspecto.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em parecer conclusivo (fls. 414-v/416-v, volume 3), opinou no sentido de que a análise realizada pela Unidade Técnica às fls. 236/244 (volume 2) demonstrou a improcedência dos argumentos apresentados pelo denunciante.

Pois bem, após estudo detalhado da CFCPPP, retrotranscrito, acrescento o ensinamento de Alexandre Moraes<sup>6</sup>, quando definiu o princípio da eficiência nos seguintes termos:

(...) princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União apresenta a seguinte compreensão sobre o tema<sup>7</sup>:

Eficiência, numa visão tradicional, se vincula à forma (processo) de realizar determinada tarefa/atividade. Assim, considera-se que se determinada tarefa é desenvolvida de acordo com as normas e padrões estabelecidos, ela estará se realizando de forma eficiente. (g.n.)

Dessa forma, julgo que o edital denunciado, ao contrário do que pretende o denunciante, está em consonância com a previsão do art. 2º, da Lei municipal nº 8.468/2002, que instituiu a CCIP, uma vez que o fato gerador da contribuição é o serviço de iluminação pública, e, por isso, coaduno-me ao entendimento da Unidade Técnica no sentido de que há uma limitação na Lei municipal que instituiu a CCIP, regulamentando o art. 149-A, da Constituição de 1988, porém, não há violação ao princípio da eficiência.

Ademais, entendo que restou claramente justificado pelos defendentes que a escolha da tecnologia definida decorreu de estudos técnicos, prévios ao certame, do procedimento de manifestação de interesse dos licitantes e consulta pública, tendo sido considerado, conforme informaram em defesa, a viabilidade jurídica, a viabilidade técnica, envolvendo as características do parque atual, as inovações a serem implementadas, a eficiência quanto à manutenção do sistema e os prognósticos para sua ampliação, bem como a viabilidade econômica da contratação.

---

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional n. 19/98. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 30.

<sup>7</sup> Revista do TCU, v. 32, n 87, jan/mar 2001, pg. 41. - pesquisa na internet em 15/04/2016

Por último, registro que a utilização da estrutura de telegestão de modo diverso daquele que o denunciante entende ser o mais adequado não pode ser considerado como afronta ao princípio da eficiência, pois, como bem concluiu o TCU, “*considera-se que se determinada tarefa é desenvolvida de acordo com as normas e padrões estabelecidos, ela estará se realizando de forma eficiente.*”

#### **II.1.4 – Utilização da COSIP para garantir o custeio de PPP com objeto mais amplo que a permissão constitucional do art. 149-A – custeio de iluminação pública.**

Insurgiu-se o denunciante (fl. 03, volume 1) contra possível ilegalidade acerca da utilização da contribuição municipal, COSIP, quando deveria citar CCIP – Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública, instituída no município de Belo Horizonte, a partir de 01/01/03, por meio da Lei nº 8.468/02, que alterou a redação do art. 46, da Lei nº 5.641/89, em seus arts. 2º ao 7º.

A CCIP foi instituída pela Emenda Constitucional nº 39/2002, que alterou o art. 149-A.

Pois bem, o denunciante insurgiu-se contra o custeio do objeto licitado, que é uma PPP, pela CCIP, uma vez que não constitui somente iluminação pública, mas objeto muito mais amplo.

Em análise a CFCPPP (fls. 115/116, volume 1) informou que o denunciante traz a baila matéria que se encontra *sub judice* no STF - Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso, e que a Corte Suprema já reconheceu sua repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 666.404/SP.

Registrou que não há nos autos documentação que demonstre a estimativa de arrecadação da CCIP, mas que a minuta contratual estabelece na cláusula 38 a total vinculação da CCIP ao pagamento da contraprestação mensal, e, também, do aporte no valor total de R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais), previsto para ser pago em 5 parcelas, conforme cumprimento dos marcos de modernização e efficientização (Anexo 9, item 3.3). E que o pagamento do aporte por parte do poder concedente caracteriza investimento no escopo do contrato.

Observou que o município corre risco ao se comprometer com a utilização da receita da CCIP para pagamento de investimentos e custeio pelo prazo do contrato da PPP em exame, antes mesmo que o STF defina sobre a legalidade da sua utilização em investimentos, e, caso aquela Corte decida que a contribuição não pode ser utilizada para cobrir investimentos em iluminação pública, o município ficará em situação difícil para honrar os compromissos assumidos com o concessionário.

Concluiu que o presente apontamento da Denúncia trata de risco que pode ou não se materializar, porém, a decisão depende do julgamento do Recurso Extraordinário nº 666.404/SP, no STF<sup>8</sup>.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em análise preliminar (fls. 226/234-v), pugnou pela nulidade do certame, quanto a outros aspectos denunciados nos autos principais.

Em sua defesa a SPE, BH Iluminação Pública S/A (fls. 292, volume 3), considerou que essa matéria não pode afetar a legalidade da licitação e do contrato, entendendo que uma eventual

---

<sup>8</sup> Consultado em 06/11/2018, o Recurso Extraordinário encontra-se concluso ao Relator desde 22/10/2014.

impossibilidade de utilização de recursos da CCIP no âmbito da PPP não caracteriza vício capaz de justificar a anulação do certame.

Em sede de defesa os denunciados (fls. 349-v/352, volume 2), relataram que a Procuradoria Geral da República deu parecer favorável ao recurso de repercussão geral reconhecida pelo STF (que questiona a possibilidade de utilização da receita da CCIP para melhoria e expansão do sistema de iluminação pública) para utilização do tributo, também, na expansão e melhoria da rede. Nessa esteira, entendem que o risco de decisão desfavorável aos municípios é quase inexistente.

Apresentaram, também, decisão do Ministro Dias Tóffoli, sobre a análise de outro recurso – RE nº 775.061, no qual apresenta entendimento pela constitucionalidade do conceito amplo do termo “custeio”, e citou outros julgados em matéria análoga relatados por outros Ministros do STF.

Colacionaram doutrina de Mário Saadi que pondera pelo reconhecimento da repercussão geral do recurso extraordinário 666.404/SP, “*o STF já teria reconhecido, de forma reflexa, a constitucionalidade de instituição da COSIP e sua utilização para expansão de redes de iluminação pública municipais*”.

Afirmam que o risco aventado foi bastante mitigado devido: (i) ao parecer favorável à utilização da CCIP para expansão e melhorias, no recurso de repercussão geral em análise no STF; (ii) a existência de várias decisões monocráticas de ministros do STF admitindo a utilização da CCIP para expansão e melhorias; (iii) a existência de várias posições doutrinárias em favor da estruturação de parcerias público-privadas na modalidade concessão administrativa, para o custeio dos serviços de iluminação pública e também para constituição de garantias em favor dos parceiros privados.

Apresentaram, ainda, doutrina referente à utilização da CCIP para viabilização de aportes e como garantia pública em favor dos futuros parceiros.

Concluíram observando que a cláusula 38, da minuta contratual, prevê que o Poder Concedente assegurará os recursos orçamentários suficientes para os pagamentos à concessionária, nas hipóteses de insuficiência na arrecadação da CCIP.

A Comissão Especial de Licitação apresentou esclarecimentos (fls. 151/152-v), e, em relação a este ponto da Denúncia informou que o art. 149-A da CF/88 estabelece que a CCIP pode ser instituída “para o custeio do serviço de iluminação pública”, e que o objeto do Edital nº 005/2016 é exatamente a concessão desse serviço a um particular.

Citou a Resolução da ANEEL nº 414/2010, que estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica, definindo em seu art. 2º, inciso XXXIX, o conceito de iluminação pública, qual seja, “serviço público que tem por objetivo exclusivo prover de claridade os logradouros públicos, de forma periódica, contínua ou eventual.”

E que, o § 6º, do seu art. 5º esclarece que a “classe iluminação pública [...] caracteriza-se pelo fornecimento para iluminação de ruas, praças, avenidas, túneis [...] exceto o fornecimento de energia elétrica que tenha por objetivo qualquer forma de propaganda ou publicidade, ou para realização de atividades que visem a interesses econômicos.”

Citou, também, o art. 21, da mesma Resolução ANEEL nº 414/2010, que transferiu aos municípios a titularidade dos ativos de iluminação pública e a responsabilidade pela prestação do serviço à população, vejamos:

Art. 21. A elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública são de responsabilidade do ente municipal ou de quem tenha recebido deste a delegação para prestar tais serviços.

Assim, conclui pela regularidade da licitação em exame, uma vez que o objeto licitado é a prestação dos serviços de iluminação pública, desenvolvimento, modernização, ampliação, efficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública, serviços aderentes e limitados ao conceito de iluminação constante da legislação vigente. Constando do próprio regramento (art. 21 da Resolução ANEEL nº 414/2010) as atividades desempenhadas para a consecução dos serviços de iluminação pública, responsabilidade do ente municipal, ou a quem for delegado.

A CFCPPP, em análise das defesas (fls. 395-v/397, volume 3), concluiu, com fundamento nos argumentos e documentos apresentados, que o risco de julgamento desfavorável pelo STF, do Recurso Extraordinário nº 666.404/SP, em relação à utilização dos recursos da CCIP para expansão e melhorias, foi bastante mitigado e que é bastante provável, nos termos das decisões monocráticas já proferidas, que o Plenário do Supremo conclua pela sua procedência.

Prosseguiu sua análise no sentido de que, sobre a existência de recursos para garantir os pagamentos ao concessionário, no caso de insuficiência de recursos da CCIP, o município informou que serão assegurados recursos orçamentários, conforme cláusula 38 da minuta contratual.

E citou o disposto no art. 8º, I, da Lei nº 11.079/2004, que dispõe que a CCIP é uma receita vinculada que pode garantir as obrigações pecuniárias:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; (grifos no original)

Também informou que a Lei nº 11.079/2004 dispõe em seu art.11, parágrafo único:

O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado (grifo no original).

Discorreu no sentido de que a Lei não obriga o Poder Concedente a definir, no edital de licitação, as garantias para pagamento das contraprestações. A previsão de garantias faz parte das boas práticas de contratações de PPPs, tendo em vista aumentar a atratividade do certame e, ainda, oferecer uma segurança financeira para o próprio Poder Concedente, na hipótese de imprevisto que possa surgir.

A CFCPPP mencionou, também, a disposição do Anexo 12 do edital - Condições Gerais do Contrato de conta vinculada -, que prevê uma reserva de 3 vezes o valor da contraprestação mensal, *in verbis*:

5.1. Na data de celebração do CONTRATO COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEPOSITÁRIA, o PODER CONCEDENTE deverá depositar na Conta Reserva, o saldo mínimo da Conta Reserva, equivalente ao somatório do valor total do APORTE previsto no CONTRATO e de valor equivalente a 3 (três) vezes o VALOR MÁXIMO DA CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL. (grifo no original) [*sic*]

Mencionou, ainda, ter verificado que, no caso das concessões de serviços de iluminação, os municípios têm optado por reservar como garantia algumas parcelas equivalentes à

contraprestação máxima, considerando que a receita da CCIP já é vinculada, para ser aplicada, apenas, em serviços de iluminação. E que, assim, os licitantes têm considerado essa garantia suficiente.

E, nesse sentido, cabe ao município de Belo Horizonte preservar, ao longo da vigência contratual, a reserva prevista no edital, para garantir o pagamento das contraprestações.

Assim, a CFCPPP considerou improcedente a Denúncia em relação a este apontamento.

Em parecer conclusivo o *Parquet* (fls. 417/419-v, volume 3) corroborou o entendimento da Unidade Técnica, ressaltando que, apesar de não ter sido elencada, especificamente, a origem dos recursos que seriam utilizados para pagamento da concessionária, no caso de insuficiência dos recursos da CCIP, há recursos, inclusive na PBH Ativos S/A, que, por disposição legal<sup>9</sup>, poderão ser utilizados para esse fim. E opinou pela improcedência da Denúncia quanto a este item.

De todo o exposto, acolho a manifestação da Unidade Técnica e do *Parquet* para afastar a ilegalidade apontada, da mesma forma por mim decidida nos autos da Denúncia nº 977526, uma vez que, “a sistemática da repercussão geral não gera efeitos jurídicos a todos no momento inicial do seu reconhecimento pelo STF, [sendo] excessivo impedir uma escolha de gestão legítima do Prefeito, desde que atendidas as condições legais, em virtude de uma possibilidade de julgamento contrário” em matéria *sub judice* na Suprema Corte do país. E, ainda, que “a lei municipal goza de presunção de constitucionalidade até o momento em que haja decisão do STF em sentido contrário”.

#### **II.1.5 – Aparente disparidade entre o custo dos estudos prévios e o valor do ressarcimento, item 16.2 (v) e (vi) do edital.**

O Denunciante alegou (fl. 03, volume 1) disparidade entre os valores cobrados a título de estudos prévios previstos no edital (R\$ 7.096.000,00), em comparação com outros projetos similares como o do município de São Paulo (R\$ 3.000.000,00), pelos mesmos serviços, possuindo um parque de iluminação muito maior que o de Belo Horizonte (680 mil em São Paulo e 178 mil em Belo Horizonte).

Em análise a CFCPPP (fls. 116-v/118, volume 1), em relatório de 26/04/2016, mencionou que o município de Belo Horizonte instituiu, pelo Decreto municipal nº 14.657/2011, o MIP-Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada, para participação de interessados na estruturação de projetos de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo, e que os interessados (pessoa física ou jurídica) poderiam requerer autorização para apresentação de propostas pelo desenvolvimento de projetos, estudos ou levantamentos a serem utilizados na estruturação de PPPs e concessões comuns pelo município.

Esclareceu que o Decreto dispõe, art. 2º, que os estudos apresentados poderão ser utilizados, a critério do Poder Executivo Municipal, total ou parcialmente, na elaboração de editais, contratos e demais documentos referentes a projetos de concessão patrocinada, concessão administrativa, concessão comum ou permissão. E que o art. 3º dispõe que o interessado deverá propor pedido de autorização de MIP, contendo os requisitos mínimos necessários.

---

<sup>9</sup> Lei Municipal nº 10.003/2010 e Decreto nº 14.444/2011.

Citou, ainda, o art. 9º, quanto ao valor a ser ressarcido, vejamos:

Art. 9º Aprovados e acolhidos os estudos realizados em decorrência da autorização da MIP e realizado o procedimento licitatório conforme decisão do Poder Executivo Municipal, o ressarcimento das despesas realizadas pelo detentor da autorização de serviço na realização dos estudos, ficará a cargo do vencedor do processo licitatório e será feito de acordo com os valores indicados no pedido de autorização, nos termos do art. 21 da Lei Federal nº 8.987/95 e do art. 3º da Lei Federal nº 11.079/04.

Concluiu que o Decreto não estabelece limitação para o valor a ser proposto pelo interessado em apresentar os estudos, e citou valores registrados em editais de outros municípios, vejamos:

3.46. Como vários municípios estão licitando os respectivos serviços de iluminação pública por meio de PPP e geralmente esses editais foram construídos a partir de estudos apresentados ao Poder Executivo por particulares interessados, seguem alguns exemplos sobre a matéria:

3.47. O município de São Paulo dispõe no Decreto Municipal 51.397/2010 sobre a avaliação de solicitações de interessados em apresentar estudos para projetos que possam ser de interesse do município. Verificou-se, que o Comunicado – Chamamento Público 01/2013- SES é resultado da análise, por parte de uma Comissão Especial de Avaliação, de uma proposta de apresentação de estudos por parte de uma empresa interessada. O referido Comunicado estabelece as condições de apresentação da proposta e define, no item 5, o teto máximo de R\$3.000.000,00 para o ressarcimento aos autores, pelos vencedores do certame, no caso de aproveitamento total dos estudos apresentados.

3.48. O município de Contagem que também está licitando a contratação de serviços de iluminação pública por meio de Concessão Administrativa, publicou o Chamamento Público 01/2015 que trata da apresentação de estudos para estruturação do projeto respectivo. O referido chamamento estabelece o valor máximo de R\$1.500.000,00 para ressarcimento no caso de aproveitamento total dos estudos, por parte do licitante vencedor.

3.49. O município de Uberaba, que também está licitando a contratação dos serviços de iluminação por meio de PPP, instituiu o Procedimento de Manifestação de Interesse por meio do Decreto Municipal 703/2013. O decreto prevê que o edital de chamamento público deve prever o limite máximo para o reembolso das despesas dos proponentes, em caso de aproveitamento dos estudos de forma integral ou parcial. O município limitou em 2,5% do valor dos investimentos, o montante máximo a ser ressarcido aos interessados no caso de aprovação dos estudos.

3.50. Apesar todos os exemplos mencionados tratem-se de objetos semelhantes em termos de contratos de PPP para serviços de iluminação pública, há nítidas diferenças em relação ao dimensionamento e aos investimentos em cada caso. Constata-se que 3 dos 4 municípios citados definiram, nos seus dispositivos regulamentadores ou nos editais publicados, o valor máximo que poderia ser ressarcido ao proponente que se interessasse em elaborar estudos e projetos a serem apresentados para apreciação do Poder Concedente, sobre o tema. Apenas o município de Belo Horizonte não definiu previamente o valor máximo a ser ressarcido ao proponente no caso de aprovação dos estudos.

3.51. Verificou-se que o município de Belo Horizonte analisou a solicitação das empresas EBP e GE para apresentação de estudos, no processo administrativo nº 01-005.247/15- 08 ao qual esse órgão técnico não teve acesso. Desta forma não foi possível avaliar qual foi o parâmetro utilizado pelas empresas para dimensionar o valor solicitado para o

ressarcimento dos estudos e nem mesmo qual foi o critério utilizado para aprovação do mesmo pelo Poder Concedente.

Nessa esteira a CFCPPP concluiu que este item da Denúncia merece análise da sua regularidade por parte deste Tribunal, em processo apartado, por se tratar de acordo estabelecido com o particular autor dos estudos e projetos, em momento anterior ao certame *sub examine*, não interferindo na regularidade do procedimento da Concorrência em análise.

Assim, sugeriu que, no caso de constatação de irregularidades e até mesmo de inadequação do valor estipulado, após análise desse processo de autorização, que as diferenças apuradas sejam devolvidas, por meio da promoção do reequilíbrio do contrato com o licitante vencedor, responsável pelo encargo do ressarcimento ao autor dos estudos e projetos.

Em 10/05/2016 a Comissão Especial de Licitação apresentou esclarecimentos às fls. 144/158-v, e alegaram a ilegitimidade ativa do denunciante para apresentação da denúncia por não se enquadrar no inciso IV, do art. 310, da Resolução nº 12/2018, sendo servidor da CEMIG, que não possui imparcialidade para apresentar a presente Denúncia.

Registrou que os estudos realizados pela empresa EBP apresenta detalhamento dos valores, composto por engenharia, modelagem econômico-financeira, plano de expansão, diretrizes de iluminação, ambiental, jurídico, impostos e contingenciais, informando os valores unitários e o total, incluindo, ainda, despesas com homem-hora, custos com consultores (engenharia, ambiental, econômico-financeiro, jurídico, iluminação de destaque), softwares, deslocamentos, passagens, alimentação, impostos e demais custos envolvidos.

Ressaltou que, deve-se esclarecer que “a complexidade e, conseqüentemente, os custos dos estudos, não se definem pelo número de pontos de iluminação pública de uma ou outra cidade, mas pela complexidade das soluções propostas, pelo grau de envolvimento das equipes, pelos produtos entregues, entre outros.”

Apresentou trecho do Acórdão nº 1155/2014, Plenário, do TCU, sobre o assunto, em que a contratada foi exatamente a empresa EBP, demonstrando que “a fixação da remuneração da EBP como um percentual do valor a ser investido pela futura concessionária não é necessariamente incorreta, até porque não se está falando de um contrato administrativo em sentido estrito. Por outro lado, a luz de cada caso concreto, deve ser avaliado se essa remuneração foi fixada em níveis adequados e se foi devidamente motivada.”

Alegou que a contratação de empresa que realiza estudos prévios a serem remunerados posteriormente pelo licitante vencedor, envolve riscos significativos, já que o certame pode nem ser realizado.

Assim, após retorno dos autos à CFCPPP, em 19/05/2018, em análise das justificativas juntadas pela Comissão Especial de Licitação, aquela Coordenadoria concluiu:

3.42. Conclui-se que o processo de autorização do MIP atendeu aos critérios definidos na legislação municipal e a denúncia não procede em relação aos valores pagos pelos estudos elaborados pelas empresas EBP e consórcio GE.

3.43. Em relação aos valores destinados à PBH Ativos, não houve no processo, ou na legislação sobre o assunto, justificativa legal, bem como planilha de custos ou equivalente para fundamentar o valor de R\$2.000.000,00, estabelecido no edital para o ressarcimento a ser efetuado à empresa.

Em análise preliminar o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (fl. 226/234-v, volume 2) entendeu que houve omissão do edital em relação a outros apontamentos da

Denúncia e, assim, entendeu que o edital restou viciado, requerendo a nulidade do certame, com espeque no art. 49 da Lei nº 8.666/93.

Determinei a citação dos denunciados, e, em 10/10/2017 a SPE, BH Iluminação Pública S/A, apresentou defesa (fls. 292/293, volume 2), alegando que quaisquer irregularidades que eventualmente sejam apuradas nos valores repassados à PBH Ativos S/A, a título de reembolso, não caracterizam prejuízo ao erário, já que os valores, de qualquer forma estariam sendo repassados à Administração indireta municipal. Concluiu que esse ponto destacado no relatório técnico não caracteriza motivo para suspensão ou anulação do certame e do contrato assinado com o município.

E, ainda, que havendo necessidade de correção da quantia a ser repassada à PBH Ativos S/A (a maior ou menor), é possível ser sanado por meio da realização de aditivo contratual, acompanhado das medidas necessárias à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em defesa, os denunciados (fls.352/354, volume 2) informaram que a Empresa Brasileira de Projetos – EBP, apresentou sua manifestação de interesse, MIP, para a realização dos estudos orçados em R\$ 5.200.000,00 (cinco milhões e duzentos mil reais), incluídos os valores inerentes ao objeto com despesas de engenharia, modelagem econômico-financeira, plano de expansão, ambiental e outros, além dos custos com consultores, homem/hora, *softwares*, deslocamentos, passagens, alimentação e impostos, sendo aproveitados 98,29% do total, gerando a necessidade de ressarcimento do valor de R\$ 5.096.000,00 (cinco milhões, noventa e seis mil reais), pagos pela licitante vencedora do certame.

Reforçaram que a Unidade Técnica deste Tribunal, em sua primeira análise (fls. 116-v/118, volume 1), encampou o entendimento do município, entendendo que a comparação de valores dos estudos entre o Estado de Minas Gerais e de São Paulo, apenas com base no número de pontos de iluminação não é adequada, tendo em vista a complexidade das soluções propostas, o grau de envolvimento das equipes e os produtos entregues.

Registraram que os valores orçados pelas empresas estão compatíveis com os níveis previstos para os gastos com projetos de infraestrutura e que, de fato, deve-se considerar o fato do Decreto municipal nº 14.657/2011, que regulamenta o MIP, não estabelecer o valor ou percentual máximo a ser reembolsado pelo licitante vencedor ao autor dos estudos e projetos, e, assim, por essa razão este ponto da Denúncia não procede.

E, ainda, que os estudos foram desenvolvidos pelos detentores da autorização, decorrente do MIP, com participação e apoio da PBH Ativos S/A, no devido cumprimento do seu objeto social previsto no art. 2º, “f” do Decreto municipal nº 14.444/2011 e Decreto municipal nº 15.531/2014, sendo uma sociedade anônima de capital fechado, independente do Tesouro Municipal, que tem como acionistas o Município de Belo Horizonte, a PRODABEL – Empresa de Informática e Informação do Município de Belo Horizonte S/A e a BHTRANS- Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A.

Defenderam que a finalidade da empresa é complementar políticas públicas, dando apoio ao município na realização de operações financeiras estruturadas, e que o recebimento do valor de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais), à empresa devidos, em razão dos estudos e projetos realizados justifica-se, primeiramente porque a empresa tem como objeto social auxiliar o município em projetos de concessão ou de parcerias público-privadas, e também porque a empresa visa lucro, podendo cobrar pelas atividades realizadas.

Indicaram que o montante pago à PBH Ativos S/A deve-se à utilização de uma equipe de dois analistas financeiros, dois assessores jurídicos, um gerente de PPP, a participação do Diretor Presidente, do Diretor de Negócios, uma Secretária Administrativa e dois estagiários, que se dedicaram ao projeto desde o recebimento das manifestações de interesse, até o envio do processo administrativo para a Secretaria de Obras (junho 2015/janeiro 2016) para a publicação do edital da Concorrência, prestando, ainda, informações requeridas pelas empresas acerca da iluminação pública.

Anexaram à defesa esclarecimentos prestados pela PBH Ativos S/A, que apresentou tabela com os componentes dos custos acima citados (fl. 375, volume 2): percentual de alocação de horas de trabalho por profissional, custos diretos com remuneração da equipe, despesas proporcionais, tempo de trabalho, valor dos tributos sobre o faturamento, preço líquido dos serviços e margem de lucro.

Juntaram, também, fls. 376/377 (volume 2), nota fiscal de serviços emitida pela PBH Ativos S/A à SPE, BH Iluminação Pública S/A, no valor de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) e extrato bancário da conta corrente da SPE, demonstrando o respectivo depósito do valor líquido de R\$1.777.000,00 (um milhão, setecentos e setenta e sete mil reais).

O *Parquet*, em parecer conclusivo (fls. 419-v/423, volume 3), opinou pela improcedência da Denúncia em relação aos valores pagos pelos estudos elaborados pela Empresa Brasileira de Projetos – EBP, diante da comprovação, pela Unidade Técnica, de que os valor orçado pela empresa estava compatível com os níveis previstos para gastos com projetos de infraestrutura.

Nesse diapasão, com espeque no estudo elaborado pela CFCPPP, que concluiu pela regularidade do valor previsto para reembolso à autora do projeto, diante das justificativas apresentadas, considerando que o Decreto municipal nº 14.657/2011, que regulamenta o MIP, não estabelece o valor ou percentual máximo a ser reembolsado pelo licitante vencedor ao autor dos estudos e projetos e, julgo improcedente a Denúncia quanto a este item.

#### **II.1.6 – Não atendimento à NBR 15129:2012, Anexo 5, Especificações Mínimas dos Serviços (item 4.4.4, “a”, vii):**

O denunciante alegou (fl. 04, volume 1) que o edital foi omisso e não trouxe a exigência de que a futura concessionária elabore e encaminhe projetos com pleno atendimento à NBR 15129:2012, bem como não exigiu a apresentação de ensaios de segurança realizados nos termos da ABNT NBR IEC 60598-1:2010, em desacordo com o disposto no art. 1º, da Lei nº 4.150/62, que institui o regime obrigatório de preparo e observância das normas técnicas nos contratos de obras e compras do serviço público de execução direta, concedida, autárquica ou de economia mista.

Defendeu que a Lei é taxativa ao determinar a observância da aplicação dos requisitos mínimos de qualidade, resistência, utilidade e segurança previstos nas normas da ABNT, mas que, “atualmente nenhuma Norma Brasileira faz certificação para luminárias de LED, condição que expõe a Administração ao risco econômico de ‘pagar’ pela troca de 178.000 (cento e setenta e oito mil) luminárias por produtos sem a adequada certificação por órgãos competentes.”

Citou o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.098/90, art. 39, *verbis*:

Art. 39.

[...]

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);  
[...]

Assim, concluiu que a utilização de produtos nessa condição sujeita o administrador ao cometimento de crime de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, XIV, Lei nº 8.429/92.

E ainda, que não há comprovação de que outros municípios tenham realizado a substituição massiva de seus parques luminotécnicos para tecnologia LED com comprovada eficiência, mesmo em países em estágios mais avançados de estudos e implantação dessa tecnologia de luminárias.

Pois bem, a CFCPPP, em escorreita análise de fls. 118/119-v, volume 1) assim se manifestou:

3.56. Análise: Verificou-se que as normas específicas citadas pelo denunciante: NBR 15129:2012 e NBR IEC 60598-1:2010 não constam do edital. Entretanto há outras tantas normas citadas que tratam dos mesmos assuntos e ainda a obrigação de cumprir todas as normas específicas sobre o tema. A seguir alguns pontos do edital:

1.3. A execução do OBJETO deverá obedecer ao disposto nas normas, padrões e demais procedimentos constantes da legislação aplicável, no presente EDITAL e em seus ANEXOS, bem como na documentação apresentada pela ADJUDICATARIA.

2.4. Os interessados são responsáveis pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis a CONCORRENCIA e a CONCESSAO.

14.2.1. Submeter a aprovação do PODER CONCEDENTE seu PLANO ESTRATÉGICO e o CADASTRO DE ILUMINACAO PUBLICA atualizado, contendo a descrição detalhada dos SERVICOS, conforme previsto no ANEXO 5, observando as normas técnicas e legislação aplicável, bem como as diretrizes previstas no CONTRATO e ANEXOS.

3.57. No Anexo 5- Especificações mínimas dos Serviços está previsto:

c) Prover acesso ao PODER CONCEDENTE às especificações técnicas dos materiais, equipamentos, softwares e sua evolução em função do desenvolvimento natural das tecnologias. As especificações deverão ser embasadas em normas nacionais com previsão de todos os itens que serão ensaiados em laboratórios acreditados pelo INMETRO ou órgãos competentes homologados pelo PODER CONCEDENTE;

d) Apresentar todos os certificados, ou cópias autenticadas, realizados em laboratórios acreditados pelo INMETRO ou órgãos competentes homologados pelo PODER CONCEDENTE, dos ensaios para o conjunto reator/luminária/lâmpada/relés e iluminação à Vapor de Sódio, LED ou novas tecnologias, e os ensaios em separado; (grifos nossos)

3.58. Verifica-se que tanto o edital quanto o anexo 5, que trata das especificações mínimas, exigem o cumprimento de diversas normas técnicas que foram citadas e se preocuparam em garantir que o concessionário siga todas as normas técnicas que estejam em vigor durante a prestação dos serviços.

3.59. Foram exigidos, ainda o cumprimento das certificações ISO 9.001 para gestão da qualidade e ISO 14.001 para sistemas de gestão ambiental.

3.60. O denunciante alega que estará sendo feita uma substituição massiva do parque luminotécnico para a tecnologia a base de LED, entretanto foi exigido no edital que apenas a iluminação das vias classificadas como V1 e V2 e que também estarão contempladas com o sistema de telegestão, devem ser substituídas por luminárias LED. Conforme esclarecimentos prestados aos questionamentos dos licitantes foi afirmado na Circular 01 publicada no site do município:

É responsabilidade do Licitante efetuar o levantamento do quantitativo de luminárias. O Município, no entanto, acredita que as luminárias constantes nas vias V1 e V2 representam cerca de 20% do parque atual (...) (grifo nosso)

3.61. Desta forma não há como considerar que haverá uma substituição massiva do parque. A concessionária estará livre para usar a tecnologia que considerar mais adequada às vias.

3.62. Mesmo assim, verificou-se, também, que o INMETRO publicou as portarias 389/2014 e 143/2015 que dispõem sobre Regulamento Técnico da Qualidade para Lâmpadas LED com Dispositivo Integrado à Base (RTQ) e as portarias 144/2015 e 76/2016 que aprovam os Requisitos de Avaliação de Conformidade para Lâmpadas LED com dispositivo integrado à base (RAC).

3.63. Há, ainda, as portarias 478/2013 que dispõe sobre o Regulamento técnico da Qualidade para Luminárias para Lâmpadas de Descarga e LED - Iluminação Pública Viária (RTQ) e a 317/2015 que dispõe sobre os Requisitos de Avaliação da Conformidade para Luminárias com Lâmpadas de Descarga e Lâmpadas LED para Iluminação Pública Viária (RAC), que estiveram em consulta pública e devem ser publicadas em futuro próximo.

3.64. Constata-se que o INMETRO também está cuidando de definir e estabelecer as normas que dispõem sobre a qualidade dos dispositivos de LED para iluminação pública e que no caso da adoção dessa tecnologia por parte do concessionário para a maioria do parque luminotécnico, as normas deverão ser seguidas por força do disposto no edital e no anexo 5 anteriormente mencionados.

Conclui-se que não assiste razão ao denunciante quanto a esse quesito.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em parecer preliminar (fls. 231/232, volume 2) entendeu que houve omissão do edital quanto às normas técnicas da ABNT (NBR 15129:2012, NBR IEC 60598-1:2010 e NBR 5101:2012), violando-se o princípio da legalidade, nos termos do art. 3º, da Lei nº 8.666/93 e do art. 1º, da Lei nº 4.150/62, restando viciado o procedimento, requerendo a nulidade do certame, com espeque no art. 49 da Lei nº 8.666/93.

Em sede de defesa, a SPE BH Iluminação Pública S/A (fls. 283/291, volume 2) alegou que não houve omissão alguma no edital a esse respeito capaz de viciar o procedimento. Ressaltou que o edital e anexos exigem que a contratada observe todas as normas técnicas aplicáveis à elaboração de projetos e execução de serviços previstos no escopo do contrato.

Reproduziu diversos itens do edital, da minuta contratual e do Anexo 05, explicitando, detalhadamente, todas as obrigações relativas ao atendimento de normas técnicas, projetos e ensaios. Entende que o fato do edital não ter mencionado uma ou outra norma, não isenta a concessionária de observar o disposto nas demais normas de regência, e citou o item 3.1 do edital que dispõe sobre tal obrigação. Demonstrou que esse entendimento é compartilhado

pela PBH Ativos S/A, que se posicionou nesse sentido, conforme esclarecimentos prestados por essa às fls. 155-v e 156-v, volume 1.

Citou a cláusula 18, do contrato, que dispõe sobre parâmetros de qualidade dos investimentos, o Anexo 8 - Sistema de mensuração e desempenho, que previu um índice de eficiência (IE) e um índice de qualidade (IQ), com metas detalhadas a serem atendidas, afetando diretamente a remuneração da contratada, bem como as cláusulas 35 e 41, que dispõem sobre a influência do desempenho do contratado na contraprestação e sobre a assunção dos riscos inerentes à execução do contrato.

Concluiu que não há qualquer vício no edital sobre o ponto questionado.

Os denunciados, em defesa (fls.354v/356, volume 2), discorreram no sentido de que o edital é enfático ao determinar o cumprimento de todas as normas técnicas da ABNT que estão em vigor, ou que venham a ser aplicadas, constituindo obrigação que será objeto de fiscalização por parte da Administração municipal.

Ressaltaram que o edital não obriga o uso da tecnologia LED, cabendo ao concessionário definir a tecnologia a ser empregada, não havendo previsão de substituição massiva do parque luminotécnico, como alega o denunciante. Afirmam que, ao contrário, o mercado tem demonstrado confiança em luminárias a base de LED.

E que, conforme constou do relatório técnico, o INMETRO está cuidando de definir e estabelecer normas sobre a qualidade dos dispositivos de LED, e que essas novas normas deverão ser seguidas pelo concessionário, conforme disposto no edital e anexo 05.

Citaram, ainda, jurisprudência do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1928-30/11-P, acerca da divisão justa e harmônica dos riscos entre o poder concedente e a concessionária, e que os eventos posteriores típicos da atividade empresarial, como os derivados de flutuações da demanda ou eventos cambiais e financeiros, não devem ser absorvidos pela Administração, uma vez que característicos do próprio empreendimento e mais eficientemente gerenciados pelo particular.

Alegaram, também, que os riscos assumidos pelo parceiro privado foram detalhadamente estabelecidos no item 41.1.1, anexo 14, do edital, ressaltando, também, a sistemática de remuneração do parceiro privado, que prevê parcela variável em função do seu desempenho.

Concluiu pela inexistência de irregularidades quanto ao atendimento das normas.

Em exame das defesas (fls. 399/400, volume 3) a CFCPPP informou que seu entendimento permanece inalterado, ou seja, pela regularidade do item, informando que a SPE BH Iluminação S/A apresentou detalhadamente diversos trechos do edital, e anexos, que demonstram a garantia da aplicação das normas pertinentes ao serviço.

O Parquet, em parecer conclusivo (fls. 423/424-v, volume 3) aduziu que, diante das informações colhidas na instrução processual verificou que o edital faz referência genérica à obediência, por parte da concessionária, às normas técnicas aplicáveis à elaboração de projetos e execução dos serviços licitados. Assim, passou a entender que a omissão às normas ABNT NBR 15129:2012, NBR IEC 60598-1:2010 e NBR 5101:2012 não enseja o reconhecimento de vício e nulidade do certame.

Pois bem, acerca da alegação que o edital não cita o atendimento à NBR 15129:2012, e a apresentação dos ensaios de segurança realizados em laboratórios oficiais acreditados pelo

INMETRO, de fato, conforme verificou a CFCPPP (fl. 118/119-v, volume 1), o edital não exigiu, no entanto, outras normas que tratam de iluminação foram citadas.

Vejam os itens do edital que abordam o atendimento às normas aplicáveis ao objeto licitado:

**1.3.** A execução do OBJETO deverá obedecer ao disposto nas normas, padrões e demais procedimentos constantes da legislação aplicável, no presente EDITAL e em seus ANEXOS, bem como na documentação apresentada pela ADJUDICATARIA.

**2.4.** Os interessados são responsáveis pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis a CONCORRENCIA e a CONCESSAO.

**14.2.1.** Submeter a aprovação do PODER CONCEDENTE seu PLANO ESTRATEGICO e o CADASTRO DE ILUMINACAO PUBLICA atualizado, contendo a descrição detalhada dos SERVICOS, conforme previsto no ANEXO 5, observando as normas técnicas e legislação aplicável, bem como as diretrizes previstas no CONTRATO e ANEXOS.

Verifica-se, dos itens transcritos, a obrigatoriedade imposta ao concessionário em obedecer a legislação aplicável ao objeto do certame, citando no item 2.4 “instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações aplicáveis”, com especificações embasadas em normas nacionais com previsão de todos os itens que serão ensaiados em laboratórios acreditados pelo INMETRO.

Entendo que, de forma alguma se pode arguir a nulidade da licitação em razão do edital não mencionar todas as normas aplicáveis ao objeto, aí compreendidas as leis, instruções normativas, decretos, etc. Importante é que impôs a observância obrigatória e atendimento à legislação aplicável e, via de consequência, há que se realizar a necessária fiscalização contratual, com equipe que detenha conhecimento técnico necessário para verificar o cumprimento da legislação, como em qualquer contratação que a Administração celebre, não somente nos contratos de concessão, pois a Lei nº 8.666/93, em seu art. 67, traz previsão expressa acerca da fiscalização contratual, qual seja:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Também a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre as concessões e permissões, prevê em diversos dispositivos a necessária fiscalização dos contratos, *in verbis*:

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...]

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

[...]

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

Outros dispositivos da citada Lei tratam da fiscalização dos contratos de parcerias público-privadas, como o art. 30, parágrafo único e art. 31, inciso V.

A Lei das parcerias público-privadas, nº 11.079, em seu art. 38, dispõe a respeito das sanções aplicáveis ao concessionário em razão do descumprimento total ou parcial do contrato, e, nessa esteira, o desatendimento comprovado a normas técnicas relativas ao objeto seria, seguramente, motivo para tal.

Também não prospera a alegação do denunciante a respeito da ausência de exigência editalícia da apresentação dos ensaios de segurança, realizados por laboratórios oficiais acreditados junto ao INMETRO.

O Anexo 5 da minuta contratual, Especificações Mínima dos Serviços, traz previsão a respeito dos ensaios:

c) Prover acesso ao PODER CONCEDENTE às especificações técnicas dos materiais, equipamentos, softwares e sua evolução em função do desenvolvimento natural das tecnologias. As especificações deverão ser embasadas em normas nacionais com previsão de todos os itens que serão ensaiados em laboratórios acreditados pelo INMETRO ou órgãos competentes homologados pelo PODER CONCEDENTE;

d) Apresentar todos os certificados, ou cópias autenticadas, realizados em laboratórios acreditados pelo INMETRO ou órgãos competentes homologados pelo PODER CONCEDENTE, dos ensaios para o conjunto reator/luminária/lâmpada/relés e iluminação à Vapor de Sódio, LED ou novas tecnologias, e os ensaios em separado; (grifos nossos)

(...)

O PT (plano de transição) deverá ser elaborado em conformidade com todas as normas, regulamentos e demais diretrizes da legislação aplicável às atividades realizadas pela CONCESSIONÁRIA, devendo ser observadas, ainda, todas as obrigações definidas no CONTRATO e seus ANEXOS.

O PE (plano Estratégico) deverá ser elaborado em conformidade com todas as normas, regulamentos e demais diretrizes da legislação aplicável às atividades realizadas pela CONCESSIONÁRIA, devendo ser observadas, ainda, todas as obrigações definidas no CONTRATO e seus ANEXOS (Grifos nossos)

Nessa esteira, houve previsão para a entrega de todos os certificados ou cópias autenticadas, dos ensaios realizados em laboratórios acreditados pelo INMETRO ou órgãos competentes homologados pelo poder concedente, com previsão, inclusive, dos ensaios para o conjunto reator/luminária/lâmpada/relés e iluminação à vapor de sódio, LED ou novas tecnologias, não estando correta a alegação do denunciante.

Também em relação à alegação de substituição massiva do parque luminotécnico para a tecnologia a base de LED, sem comprovação de sua eficiência, não procede, uma vez que a previsão editalícia é de substituição para luminárias LED nas vias classificadas como V1 e V2.

A informação está clara na resposta aos questionamentos dos licitantes, Circular 01 publicada no site do município (fls. 20/22, volume 1), que 20% dessas vias, aproximadamente, são compostas por iluminação de LED, o que demonstra que não se pretende uma substituição massiva do parque por esse tipo de lâmpadas.

Assim, não prospera a alegação do denunciante.

Quanto a falta de regulamentação do INMETRO sobre as lâmpadas LED, arguida pelo denunciante, informou a CFCPPP (fls. 119/119-v, volume 1), que existem normas do

INMETRO a respeito, quais sejam, Portarias n<sup>os</sup> 389/2014 e 143/2015, que dispõem sobre Regulamento Técnico da Qualidade para Lâmpadas LED com Dispositivo Integrado à Base (RTQ) e as Portarias n<sup>os</sup> 144/2015 e 76/2016, que aprovam os Requisitos de Avaliação de Conformidade para Lâmpadas LED com dispositivo integrado à base (RAC).

E, ainda, a Portaria n<sup>o</sup> 478/2013 que dispõe sobre o Regulamento técnico da Qualidade para Luminárias para Lâmpadas de Descarga e LED - Iluminação Pública Viária (RTQ) e a 317/2015 que dispõe sobre os Requisitos de Avaliação da Conformidade para Luminárias com Lâmpadas de Descarga e Lâmpadas LED para Iluminação Pública Viária (RAC), que estiveram em consulta pública e devem ser publicadas em futuro próximo.

Conforme concluiu a CFCPPP, o INMETRO cuida em definir e estabelecer as normas que dispõem sobre a qualidade dos dispositivos de LED para iluminação pública, e, no caso da adoção dessa tecnologia por parte do concessionário, para a maioria do parque luminotécnico, as normas deverão ser observadas por força do disposto no edital e no anexo 5, anteriormente mencionados.

De todo o exposto, entendo que não procede a alegação do denunciante acerca da ausência de regulamentação para as lâmpadas LED por parte do INMETRO, e, por esse motivo, acompanho o entendimento da CFCPPP e do *Parquet* que, apesar de ter aditado a Denúncia alegando nulidade do certame, quanto a este apontamento, após análise das defesas concluiu pela sua regularidade.

Julgo improcedente a Denúncia quanto a este item.

**II.1.7 - Restrição à participação de consorciados: subitem 11.3.4, do edital, admite atestados em nome de qualquer empresa integrante do consórcio, apenas para comprovação do subitem 11.3.4.1, não permitindo para demais itens, ofendendo o art. 33, III, da Lei n<sup>o</sup> 8.666/93.**

O denunciante insurgiu-se (fls. 04/05, volume 1) contra o subitem 11.3.4, do edital, por estabelecer, nas condições necessárias para a qualificação técnica, que os atestados comprobatórios podem ser apresentados em nome de qualquer empresa integrante do consórcio sem, no entanto, estender tal possibilidade à comprovação técnica exigida em outros itens, quais sejam, 11.3.4.2 e 11.3.4.3.

Em análise preliminar a CFCPPP (fls. 119-v/120-v, volume 1), detalhou os itens do edital relativos à qualificação técnica, verificando que o subitem 11.3.4 é formado pelos subitens 11.3.4.1, 11.3.4.2 e 11.3.4.3, transcrevendo:

11.3.4.1.4. Observadas as regras descritas nos itens 11.3.4 e subitens, acima, os documentos de comprovação poderão ser apresentados em nome de qualquer integrante do consórcio ou por empresas CONTROLADAS, CONTROLADORAS ou outra sociedade sob CONTROLE comum.

Entendeu que os subitens 11.3.4.2 (atestados de capacidade técnica) e 11.3.4.3 (responsável técnico), não foram abarcados pela possibilidade de serem apresentados por qualquer empresa integrante do consórcio, nos termos do subitem 11.3.4.1.4 acima transcrito, já que na ordem do edital estão registrados após o subitem 11.3.4.

E que, o texto do subitem 11.3.4.1.4 não foi redigido com a melhor técnica de redação, podendo dar origem a entendimento mais restritivo, por causa do vocábulo *acima*, que poderia se referir apenas aos itens já citados. Mas, entendeu que referido vocábulo serviu, apenas, para reforçar que todos os subitens anteriores estavam incluídos nessa condição: que os

documentos de comprovação poderiam ser apresentados em nome de qualquer integrante do consórcio ou por empresas ligadas.

Registrou, ainda, que, em análise conjunta com o item 6, do edital, condições de participação, subitens 6.3, 6.3.1 e 6.3.2, acerca dos consórcios, restou definido que cada consorciado deveria atender, individualmente, as exigências relativas à regularidade jurídica, fiscal, trabalhista e econômico-financeira, salvo a referente ao patrimônio líquido, a ser atendida na proporção da respectiva participação de cada integrante do consórcio (item 11.3.2, iii).

Ressaltou que, em relação à qualificação técnica o subitem 6.3 não estabeleceu uma condição geral como fez para as demais condições de habilitação.

A Unidade Técnica, ressaltou, também, quanto ao fato do edital não estender a possibilidade de apresentação do documento previsto no subitem 11.3.4.2 (atestados de capacidade técnica) por qualquer consorciado, que a exigência refere-se a experiência em operação e manutenção de pontos de iluminação pública, estando permitida a comprovação de execução de serviços de operação e manutenção em 85.000 mil pontos. E que seu subitem 11.3.4.2.1 permitiu o somatório de até 2 (dois) atestados, distribuindo as condições para a apresentação dos atestados em três alíneas. Na alínea “i” está clara e cristalina a previsão da possibilidade de apresentação por qualquer integrante do consórcio, vejamos:

- (i) os atestados apresentados demonstrem a experiência da mesma PROPONENTE isolada ou mesma empresa membro do consórcio, (g.n.)

Esclareceu, ainda, que o subitem 11.3.4.3, refere-se à exigência de apresentação de apenas um profissional de nível superior, que apresente atestado de responsabilidade técnica, com experiência em manutenção corretiva e preventiva de pontos de iluminação pública. O edital não apresentou exigências mínimas para a experiência do profissional e neste caso não se aplica a questão de somatório de atestados por referir-se a, apenas, um profissional para o consórcio. E, assim, basta 1 (um) atestado de qualquer empresa consorciada.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em análise preliminar (fls. 226/234-v), pugnou pela nulidade do certame, quanto a outros aspectos denunciados nos autos principais.

Em defesa a SPE, BH Iluminação Pública S/A (fls. 270/299, volume 2), não se manifestou.

Os denunciados defenderam-se (fls. 356-v/357, volume 2) afirmando, que o edital, subitens 6.3.1 e 6.3.2, exigiu que cada consorciado deveria atender, individualmente, apenas às exigências referentes a regularidade jurídica, fiscal, trabalhista (subitens 11.3.1 e 11.3.3) e à qualificação econômico financeira (subitem 11.3.2). Quanto às exigências do subitem 11.3.4 e seguintes, corrobora o entendimento da Unidade Técnica, no sentido de que os documentos devem ser apresentados em nome de qualquer integrante do consórcio, não havendo a restrição alegada.

Em reexame a CFCPPP (fls. 400/400-v, volume 3) considerou que a defesa apresentada está na mesma linha do entendimento já esposado por aquela Coordenadoria no exame inicial, pela improcedência deste apontamento.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em parecer conclusivo (fl. 424-v/426, volume 3) corroborou com o entendimento da Unidade Técnica.

De todo o exposto, entendo não haver necessidade de fundamentação além do já exposto, não assistindo razão ao denunciante por não restar configurada a restritividade do edital quanto aos itens citados, tampouco ofensa à Lei nº 8.666/93.

## II.2. Denúncia nº 977587

### II.2.1. Restrição à participação de empresas em recuperação judicial no certame. Coexistência entre a Lei de Licitações e a Lei de Falência:

O denunciante afirmou (fls. 04/15, volume 1) que a Lei nº 8.666/93 veda, expressamente, as condições restritivas que frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, acrescentando que o fim maior do procedimento concorrencial é ampliar a competição e jamais reduzir o número de licitantes.

Citou os itens 6.2 e 11.3.5 do edital com redação no seguinte sentido:

6.2. Não poderão participar da CONCORRENCIA as pessoas jurídicas que, isoladamente ou em consorcio, direta ou indiretamente:

(iv) Estiverem falidas ou em processo de recuperação judicial;

(...)

11.3.5. Além dos documentos referidos acima, a PROPONENTE deverá apresentar, ainda, os seguintes documentos, devidamente acompanhados da comprovação dos poderes de seus signatários:

(iii) Declaração de que a PROPONENTE não se encontra em processo de (i) falência, (ii) recuperação judicial ou extrajudicial (iii) liquidação judicial ou extrajudicial, (iv) insolvência, (v) administração especial temporária ou (vi) intervenção, conforme modelo constante do ANEXO 8 DO EDITAL; (grifo nosso)

Citou a Lei nº 11.101/05 (Lei de Recuperação Judicial, extrajudicial e Falência), que estabelece como objetivo a recuperação judicial em três aspectos fundamentais: fonte produtora, emprego dos trabalhadores e interesse dos credores. Com esses objetivos alegou que fica claro que a máxima deve ser a preservação da atividade da empresa e não o impedimento de que ela participe de licitações.

Alegou que o art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado de acordo com a nova estruturação da Lei nº 11.101/05.

Defendeu que a decisão proferida pelo município de Belo Horizonte por ocasião do julgamento da impugnação apresentada pela ora denunciante, durante o procedimento licitatório, utiliza argumento jurídico há muito superado, qual seja, que empresas em recuperação judicial não estão aptas a participarem do certame, citando o art. 52, II, da Lei nº 11.101/05, e que, contra esse argumento foi proferida decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Medida Cautelar nº 23.499, que decidiu que empresas em recuperação judicial não estão impedidas de participar de licitações, apresentando a citada decisão à fl. 10, volume 1.

Citou a jurisprudência desta Corte, Processo nº 876054, considerando a possibilidade da aceitação de certidão positiva com efeito de negativa, e não somente a negativa.

No mesmo sentido apresentou, também, decisão do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, Processo nº TC-3519/2013, julgado em 14/07/15, que considerou restritiva a impossibilidade de empresas em recuperação judicial participarem do certame.

A denunciante, ao final, declarou que não está em processo de recuperação judicial, e que não tem contra si pedido de falência, mas entende que o disposto no inciso II, do item 6.2, do edital, poderá restringir a sua participação pelo fato de atingir a sua empresa controlada. Por isso, entende que o edital deve ser alterado em relação a este ponto, no sentido de reconhecer

que não é possível estabelecer vedação à participação de pessoas jurídicas ligadas a empresas em recuperação judicial.

Relativamente ao julgamento da impugnação ao edital, apresentada na via administrativa pela denunciante, no mesmo sentido apresentado na Denúncia *sub examine*, teve como resposta do município o documento anexado às fls. 551/555, no sentido de que, embora se possa entender que empresas em recuperação judicial possam participar de licitações regidas pela Lei nº 8.666/93 o raciocínio não pode ser estendido aos contratos de parcerias público-privadas. Tais contratos demandam alto volume inicial de investimentos e remuneração a longo prazo, decorrendo do próprio art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 a obrigatoriedade de os licitantes apresentarem a certidão negativa de falência e recuperação judicial, que substituiu a certidão de falência e concordata com o advento da Lei nº 11.101/2005.

Alegou que a própria Lei nº 11.101/2005, em seu art. 52, II, define que o Juiz, em caso de ação de recuperação judicial, “*determinará a dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.* (grifos no original)

Citou decisão no Agravo de Instrumento nº 1.0079.13.004655-4/001/TJMG.

Nos citado Agravo de Instrumento foi mantida a decisão que indeferiu liminar, no sentido de que ofenderia o princípio da isonomia e do interesse público a dispensa de apresentação de certidão negativa de falência ou concordata, exigida pelo inciso II, art. 31, da Lei nº 8.666/93.

Afirmou que o princípio das parcerias público-privadas é o de atribuir às empresas privadas a obrigação de buscar recursos para investimentos com vistas à execução do contrato, que será remunerado a longo prazo. E que esses investimentos não ocorrem de forma proporcional aos pagamentos do poder concedente, e sim concentrados nos primeiros anos do contrato, demandando que as empresas apresentem às instituições financeiras a sua capacidade de honrar com os compromissos e de prestar garantias, o que seria improvável para uma empresa em recuperação judicial.

Expôs que o município não pretende contratar o objeto do certame com empresa que possa enfrentar dificuldades para obtenção de recursos, com vistas à realização dos investimentos necessários. Nesse sentido, apresentou julgado do Tribunal de Justiça, em Agravo de Instrumento nº 24119002939, negando provimento ao recurso que questionou a apresentação dos documentos exigidos pelo art. 31, II, da Lei nº 8.666/93.

Defendeu, ainda, o município, que o vencedor da licitação deve ter condições econômicas de suportar os gastos decorrentes do objeto do contrato, e que o referido dispositivo legal contempla, também, as empresas em recuperação judicial, pois isso significa que atravessam graves dificuldades econômicas, colocando em risco o sucesso do empreendimento.

Em 10/05/2016 a Comissão Especial de Licitação apresentou esclarecimentos às fls. 593/606-v, e alegou a ilegitimidade ativa da denunciante para apresentação da denúncia, por falta de interesse de agir e legitimidade, uma vez que não se encontra em recuperação judicial, em afronta ao art. 17, do CPC e 113, do Estatuto de Licitações, e, ainda, por não possuir essa prerrogativa, por tratar-se de pessoa jurídica de direito privado, constituindo direito de cidadãos, partido políticos, associação legalmente constituída ou sindicato, nos termos do art. 301, do RITCMG.

Refutaram a argumentação trazida pela denunciante, colacionando doutrina de Marçal Justen Filho, decisões do TJMG, TJSP, TCSP, TCU e TJES.

Em análise das Denúncias, a CFCPPP (fls. 201/203-v) registrou que nos esclarecimentos apresentados pela Comissão Especial de Licitação não houve posicionamento sobre a participação de empresas que estejam indiretamente em processo de recuperação judicial.

Discorreu que compartilhava do posicionamento geral do município, entendendo que o fato de uma empresa coligada estar em recuperação judicial compromete a capacidade financeira das demais empresas do grupo, até que a situação esteja regularizada, uma vez que todas devem estar empenhadas em contribuir na recuperação daquela que está em dificuldades.

E que, pelo fato do objeto do certame referir-se à uma concessão administrativa o poder concedente deve ter cautela especial ao selecionar a empresa que deverá ser parceira por longo prazo de tempo, devendo realizar investimentos ao longo do contrato, em especial no início do empreendimento.

Citou decisão em julgamento de Agravo de Instrumento nº 10024102930815026, em que o TJMG negou provimento ao recurso que questionou a extensão da responsabilidade à empresa do grupo econômico que controlava a empresa falida.

Trouxe à colação a redação do art. 49, §1º, da Lei nº 11.101/2005, que prevê a ligação das controladas, coligadas e empresas do mesmo grupo em situação de recuperação judicial.

Informou que o Projeto de Lei nº 5.587/2013, que tramita na Câmara Federal, encaminhado ao Senado em 19/11/2015, para apreciação, tem como objeto *“Acréscena §6º ao art. 94 da lei 11.101/2005 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, com o objeto de estender os efeitos da falência às sociedades coligadas e controladas pela sociedade falida, quando se constatar a influência de um grupo societário nas decisões do outro, em prejuízo da massa de credores”*.<sup>10</sup>

Concluiu a CFCPPP que a tendência da jurisprudência e a da legislação é a de correlacionar obrigações de empresas do mesmo grupo daquela que esteja em processo de recuperação judicial e que os argumentos do denunciante não procedem quanto à restrição ao caráter competitivo do certame em relação à exigência editalícia.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em análise preliminar (fls. 226/234-v autos principais), pugnou pela nulidade do certame, quanto a aspectos denunciados nos autos principais (Denúncia nº 977532), não se manifestando acerca dos apontamento tratados na Denúncia nº 977587.

Citados para defesa, a SPE, BH Iluminação Pública S/A (fl. 274, autos principais, volume 2), registrou que o município e a equipe técnica deste Tribunal manifestaram pela improcedência quanto à Denúncia em exame.

Demais responsáveis não enfrentaram os apontamentos quanto à Denúncia nº 977587, somente em relação aos aspectos denunciados nos autos principais, Denúncia nº 977532 (fls. 337/358, autos principais).

---

<sup>10</sup> [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1415737&filename=Tramitacao-PL+5587/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1415737&filename=Tramitacao-PL+5587/2013). Pesquisa em 02/05/2016.

Assim, a CFCPPP, em análise da defesa (fls. 389/401-v) apresentada restringiu-se aos argumentos em relação aos autos principais.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em parecer conclusivo (fls. 426-v/428-v, autos principais, volume 3), afirmou que, da mesma forma alegada pelo município, o precedente apresentado pela denunciante não reflete posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, na Medida Cautelar n. 23.499 citada pelo denunciante, uma vez que a Medida trata da possibilidade de empresa em recuperação judicial ser dispensada da apresentação da certidão prevista no inciso II, do art. 31, da Lei Federal n. 8.666/93, para fins de participação em certames licitatórios, considerando o objetivo do instituto da recuperação judicial, elencado no art. 47, da Lei Federal nº 11.101/05.

E que, nesse sentido, há uma particularidade na Medida Cautelar n. 23.499, qual seja, a de que a renda da empresa envolvida era 100% obtida por contratos com entes públicos e, persistindo a medida liminar que impedia a participação da empresa em licitações, quando do julgamento do recurso especial, haveria grandes possibilidades da pessoa jurídica não mais existir, impossibilitada de dar prosseguimento às suas atividades comerciais.

Entendeu o *Parquet* que o pedido de recuperação judicial pressupõe insolvência e impossibilidade de atendimento do requisito de qualificação econômico-financeira para contratar com o poder público, especialmente nos contratos de parcerias público-privadas que demandam alto volume inicial de investimentos e remuneração em médio e longo prazos, conforme afirmado pelo município no julgamento da impugnação ao edital.

E, assim, nessa esteira, concluiu que prevalece, no caso em análise, a exceção prevista no inciso II, do art. 52, da Lei n. 11.101/05.

Opinou, por fim, pela improcedência da Denúncia quanto a este item.

Pois bem, é fato que existe controvérsia sobre o tema, tanto na doutrina como na jurisprudência.

A Lei nº 8.666/93, inciso II, do art. 31, consigna a previsão acerca do instituto da falência e concordada, nos seguintes termos:

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

[...]

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;

[...]

Com esboço no art. 170, da Constituição da República, em respeito aos preceitos da preservação da empresa, promoção da economia nacional, livre iniciativa, redução das desigualdades regionais e sociais, entre outros, a Lei de Recuperação de Empresa, nº 11.101/2005, tem a seguinte previsão em seu art. 47, *verbis*:

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.

E, para atingir esse desiderato, a Lei instituiu medidas para conferir operacionalidade ao processamento da recuperação judicial, entre as quais, destaca-se a dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, prevista em seu art. 52, II,

conduzindo à conclusão de que a demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial é exigível para contratar ou manter a execução de contrato celebrado com a Administração. Essa é a redação do citado artigo:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

[...]

Porém, não se pode perder de vista que o instituto da recuperação é voltado para empresas que possuam viabilidade de recuperação, já que nem toda empresa merece ou deve ser recuperada.

Veja-se que há uma sistemática disposta na Lei nº 11.101/05, conforme seus arts. 51 e 52.

A uma, para a formalização do pedido de recuperação judicial, exige-se o preenchimento de requisitos cumulativos, previstos no artigo 48. Comprovadas tais condições estará o empresário (individual ou social) legitimado a requerer a recuperação judicial, com petição inicial instruída de acordo com o artigo 51.

Deferido o processamento da recuperação judicial, conforme art. 52, o devedor deverá apresentar o plano de recuperação judicial, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação da empresa, sob pena de convalidação em falência (art. 53), ou, também, caso venha a ser rejeitado pela assembleia de credores (art. 73, 11 e 111, da Lei 11.101/05).

Cabe, ainda, a apresentação de objeção ao plano de recuperação judicial por qualquer credor, conforme previsão do art. 55, e, somente após cumpridas as exigências legais, em relação às objeções, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor.

O deferimento da petição inicial não significa a concessão do regime recuperatório judicial, nem a assunção de qualquer compromisso por parte do magistrado em concedê-lo no futuro. O deferimento da petição inicial significa a autorização de tramitação do processo, não avaliando, nesse momento, se a requerente está envolvida em crise de superação viável.

Somente após o cumprimento das exigências legais, e desde que o plano de recuperação judicial não tenha sofrido objeções nos termos do artigo 55, ou que tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores é que o Juiz concederá a recuperação judicial (art. 58).

Após concedida a recuperação judicial, pela decisão a que se refere o art. 58, dá-se início à execução do plano aprovado pelos credores, cumprindo-se as obrigações ali ajustadas, sob a fiscalização desses e do administrador judicial (artigo 22, 11, a e b), que poderão requerer a falência do credor na hipótese de seu descumprimento (art. 61, 9 1º, c/c art. 73, IV).

Assim, conclui-se que, apenas na fase do art. 58 é que existe a recuperação judicial em sentido material, quando os atos que serão tomados com vistas a superar a situação de crise serão efetivamente praticados.

Entendo que é necessário uma reinterpretação e adaptação do inciso II, do art. 31, da Lei nº 8.666/93 à luz da nova Lei de Recuperação de Empresa, em particular com a ótica do art. 47, amoldando-se à sua nova sistemática.

No Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo<sup>11</sup>, pág. 24, verifica-se:

O impedimento à participação de empresas em processo de recuperação judicial não se harmoniza com o atual posicionamento desta Corte, a partir da decisão plenária de 30-09-2015, nos autos dos Processos TC-3987.989.15-9 e TC-4033.989.15-3, pacificou a questão no seguinte sentido:

Feitas essas ponderações, considero, de plano, **ilegal a previsão de vedação de participação** no certame de empresas que estejam em situação de recuperação judicial, podendo, todavia, **ser requisitada a certidão negativa durante a fase de habilitação**. No entanto, deve, ainda, ser **possibilitada a apresentação de certidão positiva**, hipótese em que necessário se faz que a interessada demonstre seu Plano de Recuperação, já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, apto a **comprovar sua viabilidade econômico-financeira, inclusive pelo atendimento de todos os requisitos de habilitação econômico-financeiras estabelecidos no edital**. (grifos no original)

Desta forma, nos termos do referido voto, a apresentação de certidão positiva de recuperação judicial, isoladamente, não pode constituir motivo para inabilitação das empresas que se encontrem nesta condição, as quais deverão ser avaliadas pelos demais requisitos de habilitação econômico-financeira, além da verificação de que o Plano de Recuperação encontra-se vigente e atende às exigências “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (art. 37, XXI, CF).

Em casos da espécie, competirá à Administração fazer constar de seus textos convocatórios (I) a possibilidade de oferta de documentos que revelem o cumprimento do plano delineado pelo Judiciário e sugiram a viabilidade econômico-financeira da empresa, (II) ou mesmo a promoção de diligências junto ao Poder Judiciário, nos termos do § 3º do artigo 43 da Lei, para a obtenção de informações atualizadas quanto ao bom andamento do plano de recuperação deferido.

A solução tomada por este Tribunal em relação à matéria privilegia sobremaneira a boa-fé, a segurança jurídica e o princípio da preservação da empresa. Nessa linha as decisões exaradas nos processos TC-7878/989/15 e TC-7880/989/15, TC-3987/989/15 e TC-9796/989/15.

[...]

Nesses termos, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já editou a Súmula nº 50 rechaçando a vedação à participação das empresas em recuperação judicial nos certames, orientando acerca dos documentos delas exigíveis:

Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital. (g.n.)

Também o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, no Processo nº TC-7159/2012, decidiu “determinar ao administrador público considere incluir, em seus instrumentos editalícios, a exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial,

---

<sup>11</sup> Disponível em [https://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/licitacoes\\_contratos.pdf](https://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/licitacoes_contratos.pdf). Consulta em 07/11/2018.

condicionando, alternativamente, a apresentação de certidão mensal emitida pela instância judicial competente, a fim de que seja possível avaliar corretamente a viabilidade da contratação – considerando a saúde financeira da empresa e a natureza do objeto que se pretende contratar.”

E, ainda, manifestou-se aquela Corte no mesmo sentido na Consulta TC - 008/2015 – Plenário/TCES, veja-se:

- a) É possível que a Administração Pública, a seu critério, não exija no edital de licitações alguns dos documentos previstos no artigo 31, da Lei nº 8.666/93, como por exemplo, o previsto no inciso II (certidão negativa de falência ou concordata), que hoje pode ser interpretado no sentido de abranger a certidão negativa de recuperação judicial.
- b) Caso, no entanto, a Administração Pública exija como um dos requisitos para a qualificação econômico-financeira, a certidão negativa de recuperação judicial, esta deverá ser apresentada pelos licitantes.
- c) Ressalta-se, contudo, que a Administração Pública não poderá fazer restrição total no edital licitatório acerca da possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem do procedimento licitatório. Isso porque, caso a Administração Pública exija no edital de licitação a certidão negativa de recuperação judicial, a empresa que apresentar certidão positiva, poderá participar, desde que o juízo em que tramita o procedimento da recuperação judicial certifique que a empresa está apta econômica e financeiramente a suportar o cumprimento de um futuro contrato com a Administração pública, levando em consideração o objeto a ser contratado. (g.n.)

Também o TCU prolatou decisão na mesma linha do entendimento acima colacionado, vejamos o Acórdão nº 8271/2011, 2ª Câmara:

1.5.1. dar ciência à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que, em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93. (g.n.)

Nesse mesmo sentido é o seguinte *decisum* prolatado pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

Licitação. Modalidade convite. Empresa em recuperação judicial. Participação. A negativa da Petrobrás em admitir a participação de empresa que se encontra em regime de recuperação judicial pode representar atentado ao caráter competitivo da licitação. Provado que ela presta os mesmos serviços à Petrobras em outra localidade, a aludida crise econômico-financeira da contratada não seria motivo para deixar de convidá-la para a modalidade convite. Unânime.

Este também é o posicionamento exarado pela Advocacia-Geral da União, pelo Departamento de Consultoria da Câmara Permanente de Licitação e Contratos, conforme se vê no parecer 04/2015/CPL/DEPCONSU/PGF/AGU, tendo concluído que:

63. Entendo que deve ser feita a devida distinção entre a situação da empresa que está ainda postulando a recuperação judicial (art. 52, NLRJ), daquela que já está com o plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente, com a recuperação já deferida (art. 58, NLRJ).

64. As contratações públicas são um grande estímulo à economia, e podem servir para retirar empresários em recuperação da situação de insolvência que se encontram, forte até

na premissa que pelas licitações se obtém o desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º da LLC).

65. Inclusive, os autores que defendem essa possibilidade afirmam que, como a Lei 8666 exige certidão negativa de concordata, e este instituto não existe mais no ordenamento, não há base legal para exigir a certidão negativa de recuperação, que não se confunde com a decaída concordata, tese esta incorporada no acórdão do STJ.

[...]

f) se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório;

g) a empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido, como qualquer licitante, deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira;

[...]

O citado parecer traz doutrina de Mauro Rodrigues Penteadó<sup>12</sup>:

Coerentemente com a nova solução dada pela Lei 11.101 para a solução da crise econômica das atividades empresariais, parece evidente que a Lei de Licitações está a reclamar adaptação, de molde a que as sociedades que tenham seus Planos de Recuperação concedidos judicialmente também possam participar de licitações realizadas pelo Poder Público, que, em muitos casos, constitui fator importante para que superem as dificuldades por que passam, não havendo motivos para delas afastar unidade empresarial cuja viabilidade e possibilidade de atuar eficientemente no mercado passou pelo crivo daqueles que melhores têm competência para fazê-lo, ou seja, seus credores privados, sob a supervisão do judiciário, ainda que alguns requisitos adicionais sejam requeridos para compor seus planos, tendo em vista o interesse público.

Diante dos arrestos colacionados, tenho minha convicção formada no sentido de que a Administração não pode vedar a participação de empresas em situação de recuperação judicial nos certames, pois, apresentando-se o Plano de Recuperação, devidamente aprovado pelos credores e pelo juízo, documento que comprova a aptidão econômica e financeira para a execução do objeto da licitação, possível será a participação da empresa.

E isto em razão da necessária reinterpretação e adaptação do inciso II, do art. 31, da Lei nº 8.666/93 à luz da nova Lei de Recuperação de Empresa, em particular com a ótica do art. 47, amoldando-se à sua nova sistemática, em consonância ao art. 170, da CR/88.

Este posicionamento já defendi nos autos da Denúncia nº 986747, em sessão do Tribunal Pleno, de 11/10/2017, acompanhado pelo Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, e nos autos da Denúncia nº 1015596, da relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, em sessão da Segunda Câmara desta Corte, de 15/03/2018, que acompanhei.

Do exposto, voto pela irregularidade da vedação registrada no edital.

Destarte, deixo de apenar os denunciados, *in casu*, por não restar comprovado nos autos a inabilitação de empresa ou de consórcio em razão da indigitada vedação editalícia.

---

<sup>12</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. A falência em outras leis especiais. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro (org.). Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

Outrossim, determino que em futuros procedimentos licitatórios a Administração exclua dos editais a vedação da participação de empresas em recuperação judicial, bem como a apresentação da certidão negativa de recuperação judicial e, na hipótese de participação de empresa nessa condição, verifique, com acuidade, se há plano de recuperação aprovado em juízo, analisando-o juntamente com demais documentos comprobatórios da qualificação econômico-financeira.

### **II.2.2. Impossibilidade de cumulação das exigências previstas no art. 31, da Lei nº 8.666/93:**

O denunciante alegou (fls. 15/22, volume 1) que o edital exigiu, no item 9.1, a apresentação de garantia de proposta no valor correspondente a 1% do montante estimado da contratação, além da documentação exigida para qualificação econômico-financeira, qual seja, balanço patrimonial e demonstrações contábeis, item 11.3.2; e (ii) patrimônio líquido de R\$80.000.000,00 (oitenta milhões de reais) para empresas isoladas e R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) para empresas em consórcio.

Considerou que essas exigências cumuladas com a de garantia de proposta fere o previsto no art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93, inviabilizando o ingresso de interessados que possuem qualificação.

Alegou que, como o item 16.2 do edital estabelece exigência de integralização de capital social pelos integrantes da futura SPE, no valor de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), revela-se o excesso das exigências, uma vez que a soma dos itens gera a necessidade de disponibilidade financeira do vencedor da licitação superior a R\$150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais).

Entendeu que, mesmo considerando a discricionariedade do Poder Concedente quanto às exigências elas devem ser justificáveis e diretamente proporcionais ao objeto licitado, e critica a manifestação do município, quando do julgamento à impugnação ao edital, ao se referir à prática de diversos países, especialmente na União Europeia, visando conferir maior seriedade ao certame.

Discorreu que as exigências cumulativamente impostas afastam um número expressivo de proponentes, e que, no presente caso, a exigência de garantia para a proposta se mostra efetiva ao objetivo de, alternativamente à exigência de patrimônio líquido ou capital social mínimo, garantir a demonstração de boa situação financeira do licitante.

Citou doutrina de Marçal Justen Filho sobre a maior eficiência do seguro garantia ou de outras alternativas previstas no art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em relação ao patrimônio líquido para atestar a boa situação financeira do licitante.

E, também, citou a Súmula nº 275/2012 do TCU, mencionada em decisões do próprio órgão e do Tribunal de Contas do Mato Grosso. E que, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também tem decidido pela ilegalidade de exigências cumulativas referentes à qualificação econômico financeira.

Ressaltou, ainda, que o fim maior do procedimento concorrencial é a ampliação da disputa e que as exigências incluídas no edital afrontam o princípio contido no art. 3º, I, §1º, da Lei nº 8.666/93, que determinam a ampliação da competitividade.

Apresentou jurisprudência desta Corte de Contas, fl. 22, versando sobre prazo diminuto para o fornecimento dos produtos licitados, concluindo pela necessidade da “realização de adequado

planejamento com vistas à ampliação da competitividade e a fim de se obter no mercado a maior vantagem possível à Administração”.

Em análise inicial a CFCPPP, fls. 212/212-v, concluiu que “a garantia de proposta se presta a assegurar o cumprimento da proposta formulada pelos participantes, e que para fins de qualificação econômico-financeira, o edital exige apenas a apresentação de patrimônio líquido conforme previsão do inciso III e § 2º do art. 31 da lei nº 8.666/93, não havendo a cumulatividade alegada. Conclui-se que a Denúncia não procede quanto a este quesito.”

Citou entendimento do TCU exarado no Acórdão nº 2573/2012 a respeito da alternatividade - vedada a cumulatividade – dos mecanismos de aferição da capacidade econômico-financeira.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em análise preliminar (fls. 226/234-v autos principais), pugnou pela nulidade do certame, quanto a aspectos denunciados nos autos principais (Denúncia nº 977532), não se manifestando acerca dos apontamento tratados na Denúncia nº 977587.

Em 10/05/2016 a Comissão Especial de Licitação apresentou esclarecimentos às fls. 598-v/602, e alegou a ilegitimidade ativa da denunciante para apresentação da denúncia, por falta de interesse de agir e legitimidade, uma vez que não se encontra em recuperação judicial, em afronta ao art. 17, do CPC e 113, do Estatuto de Licitações, e, ainda, por não possuir essa prerrogativa, por tratar-se de pessoa jurídica de direito privado, constituindo direito de cidadãos, partido políticos, associação legalmente constituída ou sindicato, nos termos do art. 301, do RITCMG.

Discorreu quanto a regularidade deste item denunciado, no sentido de que a garantia de proposta encontra guarida no inciso III, do art. 31, da Lei nº 8.666/93, e que o item 9.6 do edital é expreso ao estabelecer a garantia de proposta como condição para participação na concorrência, não se devendo confundir com os requisitos de qualificação econômico-financeira previstos no item 11.3.2 do edital.

E, também, no sentido de que a garantia de proposta, inibe a apresentação de propostas sem comprometimento, usualmente formuladas por empresas que não reúnem condições para execução do objeto licitado. A exigência não constitui restrição à participação, mas comprovação de robustez pelas empresas participantes e possibilidade de concretização do contrato pela licitante vencedora.

Citou os Acórdãos nºs 2573/2012 e 2629-51/07, do TCU, ambos no sentido de que a garantia de proposta, exigida para a participação nos procedimentos licitatórios e a exigência de patrimônio líquido não caracterizam a cumulatividade vedada pelo § 2º, do art. 31, da Lei nº 8.666/93, ao contrário, o que a lei veda é a exigência de patrimônio líquido e capital social com as garantias de execução contratual, previstas no § 1º, do art. 56, da mesma Lei.

Informou que a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT realizou 6 (seis) concessões de rodovias nos últimos dois anos com a exigência de garantia de proposta e patrimônio líquido, Governo do Estado de São Paulo (Concorrência Internacional nº 001/2014), Companhia de Saneamento do Estado do Espírito Santo – CESAN (Concorrência nº 001/2013) e Governo do Estado de Minas Gerais (Concorrências Públicas nºs 01/2012, 070/2006, 02/2010-SEPLAG/MG), transcrevendo excertos dos citados editais.

Citados, em 10/10/2016, a SPE, BH Iluminação Pública S/A (fl. 274, autos principais, volume 2), defendeu-se no sentido de que o município e a equipe técnica deste Tribunal manifestaram pela improcedência quanto à Denúncia em exame.

Demais responsáveis não enfrentaram os apontamentos quanto à Denúncia nº 977587, somente em relação aos aspectos denunciados nos autos principais, Denúncia nº 977532 (fls. 337/358, autos principais).

Assim, a CFCPPP, em análise da defesa (fls. 389/401-v) apresentada restringiu-se aos argumentos em relação aos autos principais.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em parecer conclusivo (fls. 428-v/430-v, autos principais, volume 3), entendeu que se aplica ao caso em análise o entendimento do TCU exarado no Acórdão n. 2573/2012, citado pelo Município, sobre a possibilidade de cumulação de garantia de proposta, como condição de participação, com exigência de patrimônio líquido, para comprovação de qualificação econômico-financeira, desde que a exigência de garantia não seja formulada a título de requisito de habilitação.

Citou, também, a Súmula n. 275 do TCU<sup>13</sup>, mencionada pela denunciante, que tem como fundamento legal o disposto no § 2º, do art. 31, da Lei Federal nº 8.666/93, que não fora descumprida no caso em análise.

Ao final, opinou pela improcedência da Denúncia quanto a esse item.

Esse é um tema recorrentemente enfrentado quando da realização de licitações com fundamento na Lei nº 8.666/93.

Vejamos a previsão constante do instrumento convocatório (fl. 117, 122, volume 1), *verbis*:

#### **9. GARANTIA DAS PROPOSTAS**

9.1. A GARANTIA DA PROPOSTA deverá ser realizada no valor de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de Reais) e poderá ser prestada em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, ficando vedada qualquer modificação nos seus termos e condições.

[...]

#### **11. DOCUMENTOS DE QUALIFICAÇÃO**

[...]

11.3.2. Para qualificação econômico-financeira:

[...]

(iii) Comprovação de patrimônio líquido mínimo equivalente a R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais), no caso de empresas isoladas e, no caso de Consórcio, equivalente a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de Reais), por meio do somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação.

[...]

#### **16. HOMOLOGAÇÃO, ADJUDICAÇÃO, ASSINATURA DO CONTRATO**

[...]

---

<sup>13</sup> Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

16.2. A assinatura do CONTRATO ficará condicionada à apresentação, pela PROPONENTE Adjudicatária, dos seguintes documentos ao PODER CONCEDENTE:

[...]

(iii) Subscrição do capital social da SPE no valor mínimo de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de Reais) e integralização do capital, em moeda corrente nacional, montante mínimo equivalente a 50% (dez por cento) do valor subscrito. [sic]

(iv) Constituição da GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO referida na Cláusula 39, da minuta do CONTRATO;

[...]

Vejamos a previsão da Lei nº 8.666/93, que utiliza a conjunção adversativa “ou”, que provoca a discussão em torno da necessidade, ou não, do agente público responsável pela modelagem do edital de licitação escolher entre somente uma daquelas exigências ali citadas, *verbis*:

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

[...]

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

[...]

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

Assim, é compreendido pela doutrina, e massiva jurisprudência, que os documentos exigíveis com espeque no § 2º, do art. 31, não podem ser cumulados, ou seja, a Lei permite a exigência de um daqueles ali arrolados.

No julgamento da Representação nº 969123, em decisão cautelar aprovada na sessão de 24/11/2015 desta Corte, o Conselheiro Cláudio Terrão assim se manifestou:

Ocorre que as modalidades de garantia de proposta constantes no § 2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93 somente podem ser utilizadas pela Administração de forma alternativa. A esse respeito, confira-se o posicionamento de Marçal Justen Filho:

A redação do §2º comporta interpretação bastante razoável, em que as três alternativas ali indicadas seriam consideradas como equivalentes. Isso significa que o particular poderia comprovar sua capacitação econômica- financeira por uma de três vias. Essa alternativa afigura-se muito mais interessante para os fins buscados pelo Estado, especialmente porque permite a ampliação mais interessante para os fins buscados pelo Estado, especialmente porque permite a ampliação da utilização do seguro-garantia. Nesse caso, seria plenamente utilizável a experiência estrangeira dos seguros de performance. Essa interpretação redundante na atribuição ao particular da possibilidade de comprovar o preenchimento desses requisitos por uma das três vias, à sua escolha<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ed. São Paulo:

Desse modo, tem-se que as exigências previstas no sobredito artigo devem ser utilizadas alternativamente, já que elas são semelhantes e possuem a mesma função, qual seja, demonstrar a capacidade econômica dos licitantes. Portanto, a exigência cumulativa dessas garantias não encontra respaldo na Lei nº 8.666/93, criando verdadeiro óbice à competitividade do certame.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento deste Tribunal, exarado no Edital de Licitação nº 886044:

A cumulação das exigências de capital mínimo com prestação de garantia da proposta, contraria o citado dispositivo legal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos [art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93].

Seguindo essa mesma linha, confira-se a seguinte decisão do TCU:

É ilegal a exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios, de requisitos de capital social mínimo e garantias para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes (TCU, Acórdão nº 170/2007, Relator: Min. Valmir Campelo, Tribunal Pleno).

Portanto, considerando que o edital em exame exige dos licitantes diversas modalidades de garantia de proposta, de forma cumulativa, constata-se, em sede de juízo não exauriente, a violação ao art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

No mesmo sentido já me manifestei no julgamento do Processo de Licitação 703.633, mencionado na Revista do TCE, edição especial, “A Lei nº 8.666/93 e o TCEMG”, fl. 170, que ora transcrevo:

Licitação. Não-cumulatividade dos elementos de comprovação da qualificação econômico-financeira. “(...) a exigência contida no edital de cumulação de capital social mínimo ou patrimônio líquido e garantia de propostas contraria o art. 31, §2º, da Lei 8.666/93, e ainda restringe a ampla participação. (...) as irregularidades verificadas comprometem a isonomia do certame, favorecendo atributos de qualificação técnico e econômico-financeira que não refletem justificativas técnicas referentes às necessidades da contratação, em afronta à legislação vigente. (Licitação nº 703633. Rel. Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão do dia 18/10/2005) (g.n.)

Pois bem, dito isso, há que se considerar que encontra *sub examine* um procedimento licitatório de concessão por meio de uma parceria público-privada.

E, por isso, deve-se verificar as previsões constantes do art. 5º e art. 11, da Lei nº 11.079/2004, Lei das Parcerias Público-Privadas, *verbis*:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993;

[...] (g.n.)

Ademais, deve-se assinalar que a Lei nº 8.666/93 tem aplicação subsidiária às concessões comuns e PPPs, como se lê do art. 18, da Lei nº 8.987/95:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

[...] (g.n.)

E, nessa esteira, trago a baila a doutrina de Maurício Portugal Ribeiro:

Frise-se a expressão *no que couber* [art. 18 da Lei nº 8.987/95]. E, como nas concessões comuns ou PPPs para a prestação de serviços públicos a qualificação econômico-financeira dos participantes da licitação tem importância muito superior do que nas licitações de contratos de serviço regulados pela Lei 8.666/93, nos parece plenamente justificável a interpretação de que, para os casos de desestatização de serviços, seja viável a cumulação da exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo e capital social mínimo.

[...] aos contratos regidos pela Lei 8.666/93 (que não se caracterizam, pois, legalmente, como desestatização de serviço público), a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de proibir a exigência conjunta de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo e capital social mínimo. Isso, contudo, paradoxalmente, não tem impedido a cumulação dessas exigências nos editais de concessão comum e PPP do Governo Federal. Apenas a título de exemplo, essas três exigências foram cumuladas nos editais dos 7 (sete) lotes de concessões rodoviárias, de 2007, e, também, no edital de concessão das rodovias BR 116/324. (*Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo. Editora Atlas S.A, 2011, p. 23 – 24)

Nessa esteira, considero regular o edital denunciado quanto às exigências de qualificação econômico-financeira e da prestação de garantia de proposta (item 9.1 do edital), com espeque no art. 11, da Lei nº 11.079/2004, bem como aquela referente ao patrimônio líquido, com fundamento no § 2º, do art. 31, da Lei nº 8.666/93. Da mesma forma, é lícito exigir a garantia de execução contratual (item 16.2, alínea “vi” do edital), haja vista o permissivo constante do art. 5º, da Lei nº 11.079/2004.

Por fim, a exigência de capital social mínimo não figurou como requisito de habilitação, conforme registrado no item 16.2, “iii”, do instrumento convocatório.

### **II.2.3. Exigência de qualificação técnica descabida - item 11.3.4.1:**

A denunciante alegou (fls. 24/30, volume 1) que a exigência prevista nos itens 11.3.4.1, “i” e “ii”, do edital, afronta o previsto no art. 30, da Lei nº 8.666/93, sendo restritiva a exigência de experiência prévia relativa ao montante dos investimentos.

O edital exige a demonstração de que o licitante participou de empreendimentos que tenham gerado investimentos de R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) ou mais, destacando que as comprovações devem ser realizadas com documentos que demonstrem, no mínimo,

investimentos de R\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais), sendo permitido o somatório de investimentos, desde que, ao menos um dos empreendimentos tenha investimentos de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), nos seguintes termos (fl. 121/123, volume 1):

#### 11. DOCUMENTOS DE QUALIFICAÇÃO

[...]

11.3.4. Para comprovação da qualificação técnica:

11.3.4.1. Comprovação de que o PROPONENTE tenha participado de empreendimento de grande porte em infraestrutura na modalidade *project* ou *corporate finance* (podendo ser ou não referente ao setor de ILUMINAÇÃO PÚBLICA), em que tenha realizado investimentos de R\$ 110.000.000,00 (cento e dez milhões de Reais) ou mais, com recursos próprios ou de terceiros e retorno de longo prazo (assim considerado o prazo mínimo de 5 anos), observadas as seguintes condições:

[...]

O denunciante alegou que a exigência não encontra amparo legal no art. 30, da Lei Federal nº 8.666/93, por não se tratar especificamente da comprovação de conhecimento técnico para execução do objeto, não tendo correlação com o objeto contratual, o que se comprova pela decisão proferida pelo município no julgamento da impugnação, *verbis*: “a exigência diz respeito a quaisquer projetos de infraestrutura em modalidade de *Project* ou *corporate finance*, o que não está limitado ao universo de parcerias público privadas”.

Afirmou ser abusiva a exigência, já que não se configura imprescindível, sendo suficiente para restringir demasiadamente a competição.

Apresentou decisão do Tribunal de Contas de São Paulo contrária à manutenção de exigência semelhante em edital do município de Sorocaba.

Defendeu que não há relação com o objeto que justifique a exigência de experiência prévia relativa ao montante dos investimentos, demonstrando o caráter restritivo da exigência, e que o TCEMG “*possui firme posicionamento contra exigências que se revelam capazes de eliminar ou mitigar demasiadamente o caráter competitivo do certame*”, e transcreve trecho de julgado desta Corte em licitação para softwares de contabilidade pública para o município de Cássia<sup>15</sup>.

Afirmou que as exigências de natureza técnicas não podem representar restrição ao caráter competitivo e apresentou trechos do Acórdão n. 1.942/2009 do TCU.

Em 10/05/2016, a Comissão Especial de Licitação apresentou esclarecimentos às fls. 604/605, e alegou a ilegitimidade ativa da denunciante para apresentação da denúncia, por falta de interesse de agir e legitimidade, uma vez que não se encontra em recuperação judicial, em afronta ao art. 17, do CPC e 113, do Estatuto de Licitações, e, ainda, por não possuir essa prerrogativa, por tratar-se de pessoa jurídica de direito privado, constituindo direito de cidadãos, partido políticos, associação legalmente constituída ou sindicato, nos termos do art. 301, do RITCMG.

---

<sup>15</sup> Denúncia nº 812054, Rel. Conselheiro Sebastião Helvecio.

Discorreu, nos mesmos termos já apresentados na resposta à impugnação da licitante ao edital, ora denunciante, informando tratar-se de exigência de capacidade técnico-operacional, pois demandam que os licitantes tenham experiência na organização e gestão de significativos recursos econômicos e administrativos em curtos espaços de tempo, de forma a possibilitar a estruturação de projetos complexos, com o adequado retorno do investimento realizado.

Citou, a título exemplificativo, editais que registraram a mesma exigência: Concorrência Pública 01/2012 (tratamento e disposição final de resíduos sólidos do Estado de Minas Gerais), Concorrência Pública 02/2010 (reforma do complexo do Mineirão), Edital de PPP 08/2010 (Hospital Metropolitano de Belo Horizonte), Concorrência 01/2012 de PPP (Escolas de Belo Horizonte), Edital 08/2011 de PPP (Unidades de Saúde de Belo Horizonte), Concorrência Internacional 01/2014 de PPP (habitacional do Governo do Estado de São Paulo), Concorrência 01/2013 de PPP (Prefeitura de São Paulo), Edital da Concorrência Pública 01/2013 (Companhia de Saneamento do Estado do Espírito Santo).

Assim, concluiu que o requisito de habilitação questionado está em conformidade com o disposto no art. 30, III, da Lei nº 8.666/93.

A CFCPPP, em análise prévia (fls. 205-v/207-v), citou que a denunciante impugnou o instrumento convocatório quanto a este item, à época própria, e o Município, em resposta, afirmou que tal exigência refere-se a quaisquer projetos de infraestrutura, não estando limitado ao universo de parcerias público-privadas, mas abrangendo todo e qualquer projeto de infraestrutura que tenha adotado tais modalidades de estruturação de investimentos, públicos ou privados, sendo permitido ainda o somatório de atestados.

E que, apesar de os atestados tratarem de valores, eles não possuíam finalidade de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes, mas consistiam em indicativo da complexidade dos projetos. Ou seja, exigências de capacidade técnico-operacionais a fim de demonstrarem a capacidade de os licitantes organizarem e gerirem significativos recursos econômicos e administrativos em curtos espaços de tempo, de forma a possibilitar a estruturação de projetos complexos, com o adequado retorno do investimento realizado.

Ponderou, ainda, que nos primeiros anos da concessão haverá necessidade de executar grande parte dos investimentos e operar a rede existente, o que exigirá a capacidade prévia de mobilizar a estrutura necessária para realizar o objeto. E, dessa forma, essa experiência é relevante para o sucesso do empreendimento. Afirmaram que esse tipo de exigência vem sendo utilizada com frequência em editais de grandes licitações, tendo sido utilizada nas contratações de PPP das unidades de Saúde e no Hospital Metropolitano, entre outras.

Prosseguiu, aquela Coordenadoria, em escorreita análise:

4.45. Análise: Cabe destacar o que são empreendimentos realizados no modelo Project finance na visão do TCU:

Em apertada síntese, pode-se conceituar SPE como a aglomeração empresária, de objeto social limitado e específico, geralmente constituída com o fim de captar recursos na modalidade de project finance, em que se arrolam, como garantia de financiamento ativos da sociedade e recebíveis atrelados ao projeto. O capital investido nas Sociedades advém dos parceiros, comumente na proporção da participação societária, sendo comum a atuação do BNDES como entidade financiadora de sócios públicos e privados.

A vantagem da criação de uma SPE está associada, principalmente, à obtenção de financiamentos estruturados sob a forma de Project Finance, um tipo de engenharia

financeira na qual a operação de crédito é suportada pelo fluxo de caixa do projeto, ou seja, as receitas e os ativos desse projeto servem como garantia para o financiamento. Normalmente, na fase pré-operacional (fase caracterizada por grandes investimentos), em que os riscos do projeto são maiores, são solicitadas garantias corporativas dos sócios empreendedores por parte da instituição financiadora do projeto, já que, via de regra, o capital integralizado da SPE no início de suas atividades é baixo e ainda não há receitas que cubram as despesas do financiamento **Acórdão 600/2016 TCU – plenário** (grifos nossos)

4.46. Como o *project finance* caracteriza-se pelo retorno esperado dos recebíveis do próprio projeto, para garantir os financiamentos a serem obtidos pelo concessionário, é imprescindível que o projeto tenha uma gestão adequada para que se realize o retorno esperado dos investimentos. Desta forma, a experiência requerida do licitante está coerente com o desempenho que deverá ser demonstrado, na execução contratual.

4.47. Verificou-se que consta do processo administrativo nº 01-162.894/15-31, que deu origem ao Edital de Concorrência Pública SMOBI Nº 005/2016, às fls. 35 verso e 36 frente e verso, juntadas a este relatório no Anexo I, a justificativa para a exigência de qualificação técnica em análise, na qual destacamos alguns trechos:

Em verdade, tratam-se de exigências de capacidade técnico-operacionais, pois demandam que os licitantes tenham experiência na organização e gestão de recursos econômicos e administrativos em curtos espaços de tempo, de forma a possibilitar a estruturação de projetos complexos, com o adequado retorno dos investimentos realizado.

(...)

Nos primeiros anos da concessão teremos, de forma concomitante, a execução de grande parte dos investimentos e operação da rede de iluminação pública do município, o que exigirá dos acionistas e administradores da concessionária a capacidade de previamente mobilizar a estrutura necessária para a execução do contrato.

(...)

Assim é que, a capacidade e experiência dos licitantes em captar e organizar recursos, se transforma em um fator relevante para que o contrato de concessão efetivamente tenha sucesso. Analisando desta forma, fica mais claro entender porque as exigências postas possuem inegável característica técnica-operacional.

4.48. Verificou-se também, em análise do fluxo de caixa do projeto elaborado pelo município e encaminhado ao Tribunal por solicitação deste órgão técnico no processo 977532, que os investimentos que foram previstos para o projeto somam um valor que gira em torno de R\$ 497.000.000,00. Desta forma, o montante exigido como comprovação de qualificação técnica, corresponde a cerca de um quinto do valor que deverá ser aplicado em investimentos na execução contratual.

4.49. Observa-se que o entendimento da jurisprudência sobre a amplitude das exigências de qualificação técnica tem se voltado mais para a necessidade prática e específica de cada tipo de serviço, do que sobre uma visão padrão e muito restrita da abrangência da lei, como se vê a seguir no Acórdão 1214/2013 TCU plenário:

Comumente tem sido exigido da licitante que comprove que prestou serviço equivalente a 50% do que se pretende contratar, como forma de verificar a compatibilidade de objetos no que se refere a quantidades.

No entanto, há que se perceber que cada contratação requer habilidades específicas, de forma que essa linha de entendimento não pode ser aplicada uniformemente.

A qualificação técnica exigida dos licitantes consiste, segundo as palavras de Marçal Justen Filho, no “domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado”. Logo, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica deve ser suficiente para garantir à Administração que o contratado terá aptidão para executar o objeto pretendido. Tal aptidão pode se referir a vários aspectos.

Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra

(...)

Destaque-se que a constatação de que a habilidade requerida para a prestação de serviços terceirizados mediante cessão de mão de obra é diferenciada, advém da experiência da Administração na condução desses contratos. Tem-se observado que a maior causa de fracasso na execução dos ajustes é a incapacidade das empresas de manter a prestação dos serviços ao longo do tempo sem falhar no cumprimento de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias junto aos empregados. Logo, pode-se concluir que a habilidade de gestão de pessoal, nesses casos, relaciona-se mais à saúde financeira das empresas e à capacidade de gerenciar recursos financeiros e custos.

(...)

Estando as exigências dentro dos limites autorizados pela lei, não há porque a **priori**, considerá-las indevidas. O que se deve verificar é sua pertinência para garantir a cumprimento (ou ao menos diminuir o risco de descumprimento) das obrigações das contratadas, sem restringir indevidamente a competitividade das licitações. (grifo nosso)

4.50. Entende-se, pelo exposto, que a exigência do edital é coerente com a aptidão requerida para executar os serviços e fazer os investimentos necessários, e também com o valor a ser investido.

4.51. Conclui-se, portanto que a denúncia não procede quanto a esse aspecto.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em análise preliminar (fls. 226/234-v, autos principais) pugnou pela nulidade do certame, quanto a aspectos denunciados nos autos principais (Denúncia nº 977532), não se manifestando acerca dos apontamento tratados na Denúncia nº 977587.

Citados em 10/10/2016, a SPE, BH Iluminação Pública S/A (fl. 274, autos principais, volume 2), apresentou defesa registrando que o município e a equipe técnica deste Tribunal manifestaram pela improcedência quanto à Denúncia em exame.

Demais responsáveis não enfrentaram os apontamentos quanto à Denúncia nº 977587, somente em relação aos aspectos denunciados nos autos principais, Denúncia nº 977532 (fls. 337/358, autos principais).

Assim, a CFCPPP, em análise da defesa (fls. 389/401-v) apresentou restringiu-se aos argumentos em relação aos autos principais.

Em parecer conclusivo o *Parquet* (fls. 430-v/432, autos principais, volume 3), citou a Súmula nº 263 do TCU e concluiu que a qualificação técnica deve refletir as peculiaridades de cada

certame para que a concorrência seja mais eficiente e envolva licitantes com expertise no objeto da concessão, afastando-se aventureiros e competidores que não terão competência para honrar o contrato.

Nessa esteira, concluiu pela improcedência da Denúncia quanto a esse item.

De todo o exposto, dos argumentos apresentados pelos responsáveis e da análise realizada pela CFCPPP, verifica-se que não assiste razão à denunciante quanto à exigência de qualificação técnica prevista no item 11.3.4., uma vez que respaldada na necessidade de comprovação da capacidade técnico-operacional, a fim de demonstrar possibilidade e expertise de gestão de significativos recursos econômicos e administrativos na estruturação de projetos complexos, como é o caso em análise.

Assim, voto pela regularidade do item denunciado.

#### **II.2.4. Exigência de apresentação de carta de instituição financeira que ateste a qualidade da montagem financeira da proposta comercial (fls. 208/210):**

O denunciante alegou (fls. 30/36, volume 1) que, contrariando o art. 3º, da Lei nº 8.666/93, o edital determinou no item 10.2, que juntamente com a proposta comercial deveria ser apresentada carta da instituição ou entidade financeira que assessora a proponente na montagem financeira do empreendimento, atestando a viabilidade do mesmo, bem como um termo de confidencialidade celebrado entre a proponente e a instituição. Além disso, a instituição financeira deve possuir patrimônio líquido no exercício anterior de, no mínimo, R\$1.000.000.000,00 (hum bilhão de reais), conforme disposto no item 10.2.1, do edital.

Alegou que, para atender a exigência os licitantes ficariam “*absolutamente restritos ao seletivo grupo de 44 instituições financeiras que atendem a absurda exigência*”, juntando documento às fls. 482/485 emitido pelo Banco Central, com listagem contendo o patrimônio líquido das instituições financeiras.

Acrescentou, ainda que o número de instituições ficará mais restrito, ainda, devido ao Termo de Confidencialidade exigido, e apresenta, às fls.32/33, o art. 1º da Resolução nº 2099/1994, do Banco Central do Brasil, que define os limites mínimos de capital e patrimônio líquido que devem ser observados pelas instituições financeiras autorizadas a funcionar no país. E complementa que a exigência, além de desarrazoada, e sem amparo na Lei nº 8.666/93, ou na Lei nº 11.079/2004, poderá restringir excessivamente o certame.

Afirmou que o momento é de instabilidade econômica, não estando favorável ao mercado de instituições financeiras.

Apresentou decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais referendando decisão do TCEMG de suspensão de processo licitatório do município de Nepomuceno, a respeito de exigência de produto de 1ª linha, homologado por montadora original de fábrica, por ofender o art. 37, da CF/88, e o art.3º, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Em 10/05/2016 a Comissão Especial de Licitação apresentou esclarecimentos às fls. 604/605, e alegou a ilegitimidade ativa da denunciante para apresentação da denúncia, por falta de interesse de agir e legitimidade, uma vez que não se encontra em recuperação judicial, em afronta ao art. 17, do CPC e 113, do Estatuto de Licitações, e, ainda, por não possuir essa prerrogativa, por tratar-se de pessoa jurídica de direito privado, constituindo direito de cidadãos, partido políticos, associação legalmente constituída ou sindicato, nos termos do art. 301, do RITCMG.

Alegou (fl. 594-v/595) que os 2 (dois) consórcios participantes da licitação cumpriram os requisitos do edital quanto a este item, e, assim, não se confirma a alegada restrição à participação, verificando-se, inclusive, que a disputa pelo melhor valor de contraprestação mensal foi acirrada, demonstrando a grande competição.

Informou, ainda, que a impugnação apresentada pela licitante, que alegou extemporaneidade acerca da resposta, foi devidamente respondida, levando-se em conta os feriados havidos.

E que, cabe ao Poder Concedente definir os critérios pelos quais realizará a avaliação da inexequibilidade ou incompatibilidade financeira da proposta, e que o Município optou por atribuir a cada proponente o desenvolvimento do seu plano e projeções, não cabendo ao município interferir nas premissas que levaram a proponente a formular sua proposta. O critério denunciado encontra respaldo no inciso VII, do art. 4º, da Lei nº 11.079/04.

Defendeu que, entre os mecanismos que asseguram a higidez das propostas, a apresentação de carta de instituição, ou entidade financeira, que assessora a proponente na montagem financeira do empreendimento, atestando sua viabilidade e exequibilidade, é de extrema importância, havendo mais de 40 (quarenta) instituições financeiras no país aptas a expedir a carta exigida.

Citou que a exigência editalícia já é prática consolidada nas licitações de grandes obras de infraestrutura da União, como nos editais da concessão dos aeroportos do Galeão e Confins, os quais exigiram a carta de instituições financeiras com patrimônio líquido muito superior ao que ora se exige.

Mencionou, também, o Acórdão 2905-42/14-P do TCU que aprovou as concessões para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos mencionados acima (fls. 602/604, volume 3), e diversos editais que fizeram a mesma exigência, entre eles o do Governo do Estado de Minas Gerais, Concorrência Pública nº 01/2012 e Concorrência nº 02/2010.

Em análise a CFCPPP (fls. 208/210, autos principais, volume 2), registrou que o município apresentou esclarecimentos, fls.602/604, na mesma linha do julgamento da impugnação administrativa e citou editais que exigiram a mesma condição, como o Leilão nº 02/2011, da ANAC, a Concorrência nº 01/2012 (tratamento de resíduos sólidos do Estado de Minas Gerais), a Concorrência nº 02/2010 (Complexo do Mineirão), a Concorrência nº 012/2014 (Contorno Norte da região metropolitana de Belo Horizonte), a Concorrência Internacional nº 001/2014 (PPP para habitação de interesse social do Estado de São Paulo), a Concorrência nº 01/2013, da Companhia de Saneamento do Estado do Espírito Santo.

Citou a cláusula editalícia (fl. 120):

**10.2.** Juntamente com a PROPOSTA COMERCIAL devem ser apresentados os seguintes documentos:

I. Uma carta de instituição ou entidade financeira que assessora a PROPONENTE na montagem financeira do empreendimento, declarando que analisou o plano de negócios a ela apresentado pela PROPONENTE e atesta sua viabilidade e exequibilidade, com o conteúdo mínimo do ANEXO 12 ao presente EDITAL, apresentando, ainda, um Termo de Confidencialidade celebrado entre a PROPONENTE e a instituição ou entidade financeira, com o conteúdo mínimo do ANEXO 13 ao presente EDITAL; e

**10.2.1.** A instituição ou entidade financeira referida no subitem 10.2, inciso I, deverá ser nacional, autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil e possuir patrimônio

líquido no exercício anterior de, no mínimo, R\$ 1.000.000.000 (um bilhão de Reais), conforme comprovado por meio da apresentação das últimas demonstrações financeiras disponíveis devidamente publicadas. (grifos no original)

Informou aquela Coordenadoria, que, de fato, houve a mesma previsão no edital de Leilão nº 01/2013, da ANAC, relativo às concessões dos aeroportos do Galeão e de Confins. E que, conforme informado pelo município, o Acórdão TCU nº 2905/2014, aprovou os 2º, 3º e 4º estágios daquele procedimento licitatório, constituindo o 3º estágio a análise da fase de habilitação e de julgamento das propostas, sendo de extrema importância a existência de julgamento da matéria por aquela Corte, em termos de convergência da jurisprudência sobre o assunto.

Ressaltou que a exigência não vincula a concessão de financiamento por parte da instituição financeira ao licitante, não devendo ser visto como um compromisso de terceiro, alheio ao certame, na medida em que não há compromisso, havendo, apenas, um interesse comercial do banco declarante, no sentido de atender a um cliente em potencial, que poderá futuramente solicitar um financiamento, caso vença a licitação. E, por isso, não se verifica um vínculo da instituição com o licitante, mesmo no caso de exclusividade da declaração, na medida em que a instituição poderá financiar qualquer cliente que venha a procurar os seus serviços posteriormente.

Registrou, ainda, que:

4.68. Quanto ao valor do patrimônio líquido exigido, não se considera que seja restritivo, uma vez que existem pelo menos 44 instituições nestas condições, vinculadas ao Banco Central. E sobre o Termo de confidencialidade, entende-se que ele apenas assegura ao licitante e ao Poder Concedente que as informações sigilosas, quanto à proposta do proponente não serão compartilhadas com outros concorrentes e com o mercado de modo geral, o que é uma garantia ao bom andamento do certame e à efetiva concorrência.

4.69. Considera-se que, ao licitar um empreendimento que envolve esse montante de recursos a Administração deve se acautelar de todas as exigências que possam garantir a maior participação possível no certame, sem deixar de lado as garantias de que a empresa selecionada tenha condições de executar adequadamente o contrato conforme o interesse da administração.

E informou que os responsáveis, em esclarecimentos apresentados às fls. 593/606-v, notificaram que a denunciante ajuizou Ação Declaratória, Processo nº 5043747-44.2016.8.13.0024, com pedido de tutela de urgência, cuja decisão indeferiu o pedido de tutela antecipada para suspensão do certame.<sup>16</sup>

Nessa esteira, concluiu que a Denúncia não procede nesse aspecto.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em análise preliminar, fls. 226/234-v (autos principais), não se manifestou quanto a este ponto, haja vista ter aditado a Denúncia nº 977532, pela nulidade do certame, tendo aditado, também, pela necessidade de análise mais abrangente da CFCPPP quanto ao modelo de contratação adotado, principalmente em relação à tecnologia exigida.

---

<sup>16</sup> Em consulta ao site do Tribunal de Justiça de MG, em 12/11/2018, verifica-se que a autora apresentou pedido de desistência da ação e, assim, pedido homologado e extinta a ação, nos termos do inciso VIII, do art. 485, do CPC, sem julgamento de mérito.

Citados, em 10/10/2016, a SPE, BH Iluminação Pública S/A (fl. 274, autos principais, volume 2), apresentou defesa registrando que o município e a equipe técnica deste Tribunal manifestaram pela improcedência quanto à Denúncia em exame.

Demais responsáveis não enfrentaram os apontamentos quanto à Denúncia nº 977587, somente em relação aos aspectos denunciados nos autos principais, Denúncia nº 977532 (fls. 337/358, autos principais).

Assim, a CFCPPP, em análise da defesa (fls. 389/401-v) apresentada restringiu-se aos argumentos em relação aos autos principais.

Em parecer conclusivo o *Parquet* (fls. 432/433-v, autos principais, volume 3), diante dos argumentos apresentados em esclarecimentos pelos responsáveis, e da análise realizada pela Unidade Técnica, concluiu que os itens 10.2 e 10.2.1 do edital não restringiram a competitividade do certame, com a ressalva de que se trata de exigência para subsidiar a verificação da viabilidade da proposta econômica, opinando pela improcedência da Denúncia quanto a esse item.

Verifica-se da cópia da ata da sessão da Concorrência (fl. 634/635, volume 3) que ambos os consórcios cumpriram o requisito relativo a este item, não sendo motivo que possa ter restringido a participação no certame.

Sobre o tema colaciono artigo de Bruno Ramos Pereira, coordenador do portal PPP Brasil, “O Observatório das Parcerias Público-Privadas”, publicado em 17/01/2013<sup>17</sup>:

Aparentemente, o governo federal aprendeu com a experiência recente dos aeroportos, pois aumentou as atestações necessárias para a sustentação das propostas econômicas. Na licitação dos aeroportos, em 2012, as empresas deveriam apresentar em conjunto com sua proposta econômica uma declaração de instituição financeira, nacional ou estrangeira, atestando a viabilidade da proposta econômica com base na análise do plano de negócio da concessão.

Agora, nas licitações dos sete lotes de rodovias federais, o governo federal ampliou as exigências: além da carta de “instituição ou entidade financeira que assessora a proponente na montagem financeira do empreendimento”, declarando que analisou o plano de negócios e atestando sua viabilidade e exequibilidade, será exigida uma segunda carta, “de empresa de auditoria independente, registrada no órgão competente”, declarando que analisou o plano de negócio e atestando a sua adequabilidade, sob os aspectos contábil e tributário.

[...]

Isso remete à questão de fundo sobre este debate: qual a função do plano de negócio? A função do plano de negócio é provisória: permitir que a autoridade responsável pela licitação verifique se há uma razoável coerência entre a proposta econômica e os deveres da futura concessionária quanto à prestação dos serviços contratados (viabilidade e exequibilidade). E, nesse âmbito, há no mínimo duas estratégias para que tal análise ocorra: que o órgão responsável pela licitação faça tal análise, com ou sem o apoio de consultores externos, ou que sejam solicitadas declarações de terceiros, como instituições financeiras e auditorias independentes.

---

<sup>17</sup> <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-plano-de-neg%C3%B3cio-teste-de-estresse-e-licitantes-opportunistas>

Em minha visão, tais estratégias não devem ser opções isoladas, mas sim ser utilizadas conjuntamente. Por intermédio da solicitação de que terceiros devam atestar a viabilidade e a exequibilidade das propostas econômicas, o poder concedente reforça a obrigação de seriedade das licitantes. Mas tal medida não deve levar à conclusão de que seria desnecessário que o poder público também conhecesse e tivesse acesso ao plano de negócio.

[...]

Do exposto, encampo as conclusões da Unidade Técnica e do *Parquet* e voto pela regularidade do item denunciado.

### II.3. DENÚNCIA Nº 977560

A denunciante alegou, em síntese (fls. 1/15):

- 1) Violação ao art. 31, da Lei nº 8.666/93: acúmulo de exigências econômico-financeiras: (i) garantia de proposta no valor de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais); (ii) patrimônio líquido mínimo equivalente a R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais), no caso de empresas isoladas e R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), no caso de consórcio; (iii) comprovação de participação em empreendimento de grande porte em infraestrutura na modalidade *Project* ou *corporate finance*, de pelo menos R\$110.000.000,00 (cento e dez milhões de reais); (iv) capital mínimo correspondente a R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais) se empresas isoladas, ou R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) se empresas consorciadas, somando-se os valores na proporção da participação de cada qual;
- 2) violação aos princípios da isonomia, igualdade e impessoalidade: exigência do subitem 11.3.4.1 - comprovação de participação em empreendimento de grande porte em infraestrutura na modalidade *Project* ou *corporate finance*, de pelo menos R\$110.000.000,00 (cento e dez milhões de reais);
- 3) condição subjetiva do subitem 10.2.1, exigindo que a entidade ou instituição financeira referida no subitem 10.2, I, deve possuir patrimônio líquido no exercício anterior de, no mínimo, R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Citou as Súmulas nºs 222 e 275, do TCU, acerca da impossibilidade de cumulatividade de exigências de qualificação econômico-financeiras, e seu Acórdão nº 2.913/2014.

Pleiteou, ao final, a procedência da Denúncia, a reabertura do prazo inicial da concorrência, com a exclusão do item 11.3.4.1, readequando-o à legislação, e a anulação do acúmulo de exigências econômico-financeiras, podendo o licitante optar por uma das comprovações citadas no § 1º, do art. 56, da Lei nº 8.666/93.

À fl. 210 (volume 2, autos principais) a CFCPPP observou que a denunciante impugnou o edital quanto a estes pontos, e que o julgamento da impugnação foi na mesma linha daquele realizado na impugnação apresentada no processo licitatório pela mesma denunciante do Processo nº 977587, tendo rejeitado ambos os argumentos.

E que esta matéria já foi analisada em relação à Denúncia nº 977587, concluindo pela improcedência da argumentação.

A Comissão Permanente de Licitação apresentou esclarecimentos às fls. 250/256, e alegou a ilegitimidade ativa da denunciante para apresentação da denúncia, nos termos do art. 301, do RITCMG e Resolução nº 12/2008, uma vez que não detém essa prerrogativa, por

tratar-se de pessoa jurídica de direito privado, constituindo direito de cidadãos, partido políticos, associação legalmente constituída ou sindicato.

E, também, refutou a argumentação trazida pela denunciante, na mesma linha do julgamento da impugnação ao edital e dos autos da Denúncia nº 977587 (fls. 611/611-v), citando que outras licitações do município consignaram a mesma exigência, como as PPPs da Educação, das Unidades Básicas de Saúde e do Hospital Metropolitano, entre outras.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em análise preliminar (fls. 226/234-v, autos principais), não se manifestou quanto a este ponto, haja vista ter aditado a Denúncia nº 977532, pela nulidade do certame, e, também, pela necessidade de análise mais abrangente da CFCPPP quanto ao modelo de contratação adotado, principalmente em relação à tecnologia exigida.

Citados para defesa, em 10/10/2016, a SPE, BH Iluminação Pública S/A (fl. 274, autos principais, volume 2), apresentou argumentos no sentido de que o município e a equipe técnica deste Tribunal manifestaram pela improcedência quanto à Denúncia em exame.

Demais responsáveis não enfrentaram os apontamentos quanto à Denúncia nº 977560, somente em relação aos aspectos denunciados nos autos principais, Denúncia nº 977532 (fls. 337/358, autos principais).

Assim, a CFCPPP, em análise da defesa (fls. 389/401-v) apresentada restringiu-se aos argumentos em relação aos autos principais.

O *Parquet* manifestou-se (fls. 433-v/434, volume 3, autos principais) pela improcedência da Denúncia, remetendo à análise já realizada em relação à Denúncia nº 977587.

Pois bem, analisando os autos, apenas registro que, ao contrário do que discorre a denunciante, o instrumento convocatório não exigiu capital social mínimo como condição de qualificação econômico-financeira, no subitem 11.3.2. Exigiu, em seu subitem 16.2, como condição para assinatura do contrato, que a SPE possuísse subscrição do capital social, vejamos:

16.2. A assinatura do CONTRATO ficará condicionada à apresentação, pela PROPONENTE Adjudicatária, dos seguintes documentos ao PODER CONCEDENTE:

[...]

(v) Subscrição do capital social da SPE no valor mínimo de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de Reais) e integralização do capital, em moeda corrente nacional, montante mínimo equivalente a 50% (dez por cento) do valor subscrito. [*sic*]

Nessa esteira, julgo desnecessário analisar demais apontamentos da presente Denúncia, uma vez que já analisados em relação à Denúncia nº 977587, subitens II.2.2 a II.2.4, coaduno-me ao estudo da Unidade Técnica.

Assim, julgo regular o item denunciado.

### III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, decido pela procedência parcial da Denúncia nº 977587, por considerar irregular a restrição à participação de empresas em processo de recuperação judicial no certame, item 6.2 e 11.3.5 do edital de Concorrência Pública SMOBI nº 005/2016, devido à reinterpretação do inciso II, art. 31, da Lei nº 8.666/93, à luz da Lei nº 11.101/05.

Julgo improcedentes as Denúncias nº 977532 e 977560, nos termos das razões expostas neste voto.

Determino, quanto ao item II.2.1 supra, em relação à Denúncia 977587, que em futuros procedimentos licitatórios a Administração exclua dos editais a vedação da participação de empresas em recuperação judicial, bem como a apresentação da certidão negativa de recuperação judicial e, na hipótese de participação de empresa nessa condição permitir a participação, mas verificar, com acuidade, se há plano de recuperação aprovado em juízo, analisando-o juntamente com demais documentos comprobatórios da qualificação econômico-financeira.

Intimem-se as partes da presente decisão nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Determino o arquivamento dos autos nos termos do art.176, inciso I, do RITCMG, após tomadas as providências cabíveis.

#### CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Peço vênia ao Relator para votar em consonância com o meu voto e a deliberação deste Tribunal no processo Denúncia 986747.

Esta denúncia suscitada no voto do Conselheiro Wanderley Ávila, de minha relatoria, deliberada na Sessão do Tribunal Pleno de 11/10/2017, trata de Concorrência Pública cujo objeto é a outorga da concessão da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

Naquela assentada manifestei que considerando o objeto do procedimento licitatório, o prazo contratual de 35 anos e o valor estimado do contrato em R\$ 250.661.979,74 (duzentos e cinquenta milhões, seiscientos e sessenta e um mil, novecentos e setenta e nove reais e setenta e quatro centavos e sua monta, o prazo de concessão está estipulado em), não seria razoável permitir a contratação de empresa concessionária em recuperação judicial ou extrajudicial, o que contrariaria o princípio da supremacia do interesse público. Assim, determinei ao gestor que incluísse, pormenorizadamente, no rol de empresas afastadas da participação do certame, aquelas que estão em recuperação judicial. Nesse contexto, foi aprovado o meu voto, 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.

No tocante ao Processo n. 1015596 de Relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, trata-se de Pregão Eletrônico nº 23/2017, destinado à “contratação de empresa especializada para locação, com garantia de funcionamento e evolução tecnológica, através de cessão de direito de uso de software”. Houve a retificação do edital para incluir as licitantes que se encontrassem em recuperação judicial ou extrajudicial desde que o plano de recuperação tenha sido aprovado pelo Juiz. Ressalto que o objeto contratado, neste caso, é de menor vulto, o que difere do objeto examinado no processo ora em análise, Denúncia 977587.

Embora se possa entender que empresas em recuperação judicial possam participar de licitações regidas pela Lei n. 8.666/93, entendo não ser apropriado estender o raciocínio aos contratos de parcerias público-privadas. Tais contratos demandam alto volume inicial de investimentos e remuneração a longo prazo, decorrendo do próprio art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 a obrigatoriedade de os licitantes apresentarem a certidão negativa de falência e

recuperação judicial, que substituiu a certidão de falência e concordata com o advento da Lei nº 11.101/2005.

A própria Lei n. 11.101/2005, em seu art. 52, II, define que o Juiz, em caso de ação de recuperação judicial, “determinará a dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.

Como ressaltado pela defesa nos autos, ora em comento, o princípio das parcerias público-privadas é o de atribuir às empresas privadas a obrigação de buscar recursos para investimentos com vistas à execução do contrato, que será remunerado a longo prazo. E que esses investimentos não ocorrem de forma proporcional aos pagamentos do poder concedente, e sim concentrados nos primeiros anos do contrato, demandando que as empresas apresentem às instituições financeiras a sua capacidade de honrar com os compromissos e de prestar garantias

Como bem salientado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em parecer conclusivo, afirmou que, da mesma forma alegada pelo município, o precedente apresentado pela denunciante não reflete posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, na Medida Cautelar n. 23.499 citada pelo denunciante, uma vez que a Medida trata da possibilidade de empresa em recuperação judicial ser dispensada da apresentação da certidão prevista no inciso II, do art. 31, da Lei Federal n. 8.666/93, para fins de participação em certames licitatórios, considerando o objetivo do instituto da recuperação judicial, elencado no art. 47, da Lei Federal nº 11.101/05. Há uma particularidade na Medida Cautelar n. 23.499, qual seja, a de que a renda da empresa envolvida era 100% obtida por contratos com entes públicos e, persistindo a medida liminar que impedia a participação da empresa em licitações, quando do julgamento do recurso especial, haveria grandes possibilidades da pessoa jurídica não mais existir, impossibilitada de dar prosseguimento às suas atividades comerciais.

Assim, divirjo do Relator quanto a este apontamento, diante do vulto da contratação e da particularidade do caso concreto, entendendo pela regularidade da restrição de participação de empresas em processo de recuperação judicial prevista no edital.

**CONSELHEIRO MAURI TORRES:**

Senhor Presidente, diante das colocações do Conselheiro Sebastião Helvecio, vou acompanhar o voto divergente do Conselheiro Sebastião Helvecio.

**CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:**

Com a suspeição do Conselheiro José Alves Viana, como vota o Conselheiro substituto Victor Meyer?

**CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER:**

Acompanho a divergência.

**CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:**

Voto com o Relator, Conselheiro Wanderley Ávila.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Voto com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

DECLARADA A SUSPEIÇÃO DO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA.

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

## **RETORNO DE VISTA**

### **NOTAS TAQUIGRÁFICAS**

**11ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 27/03/2019**

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

#### **I – RELATÓRIO**

Trata-se de denúncia apresentada pelo Senhor José Firmo do Carmo Júnior contra o Edital de Concorrência Pública SMOBI nº 05/2016, Processo Administrativo nº 01-162.894/15-31, publicado pelo Município de Belo Horizonte, por meio da Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura, cujo objeto era a “concessão administrativa para a prestação dos serviços de iluminação pública no Município de Belo Horizonte, incluídos o desenvolvimento, modernização, ampliação, eficientização energética, operação e manutenção da Rede Municipal de Iluminação Pública”.

Na Sessão Plenária de 12/12/2018, o Relator, conselheiro Wanderley Ávila, apresentou voto, registrando em sua conclusão:

Por todo exposto, decido pela procedência parcial da Denúncia nº 977587, por considerar irregular a restrição à participação de empresas em processo de recuperação judicial no certame, item 6.2 e 11.3.5 do edital de Concorrência Pública SMOBI nº 005/2016, devido à reinterpretação do inciso II, art. 31, da Lei nº 8.666/93, à luz da Lei nº 11.101/05

Julgo improcedentes as Denúncias nº 977532 e 977560, nos termos das razões expostas neste voto

Determino, quanto ao item II.2.1 supra, em relação à Denúncia 977587, que em futuros procedimentos licitatórios a Administração exclua dos editais a vedação da participação de empresas em recuperação judicial, bem como a apresentação da certidão negativa de recuperação judicial e, na hipótese de participação de empresa nessa condição permitir a participação, mas verificar, com acuidade, se há plano de recuperação aprovado em juízo,

analisando-o juntamente com demais documentos comprobatórios da qualificação econômico-financeira.

Em seguida, o conselheiro Sebastião Helvecio apresentou voto parcialmente divergente, no que tange a restrição de participação de empresas em recuperação judicial, nos seguintes termos:

(...) Embora se possa entender que empresas em recuperação judicial possam participar de licitações regidas pela Lei n. 8.666/93, entendo não ser apropriado estender o raciocínio aos contratos de parcerias público-privadas. Tais contratos demandam alto volume inicial de investimentos e remuneração a longo prazo, decorrendo do próprio art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 a obrigatoriedade de os licitantes apresentarem a certidão negativa de falência e recuperação judicial, que substituiu a certidão de falência e concordata com o advento da Lei nº 11.101/2005.

A própria Lei n. 11.101/2005, em seu art. 52, II, define que o Juiz, em caso de ação de recuperação judicial, “determinará a dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.

Como ressaltado pela defesa nos autos, ora em comento, o princípio das parcerias público-privadas é o de atribuir às empresas privadas a obrigação de buscar recursos para investimentos com vistas à execução do contrato, que será remunerado a longo prazo. E que esses investimentos não ocorrem de forma proporcional aos pagamentos do poder concedente, e sim concentrados nos primeiros anos do contrato, demandando que as empresas apresentem às instituições financeiras a sua capacidade de honrar com os compromissos e de prestar garantias

Como bem salientado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em parecer conclusivo, afirmou que, da mesma forma alegada pelo município, o precedente apresentado pela denunciante não reflete posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, na Medida Cautelar n. 23.499 citada pelo denunciante, uma vez que a Medida trata da possibilidade de empresa em recuperação judicial ser dispensada da apresentação da certidão prevista no inciso II, do art. 31, da Lei Federal n. 8.666/93, para fins de participação em certames licitatórios, considerando o objetivo do instituto da recuperação judicial, elencado no art. 47, da Lei Federal nº 11.101/05. Há uma particularidade na Medida Cautelar n. 23.499, qual seja, a de que a renda da empresa envolvida era 100% obtida por contratos com entes públicos e, persistindo a medida liminar que impedia a participação da empresa em licitações, quando do julgamento do recurso especial, haveria grandes possibilidades da pessoa jurídica não mais existir, impossibilitada de dar prosseguimento às suas atividades comerciais.

Assim, divirjo do Relator quanto a este apontamento, diante do vulto da contratação e da particularidade do caso concreto, entendo pela regularidade da restrição de participação de empresas em processo de recuperação judicial prevista no edital.

Prosseguindo a votação, o conselheiro Mauri Torres e o conselheiro-substituto Victor Meyer (devido a suspeição declarada pelo conselheiro José Alves Viana) acompanharam o voto divergente. O conselheiro Gilberto Diniz e o conselheiro Durval Ângelo acompanharam o relator. Havendo empate, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

## **II – FUNDAMENTAÇÃO**

A divergência apresentada pelo conselheiro Sebastião Helvécio cinge-se à restrição à participação de empresas em processos de recuperação judicial contida no item 6.2 e 11.3.5 do edital de Concorrência Pública SMOBI nº 005/2016.

Da análise dos autos, verifica-se que a referida concorrência pública possuía como objeto selecionar a melhor proposta para a delegação dos serviços iluminação pública no Município de Belo Horizonte, por meio de concessão administrativa, pelo prazo previsto para 20 (vinte) anos, sendo que o valor estimado para a contratação era de R\$1.419.204.970,00 (um bilhão quatrocentos e dezenove milhões duzentos e quatro mil e novecentos e setenta reais).

Nesses casos, nos quais a contratação possui grande vulto e longo prazo de execução o Princípio da Preservação da Empresa deve ser ponderado com o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Tais tipos de contrato demandam grande volume de investimentos da sociedade empresária vencedora do certame, durante longo período de tempo, razão pela qual é necessário que a empresa possua sólidas condições financeiras para que consiga executar, na integralidade, o objeto adjudicado.

A Administração, ao restringir a participação de empresas em recuperação judicial, nestes casos, acautela-se contra uma eventual falência da empresa, o que acarretaria na interrupção da execução do objeto da licitação, fato que pode gerar graves danos de ordem financeira e operacional ao ente público, bem como afetar a prestação do serviço público.

Por esses motivos, entendo regular a restrição contida no edital objeto da Denúncia nº 977587, razão pela qual acompanho o voto parcialmente divergente proferido pelo conselheiro Sebastião Helvécio.

## **III – CONCLUSÃO**

Ante o exposto, acompanho o voto parcialmente divergente apresentado pelo conselheiro Sebastião Helvécio para julgar improcedente a Denúncia nº 977587, por considerar regular, no caso concreto dos autos, a restrição à participação de empresas em processo de recuperação judicial, prevista no edital.

**CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:**

Neste caso, só faltava o voto do Conselheiro Cláudio Terrão. Então, o voto do Conselheiro Sebastião Helvecio é vencedor.

**APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO; VENCIDOS, EM PARTE, O CONSELHEIRO RELATOR, O CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO E O CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.**

**DECLARADA A SUSPEIÇÃO DO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA.**

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em: **I)** rejeitar, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada em relação à Quatro Participações S/A (Denúncia n. 977587) e à Engetran Engenharia S/A (Denúncia n. 977560), nos termos dos artigos 3º, 262, 264 e 268, e do artigo 301, *caput*, §1º e inciso I, do RITCMG, bem como do art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da CR/88, e do §1º do art. 113 da Lei n. 8.666/93, por preencherem os requisitos para denunciar junto a esta Corte de Contas; **II)** julgar, no mérito, por maioria de votos, nos termos do voto divergente do Conselheiro Sebastião Helvecio, improcedente a Denúncia n. 977587, tendo em vista, diante do vulto da contratação e da particularidade do caso concreto, a regularidade da restrição de participação de empresas em processo de recuperação judicial prevista no edital; **III)** julgar, por unanimidade, conforme o voto do Relator, improcedentes as Denúncias n. 977532 e 977560; **IV)** determinar a intimação das partes, do teor desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte; **V)** determinar o arquivamento dos autos nos termos do art. 176, inciso I, do RITCMG, após tomadas as providências cabíveis. Vencidos, em parte, o Conselheiro Relator, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Gilberto Diniz. Declarada a suspeição do Conselheiro José Alves Viana.

Plenário Governador Milton Campos, 27 de março de 2019.

MAURI TORRES  
Presidente

SEBASTIÃO HELVECIO  
Prolator do Voto Vencedor

WANDERLEY ÁVILA  
Relator

(assinado digitalmente)

ahw/RB/mp

### 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